

Estudo Sôbre
Os Embargos de Nulidade e Infringentes
do Julgado Previstos no Código de
Processo Civil

E. D. MONIZ DE ARAGÃO

☆

ESTUDO SÔBRE
OS EMBARGOS DE NULIDADE
E INFRINGENTES DO JULGADO
PREVISTOS NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

☆

TESE DE CONCURSO A CÁTEDRA DE
DIREITO JUDICIÁRIO CIVIL NA FA-
CULDADE DE DIREITO DA UNIVERSI-
DADE DO PARANÁ.

☆

1959
EDITORA LITERO-TÉCNICA
CURITIBA

BC/HUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA

AUTOR

R\$ 10.00 - Doacao

Termo No. 347/03 Registro: 350,373

17/11/2003

UFFPR - Sistema de Bibliotecas

“Sem ter por si o atributo da romani-
dade, ou qualquer fundamento de ordem
científica, o recurso de embargos tende a
desaparecer, em futuro próximo ou remo-
to, da nossa legislação processual”. (BA-
TISTA MARTINS — Recursos & Proces-
sos — pg. 238).

INTRODUÇÃO

Há uma profunda semelhança entre os embargos de nulidade e infringentes do julgado e os embargos do executado. Admira que ainda não tenham sido estudados comparativamente e extraídas as consequências que a análise, em termos de confronto, possibilita. É um veio rico, porém inexplorado.

Consoante o ensinamento dos doutôres, os embargos originaram-se dos antigos pedidos de reconsideração, instituídos pela praxe lusitana à época em que foram supressos os tribunais deambulatórios. É lição de SOUZA, endossada por LOBÃO, e até hoje não contestada.

PONTES DE MIRANDA salienta o fato de o instituto haver sido encampado pelas Ordenações Afonsinas, de 1446, mas com o fito de dar combate à arrematação. E, acrescente-se, foi a partir da codificação Manoelina, quase um século mais tarde, que o antigo pedido de reconsideração readquiriu sua finalidade originária, de atacar a sentença.

A reassunção, pelos embargos, do seu primitivo escôpo, quando ainda denominados pedido de reconsideração, de possibilitar recurso contra as sentenças, não importou "ipso facto" na perda do outro propósito, que lhe atribuíra a legislação Afonsina, de meio de ataque do executado. Passaram a coexistir, portanto, dois remédios distintos, batizados com o mesmo nome, e atingindo, por

vias diversas, o mesmo fim : neutralizar a decisão. Para alcançar êsse desiderato era indiferente que sua interposição ocorresse na primeira fase do processo, a de cognição, como recurso, ou na segunda, a da execução, como ação do vencido contra a executoriedade da sentença.

Embora uma só a denominação, os embargos de nulidade e infringentes do julgado e os embargos do executado tinham oportunidade bastante diversa. Como recurso destinavam-se a impedir a formação da coisa julgada, fazendo com que o pronunciamento fôsse objeto de nova revisão, pelos mesmos juizes que o haviam prolatado, seja no primeiro ou no segundo grau. Como ataque do executado, ao contrário, variava sensivelmente o seu objetivo. Já não lhe servia de alvo uma sentença ainda impugnável, mas uma decisão firme, aureolada com a irrecorribilidade. Mesmo assim podiam os embargos inutilizá-la, contrapondo-lhe vícios de forma e de fundo.

Limitada por êsse paralelismo desenrolou-se tôda a história do recurso, hoje arrolado em nosso Código de Processo Civil, sem que a doutrina houvesse explicado ou explorado a interessante simultaneidade.

Sôbre êste tema, o recurso de embargos de nulidade e infringentes do julgado, gira o estudo a que nos obrigamos, não obstante cerceadíssimos pelo inarredável fator tempo. Em verdade o trabalho foi escrito a toque de caixa; com sentinela à vista. Mal saíramos dos exames à docência livre, cujo expediente ainda nem sequer fôra aprovado pelo Conselho Universitário, e já a Faculdade de Direito deliberava colocar em concurso as cátedras de Direito Judiciário Civil.

Determinadas circunstâncias nos situaram em posição tal que não poderíamos desertar; impunha-se que enfrentássemos o desafio.

O resultado cá estã : uma tese escrita no prazo do edital e o edital vive, para a ciência, o que a rosa viveu para o poeta, "l'espace d'un matin". O breve tempo decorrido entre a resolução do Conselho Técnico Administrativo e a publicação do chamamento no jornal oficial, consumiu-o o tipógrafo.

SECÇÃO PRIMEIRA

HISTÓRIA

Origens do Recurso de Embargos

CAPÍTULO PRIMEIRO

DIREITO ROMANO

S U M Á R I O :

1. O direito de recorrer — 2. Aparecimento dos recursos — 3. Preponderância do direito romano — 4. A apelação — 5. Decisões irrecorríveis — 6. A “supplicatio” — 7. Inexistência de recurso para a mesma autoridade — 8. A actio iudicati — 9. “Ordo iudiciorum privatorum” e “cognitio extra ordinem” — 10. Objetivo da actio iudicati — 11. Reiteração da actio iudicati — 12. Ação rescisória — 13. “Querella nullitatis” — 14. Conclusões.

1. Desde a mais remota antiguidade os litigantes exercem o direito de recorrer das sentenças, para a mesma autoridade ou para outra, de categoria mais elevada. Dentre os diversos recursos hoje colocados à disposição das partes, na legislação do processo civil, o de apelação retém a primazia de ser o mais antigo, o primeiro com que contaram os interessados para pleitear a reforma das decisões dos juízes.

2. Inexiste entre os autores um acôrdo a respeito da fixação do momento histórico, ou da ocasião precisa em que apareceram os recursos. Em verdade, observa AFFONSO FRAGA que há diversidade entre os escritores, tanto que para DALLOZ “em todos os tempos e nações cultas a appellação “fôra admittida como um principio imposto pela necessidade de se corrigir as decisões injustas”, ao passo que BÉRENGER, contrariamente, afirmava o seguinte: “se se consultar a história dos tempos “antigos, conclui-se que inicialmente existia uma “só jurisdição, que era soberana, sendo desconhecida a teoria dos recursos”. FRAGA filia-se à opinião do primeiro, asseverando que “producto cultural de uma civilização mais ou menos madura, a “origem da appellação, posto neguem BÉRENGER “e outros, remonta a maior antiguidade, uma vez “que já a contempla o velho direito hebraico”.¹

3. Malgrado essa incursão na história dos povos primitivos nos leve à crença de que entre êles dever-se-ia iniciar o estudo histórico dos assuntos do Direito Processual Civil, o que se vem proclamando insistentemente é que no direito romano se reuniram os mais distantes e valiosos elementos necessários à análise dos institutos dessa disciplina. De tal opinião foi REZENDE FILHO, que afirmou: “o ponto de partida é o processo romano. “Não se pode negar que povos mais antigos, como “os egípcios, os judeus, os gregos, tiveram juizes e “tribunais. Seus ensaios de prática processual “eram, porém, indistintos e confusos, não oferecendo “do elementos valiosos para o estudo da evolução

1. Instituições do Processo Civil do Brasil — tomo III, pgs. 26 e 27 — Editora Saraiva, São Paulo, 1941.

“do processo civil. Não tiveram importância técnica e social. Que interesse podemos ter em conhecer as instituições judiciárias dos persas, babilônios, assírios e judeus? Os gregos, que tão alto elevaram as artes e a filosofia, mostraram-se, todavia, estéreis em assuntos jurídicos. Roma foi, realmente, o berço do direito”.² É do mesmo parecer ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, pois assegura que “pela influência exercida na formação de nosso Direito, pela herança das gerações, mais interessa o estudo do recurso em Roma, como o ma-

-
2. Curso de Direito Processual Civil — vol. I, pg. 44 — Editora Saraiva, São Paulo, 1952 — 3.^a edição.

Idêntica é a lição de TOBIAS BARRETO, *in verbis*:

“Historicamente apreciado, o processo civil nasceu em Roma. É verdade que os povos mais antigos, quando uma vês atingiram um certo grau de cultura, tiveram também o seu processo, ou para servir-me de uma expressão de Bethman-Hollweg, tiveram também uma *terapêutica* a serviço da *patologia* do seu organismo jurídico-civil.

“Mas estes primeiros ensaios de prática processual, além de se mostrarem meio confusos e indistintos na obscuridade dos tempos, acresce que não se acham presos ao processo jurídico ulterior, ao processo dos povos cultos hodiernos pela lei da continuidade histórica. Para nós outros, filhos da civilização ocidental, não tem o mínimo interesse, na esfera do direito propriamente dito, saber como os judeus, babilônios e assírios decidiam judicialmente as suas contendas.

“Bem pôde, diz ainda o citado Hollweg, bem pôde o jurista filósofo levar o estudo comparativo do processo até aos índios e chineses; para a história universal, porém, para a história do espírito em relação ao direito, somente os dois povos, eminentemente jurídicos, romanos e germânicos, têm uma significação profunda e duradoura.

“Sob este ponto de vista, os gregos mesmos não se apresentam menos estéreis do que os povos orientais. Eles que abriram as portas da arte, da filosofia e da ciência, revelaram-se infecundos no domínio da vida jurídica. Pelo contrário, todo o senso artístico, filosófico e científico de Roma concentrou-se no direito. *Jus est ars boni et æqui* é uma das frases mais características da “jurisprudência romana.” Estudos de Direito — pgs. 570 e 571 — Livraria Progresso Editora, Salvador, 1951.

“nancial jurídico da própria civilização do ocidente”.³ Outros autores, também, buscam no Direito Romano o marco inicial para o desenvolvimento da pesquisa histórica das disciplinas jurídicas.⁴

4. É ainda AFFONSO FRAGA quem nos informa terem os romanos contemplado o direito à apelação desde os primórdios da existência de sua cidade. Diz o referido autor que: “A epocha exata da admissão desse instituto não pôde ser, á falta de dados, precisamente determinada; mas, segundo o testemunho de Cicero alli já existia ao tempo dos primeiros reis, e com a expulsão destes, no anno 244 da fundação de Roma, a appellação passou a ser interposta das decisões dos Consules para os tribunos populares. No anno 302 da fundação da mesma cidade cessou o imperio consular, sendo substituido pelo dos decemviros que, revestidos de um poder incontrastavel para administrar a causa publica, pretendiam, além do mais, constituir-se em juizes soberanos e julgarem sem apelo. O povo, porém, reunido no monte sagrado, exigiu a restituição do direito de conhecer das apelações que lhe pertencia desde a expulsão dos reis, e, ao mesmo tempo, procreveu para o futuro, a instituição de juizes com o poder de proferirem sentenças irrecorriveis”.⁵

5. Permitido, embora, o recurso não o era, todavia, de toda e qualquer decisão. Umas haviam

3. Sistema dos recursos no direito processual civil brasileiro, pg. 6 (Separata da Revista da Faculdade de Direito de Pelotas — ano I, n. 1).

4. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO — Curso de Direito Civil, Direito de Família — pg. 19 — Editora Saraiva, São Paulo, 1955 — 2.ª edição.

5. ob. cit., pgs. 27 e 28.

que o não admitiam. Eram as que não sentenciavam sobre a lide, desde que por esse fato não alcançavam a coisa julgada, podendo o próprio juiz, antes de prolatar a decisão final, reformá-las. É o alvorecimento do princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, hoje tão prestigiado entre os processualistas. A apelação só podia ser veiculada quando o pronunciamento judiciário tivesse enfrentado a “res in iudicium deducta”. Tal o dizer de ALFREDO BUZOID, nos termos que seguem: “portanto, o processo civil romano, tendo em vista o seu objeto, que é o julgamento da lide, não admite apelação senão da sentença definitiva, desconhecendo a categoria das sentenças interlocutórias”.⁶

A vedação de recorrer, entretanto, não se confinava às decisões interlocutórias. Provindas de certas autoridades, outras sentenças eram também inapeláveis, mesmo sendo finais. Consideravam-se irrevisíveis, em homenagem à alta posição funcional de seus prolatores. Além das que fôssem ditas pelo Procurador do Sacro Palácio, como anota ALMEIDA E SOUZA⁷, pode afirmar-se que descabia recurso contra as sentenças “proferidas por certos juizes, como dos nomeados pelo Imperador com a declaração de que delles não se podia appellar, ou dos que as partes escolhiam e se obrigavam a não appellar das suas sentenças, dos senadores que pela lei eram considerados parte do corpo do proprio principe e dos prefeitos do pretorio”.⁸

6. Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil, pg. 20 — Editora Saraiva, São Paulo, 1956 — 2.ª edição.

7. Segundas Linhas Sobre o Processo Civil — tomo II, pg. 51 — Imprensa Nacional, Lisboa, 1855.

8. AFFONSO FRAGA, ob. cit., pgs. 159 e 160.

Afora os pronunciamentos que acabamos de assinalar, também quando a causa versasse sobre alimentos, a particulares ou às tropas, a decisão era inapelável.⁹

Eis aí as duas exceções conhecidas à regra geral, que os autores têm propalado.

6. Essas restrições ao direito de apelar, tal como as capitulavam as normas procedimentais latinas, não lograram boa acolhida. Mesmo havendo doutores a fazerem oposição, utilizando-se de argumentos vários que REZENDE FILHO bem sintetizou¹⁰ e inclusive de um texto de ULPIANO, no mais das vezes errôneamente interpretado, o desejo de um novo pronunciamento, de órgão judiciário mais elevado, sempre esteve presente às considerações dos juristas mais eminentes. Jungidos porém à condição de irrecorribilidade de que desfrutavam determinadas sentenças, os romanos encontraram na “supplicatio” o elemento de que se valeram para obterem nova decisão dos julgados oriundos das autoridades atrás mencionadas. Era a súplica um pedido endereçado ao próprio Imperador para que este revisse as decisões inapeláveis, sobre elas emitindo novo juízo. ALMEIDA E SOUZA, que tanto contribuiu para o estudo do processo civil, ensina, arrimado em STRYKIO, que “a **“supplicação, que também se diz reclamação, he su-
“brogada em lugar da Appellação, quando pela emi-
“nencia do Julgador era illicita a Appellação”**”.¹¹

Ao lado da apelação, cabível contra tôdas as

9. FRAGA, *idem*, pg. 160.

10. *ob. cit.*, tomo III, pgs. 86 e 87.

11. *ob. cit.*, pg. 52.

decisões que apreciassem o mérito da causa, figurava a súplica como sendo o outro recurso de que os litigantes romanos podiam lançar mão para o reexame das questões decididas em instância inferior. Através da súplica, contudo, as partes não podiam estender seu recurso com a mesma desenvoltura que lhes proporcionaria a apelação. Ensina-o JOÃO MONTEIRO, dizendo que “pela *supplicatio*, “sem pôr em dúvida a justiça do julgado, antes “confessando que esta fôra feita, pedia a parte “agravada que de novo se conhecesse da causa”.¹² Mas nem só para permitir uma revisão imperial da sentença era a *supplicatio* empregada. Dela serviam-se os romanos para obter que fôsse conhecido pela instância “ad quem” o recurso denegado pelo juiz ordinário ou prefeito do pretório¹³. Daí a razão de nela termos identificado a origem remota de nossa vigorante correição parcial.¹⁴

7. Em Roma não se conheceu o recurso interposto para a própria autoridade prolatora da decisão impugnada, na forma por que foi, mais tarde, praticado em Portugal, convertendo-se nos embargos. Esse o testemunho de PEREIRA E SOUZA¹⁵, no que é corroborado por ALMEIDA E SOUZA¹⁶. Para o célebre jurisconsulto da Beira, “o Direito “Romano não nos dá idéa de tal **remedio** contra as “Sentenças; mas só nos dá excepções contra as “Acções e Appellações contra as Sentenças.”¹⁷

12. Teoria do Processo Civil — vol. II, pg. 636 — Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1956 — 6.ª edição.

13. AFFONSO FRAGA, ob. cit., pg. 160.

14. MONIZ DE ARAGÃO — A Correição Parcial — pg. 15 — Editora Littero-Técnica — Curitiba, 1958.

15. Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil — tomo II, pg. 6 nota 594 — Typographia Rollandiana, Lisboa, 1858.

16. ob. cit., pg. 8.

17. idem.

8. Uma vez passada em julgado, a sentença deveria ser cumprida. Esperava-se que a tanto se prontificasse o vencido, obedecendo à determinação judicial.

Mas, como é óbvio, a prestação espontânea da obrigação decorrente do julgado constitui-se em exceção à regra geral, que é a do inadimplemento. Daí ter surgido para os romanos o problema de compelir o réu à solução do dever imposto pela sentença. Desde a Lei das XII Tábuas, segundo WENGER¹⁸, que ao vencido se concedia um prazo de trinta dias, o **tempus iudicatus**, para que se desincumbisse do cumprimento voluntário da sentença. Se não o fizesse, o devedor citava-o para comparecer em juízo e, afirmando que era titular do crédito derivado da condenação, declarava não ter sido pago. Iniciava-se, então, perante o mesmo juízo em que a ação tramitara¹⁹, a **actio iudicati**.

9. Seja no período da “*ordo iudiciorum privatorum*” ou da “*cognitio extra ordinem*”, ocorria a necessidade da **actio iudicati**, cuja diferença, de um para outro, é idêntica à dessemelhança que se verifica em tôdas as ações, das quais a que atacava o julgado era uma. Sem embargo de opiniões em contrário, a essa conclusão chegou WENGER, após uma laboriosa e esmiuçada pesquisa. São palavras suas : “Como en el procedimiento formulario, también en la **extraordinaria cognitio** la ejecución comienza por la **actio iudicati**. En el primer caso, “la **actio iudicati** es una **actio** del procedimiento

18. LEOPOLD WENGER — *Actio Iudicati* — pg. 221 — Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Ayres, 1954, tradução de ROBERTO GOLDSCHMIDT e JOSE JULIO SANTA PINTER.

19. WENGER, ob. cit., pg. 31, nota 27.

“formulario, mientras que en el segundo, es una “**actio** de la cognición por el magistrado.”²⁰

10. É ainda o professor austríaco quem nos explica o caminho a ser trilhado pelo vencido, ao citá-lo o exequente para responder aos t ermos da **actio iudicati**: “Una vez concedida la **actio iudicati** “de parte del pretor contra el ejecutado, éste puede “manifestar : 1) que reconoce definitivamente la “pretensión del actor. En tal caso, se emite un de- “creto de ejecución si el ejecutado no presta inme- “diatamente y si el actor lo solicita. Este es el re- “sultado normal de toda **actio iudicati**. 2) El de- “mandado puede defenderse contra la **actio iudi- “cati** y afirmar : a) Que no existe ninguna sen- “tencia por haber exhibido el actor una sentencia “falsificada o haberse apoyado solamente en el lau- “do de un árbitro o por ser nula la sentencia; b) “que si bien es verdad que existió la deuda del **iudi- “catum**, fué pagada; c) de entre todas las objecio- “nes, posibles respecto de otras acciones, en rela- “ción a la **actio iudicati** encontraremos solamente “un número reducido de ellas, y que ser an, en par- “te, objeciones en el sentido más amplio, en parte, “excepciones técnicas. En los casos mencionados “en el n. 2, se llegar a a un proceso de **iudicatum**.”²¹

11. Tal procedimento repetia-se por ocasi o de ser executada a sentença proferida na “**actio iudicati**” e assim sucessivamente, até que o vencido saldasse o débito que lhe impusera a condena o. Em teoria poder-se-iam renovar indefinidamente as a o es necessárias   verifica o da validade do julgado. Para evitar-se tal procrastina o exigia-

20. ob. cit. pg. 232.

21. idem, pgs. 15 e 16.

se do executado ao contestar a ação, o depósito da caução **propter genus actionis**²². Ademais ficava êle, em certos casos, sujeito à condenação em dôbro, na hipótese de sair derrotado na “actio iudicati”, pelo princípio de que “lis infitiando crescit in duplum”, elevando-se a soma a cada nova sentença contrária, o que era considerado motivo para que o executado adimplisse a **obligatio iudicati**.

12. Ao lado da **actio iudicati**, em que o executado podia, defendendo-se do pedido feito pelo autor, evitar a incidência da sanção contida na sentença, surgiu, no direito romano, durante o período formulário, consoante VIDIGAL, “um meio “agressivo para obter o reconhecimento da nulidade da sentença, fora do juízo em que o autor executava o julgado.”²³. Tratava-se de uma forma de ser declarada a inexistência da decisão, que a tanto equivale o conceito romano de nulidade²⁴, constituindo-se, após secular evolução, no que viria a ser a hoje denominada ação rescisória. PONTES DE MIRANDA esclarece que, ao início do desenvolvimento dêsse instituto, compreendia-se indistintamente, para efeito de rescisão, tanto a sentença quanto o negócio jurídico em geral, confusão de que se libertaram os juristas, posteriormente, caracterizando-se a separação entre uma e outro.²⁵

22. ENRICO TULLIO LIEBMAN — Embargos do Executado — pg. 16 — Edição Saraiva, São Paulo, 1952 — tradução de J. GUIMARAES MENEGALE.

23. LUIZ EULALIO DE BUENO VIDIGAL — Da Ação Rescisória dos Julgados — pg. 25, n. 17 — Edição Saraiva, São Paulo, 1948.

24. PÓNTES DE MIRANDA — Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e outras decisões — pg. 64 — Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1957 — 3.ª edição.

25. idem, pg. 61.

13. Segundo ainda o mesmo autor, o verdadeiro ponto de partida da ação rescisória teria sido a “querella nullitatis” que só veio a tomar corpo como elemento de ataque à sentença no século VII, com a Lex Visigothorum²⁶. Essa, entretanto, não parece ser a lição mais exata. Na realidade WENGER demonstrou que entre as formas de defesa de que o executado poderia lançar mão, na **actio iudicati**, figurava a alegação de nulidade da sentença. Esse autor afiança que: “En el caso de negar la “existencia jurídica de la sentencia, la infitiatio de “la **actio iudicati** llega a tener, como es reconocido “generalmente, el carácter de una queja defensiva “de nulidad.”²⁷

14. Do apanhado feito resulta que o direito romano, além dos recursos de apelação e suplicação, conheceu também os meios tendentes à declaração da nulidade do julgado, daí originando-se a ação rescisória e, ainda, a **actio iudicati**, que o exequente propunha contra o vencido e em que êste poderia argüir os vícios capazes de invalidar a executoriedade da sentença, se tivesse, para tanto, razões ponderáveis.

Inexistiu em Roma um recurso como os nossos embargos de nulidade e infringentes do julgado, cuja origem não pode ser identificada em nenhum dos meios de defesa ou ataque postos à disposição dos litigantes romanos, para evitar a incidência do preceito da sentença nula ou contrária a direito.

26. ob. cit. pg. 43.

27. ob. cit., pgs. 31 e 22. Veja-se, também, LIEBMAN, ob. cit. pgs. 13, n. 3 e 17, n. 6.

CAPÍTULO SEGUNDO

DIREITO GERMÂNICO

S U M A R I O :

15. Inexistência de recursos — 16. Aparecimento dos recursos — 17. Sistema das ordálias — 18. Duelo com o juiz — 19. Prodigalização dos recursos — 20. Inexistência de embargos do executado — 21. Inexistência de ação rescisória — 22. Conclusões.

15. Originariamente, o direito germânico não cogitava de recursos, mantendo-se fora de suas concepções qualquer possibilidade de novo julgamento da causa. Rudimentares ainda nos conceitos que sufragavam, entre os germanos não se poderia insinuar a revisão dos pronunciamentos ditados. E isso por razão bastante simples : preferida que era a sentença pela Assembléia Popular, não havia para quem interpor o recurso. Ao poder soberano de tal concílio nada se podia opor. Ensina REZENDE FILHO que “entre os germanos primitivos, como o poder concentrava-se nas assembléias populares, não havia recurso das decisões

“pelas mesmas proferidas, tanto em causas criminais como civis.”²⁸ De igual sentido a afirmativa de ELOY MONTERO para quem, no processo civil germânico, a “sentencia, emitida por la convención “del pueblo, conservaba la naturaleza de una deliberação popular.”²⁹ Também EDUARDO COULTURE assevera a inexistência de recursos nessa quadra inicial da evolução do direito germânico, assegurando, entretanto, ser outra a razão da irrecorribilidade. Para o autor uruguaio, “en un primer momento, en una concepción mui rudimentaria y primitiva de la justicia, como la del proceso germánico primitivo, con una acentuada tonalidad religiosa, el fenómeno de los recursos no se concibe, porque el juicio es una expresión de la divinidad y tiene el carácter infalible de ésta.”³⁰

Todos têm razão. Na realidade a sentença era proferida na Assembléia Popular, obtendo-se-a mediante a seguinte conduta: “La sentencia no se adoptaba por el juez que era sólo “interrogador

-
28. ob. cit., vol. III, pg. 91. Também GIUSEPPE CHIOVENDA — La idea romana en el proceso civil moderno — in Ensayos de Derecho Procesal Civil — vol. I, pg. 365 — Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Ayres, 1949 — tradução de SANTIAGO SENTÍS MELENDO.
29. Prefácio ao livro Derecho Procesal Canónico, de MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, pg. XI, Editora Aguilar, Madrid, 1956.
30. Fundamentos del Derecho Procesal Civil — pg. 247 — Editorial Depalma, Buenos Ayres, 1951, 2.ª edição. Também CHIOVENDA: “A raça germânica, quando tomou contacto com a latina, não tinha ainda ultrapassado aquele período da história dos povos a que VICO chama o “período divino. A crença difusa de que a divindade intervenha com as suas manifestações na vida dos homens, e tome assim partido a favor de quem tem razão contra quem não na tem, é o fundamento dos “juízos de Deus.” (A oralidade e a prova in Processo Oral, pg. 141 — Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1940 — tradução de OSVALDO MAGON).

“del derecho”, sino que se acuerda por la asamblea “reunida, a base de una propuesta de sentencia que “originariamente pudo solicitar el juez de cada uno “de los miembros de la asamblea presentes.”³¹ Mas era também acentuadíssima a coloração religiosa dêsse julgamento. À abertura como ao encerramento dos trabalhos da assembléia, pronunciavam-se fórmulas sacramentais, invocando os deuses, que solenizavam o ato judicial³².

Aliás JOÃO MONTEIRO dá-nos notícia de que idêntica proibição vigia entre os francos, cujo direito, segundo a classificação adotada por BRUNNER, constituiu-se no segundo estágio histórico da formação do direito germânico. Aquêl autor, apoiado na autoridade de BONCENNE, afirma que ainda no século XIII “não podia haver apelação. ““Entre moi et toi, villain, il n’y a pas de juge hors ““Dieu”. Tal era a expressão da intangibilidade das “sentenças.”³³

16. É óbvio que uma tal idéia não poderia perdurar, sendo fadada a desaparecer, em tempo mais ou menos longo. À medida que, de uma concepção rudimentar do direito, os germanos se foram aprimorando, o mesmo sentimento que avasalara o homem desde a mais remota antiguidade patrocinou como resultado a introdução do recurso. Abandonando a antiga prática de concentrá-lo perante a autoridade incontestável das Assembléias Populares, os germanos passaram a submeter o processo de suas contendas a um tribunal,

31. HEINRICH BRUNNER — Historia del Derecho Germánico — pg. 20 — Editorial Labor, Barcelona, 1936 — tradução de JOSÉ LUIZ ALVAREZ LOPES.

32. idem.

33. ob. cit., vol. II, pg. 670, nota 2.

de poderes muito restritos, segundo escreveu BRUNNER³⁴. Nesse período foi o procedimento cindido em duas partes, em duas fases marcantes. Uma delas destinava-se à solução dos problemas inerentes à oficialização da propositura da demanda e o seu ápice era atingido através duma sentença cuja finalidade primordial consistia em “regular o ônus da prova, que, por via de regra, incumbe ao réu”.³⁵ A fase outra, segunda etapa, sucessiva à primeira, transcorria quase alheia à intervenção do julgador, cuja manifestação era praticamente nenhuma, tendo por objetivo maior a produção das provas.

17. Para o encontro da verdade empregava-se o juramento das partes litigantes, que poderiam, ainda, invocar o auxílio de “un número determinado de cojuradores (coniuradores, consacramentales) que declaram que el juramento es “puro y sin “perjurio” ”³⁶; a inquirição de testemunhas, como tal consideradas apenas as pessoas que tivessem contribuído para a realização do negócio, ou os vizinhos, não sendo bastante para a testemunha ter tido conhecimento dos fatos controvertidos por acaso; usando-se, ainda, os suplicios a que os contendores se deveriam subordinar. Esta última forma de colhêr o resultado do julgamento é conhecida como “ordália” (vocábulo que assenta no latim bárbaro em *urteil* e quer dizer, em alemão, julgamento³⁷). Essas ordálias, também chamadas “juízos de Deus”, apontavam o vitorioso na deman-

34. ob. cit., pg. 24.

35. BUZAID, ob. cit., pg. 21. Veja-se, também, LIEBMAN, ob. cit., pg. 40, n. 20.

36. BRUNNER, ob. cit., pgs. 25 e 26.

37. BUZAID, ob. cit., pg. 22, nota 23, *in fine*.

da pelo critério "sui generis" do melhor resultado alcançado no embate físico, ou, também, pelos reflexos de certos atos que lhes eram exigidos. O maior sucesso obtido no duelo judiciário, ou a vantagem na resistência às provações impostas às partes, significava, para seus adeptos, que o dedo de Deus mostrara em qual dos lados estava a razão. Para chegar a tal solução, partiam os germanos do princípio de que o elevado senso de justiça do Altíssimo não consentiria em que perecesse um inocente, motivo pelo qual o protegeria e lhe daria forças para lograr êxito no combate ou na provação. Ainda depois que a Igreja as proscreevou, no século XIII, os germanos continuaram a empregá-las.

18. A parte que se julgasse prejudicada pela sentença do juiz, cujo papel reduzia-se, como vimos, a apurar em favor de quem pendera o julgamento, seja pelo rigor da prova formal, seja pelo duelo, poderia impugnar a decisão. Essa impugnação, entanto, não tinha o significado de recurso, no sentido que hoje emprestamos ao vocábulo. O pronunciamento era reapreciado ou à luz de novos meios de prova legal ou, então, pelo duelo que se realizaria entre o vencido e o juiz, que era para tanto desafiado, competindo-lhe defender a sentença pelas armas³⁸.

Embora não se podendo assentar aí o fundamento do recurso de embargos, essa facilidade de compor um juízo de reexame pela produção de novas provas ou pelo combate entre o vencido e o juiz, deve ter influenciado a concepção portuguesa dos embargos, desaparecido todo e qualquer caráter de

38. BRUNNER, ob. cit., pg. 25.

pugna com o julgador. Ademais causou efeitos, ainda, nos agravos, em que o magistrado assume quase o papel de parte pois, estando em causa o seu despacho ou sentença, êle se defende das alegações do agravante, **sustentando** seu pronunciamento em face do ataque desferido.

No período de ascendência dos francos, tomando-se a divisão adotada por BRUNNER, surgiram as côrtes de recursos, consentindo-se ao litigante apelar para o tribunal do Rei, o qual, contrariamente ao juízo inferior, “no está vinculado a las “reglas probatorias del Derecho popular”.³⁹

19. Nesse estágio do direito germânico, segundo o testemunho de ALFREDO BUZAID⁴⁰, inexistiam limites ao direito de recorrer. À medida que surgissem, as **questões substanciais e processuais** iam sendo decididas e a sentença ensejava sempre apelação, qualquer que fôsse o momento processual. O recurso tinha o dom de impedir a preclusão, que se operaria no caso de a parte conformar-se com a decisão proferida, que assim se tornava imutável. Tal asserto confirma-o EICHMANN ao observar que o rigor da forma atingiu entre os germanos (o autor possivelmente refere-se ao procedimento saxônico) um nível assaz elevado, a ponto de o réu precisar rebater linha por linha às afirmativas do demandante sob pena de, mais tarde, não lhe ser permitido fazê-lo, tomando-se por verazes as declarações do autor desde que o demandado não lhes tivesse oposto, incontinenti, no

39. ob. cit., pg. 81.

40. ob. cit., pg. 22.

momento oportuno, sua impugnação⁴¹. O processo germânico representa o triunfo da forma, disse LIEBMAN⁴². Explica BRUNNER que, exatamente na conformação rigorosa dos atos processuais às prévias determinações formalísticas, repousava a segurança do acêrto da decisão alcançada, sendo, pois, insignificante a intromissão do juiz. Observa êsse mesmo autor que o formalismo atingiu seu apogeu no período por êle dito como do império alemão, que vai até o século XV. Nesta época, “el procedimiento ante tribunal se caracteriza por un formalismo estilizado casi al máximo y que se extiende al más minucioso detalle”.⁴³

20. Ressalta LIEBMAN que no antigo direito germânico, avassalado por um primitivismo de grandes proporções, dominava ainda o emprêgo da vingança privada à época do estabelecimento dos povos bárbaros no Império do Ocidente⁴⁴.

Em sua fase primária prevalecia entre êles a penhora privada, alheia a qualquer procedimento prévio, ou mesmo posterior. Desconhecia-se a execução forçada, com caráter judicial. Uma vez que o vencido prometera cumprir a sentença contra êle lançada e não o fazia espontâneamente “estaba factado el demandante a proceder, con observancia de ciertas formalidades, a la prenda extrajudicial y procurarse asi satisfacción”.⁴⁵ A ela não se

41. EDUARDO EICHMANN — El derecho procesal según el Código de Derecho Canónico, pg. 25 — Edição. Bosch, Barcelona, 1931 — tradução de NICOLAS S. DE OTTO e AMBROSIO SANZ LAVILLA.

Veja-se, também, LIEBMAN; ob. cit., pg. 39.

42. ob. cit., pg. 39.

43. ob. cit., pgs. 175 e 176.

44. ob. cit., pg. 37.

45. BRUNNER, ob. cit., pg. 27.

podia opor o devedor a não ser depois que, em seu benefício, algumas leis surgidas no período de hegemonia dos francos, tornaram a penhora subordinada a uma autorização do juiz, obtida, contudo, mediante a simples afirmativa do credor, desacompanhada de formalidades processuais outras.

Por último, dispositivos da lei sálica reconheceram em favor do devedor o direito de, quando considerasse injusta ou abusiva a efetivação da penhora, pleitear uma indenização pelos danos sofridos, tarifada de antemão, ou levar “o contraditório ao tribunal do rei acusando o credor : iniuste “ad pignoracionem invitasti”.⁴⁶

O debate em torno da execução, portanto, era limitadíssimo : o máximo que se consentia ao devedor consubstanciava-se na queixa contra a penhora injusta ou resultante de abuso do credor.

21. No tocante à existência da possibilidade duma revisão na sentença viciada ou iníqua, os germanos reduziram os meios de defesa da vítima aos recursos contra a decisão, conforme leciona BUENO VIDIGAL, *in verbis* : “tôda e qualquer injustiça “da sentença, resultante de errores in procedendo “ou in judicando, só poderia ser corrigida por meio “de recurso”.⁴⁷

22. Lícito concluir-se, do confronto dessas observações, que no direito germânico, inicialmente, inexistiam recursos para a mesma autoridade prolatora da decisão e, ainda, que os germanos faziam repousar nos recursos contra o julgamento

46. LIEBMAN, *ob. cit.*, pg. 43.

47. *ob. cit.*, pg. 26, n. 18.

o meio único de golpear a sentença, desconhecendo quaisquer outros elementos de ataque ou defesa contra ela, depois de firme, seja para rescindí-la ou para neutralizar-lhe a executoriedade. Mais tarde porém, numa época em que Portugal já conhecia os embargos, os alemães do século XVI passaram a dispor do recurso de súplica, interposto para o mesmo tribunal que julgara a causa.⁴⁸

48. BRUNNER, ob. cit., pg. 314, nota **.

CAPÍTULO TERCEIRO

DIREITO CANÔNICO

SUMÁRIO :

23. Direito Processual Canônico — 24. Origens do processo canônico — 25. Os recursos no processo canônico — 26. Divisão do processo em fases — 27. Regresso ao Direito Romano — 28. Conclusões.

23. Poucos subsídios encontramos no estudo do Direito Canônico, relativamente ao tema que nos preocupa, com os seus consectários lógicos e reflexos naturais no processo civil. O processo canônico não enseja novidade de vulto aos que o observam. Sem embargo de ELOY MONTERO afirmar que o direito processual canônico “es hoy “uno de los más claros, racionales y perfectos”⁴⁹ bem outra é a realidade, com as exceções que sempre justificam as regras. Mais dura, incomparavelmente mais dura, é a crítica que lhe faz SCHMIDT, transcrito no livro de EICHMANN. Diz

49. Prefácio citado, pg. XVI.

o autor aludido que “el proceso canónico no es “más que una creación secundaria y falta de originalidad que encontró ya sazonado el proceso “propio de los estados italianos del norte a los que “meramente copió; es por tanto en su substancia y “en toda su estructura lombardo y el derecho romano no fué más que muestra de la que en algunos de sus puntos libremente se sirvió”.⁵⁰

24. Resultou o processo canônico duma associação de princípios germânicos e romanos, ao lado de outros, francos e longobardos. É o que assevera EICHMANN, para quem “es de importancia “para el desarrollo del procedimiento procesal eclesiástico el ingreso en el gremio de la Iglesia de los “germanos y particularmente de los longobardos y “francos”.⁵¹ BUZARD; com apoio no mesmo autor, do qual aproveita, até, frase imediatamente posterior à que vimos de enunciar, leciona que “o direito “romano e o direito germânico influíram na elaboração da estrutura do direito canônico. Mas êste, “em suas linhas gerais, era substancialmente romano. Nenhuma dificuldade encontra o pesquisador “moderno em repetir “secundum legem romanam ““quam ecclesia vivit” (Lex Ribuaría, 58,I) porque a “verdade é que a Igreja vive o direito romano”.⁵²

Radicalmente contrário a essa afirmativa mostrou-se HOMMEL, para quem o processo canônico era nitidamente germânico e não romano. Diz êsse autor : “Dicam ingenuè, licet fremant omnes, dicam tamen, illum tam celebrem iuris canonici processum, quantum a romano deviat, mihi omnino

50. ob. cit., pgs. 27 e 28.

51. idem, pg. 24.

52. ob. cit., pg. 23, nota 26.

“germanicum videri”.⁵³ Mas CHIOVENDA nem só rebateu como explicou essa posição absolutista do jurisconsulto tedesco, informando tratar-se de exagero não justificado que tinha suas razões e raízes no “nacionalismo” do escritor evocado. E remata o mestre italiano: “Yo pienso que, en la ciencia, el “patriotismo conduce fácilmente a errores”.⁵⁴

25. Data o recurso, no direito canônico, das primeiras épocas da Igreja. Ao princípio recorria-se “das sentenças proferidas pelos presbyteros, e bispos para os concilios diocesanos, e mais tarde para “os proprios papas ou suas delegações”.⁵⁵ Num dado momento encontraram as partes certas dificuldades originadas do caráter de irrecorribilidade conferido às sentenças dos bispos. Com efeito, escreveu EICHMANN que no século IV fôra atribuída aos bispos certa jurisdição de natureza civil, e a êstes podiam os litigantes dirigir-se em qualquer fase do processo, por mais avançada que fôsse ela. Acrescenta o autor que a decisão episcopal “no podía suspenderse por ningún medio ordinario ni “extraordinario de derecho y debía ser puesta por “obra por el juez ordinario”.⁵⁶ No mesmo sentido afirma REZENDE FILHO, esclarecendo, todavia, que depois de algum tempo “estabeleceu-se a prática de recurso para o Bispo de Roma, o qual, por “êsse meio, acabou tendo ação sôbre todo o mundo “católico, criando a unidade da jurisprudência canônica”.⁵⁷ Vista assim, à primeira, tal lição parece

53. apud CHIOVENDA — Romanismo y Germanismo en el proceso civil — in Ensayos, ob. cit., pg. 308, nota 19.

54. idem, pg. 336.

55. FRAGA, ob. cit., vol. III, pg. 30.

56. ob. cit., pg. 20.

57. ob. cit., vol. III, pg. 92.

afrontar os dizeres de ALMEIDA E SOUZA que afirma o seguinte: "... nos primeiros Sèculos da "Igreja os Bispos com seus Presbyteros sentenciavão as causas; que raras erão as Appellações, e estas para o futuro Concilio Diocesano, que se fazia "duas vezes no anno, ou para o Provincial: Que os "Canones dos Concilios de Nicea e Sardique; as "falsas Decretaes de Izidoro, incorporadas no Decreto de Graciano franquearão e introduzirão o "uso (que passou a abuso) das Appellações para o "Papa, e para as suas Delegações, etc."⁵⁸ O contraste é mais aparente do que real. Bem pesadas as afirmativas de ambos os autores o que se pode colhêr é a evidente identidade de seus pontos de vista, com ligeiras variantes, incapazes de pô-los em choque. Ainda que se atribuísse irrecorribilidade às decisões episcopais, tal situação não perdurou e posteriormente chegou-se a princípio diverso que culminou quando foi conferido ao Bispo de Roma — o Papa — recurso contra tôda e qualquer sentença, princípio hoje aplicável num grau verdadeiramente absoluto, não importando, para a viabilidade do recurso, sequer a fase em que o processo se encontra.⁵⁹

26. Ensina EICHMANN que "el proceso canónico es una obra de gran unidad en que cada "una de las actuaciones van dirigidas a un fin determinado y único. Ello no obstante, a fin de evitar "enmarañamientos en el proceso y de conseguir seguro y lógico desarrollo y toda suerte de depuración, se le divide en períodos, *termini* o *stadia*, que "forman secciones independientes entre sí y se su-

58. ob. cit., vol. II, pg. 61.

59. EICHMANN, ob. cit., pg. 29.

“ceden las unas a las otras (Reihenfolge:princip),
“de forma que determinadas actuaciones procesa-
“les, de no ser practicadas a su tiempo corren el peli-
“gro de ser luego excluidas”.⁶⁰ Por estar ordinària-
mente dividido nessas várias e sucessivas fases,
era o recurso, no processo canônico, considerado
indispensável, afim de evitar-se a preclusão. Daí
porque consentia-se às partes que apelassem de
todos os incidentes ocorridos e de cuja solução pu-
desse resultar-lhes um dano ou prejuízo.

Essa sequência de preclusões faz com que o
processo civil da Igreja aproxime-se, em sua estru-
turação, do procedimento germânico ao qual, evi-
dentemente, se aparenta. Diz porém ALFREDO
BUZAID que o primeiro foi disposto com maior sa-
bedoria, melhor regulado, atingindo, portanto, ní-
vel mais elevado de tecnicidade.⁶¹

27. A facilidade de recorrer que acima vimos
retratada acarretou um visível acúmulo de recur-
sos, com que em breve a justiça eclesiástica teve
de defrontar-se. Situação insustentável, como é
óbvio, proporcionou a introdução de alterações ten-
dentes a corrigí-la. Daí decorreram as deliberações
tomadas no Concílio de Trento, objetivando pres-
crever para o *ius canonicum*, “nesse particular, as
“mesmas prescrições do direito romano, isto é,
“admittiu como regra a appellação de toda sentença
“definitiva, e, excepcionalmente, ños dois unicos
“casos de decisões com força de definitivas ou das
“que contivessem damno para a parte ven-
“cida”.⁶²

60. ob. cit., pg. 30.

61. ob. cit., pg. 24.

62. FRAGA, ob. cit., vol. III, pg. 30.

28. Ao contrário do que ocorre com as legislações laicas, a execução, no Direito Canônico, sempre foi considerada processo administrativo⁶³, não obstante EICHMANN referir-se à *actio iudicati* quando trata da execução⁶⁴. Do que ensinam os autores inexistem embargos do executado. Mas “El juez, aun frente a la sentencia que ha pasado en “autoridad de cosa juzgada, debe ordenar la suspensión de la ejecución si, antes de iniciarse ésta, “se propuso la querrela de nulidad o la restitución “*in integrum* o la oposición de tercero”.⁶⁵ Desta forma o Direito Canônico contempla, afora os demais recursos, apenas a “querrela nullitatis” e a “restitutio in integrum” como elementos de que pode a parte valer-se contra a sentença, às vezes conseguindo suspender a fluência da execução.

63. FERNANDO DELLA RÓCCA — *Instituciones de Derecho Procesal Canónico* — pg. 383, n. 184 — Ediciones Desclee, de Brouwer — Buenos Ayres, 1950 — tradução de PACÍFICO DE IRAGUI. Veja-se, também, HERNANDEZ, ob. cit., pg. 347.

64. ob. cit., pg. 261.

65. DELLA ROCCA, ob. cit., pg. 387, n. 187, *in fine*.

CAPÍTULO QUARTO

OS EMBARGOS DO EXECUTADO

S U M Á R I O :

29. Origens — 30. Pesquisa dos juristas italianos — 31. Teoria de MARTINO DE FANO — 32. Actio iudicati e “officium iudicis” — 33. Direito francês — 34. Embargos do executado — 35. Conclusões.

29. Antes de passarmos, ao próximo capítulo é de mister uma breve digressão, para que pesquisemos o momento e o local em que apareceram os embargos do executado, revestidos de importância muito grande para a análise do desenvolvimento do recurso de embargos de nulidade e infringentes do julgado.

A tendência germânica da atuação do direito pela força e o princípio romano da repetição do procedimento para a exigência do crédito reconhecido na sentença, representam duas concepções antagônicas que, não obstante, se entrosaram para dar lugar ao surgimento de uma nova conceitua-

ção jurídica, lançada no período que se tem denominado do “direito comum” e que teve início com o reflorescimento dos estudos romanísticos, através das universidades italianas, no século XII.

O choque dos dois direitos, o romano e o germânico, pôs a nu as vantagens e desvantagens de cada um. Se, de um lado, os germanos agiam com a máxima rapidez, beneficiando os interesses do credor, do outro, os romanos proporcionavam ao devedor maiores garantias de uma justa e equitativa solução. Mas essas garantias, por seu turno, constituíam-se em poderosos entraves ao progresso das relações comerciais, numa época em que o comércio estava em franco desenvolvimento. A procrastinação era perniciosa às comunas italianas da Idade Média.

30. Os doutôres iniciaram, então, um trabalho de pesquisa que lhes pudesse fornecer a chave do problema, a libertação da demora acarretada pela **actio iudicati**, com a repetição de todos os termos e fórmulas do procedimento de cognição, e, ao mesmo tempo, um mínimo de segurança para o executado, afim de que não ficasse entregue, inerte, à própria sorte, como entre os germanos acontecia.

31. Aí é que surgiu a teoria de MARTINO DE FANO⁶⁶, jurista do século XIII, da “*imploratio officii iudicis*” que consistia, através do aproveitamento da velha distinção do conceito de jurisdição em **notio** e **imperium**, em prescrever para o processo, que se iniciava na fase executória posterior à condenação, formas mais breves e curtas do que para a ação de conhecimento. Então aparece

66. LIEBMAN, ob. cit., pg. 66, n. 34.

a execução feita *brevisiter*, com o emprêgo do *officium iudicis*. Esse procedimento era atribuído nem só aos que se apresentassem em juízo com uma sentença condenatória proferida em seu favor, como, também, aos que exhibissem “instrumenta guarentigata”, os quais eram equiparados à sentença, nos seus efeitos, dado que lavrados em presença do notário e considerados verdadeiras confissões, aplicando-se-lhes o princípio romano de que “*confessus pro iudicato habetur*”.

32. Assim passaram a coexistir a *actio iudicati*, com tôdas as formalidades que a tornavam morosa, e o “*officium iudicis*”, primeiro resultado eficaz encontrado para dar celeridade à execução. Esse o ensinamento de GIOVANNI FASOLO, endossado por DURANTI em seu “*Speculum*”⁶⁷. A *actio iudicati* ainda prevalecia quando a sentença fôsse ilíquida ou, então, quando devesse ser executada perante outro juízo, a cujo *imperium* não era possível recorrer, por não ter sido nêle proferida a decisão exequenda.

No procedimento em que o magistrado, pelo poder de *imperium*, exercia o seu officio, concedia-se, entanto, uma breve cognição através da qual pudessem ser alegada a nulidade da sentença, afim de que não fôsse o devedor prejudicado com uma execução fundada em título inábil. Maior relêvo adquiria essa possibilidade em se tratando de títulos não sentenciais, mas equiparados às decisões obtidas em juízo.

33. Foi só no direito francês do Midi, todavia, que surgiram os primeiros contornos precisos do instituto que hoje é amplamente vitorioso, deno-

67. LIEBMAN, ob. cit. pg. 70, n. 37.

minado em nosso meio “embargos do executado”. Recebendo e desenvolvendo as noções transmitidas pelos juristas italianos do Século XII, os francos criaram um sistema novo pelo qual uma vez iniciada a execução o devedor não a poderia fazer parar, afim de discutir os vícios da sentença e a sua própria validade ou nulidade. Mas êsse rigor, como é natural que acontecesse, acabou tendo de ser abrandado, e o foi, de forma a consentir-se na suspensão do “processus executivus” em certas e determinadas hipóteses, mediante a garantia prévia do juízo: *garnie la main de la justice*.

34. Ao contrário, porém, do que vigia na Itália, em vez de apresentar uma exceção, ou defesa, perante o juiz que estava executando a sentença, o devedor, no direito francês, viu-se na contingência de propor uma ação incidente, que é ainda hoje o caráter predominante dos embargos do executado. É a ação do executado contra a execução, ou contra a sentença. Não se trata de recurso ou defesa tendente à impugnação do “pedido nas execuções de “sentença” como afirmou PONTES DE MIRANDA⁶⁸, certamente por descuido.

Tem plena justificativa a necessidade da propositura duma ação, ao invés de simples contrariedade ao pedido, porque na Gália a execução competia aos oficiais subordinados do juízo, os “sergents du Roi”, que não tinham, obviamente, competência para conhecer das possíveis defesas ou exceções de que o devedor dispusesse e desejasse argüir.

35. Dêsse ponto de partida, que assume in-

68. Embargos, prejulgado e revista no direito processual brasileiro — pg. 94 — A. Coelho Branco F.º editor — Rio de Janeiro, 1937.

vulgar importância no estudo do processo executório, lançaram-se frutiferamente os doutôres para a construção de tãda a teoria dos embargos do executado, seu alcance e finalidade, como medida opo-nível na execução, de que nos dá excelente notícia, em trabalho primoroso que serviu de guia à elaboração dêste capítulo, o Professor LIEBMAN⁶⁹.

Os embargos do executado, portanto, tendo a característica de ação proposta pelo vencido contra a execução ou a sentença, tiveram origem no direito gaulês da Idade Média, desenvolvendo-se após o impulso que os estudiosos italianos haviam dado à teoria romana da *actio indicati*, para cujo impulso contribuiu decisivamente MARTINO DE FANO ao isolar o conceito do “*officium iudicis*”, na execução.

69. ob. cit.

CAPÍTULO QUINTO

DIREITO PORTUGUÊS

SUMÁRIO :

36. Formação do Direito português — 37. Lição de BUZAID — 38. Opinião de ALMEIDA E SOUZA — 39. Primeiras leis processuais — 40. Pedidos de reconsideração — 41. Contraste de duas tendências — 42. Período anterior às Ordenações — 43. Código Afonsino — 44. Coexistência de dois tipos de embargos — 45. Destaque necessário — 46. Afastamento do “bis in idem” — 47. Traço de união entre os embargos nos Direitos francês e português — 48. Conclusões.

36. Ao cotejarmos as opiniões dos autores a respeito do aparecimento e evolução do direito português observamos que êles apontam, com lugar de destaque, as influências romanas, germânicas e canônicas que impregnaram as primeiras produções jurídicas lusitanas.

Espelhando essa preponderância o direito português ora é alvo de encômios, ora de ataques.

37. ALFREDO BUZUID nos afiança que: “o direito germânico, impôto aos vencidos no período das invasões, exerceu por séculos sua influência, até o estabelecimento da Monarquia; entrando daí por diante em declínio, cedeu lugar ao direito canônico, amplamente difundido pela Igreja, e ao romano, reflorescido, então, sob os auspícios da Escola de Bolonha”.⁷⁰ Todavia essa especificação, ressalva-o o próprio escritor, “não significa que tenham sido os únicos, porém os mais importantes na formação do direito comum e particularmente do processo civil português dos primeiros tempos da independência. Outros elementos, como o árabe, o franco e o hebraico (MANUEL PAULO MERÊA, *Resumo de História do Direito Português*, pgs. 60 e 61) exerceram também sua influência, mas em proporções muito reduzidas”.⁷¹

38. ALMEIDA E SOUZA afirma, em igual sentido, que é bastante acentuada a colaboração prestada ao direito de sua pátria por êsses contingentes a que nos vimos de referir. Dedicou o exímio jurista de Lobão diversos capítulos de sua obra ao estudo dos antecedentes romano-canônicos do direito português (Secções I e II) e, ainda, assevera textualmente, quanto aos germânicos, que “os nossos Estatutos da Universidade L. 2 T. 6 C. 3 § 26, nos estão ensinando que pelo **Código das Leis Góticas** se regeu por muito tempo a Nação Portuguesa, antes de ter Leis próprias e privativas: o mesmo repetem no Tit. 3, Cap. 9, § 4.^o No § 10, se nos ensina que esses primeiros Foraes são Leis Muni-

70. ob. cit., pgs. 15 a 17.

71. idem, pg. 17, nota 6.

“cipaes. E tudo forão fontes remotas de algumas “nossas Legislações”.⁷²

39. Anteriormente ao rei D. Affonso III pequena fôra a atenção dos juristas lusos para os problemas e regras do processo civil. Durante o período de govêrno dêsse monarca foi que surgiram as primeiras preocupações com essa disciplina, passando ela a estruturar-se e vindo, finalmente, a encontrar sua consagração no direito das ordenações, no qual se lhe destinou todo um livro da legislação compilada e posta em vigor: o terceiro. É essa a lição de BUZAID, que busca amparo nos dizeres de MERÊA. Para êle foi a partir de D. Affonso III que os portuguezes, digamo-lo assim, “enxer-garam” o processo civil.⁷³ Não é de outro tom o ensinamento de FRAGA, ao dizer que: “no anno “de 1.211 e reinado de AFFONSO II, terceiro rei “lusitano, certamente digno de melhores tempos, “na phrase de MELLO FREIRE, já foram consti-“tuidos juizes em varios logares e tribunaes para “conhecerem dos litigios, em segunda instancia, e, “sob AFFONSO III, a materia das appellações foi “inserta no Codigo das Leis Lusitanas, denomina-“do Ordenações Affonsinas, por elle promulgado no “ano de 1.251”.⁷⁴

40. Leciona PEREIRA E SOUZA que o apa- recimento, entre os recursos admitidos em Portu- gal, dos embargos, desconhecidos nos primórdios da monarquia, remonta à supressão dos tribunais deambulatórios, adicionando ALMEIDA E SOUZA

72. ob. cit., vol. II, pg. 95

73. ob. cit., pg. 28

74. ob. cit., vol. III, pgs. 35 e 36

que a medida era até então desconhecida.⁷⁵ Das palavras de PEREIRA E SOUZA extrai-se a conclusão de que os primeiros tribunais de instância superior instituídos no reino de Portugal eram itinerantes e que exatamente quando essas côrtes perderam sua característica de andantes para se fixarem em lugar certo foi que os pedidos de reconsideração passaram a grassar. Eis o que afirma o autor reinol: “No principio desta Monarquia erão “desconhecidos os Embargos offensivos da Sentença. A origem deste Recurso proveio do uso do “Fôro, principalmente depois que os Tribunaes de “Appellação deixárão de ser deambulatorios”⁷⁶.

O aparecimento dêsse recurso, fundado na prática do fôro, deve levar-se à conta das inúmeras dificuldades com que se debatiam as partes na interposição do seu apêlo. Daí porque surgiram os pedidos de reconsideração, endereçados ao próprio juiz prolator da sentença impugnada. É o que colhemos em PONTES DE MIRANDA: “A difficulda- “de no apelar, em parte devida à deficiência e aos “rigores do direito relativo aos recursos nos ve- “lhos sistemas jurídicos, suggeriu o pedido de recon- “sideração das sentenças, ou para declará-las (em- “bargos de declaração), ou para modificá-las, isto “é, alterá-las em algum ponto, ou alguns pontos “indicados, em virtude de razão sufficiente (embar- “gos modificativos), ou para as revogar, no todo, ou “na parte principal (embargos offensivos)”⁷⁷.

41. Desde os tempos mais remotos observa-se essa luta de duas tendências: facilitar os recursos,

75. SOUZA, ob. cit., tomo II, pg. 6, nota 594 — LOBAO, ob. cit. vol. II, pg. 8

76. ob. cit.

77. Embargos, Prejulgado e Revista, pg. 94

o que importa em procrastinar a decisão do feito, escolha formulada pelo direito germânico; ou restringir os meios de impugnação à sentença, o que pode acarretar maior celeridade no encontro do desfecho final da causa, fórmula adotada pelo direito romano. Em nosso direito iremos encontrar os reflexos dessa disputa, que ecoou consideravelmente na legislação pátria, fato percebido e salientado por ALCIDES DE MENDONÇA LIMA.⁷⁸

Os litigantes derrotados jamais se convencem de não ter razão. Daí ocorrer êsse fluxo e refluxo. Quando a grita contra a demora atinge um nível muito elevado, diminuem-se os recursos. Mas os perdedores conseguem, sempre, num trabalho pertinaz, restabelecer aos poucos o anterior sistema, às vezes introduzindo até recursos novos. Está nêsse caso o pedido de reconsideração, apontado como semente da qual germinaram os embargos, aspecto que ficou muito bem ressaltado no trecho acima transcrito de PONTES DE MIRANDA. Outra coisa não aconteceu com a “supplicatio” dos romanos, “sopricação” dos portugueses e, agora, com a nossa tão conhecida “correição parcial”.

42. O direito português anterior à compilação Afonsina admitia apenas os embargos modificativos, desconhecendo os ofensivos. Apenas aqueles foram incluídos no texto das Ordenações. PONTES DE MIRANDA destaca-o suficientemente: “As “Ordenações Afonsinas desconheciam os embargos **“ofensivos”**.”⁷⁹

78. A recorribilidade dos despachos interlocutórios no Código de Processo Civil brasileiro, pg. 5 (Separata do livro Estudos Jurídicos em Memória de EDUARDO J. COUTURE — Montevideu, 1957)

79. Embargos, Prejulgado e Revista, ob. cit., pg. 96

Aliás a doutrina processual e a jurisprudência vieram a sofrer os efeitos dessa classificação dos embargos em ofensivos e modificativos, tendo pago pesado tributo à falta duma distinção exata entre um e outro. Modificativos eram os embargos que não atingiam a sentença, com o intuito de “desconstituí-la”, como diria PONTES DE MIRANDA, mas apenas para modificar o comando nela contido, pela superveniência de fatos que afastassem a sua incidência. Miudeando a questão, eram modificativos os embargos que não se destinavam a atacar a coisa julgada mas a argüir um fato novo, posterior à sua formação e tendente a, respeitando-a embora, amenizar-lhe ou evitar-lhe os efeitos. Tais eram, por exemplo, o pagamento após a sentença, a novação, a prescrição, a compensação, etc. Esses acontecimentos, operando no sentido de neutralizar as consequências do julgamento não intentavam, todavia, retirar-lhe um de seus fundamentos ou suportes. Já os embargos ofensivos eram aqueles que se voltavam contra a decisão em si, cuja própria validade atingiam, com a argüição de fatos anteriores à sua prolação, abalando destarte mesmo a coisa julgada que já se formara, pela preclusão ou esgotamento dos recursos cabíveis.

43. As Ordenações Afonsinas, consolidando as regras legais vigentes em Portugal, acolheram apenas os embargos modificativos, segundo observa PONTES DE MIRANDA, os quais não se destinavam a ofender a coisa julgada. Eram postos à arrematação: “os primeiros a serem admitidos foram os “modificativos, de que falam as Ordenações Afonsinas, Liv. III, tit. 105 (embargos à arrematação)”⁸⁰

80. ob. e pg. cit.

Incluídos nessas Ordenações, ao final da primeira metade do século XV (neste ponto cumprenos retificar o equívoco em que incorreu FRAGA, pois não foi Affonso III, em 1251, como êle afirma, mas Affonso V, em 1446 ou 1447, quem promulgou as primeiras Ordenações do Reino) os embargos passaram às Ordenações Manoelinas, de 1521, e finalmente foram mantidos nas Ordenações Filipinas de 1603. Estas últimas disciplinaram-nos em vários pontos e títulos, com a multiplicidade de efeitos que decorre da própria diversidade de acepções que o vocábulo apresenta, atribuindo-lhe significado idêntico ao que viera da anterior, mas que inexistira na primeira : o de ofender a sentença. De simples meio de modificá-la, sem golpear a coisa julgada, passaram os embargos, a partir das Ordenações Manoelinas e continuando pelas Filipinas, a constituir-se em elemento hábil à “desconstituição” do julgado.

Como recurso, oponível à sentença ainda não transitada em julgado, teve maior explicação no Livro III, Título 66, § 6.º *in verbis* : “E depois que o “Julgador der huma vez sentença diffinitiva em “algum feito, e a publicar, ou der ao Scrivão, ou “Tabellião, para lhe pôr o termo da publicação, não “tem mais poder de a revogar, dando outra contraria pelos mesmos autos. E se depois a revogasse, e desse outra contraria, a segunda será nenhuma, salvo se a primeira fosse revogada per via de “embargos, taes que per Direito per o nelles allegado, ou provado a devesse revogar. Porém, se o Julgador der alguma sentença diffinitiva, que tenha “em si algumas palavras escuras e intrincadas, “bem a poderá declarar; por que outorgado he per

“Direito ao Julgador, que possa declarar e interpretar qualquer sentença per elle dada, ainda que se-
“ja diffinitiva, se duvidosa for: E não sómente a
“esse Julgador, que a sentença deu, mas ainda ao
“que lhe succedeo no officio de julgar, salvo se for
“nosso Desembargador, porque então se guardará
“tambem na diffinitiva, para a poder interpretar, c
“que dissemos no Titulo (65): **Das sentenças inter-
“locutorias.** E da dita declaração e interpretação
“poderá a parte que se sentir aggravada, appellar
“no termo do Direito, e sendo a quantidade tal, em
“que caiba appellação”.

(Fala o texto dos embargos às sentenças de primeira instância, cujas características ligeiramente os diferenciam dos embargos aos acórdãos, previstos em outro título, como adiante veremos.)

Esse texto compreende os embargos já em suas acepções hoje tradicionais, de declaratórios ou revogatórios da sentença. É tratamento diverso do que fôra dispensado à matéria nas Ordenações de Affonso V, quando apenas à execução se admitiam embargos. A evolução operada entre o primeiro e o terceiro teor das Ordenações, em espaço de século e meio, deu aos embargos o caráter de recurso propriamente dito, atribuindo-lhes finalidade de atacar a sentença antes do seu trânsito em julgado, contrariamente ao que ocorria até então, eis que os embargos eram postos à arrematação, apenas quando já se formara a “res iudicata”.

44. A alteração, porém, não importou em excluir os embargos oferecidos na execução da sentença, como defesa-ataque do vencido. Estes foram mantidos, duplicando-se as hipóteses de cabimento

do recurso. Essa separação manifesta-se mais nitidamente no Título 87, onde se lê que os embargos devem ser interpostos na **execução**, em seis dias da feitura da penhora, e ainda que são admissíveis contra a sentença definitiva, na Chancelaria, os mesmos embargos consentidos à execução, segundo se vê no parágrafo 4.º. MORAES CARVALHO assim resume os dizeres da Ordenação: “Os embargos offensivos são unicamente admissíveis em dois casos: 1.º. Quando o embargante jura que novamente vierão à sua notícia, depois que a sentença foi dada; 2.º. Quando elles são de restituição; **Ordenação, livro 3, título 87, § 2 e 5.** São sempre admissíveis os embargos modificativos que não offendão nem desfação a sentença; **Ordenação dita, § 1**”.⁸¹

A lição de MORAES CARVALHO, a nosso ver, merece reparos. Em verdade o § 1.º do título 87 não restringe os embargos a modificativos, com exclusão dos offensivos. Coexistiam os dois tipos, perfeitamente mencionados, tanto assim que aos offensivos acrescentam-se, também, os modificativos, como se pode ler: “E os embargos, com que as partes condenadas poderão vir dentro do dito tempo, são todos os embargos de nullidade, assi como, que a sentença foi dada contra parte não citada, ou que foi dada contra outra sentença, que foi dada por peita, ou preço, que o Juiz houve, ou per falsa prova, ou per Juiz incompetente em parte, ou em todo, ou sobre bens de raiz sem procuração, ou citação da molher, ou com falso Procurador, ou ou-

81. Praxe Forense ou Directorio Pratico do Processo Civil Brasileiro, tomo III, pgs. 7 e 8 — Editores Laemmert, Rio de Janeiro, 1850.

“tros semelhantes, per que se conclua segundo Di-
“reito a sentença ser nulla. E bem assi poderão vir
“com embargos de compensação, e outros quaes-
“quer, que forem de qualidade, que não offendam,
“nem desfaçam a sentença já dada contra o conde-
“nado: os quaes embargos sobreditos se receberão,
“sendo em fórmula que sejam de receber, posto que os
“não houvesse de novo, se já na causa principal não
“foram allegados”. Os embargos ofensivos, de nuli-
dade, são previstos lado a lado com os modificati-
vos, de “compensação ou outros quaesquer”.

Segundo atesta PONTES DE MIRANDA não
houve alteração no instituto, que permaneceu tal
qual o previra a Ordenação, ocorrendo, apenas,
uma liberalização no seu emprêgo. Diz o autor: “Na
“interpretação das Ordenações Filipinas, os embar-
“gos passaram a ser oponíveis a tôda e qualquer
“sentença, segundo a legislação pátria, conforme
“dizia o Alvará de 6 de dezembro de 1813”.⁸²

45. Nessa evolução algo há que nos parece ter
sido pouco salientado, mas que assume papel de ca-
pital importância na análise do instituto. É que do
inicial pedido de reconsideração, veiculado contra
a sentença quando maiores eram os obstáculos pos-
tos à apelação, nada ou quase nada restou. As Or-
denações Affonsinas transformaram-no de típico
recurso de retratação em arguição oponível pelo
executado, após o trânsito em julgado da sentença
final, para atacá-la.

46. Mais tarde, ao lhe ser dado o caráter dú-
plice de recurso e de oposição do executado à sen-
tença exequenda, surgiu na prática um sério pro-
blema, que inicialmente não deveria ter existido :

82. Embargos, Prejulgado e Revista, ob. cit., pg. 95

o do "bis in idem". De duas formas idênticas, em ocasiões distintas, poderia o vencido resistir à sentença : ou em embargos perante o juiz ou o tribunal que julgara a causa, como recurso, ou êses mesmos embargos, como defesa do executado, no juízo inferior, ao dar-se cumprimento à decisão. Em face do dilema os juristas portugueses tiveram de construir uma interpretação especial, intentando contornar o problema. Proibiu-se, então, que a parte, nos seus embargos, alegasse matéria velha, admitida apenas em casos excepcionais, expressamente previstos (Tit. 87, §§ 2.º e 5.º), ou que viesse com segundos embargos, a salvo que de matéria nova (Tit. 87, §§ 7.º e 10.º). Essas dificuldades eram inevitáveis. Ao passo que os demais povos amoldavam a teoria dos embargos apenas à execução, oponíveis pelo executado, os portugueses e, também, os brasileiros foram além e, em paralelas, instituíram a um só tempo, com finalidade quase que idêntica, os dois tipos de embargos.

47. Analisando o cabimento dos embargos do executado no velho direito francês, de que êles provieram, ensina LIEBMAN que o vencido poderia atacar a sentença por motivo de nulidade, "mas esta pode ser, além de uma nulidade de forma, uma nulidade de substância, através da qual se suscita a questão de mérito, ou seja, a subsistência do "débito".⁸³ Era exatamente a finalidade dos embargos no direito luso-brasileiro. Tanto a defesa-ataque do executado como o recurso do vencido tendiam a neutralizar os efeitos da sentença, imputando-lhe vícios de forma ou de fundo, nem só posteriores como também anteriores à sua prolação. E

83. ob. cit., pg. 100

tão bem perceberam os doutôres de antanho essa similitude de efeitos, em ambos os casos, que se viram na contingência de engendrar essa figura aparentemente estranha e hoje proscriita, dos **embargos remetidos**. (Liv. III, Tit. 86, § 3.º e Tit. 87, § 14). É que da observação de que os embargos, como medida posta ao alcance do executado, a igual que o recurso, levam, também, à “desaplicação da sanção”, como diria LIEBMAN, atribuiu-se a competência para o seu julgamento ao próprio tribunal prolator da sentença exequenda, impressionados os juristas da época com a hierarquia funcional existente na magistratura.

E é pena que o brilhante professor italiano, a cujo convívio devemos a “Escola Processual de São Paulo”, não tivesse dado a necessária atenção a esse aspecto do problema, solucionado já há muitos anos, de forma idêntica à que êle veio preconizar, em conclusões que para os juristas brasileiro-portuguêses não poderiam ter qualquer sabor de novidade. Aliás em trabalho escrito um decênio após à segunda edição das “opposizioni di merito”, o notável autor, residindo em São Paulo, faz alusão em mais de uma passagem aos embargos do executado e aos embargos remetidos, certificando-nos de que se a matéria tivesse sido examinada anteriormente por certo teria ensejado ao mestre uma análise de modo talvez diverso dos embargos do executado, sopesada, então, a contribuição de juristas portuguêses antigos.⁸⁴

48. O estudo do direito português, em sua evolução, demonstra que os pedidos de reconsidera-

84. Processo de Execução — Editora Saraiva, São Paulo, 1946

ção serviram de origem aos embargos. Estes porém perderam a característica de simples retratação para encarnar dois papéis diversos, que lhe foram atribuídos após alguns séculos do aparecimento dos aludidos pedidos. A semelhança existente, em certas hipóteses, dos embargos do executado, em sua primeira concepção, a dos francêses, com o pedido de reconsideração, deve ter sido responsável pela fusão dos dois num só : os embargos, oponíveis na fase recursal ou executória, como vimos.

O pêso dessa aproximação marcou todo o evol-
ver dos embargos, dado que os confundiu e nivelou.

Essa coexistência de meios para dar combate à mesma sentença, contribuindo para o afeamento da técnica, infiltrou-se em nosso direito, vindo refletir até mesmo no Código Nacional, como veremos oportunamente.

CAPÍTULO SEXTO

DIREITO BRASILEIRO

S U M Á R I O :

§ 1.º. Período imperial: 49. Continuidade das leis portuguesas — 50. Primeiras substituições — 51. Regulamento n.º 737 — 52. Conservados os embargos — 53. Meio século de improdutividade — 54. Consolidação RIBAS — 55. Conclusões.

§ 2.º. Período republicano — I. Regime da legislação estadual: 56. Pluralidade de leis processuais — 57. Justiça Federal — 58. Distrito Federal — 59. Código carioca — 60. Leis dos Estados — 61. Embargos nos códigos estaduais — 62. Proibições — 63. Embargos do executado — 64. Procedimento nos embargos — 65. Conclusões — II. Regime da legislação federal: — 66. Unidade legislativa — 67. Lei n.º 319 — 68. Decreto n.º 6 — 69. Código nacional — 70. Embargos do executado — 71. Conclusões.

§ 1.º. Período Imperial

49. Proclamada que foi a independência, não se poderia sequer pensar que, ato contínuo, fôsem editar-se outras leis para, “ex radice”, afastarem o direito positivo português que até então nos

regera, substituindo-o por legislação autóctone. O governo imperial recém constituído, por isso, tratou de manter em vigor os textos de leis portuguesas, pelos quais até àquela ocasião nos guiáramos, aguardando-se que, paulatinamente, fôsem sendo suprimidos, pela elaboração de leis brasileiras. Surgiu, para tanto, a lei de 20 de outubro de 1823, ordenando que se mantivessem em plena vigência as leis metropolitanas vigorantes até 25 de abril de 1821, ficando para serem revogadas à medida em que se operasse a respectiva substituição.

Continuou a viger no Brasil o direito das Ordenações.

50. Abrindo caminho às mudanças que com o tempo não poderiam deixar de ser introduzidas em nosso meio, foi baixada a primeira lei reguladora do processo civil: a disposição provisória acerca da administração da justiça civil, de 29 de novembro de 1832. À época, dada a facilitação com que eram admitidos os agravos e embargos, antes da sentença final, provocando grita generalizada por parte dos que viam procrastinar-se indefinidamente a solução dos litígios, o legislador pátrio, a exemplo do que ocorrera no direito positivo lusitano com a lei de 16 de maio, entendendo ser a medida inadiável, “revogou as leis que permittiam ás “partes replicas e treplicas, os embargos antes da “sentença final e os agravos de petição e instrumentos, que ficaram reduzidos a agravos no auto “do processo”, por intermédio do art. 14 da citada disposição.⁸⁵

85. CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO — Theoria e Pratica dos Embargos, pg. 37 — Typ. Revista dos Tribunaes, Rio de Janeiro, 1918

Esse corte, operado abruptamente, foi de curta duração. Já a 3 de dezembro de 1841, a lei n.º 261, também inspirada no figurino português, lançado nesse mesmo ano, introduziu inovações no processo civil, de que resultou serem restabelecidos os agravos de petição e instrumento, mantida, porém, a vedação que fôra imposta aos embargos antes da sentença final. Diz o art. 120 da lei em foco: “Fica revogado o art. 14 da disposição provisória, tanto na parte que suprimiu as réplicas e tréplicas, como naquela que reduziu os agravos de petição e instrumento a agravos no auto do processo, ficando em vigor a legislação anterior que não fôr oposta a esta lei”. Embora suficientemente explícito, foi o texto esclarecido pelo decreto n.º 143, de 15 de março de 1843, destinado a regulamentar a lei n.º 261, repetindo-se, em seu art. 33, que “Não se admitirão embargos antes da sentença final de quaisquer despachos ou sentenças interlocutórias, compreendidos os lançamentos e as decisões sobre agravos, quer proferidas pelas Relações, quer pelos juizes de direito. Excetua-se os embargos que nas causas sumárias servem de contestação da ação”.

51. Em 1850 o Direito Processual Civil brasileiro foi objeto da primeira codificação de grande envergadura que tivemos. Enfeixando em artigos consecutivos tôdas as disposições esparsas até então, o Regulamento n.º 737, de 25 de novembro, foi destinado a disciplinar o procedimento das causas comerciais.

Divergem os autores no apreciar o velho Código do Processo Comercial. Enquanto uns o elogiam, pode-se dizer, desmesuradamente, outros o criticam sem piedade. Entre aquêles é possível incluir

REZENDE FILHO⁸⁶ e ALFREDO BUZAID⁸⁷, que o qualificam de “obra notável” e “monumento legislativo”. Dentre êstes apontam-se FREDERICO MARQUES⁸⁸ e PONTES DE MIRANDA⁸⁹, que o consideram obra medíocre, de juristas inferiores. Diz, mesmo, FREDERICO MARQUES que “o famoso e decantado regulamento n.º 737 é um atestado “da falta de cultura jurídica, no campo do Direito “Processual, da época que foi elaborado”.

Aliás não é inexato, nem exagerado, afirmar que em matéria legislativa apenas o Código atual salva-se de tais invectivas, sem embargo de ser, ainda, bastante vulnerável.

52. À primeira vista tem-se a impressão de que êsse Regulamento reduzira os embargos a duas espécies: declarativos e de restituição. É o que se poderia extrair dos arts. 639 a 645, no Cap. I, do título destinado aos recursos. Aliás nesse engano incidiu LOPES DA COSTA, ao dizer que : “No Brasil, a lei de 29 de Novembro de 1832 (Disposição “Provisória) manteve os embargos contra as sentenças finais (Art. 14). O Regulamento 737, de “1850, apenas permitiu os embargos de restituição “de menores (Art. 639)”⁹⁰ Na sua esteira seguiu o Prof. MENDONÇA LIMA, cometendo o mesmo equívoco. Escreveu o mestre gaúcho que : “No Brasil, “a lei de 1832 manteve o remédio. Mesmo assim, o

86. ob. cit., vol. I, pg. 56

87. “PAULA BATISTA” — Atualidades de um velho processualista, pg. 6, n. 2 — São Paulo, 1950

88. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, pg. 129 Ed. Revista Forense — Rio de Janeiro — 1958

89. Ação Rescisória, ob. cit., pg. 77

90. Direito Processual Civil Brasileiro, vol. III, pg. 171 — Editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1948

“Regulamento n.º 737 não os contemplou, a não ser “os de restituição de menores (art. 639)”⁹¹

Mas logo o lapso desaparece pois, mais adiante, tratando da apelação, o legislador se refere aos embargos modificativos e ofensivos, infringentes do julgado. As regras dos arts. 639 a 645, restringindo os embargos aos de declaração e de restituição, prevaleciam apenas para a primeira instância; contra a sentença inferior e não contra as decisões de segundo grau, que eram atacáveis por embargos infringentes e de nulidade. É o que está disposto no art. 663, *in verbis* : “Estes embargos podem ser modificativos ou infringentes do julgado; nêles poderá alegar-se qualquer nulidade nos têrmos do Cap. I, Tit. II das nulidades, e quanto à matéria de fato só poderão ser oferecidos acompanhados de “prova literal incontinenti. Além dos referidos embargos, serão admissíveis os de restituição”. Da forma pela qual disciplinou os embargos, de nulidade e infringentes do julgado, insulando-os entre as regras relativas à apelação, incorreu o Regulamento n.º 737 em feio êrro de técnica legislativa que é um dos vários motivos a desaconselhar os elogios que recebeu, inclusive de MENDONÇA LIMA.⁹²

Com essa aparente incongruência, segundo parece indicar FRAGA⁹³, talvez o legislador quizesse diferenciar dos recursos cabíveis da primeira para a segunda instância, os que o eram apenas nos tribunais de segundo grau, distinção que os Códigos da Bahia (arts. 1230 e 1231), do Paraná (arts. 682

91. Recursos Trabalhistas, vol. I, pg. 59 — Ed. Max Limonad, São Paulo, 1956

92. *idem*, vol. I, pg. 51

93. *ob. cit.*, vol. III, pg. 137

e 683) e de Sergipe (arts. 1309 e 1310) também acolheram. Mas não é exato separar os recursos conforme veiculados de uma para outra instância, ou num mesmo degrau. Esse fato não justifica a distinção que, no caso do Regulamento n.º 737, menos se explica porque encambulhou a apelação e os embargos.

O Regulamento n.º 737 conservou, também, os embargos ataque do executado, regrando-os nos arts. 575 a 595. Entre esses embargos, da mesma forma que ocorria no processo das causas cíveis, vigente ainda o direito das ordenações ligeiramente alterado por leis extravagantes, encontravam-se os de “nulidade do processo e sentença com prova constante dos autos, ou oferecida incontinenti” e os “infringentes do julgado com prova incontinenti “do prejuízo”, nos casos especificados (art. 577, §§ 1.º e 8.º).

53. Durante meio século (1822-1871) não se cogitou de alterar o estado existente. Prevalciam, nas causas cíveis, as disposições contidas no direito das ordenações, modificadas de forma não substancial pelas leis esparsas dedicadas à matéria. Mas nada fôra feito no sentido de codificar-se o processo civil pròpriamente dito, muito embora desde 1832 e 1850, respectivamente, já o estivessem o criminal e o comercial.

Em 1871, numa lei atinente à organização judiciária, substituindo passageiramente seu pai, a Princesa Izabel, em inexpressivo fim de parágrafo dum artigo relativo à pronúncia criminal, fêz inserir a declaração de que o govêrno providenciaria no sentido de “consolidar as disposições legislativas e

“regulamentares, concernentes ao processo civil” (Lei n.º 2033, art. 29 § 14).

Essa consolidação, entretantes, ainda não ficara pronta e já era baixado novo texto legislativo que trazia alterações ao recurso de embargos. Trata-se do Decreto n.º 5618, de 1874, que deu novo Regulamento às Relações do Império. Esse decreto estabelecia a manutenção dos embargos aos acórdãos cíveis proferidos em apelações ou execuções, opostos em cinco dias e ordenava que tivesse aplicação, como lei subsidiária, sobre embargos, o que a respeito determinava o Regulamento n.º 737, nos arts. 661, 663 e 664.

54. Dando-se cumprimento ao que dispunha a Lei n.º 2033, o Conselheiro ANTONIO JOAQUIM RIBAS foi encarregado de elaborar a consolidação das regras e normas do processo civil. Desincumbiu-se o autor de sua missão elaborando o trabalho que passou a ser conhecido como a “Consolidação RIBAS” e que foi tornado obrigatório pela Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876, conforme nos dá conta o próprio Conselheiro RIBAS, no prefácio da obra em que fez breves comentários ao texto das disposições consolidadas.⁹⁴

Esse agrupamento de normas, no que tange aos embargos, não trouxe inovação de monta, limitando-se a articular em ordem sucessiva os termos dos vários textos que tratavam do assunto. Foram mantidos os embargos ofensivos, modificativos e declarativos, inaplicáveis, porém, às sentenças proferidas pelos Juizes de Paz, em causas de sua competência, e às decisões lavradas nos processos de

94. Consolidação das Leis do Processo Civil — vol. 1, pg. 1 — Edição de Dias da Silva Júnior, Rio de Janeiro, 1879

liquidação de sentença exequiênda. A Consolidação admitia, de igual, os segundos embargos, em o sendo de suspeição ou incompetência, provenientes de fato novo e os de restituição e os declaratórios (arts. 1500 e 1503), relativamente às sentenças. Quanto aos acórdãos dispunham os arts. 1583 e seguintes, determinando-se o cabimento de segundos embargos apenas de declaração e restituição.

Conservaram-se os embargos do executado, tratados nos arts. 1339 a 1364, compreendendo-se entre êles os de nulidade e infringentes do julgado.

55. De um modo geral a herança que recebêramos do direito português manteve-se intacta. Os embargos continuavam sendo empregados ora como recurso contra a sentença ou acórdão, ora como ataque do executado.

§ 2.º Período Republicano

I. Regime da legislação estadual

56. Esse o estado de nossa legislação quando foi proclamada a República, já ao se apagarem as luzes do ano de 1889. A grande novidade que essa alteração política trouxe consigo foi a autonomia legiferante dos Estados-membros, em matéria processual. Diversamente do que assentara o Decreto n. 510 de 22 de junho de 1890, no art. 33, inc. 24, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, no art. 34, inc. 22, atribuindo ao Congresso Nacional legislar sobre o direito substantivo, deixou livre às Assembléias dos Estados instituir regras de ordem adjetiva.

Menos de um ano após o ocaso do Império desaparecia a Consolidação RIBAS, substituída que

foi pelo Regulamento n. 737, mandado aplicar a todas as causas cíveis e comerciais pelo Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890.

57. O Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, Constituição Provisória da República, em seu art. 54, instituiu a justiça federal, composta do Supremo Tribunal Federal e dos juizes e tribunais que o Congresso criasse. Ratificou-o o art. 55 da Constituição de 1891, com idêntica redação.

O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, organizou a justiça federal. Contemplava esse diploma regras de processo civil e criminal, a par das indispensáveis determinações relativas à organização judiciária.

Pelos arts. 332 a 336 foram regulados os embargos, reduzidos aos de declaração e de restituição, em primeira instância, manifestados nos dez dias seguintes à intimação da sentença. Da maneira como esses dispositivos estão lançados, bem como da especificação da competência atribuída ao Supremo Tribunal (art. 9.º) poderia deduzir-se que só eram embargáveis as decisões de primeiro grau, dos juizes federais, não o sendo os acórdãos da mais alta Côrte. Mas ocorrera apenas a repetição dos termos do Regulamento n. 737, com a distinção entre os embargos na instância inferior e na superior⁹⁵.

O Supremo Tribunal, em 8 de agosto de 1891, pôs em vigor seu Regimento Interno, o qual compreendia expressamente os embargos cíveis, contra os acórdãos, também restritos aos casos de declara-

95. Veja-se o que dissemos a respeito à pg. 65, n. 52

ção e restituição (arts. 93 e 94). Seu processamento obedeceria às regras previstas nos arts. 332 a 336 do Decreto n. 848, assim como às que o próprio Regimento Interno fixara para o julgamento das apelações. PONTES DE MIRANDA observa que à época deixava-se a matéria dos embargos para as disposições regimentais, constituindo o fato, para êle, em demonstração de hostilidade ao recurso⁹⁶.

Veio mais tarde a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, cujo art. 53 estabeleceu que não se admitiriam outros embargos além dos que eram especificados no Regimento Interno do Supremo Tribunal. E, ainda, que os embargos de nulidade e infringentes do julgado só teriam oportunidade na execução da sentença, competindo, entretanto, o seu julgamento ao próprio prolator da sentença embargada, embargos remetidos, portanto.

A Consolidação JOSÉ HIGINO, Decreto n. 3084, de 5 de novembro de 1898, em seus arts. 682 a 687, manteve a situação vigente. Todavia a Lei n. 938, de 29 de dezembro de 1902, art. 3.º, restabeleceu os embargos de nulidade da sentença e do processo e os infringentes da sentença, às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, consentida às partes a sustentação oral no curso da sessão de julgamento. Até então êsses embargos eram circunscritos à fase executória da sentença, objetivando finalidade igual à que o recurso proporcionaria. No Decreto n. 848, art. 302, letras "a" e "h", previam-se, respectivamente, os embargos de nulidade e infringentes do julgado. O mesmo ocorria na

96. Embargos, Prejulgado e Revista, ob. cit., pg. 100

Consolidação JOSÉ HIGINO, no art. 604, letras “a” e “h”.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal, de 1891, foi substancialmente alterado em 1909, ocasião em que o seu art. 175 estabeleceu que seriam admissíveis embargos: “1.º de declaração, quando “houver na sentença alguma ambigüidade ou con-
“tradição, ou quando se tiver omitido algum ponto
“sôbre que devera ter havido condenação. 2.º de
“nulidade da sentença e do processo, bem como in-
“fringentes do julgado”. Mas os casos não eram apenas êsses. Consentiam-se, ainda, os embargos de restituição, que só teriam cabimento contra as sentenças proferidas em apelação e desde que a parte fôsse revel ou tivesse estado alheia à causa.

Excluídos os embargos remetidos pelos juízes seccionais, o Supremo Tribunal não admitia embargos infringentes e de nulidade na execução dos acórdãos por êle proferidos em recurso ordinário ou extraordinário. Assim se manifestou repetidas vezes, podendo apontar-se as decisões de : 13 de dezembro de 1922; 23 de junho de 1920; 5 de dezembro de 1917; 29 de janeiro de 1915; 27 de maio de 1914 e 18 de janeiro de 1919 nem sempre por unanimidade de votos; era contrário a essa interpretação o Min. PEDRO LESSA⁹⁷.

58. A justiça local da cidade do Rio de Janeiro foi organizada pelo Decreto n.º 1030 de 14 de novembro de 1890, que, em seu art. 148, estabelecia caber às Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação

97. SPENCER VAMPRE — Repertório Geral de Jurisprudência — Dos Embargos, § 35, pgs. 415 a 420, ns. 1 a 6 — Editora Saraiva, São Paulo, 1925

o julgamento dos embargos de nulidade da sentença.

O Regimento Interno da Côrte, de 31 de março de 1891, art. 5.^o, manteve essa competência, adicionando que aos acórdãos proferidos nas apelações cíveis só seriam oponíveis embargos de declaração e de restituição. Os de nulidade ficaram relegados para a execução da sentença, devendo ser processados na instância inferior e a seguir **remetidos** à Côrte, para julgamento, o que se daria em sessão de suas Câmaras Reunidas.

Mas essa restrição ao emprêgo dos embargos de nulidade, reduzidos à fase executória do julgado, contrariava a tradição luso-brasileira estratificada no Regulamento n. 737. Daí porque o Decreto n. 1157, de 2 de dezembro de 1892, restabeleceu o cabimento dos embargos, tal como preceituava o art. 663 do Regulamento n. 737, atribuindo-lhes o julgamento aos próprios juizes que houvessem proferido a decisão embargada, quando de nulidade, e às Câmaras Reunidas, quando infringentes do julgado.

Em 1897, pelo Decreto n. 2579, foi deferida às Câmaras Reunidas, em instância única, o julgamento dos embargos de nulidade e os infringentes, com êstes cumulados. Essa disposição impedia fôsem os embargos reiterados na execução, o que durou muito pouco, pois a Lei n. 1338, de 9 de janeiro de 1905, revigorou o regime anterior, incumbindo à Côrte de Apelação o julgamento nem só dos embargos opostos às decisões de suas Câmaras como “os embargos de nulidade e os infringentes do julgado com êles cumulados, opostos às sentenças proferi-

“das em segunda instância por qualquer das Câ-
“maras”.

Em 28 de dezembro de 1911 o Decreto n. 9263 alterou essa situação, estabelecendo que os embargos seriam julgados pelas Câmaras Reunidas e oponíveis contra a sentença de qualquer das Câmaras ou na execução, quando se tratasse de pronunciamento definitivo. Estendeu, ainda, o recurso, às sentenças definitivas que tivessem sido objeto de recurso de agravo, providência criticada por CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO⁹⁸. Esse decreto inovou sobre a situação vigente, ainda, por restabelecer a proibição editada em 1892, de serem oferecidos embargos à execução, quando já o houvessem sido à ação.

O art. 108 do Decreto n.º 16.273, de 20 de dezembro de 1923, novamente modificou o estado de coisas em vigor, dispondo que : “À Côrte de Apelação compete julgar em única e definitiva instância : os embargos infringentes do julgado opostos na ação ou na execução, dos acórdãos das Câmaras de Apelação Cível e de Agravos quando êstes não constituem nos têrmos prescritos nas disposições anteriores decisão de última instância. Às decisões da Côrte não são admitidos embargos sinão “os de declaração”.

59. O Código de Processo do Distrito Federal, de 1924, restringiu os embargos infringentes e de nulidade do julgado a recurso contra as sentenças de segundo grau. O Decreto n. 5053, de 6 de novembro de 1926, tratou novamente da matéria, tendo

98. ob. cit., pg. 86

estipulado que caberiam embargos de nulidade e infringentes do julgado às decisões da Câmara de Apelação da Côrte de Justiça, exceto nas causas de pretoria e, ainda, que as decisões da Câmara de Agravos seriam consideradas definitivas, exceto em cinco casos fixados.

Relativamente aos embargos oponíveis na execução, o Código carioca era dos poucos que não admitia que o executado nêles alegasse nulidade e infringência do julgado. Apenas os de falta ou nulidade da citação inicial tinham cabimento. No art. 1180, todavia, o Código carioca disciplinou os embargos remetidos.

60. Outorgada que foi pelo constituinte republicano de 1891 aos próprios estados a competência legislativa em matéria processual, os resultados colhidos não foram nada animadores. Em verdade as assembléias locais não estavam preparadas para tarefa de tamanha envergadura e, na sua maioria, os govêrnos estaduais não contavam com os elementos indispensáveis à elaboração de boas leis de processo, leis que se adaptassem às concepções doutrinárias em pleno florescimento. Resultou daí que o Regulamento n. 737 foi conservado em vigor por uma larga margem de anos, até que surgissem os códigos processuais que o substituíssem. E ao vi-rem à luz as primeiras codificações do processo civil observou-se a influência do velho regulamento, fazendo sentir-se vigorosamente.

Nos códigos estaduais, lamentavelmente, nota-se que o legislador não estava em dia com a renovação dos estudos do direito processual, que se in-

tensificara cada vez mais a partir da segunda metade do século XIX, atingindo nível bastante elevado entre os juristas europeus do primeiro quartel dêste século. Muito ao contrário dessa renovação, os códigos dos Estados abrigavam em seu seio princípios tradicionais de direito português, já superados em muitos aspectos por novas teorias e sistemas novos, e davam guarida a praxes que não tinham em seu favor nenhuma base científica⁹⁹. Aliás não é de estranhar-se que tal viesse a ocorrer. Inúmeros autores combateram a entrega aos Estados da competência legislativa em matéria processual. Vale mencionar a crítica enérgica de PONTES DE MIRANDA: “No comêço do século XX, a “transitória pluralidade de legislações processuais, “com que a cegueira dos políticos imitadores do direito norte-americano nos cortou o fio histórico, “serviu a experiências nem sempre felizes”¹⁰⁰

61. Na quase totalidade dos Estados a lei processual admitia os embargos como recurso contra as decisões de primeira ou de segunda instância. Diz LOPES DA COSTA¹⁰¹, no que é seguido por MENDONÇA LIMA¹⁰², que muitos códigos estaduais não os acolheram e menciona como tais os de São Paulo, Santa Catarina, Paraná, Ceará, Pernambuco e Rio Grande do Sul. Não podemos acompanhá-los na assertiva. Em São Paulo (Cód. de Proc. art. 1112), no Ceará (Cód. Jud., art. 1405), em Santa Catarina (Cód. Jud., art. 1859), em Pernam-

99. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., pgs. 29 e 30

100. Ação Rescisória, ob. cit., pg. 353

101. ob. cit.

102. ob. cit., vol. I, pgs. 59 e 60

bucu (Cód. de Proc., art. 1439), no Paraná (Cód. de Proc., art. 753), estavam os embargos arrolados como recursos. Aliás é de crer-se que o fôsem em tôdas as unidades da federação. No próprio Rio Grande do Sul, embora o Código de Processo não os contemplasse, foram êles instituídos com a Lei de Organização Judiciária de 1925¹⁰³.

62. Na sua grande maioria os códigos estaduais vedavam a interposição de segundos embargos, manifestando-se explicitamente sôbre o assunto. Com mínimas exceções proibiam os embargos quando a decisão recorrida houvesse provindo de agravo. É o que diz OLIVEIRA FILHO: “Da rese-
“nha feita, verifica-se que sómente as leis proces-
“suaes do Districto Federal e dos Estados do Rio
“de Janeiro e da Bahia admittem o recurso de em-
“bargos de nullidade e infringentes do julgado ás
“sentenças definitivas proferidas pela segunda ins-
“tancia, em gráo de agravo, systema que também
“é adoptado na justiça federal”.¹⁰⁴

63. As leis estaduais habitualmente prescreviam os embargos à sentença ou acórdão e, depois, os embargos à execução, que poderiam ser de nulidade ou infringentes do julgado, além de outras hipóteses mencionadas. Excluía-se dêsse rol, porém, o Código do Espírito Santo, cujo art. 1258 rezava: “não serão permitidos na execução embar-
“gos de nulidade do processo e sentença quando
“êstes tiverem sido opostos à sentença na primeira
“instância ou ao acórdão na segunda”.

103. MENDONÇA LIMA — Recursos Trabalhistas, ob. cit. —
SPENCER VAMPRE — ob. cit., § 27, pg. 343, n. 82

104. ob. cit., pg. 180

Era comum às leis estaduais a praxe de serem remetidos à instância superior, para julgamento, os embargos postos à execução, quando a sentença exequenda alí tivesse sido prolatada, princípio que também era extensivo ao juiz de direito em relação ao pretor ou ao juiz municipal, ou juiz de paz, em certos casos.

64. Consentindo ao embargante a dedução de fatos novos, no seu recurso, deferia-se-lhe, de igual, que sôbre essas alegações produzisse a prova respectiva. Variava, entretanto, essa permissão consoante os embargos tivessem sido postos à sentença de primeira instância ou aos acórdãos dos tribunais.

O regulamento n.º 737, art. 645, estabelecera que se os embargos oferecidos às sentenças fôsem decalcados em matéria de fato, cuja comprovação dependesse exclusivamente de testemunhas, o juiz concederia uma dilação de dez dias para a tomada dos depoimentos. Mais liberal mostrou-se a Consolidação RIBAS, estatuinto que os embargos à sentença motivariam um procedimento novo, de rito sumário (art. 1510). Invocou êsse autor, como subsídio ao dispositivo por êle compilado, a inteligência do título 87, do Livro III das Ordenações e um Assento de 8 de agosto de 1651. Divergiam os doutôres a respeito de tal tese, alguns entendendo que o procedimento dos embargos deveria afinar pelo da própria causa em que eram postos. Se esta houvesse seguido o rito ordinário, assim correriam os embargos. Sumariamente seriam processados apenas os embargos postos às sentenças prolatadas em causas de curso sumário. Dissentiu PAULA BAPTISTA, asseverando que: “não posso adhe-

“rir á opinião d’aquelles que querem que os em-
“bargos á sentença tenham o curso **ordinario**, quan-
“do a causa fôr **ordinaria**; porquanto eu os consi-
“dero como um recurso restricto e limitado, que
“jámais poderá participar da natureza da causa
“principal”.¹⁰⁵ Seu ensinamento vingou, tendo sido
adotado na Consolidação RIBAS e na jurisprudên-
cia, como nos dá conta um antigo julgado do tribu-
nal paranaense: “Embora o Dec. n.º 763 de 19 de
“Setembro de 1897 tenha mandado substituir as
“disposições legaes que regulam os processos es-
“peciaes, não comprehendidos no cit. Dec. n.º 737
“de 1850, isto nada colhe em favor dos appellantes,
“uma vez que o processo de recurso de embargos a.
“sentenças, proferidas em quaesquer especies de
“causas, é sempre o mesmo, regula-se pelas mes-
“mas disposições legaes, e de modo nenhum parti-
“cipa da natureza da causa principal”.¹⁰⁶

Tratando-se, entremettes, de embargos aos
acórdãos de instância superior não era admissível
a prova testemunhal, exigindo-se, tanto no Regu-
lamento n. 737 (art. 663) quanto na Consolidação
Ribas (art. 1587), que os fatos alegados pelo em-
bargante fôsem acompanhados de prova literal
oferecida incontinenti.

Essas regras passaram à Consolidação das Leis
da Justiça Federal (Dec. 848, art. 336 — Dec. 3084,
art. 686). Nos Estados parece-nos que apenas o Có-
digo de Minas Gerais previu a dilação probatória,

105. Compendio de theoria e pratica do processo civil compara-
do com o commercial e de hermeneutica jurídica, pgs. 217 e
218 — Livraria Clássica Editora — Lisboa, 1910, 7.ª ed.

106. ANTONIO DE PAULA — Arestos — pg. 35 — Impressora Pa-
ranaense, Curitiba, 1921

nos embargos opostos à sentença de primeiro grau. Quanto às decisões dos tribunais prevaleceu a norma de ser a matéria dos embargos comprovada documentalmente, oferecendo-se incontinenti a respectiva prova. O Supremo Tribunal Federal, em 20 de junho de 1920, rejeitou embargos calcados em prova testemunhal adrede recolhida em justificação judicial, por não se admitir, no caso, sinão prova literal; no mesmo sentido a Relação de Minas Gerais, em 12 de novembro de 1921 e a Côrte de Apelação do Distrito Federal, em 20 de abril de 1922.¹⁰⁷

65. Dêsse apanhado extrai-se que com ligeiras exceções, entre elas a do Espírito Santo e do Distrito Federal, os embargos continuaram recebendo a mesma disciplinação anterior à República. Eram oponíveis como recurso e como ação do executado. LIEBMAN percebeu essa situação, quando estêve entre nós, e a ela se referiu, dizendo: "... no "direito anterior admitia-se a alegação da inexistência do direito também por fatos anteriores à "sentença, de modo que os embargos podiam ser in"fringentes do julgado e ter os efeitos de verdadei"ro recurso".¹⁰⁸ Os embargos, como recurso, por outro lado, exerciam função análoga à que seria deferida à ação rescisória, a ponto da lei paulista só os admitir nos casos de cabimento de ação rescisória, enumerados por CÂMARA LEAL em quinze hipóteses.¹⁰⁹ E como ação do executado, mais uma

107. SPENCER VAMPRE — ob. cit., § 30, pgs. : 389, n. 1; 392, n. 10 e 393, n. 13

108. Processo de Execução, ob. cit., pag. 321

109. Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo Commentado, vol. V, pgs. 506 e 507 — Editora Saraiva, São Paulo, 1933

vez, produziam-se alegações tendentes à rescisão da sentença.

II. Regime da legislação federal

66. A Constituição Federal de 16 de julho de 1934, em seu art. 5.º, inc. XIX, letra "a", retirou aos Estados-membros a faculdade, que até então lhes fôra reconhecida, de legislar sobre o direito processual. A experiência durou quase meio século mas não rendeu os frutos pretendidos pelos constituintes da primeira república, entusiastas do sistema norte-americano. Todavia, recuperando, embora, a competência legiferante em matéria processual, a União dela não se aproveitou. Ao invés de elaborar um código, como preceituava o art. 11 das Disposições Transitórias, limitou-se a confeccionar regras esparsas, pouco modificando a situação que vigia.

67. Entre essas leis figura a de n.º 319, de 25 de novembro de 1936, regulando os recursos das decisões finais das Côrtes de Apelação e suas Câmaras, que instituiu os embargos de nulidade e infringentes do julgado, de declaração, a revista e o prejudgado.

Quanto aos embargos eram êles permitidos contra as sentenças finais proferidas em apelações cíveis ou agravos quando: a) o valor da causa ultrapassasse a vinte contos de réis; ou, b) sendo inferior a essa quantia, não houvesse dupla conformidade. Os embargos seriam julgados pela forma que viesse a ser instituída pelo legislador estadual, nas leis de organização judiciária, devendo, no entanto, seu relator e revisor, na medida do possível,

serem escolhidos dentre juizes que não houvessem participado da decisão embargada.

68. Em 10 de novembro de 1937 a Constituição getuliana manteve o regime da centralização legislativa em matéria processual e, ainda, determinou a extinção da justiça federal, cujas atribuições passaram à magistratura dos próprios Estados.

Logo ao iniciar-se, a Ditadura baixou o Decreto n. 6, de 16 de novembro de 1937, regulando o desaparecimento da justiça federal e disciplinando os embargos no Supremo Tribunal Federal. Esse decreto estabeleceu dois casos específicos de embargos que ainda estão em vigor. Um deles quando a decisão de uma das turmas divergir de jurisprudência da outra ou do plenário, hipótese que, tendo desaparecido com a entrada em vigor do Código de Processo, foi mais tarde restabelecida. O outro foi o dos embargos ao acórdão que, nos recursos extraordinários, tenha tomado conhecimento da questão federal que o motivou, dispositivo transplantado para o Regimento Interno do Supremo Tribunal, art. 194, inc. II, letra "b", onde ainda se encontra.

69. Finalmente a 18 de setembro de 1939 surgiu o Código de Processo Civil, hoje em vigor, que conservou o recurso de embargos, disciplinando-o nos arts. 833 a 840, cindidos conforme veiculados na instância inferior ou superior. Em ambas têm cabimento os embargos de declaração, de nulidade e infringentes do julgado. Diversificam, porém, as condições de sua admissibilidade, exceto quanto aos de declaração. No juízo de primeiro grau eles terão oportunidade nas causas de valor igual ou

inferior a dois mil cruzeiros, nas quais são vedados outros quaisquer recursos. Na segunda instância tinham cabimento apenas quando não fôsse unânime o acórdão reformatório da sentença do juízo “a quo”. Havendo dupla conformidade, ou sendo unânime a sentença que reformasse a do juízo inferior, descaberiam os embargos. Dizia o art. 833, em sua redação primitiva: “Além dos casos em que “os permitem os arts. 783, § 2.º, e 839, admitir-se-ão “embargos de nulidade e infringentes do julgado “quando não fôr unânime o acórdão que, em grau “de apelação, houver reformado a sentença”. Modificando apenas pelo prazer de fazê-lo, que outra explicação não se encontra, o Decreto n. 2553, de 30 de maio de 1940 adicionou ao dispositivo mais um trecho: “Além dos casos em que os permitem os “arts. 783, § 2.º e 839, admitir-se-ão embargos de “nulidade e infringentes do julgado quando não “fôr unânime o acórdão que, em grau de apelação, “houver reformado a sentença, ou quando, apesar “de unânime, se tiver fundado a ação em contra- “tos de mandato ou outros, para execução no ex- “trangeiro, de sentenças proferidas no Brasil”. Em 11 de agosto de 1942, pelo Decreto n.º 4565, foi essa redação alterada para a seguinte: “Além dos casos “em que os permitem os arts. 783, § 2.º, e 839 **dês- “te Código, ou disposições de lei especial**, admitir- “se-ão embargos de nulidade e infringentes do jul- “gado, quando não fôr unânime o acórdão que, em “grau de apelação, houver reformado a sentença”. Mas não foi só. Em 8 de janeiro de 1946, pelo Decreto n. 8570, o Ministro JOSÉ LINHARES, numa passagem transitória pela Presidência da República, modificou mais uma vez o texto do art. 833, que

passou a vigor assim: “Além dos casos em que os “permitem os arts. 783, § 2.º, e 839, admitir-se-ão “embargos de nulidade e infringentes do julgado “quando não fôr unânime a decisão proferida em “grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacôrdo fôr parcial, “os embargos serão restritos à matéria objeto da “divergência”. Não parou aí a série de inovações introduzidas no dispositivo, que já nada mais conserva de seu originário intento. A Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949, adicionou-lhe um parágrafo único, reeditando a norma contida no Decreto n. 6, de 1937, para o fim de dar-lhe maior extensão: “Além de outros casos admitidos em Lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando divirjam entre si, ou de “decisão tomada pelo Tribunal Pleno”. Esta última, como bem o acentuou MENDONÇA LIMA,¹¹⁰ introduziu o recurso de revista no Supremo Tribunal Federal, mascarando-o de embargos, provavelmente para tornar mais fácil a sua aceitação, dado que o Tribunal, até então, se recusara injustificadamente a admitir a revista para as divergências de jurisprudência entre suas turmas ou destas com o plenário, sem embargo de existirem opiniões dissidentes entre os próprios Ministros, como é o caso de CASTRO NUNES.¹¹¹

O parágrafo 2.º do art. 783, mencionado pelo art. 833, refere-se aos casos de processos da compe-

-
110. DIREITO, vol. 58, pgs. 42 a 57. Veja-se, no mesmo sentido, PEDRO BATISTA MARTINS — Recursos e Processos da competência originária dos tribunais — pg. 245, n. 191 — Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1957
111. Teoria e Prática do Poder Judiciário, pgs. 295 a 297 e nota 15 — Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1943

tência originária do Supremo Tribunal Federal e proclama: “O acórdão só admitirá o recurso de “embargos declaratórios ou de nulidade e infringentes do julgado”.

Dúvida existe, ainda, sobre se a Lei n. 1533, de 31 de dezembro de 1951, excluiu o cabimento de embargos de nulidade e infringentes do julgado em mandado de segurança, opinando a maioria dos autores e tribunais pela afirmativa ¹¹² enquanto outros dizem o contrário.¹¹³

70. A par dos embargos como recurso oponível às decisões de primeira e segunda instância, conforme o caso, o Código regulou, também, os embargos-ataque do executado, alterando-lhes, porém, de forma radical, o antigo conceito, conteúdo e fisionomia. Assim é que foram supressos os embargos de nulidade e infringentes do julgado, anteriormente permitidos pelos Códigos estaduais, com pouquíssimas exceções.

No regime atual, da codificação unificada, a nulidade argüível através dos embargos do executado é apenas a da citação inicial, “se a ação houver corrido à revelia do embargante”, no dizer do art. 1010, inc. I.

Justifica-se a restrição porque as nulidades hoje em dia estão submetidas a tratamento especial, diverso do que vigera no período anterior ao do Código atual. Este, nos arts. 273 a 279 instituiu princípios que deram outro aspecto ao até então

112. BUZAID, nota complementar n. 5 ao livro de BATISTA MARTINS, Recursos & Processos, ob. cit., pgs. 447 e 448

113. MENDONÇA LIMA — Embargos nos mandados de segurança — Ementário Forense, Suplemento, n. 57, ano V

tormentoso capítulo das nulidades processuais, terreno difícil, de areias movediças, que absorveu muito papel e tinta dos doutôres.

Ademais os embargos do executado, da forma pela qual estão insculpidos no Código nacional, têm o caráter de modificativos, respeitando a coisa julgada que já se formou pela exaustão dos recursos. O caso único de ofensa ao julgado — a nulidade do processo e da sentença — seria um reflexo da inexistência da própria decisão, segundo se pronunciou, a respeito, o Prof. LIEBMAN: “Não obstante “isto, pode-se alegar nos embargos a falta de citação inicial. E a razão é que a falta de citação inicial infringe de tal modo os supremos princípios “do processo, ofende tão profundamente o direito “reconhecido a todo cidadão de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo, que torna radicalmente “nulo, juridicamente inexistente o processo, igualmente nula e inexistente a sentença proferida. E “êste o único caso que sobrevive nos nossos dias de “sentença “que é per Direito nenhuma, nunca em “tempo algum passa em cousa julgada, mas em “todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito”.¹¹⁴

71. O Código Nacional veio pôr fim ao regime da duplicidade de meios de ataque à mesma decisão. Os embargos hoje em dia ficam separados conforme sejam recurso do vencido ou ação do executado. No primeiro caso são ofensivos, isto é, têm por alvo a própria sentença impugnada, cuja validade intentam aniquilar. Como ação do executado

114. Estudos sôbre o processo civil brasileiro, pgs. 185 e 186 — Editora Saraiva, São Paulo, 1947

têm efeito modificativo dado que só podem contrapor à sentença uma situação nova, surgida posteriormente à sua prolação. Fíeis ao ensinamento de LIEBMAN, já mais de uma vez invocado neste trabalho, os elaboradores do Código respeitaram a coisa julgada, não a deixando à mercê dos embargos. Uma única hipótese se ressalvou: a da nulidade da citação inicial. O prof. LIEBMAN bem apreciou o assunto, no trecho transcrito. É o único caso de coexistência de embargos e de ação rescisória, tendendo ao mesmo objetivo.

SECÇÃO SEGUNDA

DIREITO COMPARADO

**BREVE ESTUDO DE OUTRAS
LEGISLAÇÕES PROCESSUAIS**

CAPÍTULO SÉTIMO

AUSÊNCIA DO RECURSO DE EMBARGOS EM OUTRAS LEIS PROCESSUAIS

S U M Á R I O :

72. Os embargos no direito comparado —
73. Opinião do Conselheiro CÂNDIDO DE
OLIVEIRA — 74. A “opposition” — 75. A
“revocazione” — 76. A “reposición” — 77.
Razões do equívoco do Conselheiro OLIVEIRA
— 78. Desaparecimento dos embargos em
Portugal — 79. Conclusões.

72. Remédio tipicamente luso-brasileiro, o recurso de embargos não tem similar no direito comparado. Efetivamente não se encontra em outra legislação processual um recurso que, como o nosso, tenha a finalidade de submeter a causa já decidida a uma nova apreciação. Já dizia a mesma coisa ALMEIDA E SOUZA quando afirmava que “nas Nações não vejo praticado tal remedio de Embargos, mas só o das Appellações”.¹¹⁵ Em idêntico

115. ob. cit., vol. II, pg. 8

sentido manifestam-se os autores nacionais modernos, podendo invocar-se, entre outros, ODILON DE ANDRADE¹¹⁶ e BATISTA MARTINS¹¹⁷, ambos declarando que o recurso de embargos não tem correspondente no direito comparado.

73. Surpreendentemente, contudo, CÂNDIDO DE OLIVEIRA, ao prefaciар o trabalho de seu filho, afirmou em contrário, assegurando que “vários Codigos estrangeiros consagram o instituto “dos embargos com a mesma feição do antigo direito portuguez”.¹¹⁸ Enumerando, em seguida, como exemplo de embargos, a **opposition**, a **revocazione** e a **reposición**, encerra suas considerações com as seguintes palavras: “poderíamos, si não fôra alongar em demasia esta apreciação, trazer á baila “outros codigos processuaes, como o hespanhol, o “belga, o allemão e os das outras republicas da America, que, com denominações e processos diversos, “assignalam os meios por que podem as partes promover a reforma das sentenças pelos proprios juizes que as proferiram, impedindo, assim, a respectiva execução. Isto significa que, em quase “todas as legislações processuaes, ha institutos similares ao do direito brasileiro”.¹¹⁹ Vejamos, entretanto, em rápidas pinceladas, êsses três recursos em que o Conselheiro OLIVEIRA enxergava sucedâneos dos nossos embargos.

74. A **opposition** é um recurso ordinário, de retratação, que se alicerça no velho e tradicional

116. Comentários ao Código de Processo Civil — Edição Revista Forense, pg. 196 — Rio de Janeiro, 1946

117. ob. cit., pg. 238

118. ob. cit., pg. VII

119. idem, pg. VIII

brocardo “audiatur et altera pars”, sendo deferido ao revel. Traz como resultado ser a causa novamente debatida, perante o mesmo tribunal que ditou a sentença impugnada. O seu cabimento não se restringe apenas aos julgamentos definitivos mas alcança, também, os interlocutórios. Seu raio de ação foi diminuído pela reforma de 1935, pela qual apenas a revelia “faute de comparaitre” justifica a medida. Criticam-na os autores salientando que se trata de excelente elemento protelatório.¹²⁰

Sua estrutura, em linhas gerais, é a seguinte: proferido o julgamento contra réu contumaz, o vencedor deverá, no prazo de seis meses, notificá-lo ao vencido. Essa comunicação é feita pessoalmente ao revel, por mandado, ou, se estiver em lugar incerto e não sabido, por edital publicado num dos jornais do local de seu último domicílio conhecido. A necessidade da intimação, contudo, não impede o início da execução, o que poderá dar-se dentro em oito dias (**Code**, art. 155). Intimado da sentença terá o perdedor o prazo de um mês para a oposição contanto que não haja, antes dêsse interregno, tido conhecimento de qualquer ato da execução (“tant que le jugement n’a pas été exécuté au vu et au “su du défaillant”, diz o **Code** no art. 158-bis.) pois que então o prazo contar-se-ia da data da ciência do ato executivo. O encerramento da execução, igualmente, fecha ao vencido as portas da **opposition**.

120. RENÉ MOREL, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, pg 464, n. 592. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1949 — 2.ª ed. — E. GARSONNET & Ch. CÉZAR-BRU, *Précis de Procédure Civile*, pg. 585, n. 776 — Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1919, 8.ª ed.

A oposição é manifestada por petição de advogado, intimada ao advogado antagonista e registrada no cartório do juízo. Pode a parte, ao ter ciência da sentença, ou de qualquer ato da execução, declarar desde logo ao oficial de justiça que formulará a oposição. Essa comunicação, todavia, não elide a necessidade de ser reiterada, logo após, em forma regular, pena de não gerar qualquer efeito.

Interposta a **opposition**, que é recurso ordinário, seu efeito suspensivo acarreta, de pronto, a interrupção da execução que, se prosseguir será considerada inteiramente nula, até mesmo na hipótese de vir a ser, posteriormente, rejeitado o recurso. Não obstante o Tribunal, em certos casos, poderá autorizar ao vencido a promover a execução provisória.

Pela oposição, ao contrário do que sucederia com os nossos embargos, opera-se um restabelecimento da ação, voltando tudo, outra vez, ao marco inicial, de sorte que as partes mantêm a mesma condição: o oponente continua réu e o recorrido permanece autor. Conseqüência dessa construção dada ao recurso é que a demanda se reinicia, não obstante já ter sido julgada uma vez. Os embargos, diversamente, importariam no dever do embargante provar os fatos articulados no recurso, tratando-se dos embargos às decisões de primeiro turno do regime processual anterior ao atual ou, nos casos de acórdãos de instância superior, na possibilidade de ser a causa reapreciada em face da prova literal oferecida incontinenti. Com os nossos atuais embargos, de acôrdo com a regulamentação prescrita no Código de Processo Civil, é que nenhuma semelhança existe entre os dois institutos.

75. A “revocazione”, que é interposta perante o próprio juízo em que foi proferida a sentença a ser revista, tem por objeto a rescisão de pronunciamentos definitivos contra os quais já não caiba recurso de apelação, muito embora ainda pudessem ser atacados pela cassação. Se a revisão fôr pedida contra decisão ainda sujeita à cassação, ou se suspenderá o julgamento desta até o desfecho daquela, ou, então, se cindirá o prazo para a interposição da cassação. Trata-se, no dizer de CHIOVENDA, duma reedição da *restitutio in integrum* do direito comum, opinião que é ratificada por LIEBMAN¹²¹ e D’ONOFRIO.¹²²

Entre a revisão e a cassação há pontos de contacto, não havendo, todavia, similitude pois a cassação é oposta em face de erros cometidos pelo juiz, segundo observa CARNELUTTI¹²³, ao passo que a revisão se volta, na maior parte das vèzes, contra fatos cuja existência o juiz desconhecia, para ela não tendo contribuído, excetuando-se, sòmente, a hipótese de dolo da sua parte.

Distingue-se a *revocazione* em ordinária e extraordinária, conforme deva ser interposta em prazo certo a contar da sentença impugnada (incisos 4 e 5 do art. 395 do *Codice*) ou em um prazo que começará a correr do momento em que fôr descoberto

121. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II, pg. 115, Dott. A. Giuffrè — Editore, Milão, 1951

122. *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. I, pg. 505, n. 758 — Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turim, 1951, 2.ª ed.

123. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, trad. espanhola de JAIME GUASP, pg. 483, n. 576, BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1942

o vício que dá margem ao recurso (incisos 1, 2, 3 e 6 do mesmo dispositivo).

Constituem motivo para a revisão ordinária: o erro de fato em que tenha incorrido a decisão ou a ofensa que haja causado à coisa julgada. Erro de fato, segundo conceitua o *Codice*, ocorre “quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l’inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita”. Ofensa à coisa julgada só pode invocar-se quando o juiz não tenha sido advertido da sua existência pois que se, tendo sido debatida a matéria, êle entender que não se reuniram as condições necessárias à procedência da “*exceptio rei iudicatae*” aí, então, “sarebbe in presenza di un errore di giudizio, denunciabile come tale in cassazione, ma non vi sarebbe più motivo per la revocazione”.¹²⁴ É extraordinária a revisão quando o motivo que a justifica só é descoberto pela parte interessada depois da sentença passar em julgado, tenha sido ou não interposta a apelação. Caracterizam o cabimento da revisão os seguintes fatos: a) dolo da parte, quando tenha influência relevante sobre a sentença; b) falsidade da prova em que o juiz se arrimara para decidir. A falsidade há de ser previamente declarada não o podendo ser no curso da própria revisão; c) descoberta de documentos decisivos cuja exibição a parte não tenha podido fazer no momento oportuno, por motivo de força maior ou fato imputável ao antagonista; d) dolo do juiz. Sobre esta última hipótese

124. ANDREA LUGO, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, pg. 224 — Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1955

CARNELUTTI¹²⁵ elaborou a seguinte divisão: o dolo do magistrado pode provir de uma conduta que não seja **atenta** ou **honrada**. Ocorre o primeiro quando “la sentencia es efecto de un error de hecho “que se deduce de los escritos y documentos del “pleito”. Já a outra hipótese verifica-se quando ocorre “dolo del juez declarado en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Pode, ainda, a revisão ser proposta pelo Ministério Público, quando se tratar de causa em que êle devesse intervir, desde que ocorrente uma das hipóteses de revisão ordinária ou extraordinária, mas apenas “quando la sentenza è stata pronunciata “senza che egli sia stato sentito”, ou “quando la “sentenza è lo effetto della collusione posta in opera dalle parti per frodare la legge”, segundo expressões do **Codice** (art. 397). Acentua LUGO¹²⁶ que é hipótese diversa daquelas em que as próprias partes usam do remédio, em defesa de seus direitos e interesses.

No procedimento da revisão observar-se-ão as seguintes regras: depositará o interessado, previamente, uma caução de sucumbência e conferirá nova procuração a advogado, com poderes especiais. Notificar-se-á o adversário, da propositura do remédio, especificado o fundamento em que se haja alicerçado o pedido. A petição será instruída com uma cópia autenticada da sentença impugnada. Concomitantemente poderá o requerente pleitear a suspensão da execução da sentença recorrida.

125. ob. cit., pg. 483, n. 577

126. ob. cit., pg. 226

No julgamento da *revocazione* pode ocorrer uma reunião do juízo rescindente e do rescisório. Tal acontecerá sempre que o juiz, revendo a decisão anterior, proferir nova sentença, substitutiva da primeira. Ao contrário, se para o novo pronunciamento fôr necessária a repetição do debate em torno da matéria uma vez que a decisão proferida não foi além da cassação, parcial ou total, da anterior, o próprio juiz, após manifestar-se pela procedência da revisão, reabrirá a fase instrutória do feito para que seja, afinal, prolatada outra sentença.

A revisão, portanto, à vista de sua própria estrutura legal, não tem semelhança com os nossos embargos, porquanto se constitui em sucedâneo da ação rescisória, que o nosso Código disciplina fora do capítulo dos recursos.

76. A “reposición” não constitui propriamente um recurso mas um mero pedido de reconsideração de despachos ordinatórios. Por essa razão LA PLAZA considera-a um simples remédio processual¹²⁷. Esse autor, para melhor caracterizar-lhe o significado, recorre ao teor dum dispositivo da Lei das Sete Partidas, pelo qual se vê que dão motivo à reposição “los mandamientos o providencias que “el juzgador dicte *andando por el pleito*; ya porque “aquellas resoluciones se hayan adoptado con des-“viación de las normas reguladoras del procedimi-“ento, ya porque, cualquiera que sea su forma (pro-“videncia, auto o sentencia), tienen carácter in-“cidental”.¹²⁸

127. MANUEL DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, vol. II, 2.ª parte, pg. 769, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, 3a. ed.

128. *idem*, pg. 770

Com efeito estabelece o art. 376 da Ley de Enjuiciamiento Civil que “contra las providencias de mera tramitación que dicten los Jueces de primera instancia, no se dará otro recurso que el de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia”. Trata-se, pois, de pedir reconsideração ao juiz contra os despachos que tenham descumprido normas processuais editadas pela L. E.C. Da solução dada a êsse pedido não poderá a parte vencida apelar, permitindo-se-lhe, no entanto, reeditar a alegação quando recorrer da sentença final.

A reposição pode assumir dois caracteres distintos, conforme se trate de despachos que sejam apenas ordinatórios — de mera tramitación — ou então de despachos outros — demás providencias y autos — variando o prazo de sua apresentação. Na primeira hipótese a parte terá três dias para manifestar sua inconformidade, devendo mencionar o dispositivo de lei infringido pelo despacho impugnado. Em outros três poderá falar a parte contrária, seja singular ou coletiva, a quem se encaminhará uma cópia da petição. Nos três subseqüentes o juiz manterá ou reformará o despacho atacado. Nos casos em que a reposição pode ser requerida no quinquídio o procedimento é idêntico, no que se refere ao pronunciamento da parte adversa e do juiz. Diferem apenas, as duas hipóteses, além, como vimos de salientar, do prazo de interposição do pedido, em que o despacho que acolher ou rejeitar a reposição prevista pelo art. 377 da L.E.C. comporta apelação, manifestada num tríduo.

Se a parte intentar a impugnação de despachos proferidos em segunda instância deverá lançar mão

da súplica, que não se distingue da reposição a não ser pela divergência de nomes. Assevera LA PLAZA que “se trata sólo de una cuestión de nombre”¹²⁹, no que sua opinião concorda com a de GUILLÉN¹³⁰. O procedimento, inclusive, é o mesmo, diferindo unicamente em que o relator — ponente — presta informações à turma julgadora a respeito do incidente que esta deverá solver.

Dêsse apanhado sucinto parece-nos ter ficado patente que a reposição, como a súplica, envolvem característicos de vários recursos brasileiros, como os agravos no auto do processo e de instrumento, a correição parcial e, até mesmo, o “agravinho” dos Regimentos Internos de nossos tribunais. Ainda que não tenha identidade com qualquer dêles em particular, reúne um pouco de cada, formando um composto “sui generis”. Aliás não é de estranhar-se que tal aconteça, considerando-se que os direitos espanhol, português e brasileiro têm antecedentes históricos em comum e, ainda, provêm todos da península ibérica, sendo natural que com a sua respectiva evolução tenha havido um distanciamento, embora alguns recursos ainda denotem um verdadeiro amálgama de outros que foram, ou são, díspares.

O que não nos parece possível é equiparar a “reposición” aos embargos, como o fêz o Conselheiro OLIVEIRA, pois a reposição não tem identidade com êles, a salvo reputando-se que ambos se inter põem perante o mesmo juízo, o que, por si só, é insuficiente para dar-lhes unicidade.

129. LA PLAZA, ob cit., pg. 771

130. VÍCTOR FAIREN GUILLÉN, Estudios de Derecho Procesal, pg. 333, § 4, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955

77. Mas há, evidentemente, uma razão pela qual o ilustre jurista chegou à conclusão que intentamos refutar. E' que os embargos, embora tendo surgido como simples sucedâneo do recurso de apelação e depois passado a elemento de ataque do executado à execução¹³¹, tiveram o seu verdadeiro sentido desvirtuado, vindo a constituir-se num recurso excepcional, oponível nem só às sentenças de primeiro como às de segundo grau e, ainda, o que é mais significativo, servindo às vêzes de ação rescisória e de ataque do vencido à execução.

Ora, o Conselheiro OLIVEIRA tomou como similares aos embargos a *opposition* francesa, que é aparentada com os nossos atuais embargos do executado, arrimados no art. 1010, I, do Código de Processo e que, portanto, não constituem tipicamente um recurso. Sua finalidade não é apenas a de provocarem a substituição de uma sentença desfavorável por outra, talvez mais propícia, porém inutilizar todo o processo, para a sua integral reedição. A *revocazione*, análogamente, não é recurso que se confunda com os embargos mas sim com a ação rescisória, que em certos ordenamentos jurídicos, a igual do que acontece entre nós, figura como ação autônoma e em outros, de que pode ser exemplo o italiano, como recurso, em certos casos de prazo dilatadíssimo. A *reposición*, por sua vez, tem mais o sabor dum pedido de reconsideração, mesclado com algumas tonalidades de agravos, do que de embargos, uma vez que êstes, quando o Conselheiro OLI-

131. Também EDUARDO CARVALHO afiança que as Ordenações Affonsinas previam apenas embargos modificativos, in *Dos recursos nas Relações e no Supremo Tribunal de Justiça*, pg. 222, Livraria Chardron, Porto, 1919

VEIRA escreveu, de há muito já haviam desaparecido como elemento capaz de proporcionar a reforma de despachos interlocutórios, os quais são os únicos visados pela reposição.

Justifica-se, todavia, o seu equívoco, porquanto também os embargos tinham a função de atacar a nulidade da citação inicial, que provoca a revelia do réu, assemelhando-se à **opposition**, bem como a de rescindir a sentença, quando oponíveis na execução do julgado com o intuito de infringi-lo. Um dos autores que faz referência a êsse encambulhamento, mas não extraiu da afirmativa tôdas as conseqüências que ela possibilita, tendo ficado apenas no pórtico da matéria, foi NESTOR DIÓGENES¹³², cujo trabalho, de um modo geral, não atingiu o desiderato que provàvelmente o próprio escritor lhe quisera ter dado. Mesmo dedicando um capítulo ao estudo comparativo dos embargos e da ação rescisória, não conseguiu êle aproveitar, suficientemente bem, a oportunidade que se lhe deparava, deixando-a escapar-se-lhe. Quanto aos demais recursos apontados pelo Conselheiro OLIVEIRA, a única similitude encontrável reside no fato de serem interpostos perante o mesmo juízo. Mas o fato de ser conhecido e julgado pelo mesmo juízo da causa não transforma todo recurso em embargos.

78. O direito português também compreendia o recurso de embargos, oponível nem só às decisões de inferior como de superior instância, excluindo-se-o apenas do processo dos feitos comer-

132. Da Ação Recisória, pgs. 26 a 37 — Livraria Acadêmica, São Paulo, 1938

ciais¹³³, consoante estatuiu a legislação hoje em dia revogada pelo atual Código de Processo Civil. A essa época já era êle combatido pelos autores lusitanos, notadamente ALBERTO DOS REIS¹³⁴, que lhe vaticinava breve ocaso, dizendo estar “prestes a acabar o recurso de embargos a acórdãos da Relação”.

Mesmo na vigência das leis anteriores já se operava uma redução nas hipóteses de seu cabimento, a ponto de a série de cortes levar o insigne professor de Coimbra à afirmativa acima referida. Cabiam embargos de tôdas as decisões proferias em causas julgadas por tenções, em segunda instância¹³⁵, portanto, nas apelações; bem como dos pronunciamentos do Supremo Tribunal de Justiça¹³⁶. Adicionalmente, ALBERTO DOS REIS, entre as embargáveis, as sentenças prolatadas por juizes de direito, quando não fôsse cabível o recurso de apelação, excetuadas as decisões proferidas nos processos sumários.

O decreto n. 12.353, porém, fêz uma redução no cabimento dos embargos, exigindo como seu pressuposto que a decisão tivesse sido alcançada por maioria de um só voto. O notável processualista português esclarece, mesmo, que a lei, assim, fêz questão de “restringir a admissão do recurso de embargos. Entendeu o legislador que êste recurso “só servia, na maior parte dos casos, para prolongar inútilmente a causa”.¹³⁷

133. CARVALHO, ob. cit., pg. 33

134. Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial, pg. 612, Coimbra Editora Ltda., Coimbra, 1933, 2.ª ed.

135. CARVALHO, ob. cit., pg. 219

136. idem, p. 297

137. ALBERTO DOS REIS, ob. cit., pg. 611

Correspondendo, ainda que muito diminutamente, aos anseios da moderna doutrina processual, que propugna pela redução do número de recursos, como adiante observaremos, o legislador lusitano de 1939 deixou de fora os embargos, por compreender que nenhuma razão plausível existe para que se insista na manutenção duma série de recursos de pequena ou quase nenhuma utilidade, certo como é que “com o julgamento da apelação “está satisfeito o princípio da dualidade de graus “da jurisdição”, conforme BATISTA MARTINS.¹³⁸

79. O que se nota, pois, é que em nenhuma legislação alienígena encontramos o recurso de embargos, não obstante a afirmativa em contrário do Conselheiro OLIVEIRA e, ademais, que ainda mesmo em Portugal, berço dêsse recurso, já foi êle afastado da codificação processual civil, pela sua flagrante impropriedade.

138. Recursos & Processos, ob. cit., pg. 238

SECÇÃO TERCEIRA

DOCTRINA

**ANÁLISE DO RECURSO DE EMBARGOS DE
NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO
EM FACE DA DOCTRINA E DA
LEGISLAÇÃO**

CAPÍTULO OITAVO

AS TENDÊNCIAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DOS RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

S U M Á R I O :

80. Contraste entre a brevidade e a certeza nos julgamentos — 81. Oposição aos recursos — 82. Necessidade dos recursos — 83. Prodigalização dos recursos — 84. Restrição dos recursos — 85. Equilíbrio de tendências antagônicas — 86. Conclusões.

80. Debatem de há séculos os autores sobre as vantagens de proporcionar maior celeridade aos processos para que a sua demora em chegar ao resultado final não torne a sentença azêda, conforme o célebre dito de BACON. É êste, sem dúvida, um dos ideais do processo, o de brevidade. Mas não é possível deixar os litigantes ao desamparo contra as sentenças que porventura não tenham atingido a meta almejada: justiça. É de mister consentir ao perdedor que se erga contra a decisão prejudicial aos seus interêsses sempre que ela padeça de falhas

capazes de a invalidarem. Surge, então, outro princípio básico do processo que é o ideal de certeza. Entre o desejo de uma pronta solução, que faça restabelecer o equilíbrio nas relações entre as partes, assim apaziguando a própria comunidade, e o imperativo de obter um mínimo de certeza quanto aos pronunciamentos emitidos, gira o estudo político-jurídico dos recursos, ou do duplo grau de jurisdição.

81. Tempo houve em que a decisão era soberana, não se admitindo que outra fôsse pronunciada em seu lugar, como acontecia no primitivo direito germânico. Assim o diz CHIOVENDA: “La pluralidad de instancias no se conocía en los orígenes, y “en tanto que la justicia se administra directamente por el pueblo o por el Rey”.¹³⁹ Autores mostram, então, a impossibilidade na ordem política de um tal resultado, muito embora admitam que na ordem lógica haja sido cumprida a missão do Estado ainda que pronunciando um só julgamento, sem recurso. É o que mostra BATISTA MARTINS: “Considerado do ponto de vista lógico, o recurso é uma “superfluidade. O Estado, que é o devedor da prestação jurisdicional, desobrigar-se-ia dêsse dever “mediante a consagração da definitividade e irreversibilidade do primeiro julgamento, porque, em “verdade, praticamente, não se pode justificar a “presunção de que o segundo julgamento ofereça “maior coeficiente de certeza e justiça”.¹⁴⁰

139. Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. II, pgs. 101/102 — Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940 — trad. de E. GÓMEZ ORBANEJA

140. Recursos & Processos, ob. cit., pg. 145, n. 105

Outros escritores, porém, vão mais longe, e, analisando a necessidade do recurso, estabelecem como premissa o fato de que o seu alicerce é mais político do que jurídico, pois o “leit motiv” de sua existência é ensejar à parte vencida opor-se à sentença em que o juiz, a seu ver, tenha errado. Argumentando, então, que o recurso tem por alvo a sentença inexata, fruto da falibilidade humana, concluem que muito embora reapreciada a demanda, em grau de recurso, não há para a sociedade qualquer vantagem, pois pode acontecer de estar certa a sentença inferior e errada a que a reformou. Ademais, adicionam, se há presunção de que a sentença de grau superior melhor atinja seu objetivo por estar o juízo da segunda instância mais preparado para tal fim, “lo mejor es confiarle directamente la causa”.¹⁴¹ Não havendo, pois, segurança de que julgue mais felizmente quem o faz por último, desaparece a *ratio essendi* dos recursos, podendo o Estado dêles prescindir sem que com isso pudesse vir a ser acusado de não cumprir devidamente seu encargo jurisdicional.

82. Em pólo oposto situam-se os escritores que proclamam a necessidade do recurso contra a sentença inferior, fórmula tradicional, provada e aprovada, de possibilitar a correção dos erros em que o juiz haja incorrido. Estudando os fatos de forma mais ponderada, êsses doutôres demonstram que não obstante possa a segunda decisão reformar para pior a anterior, issô constitui a exceção, a anomalia, e não justifica a derrocada dos recursos, dado que o livro da vida ensina a todo instante que os

141. CHIOVENDA, ob. e loc. citis.

juizes de nível superior, mais experimentados na arte e na técnica de julgar, podem, e normalmente assim o é, dar um resultado mais próximo da verdade do que o magistrado de condição inferior.

Ademais os autores que se põem contra os recursos invocam um texto de ULPIANO que, segundo seus antagonistas, foi deturpado e originariamente não tinha o significado que lhe foi atribuído. Acrescentam, ainda, que a maioria esmagadora dos povos contempla o recurso em sua legislação e, também, que um dos princípios assentados pela Revolução Francêsa, exatamente como elemento de defesa popular contra o absolutismo dominante, foi o da obrigatoriedade de se instituir o duplo grau de jurisdição. A respeito observa um dos autores de nossa lei processual 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”.¹⁴²

Esse princípio, entanto, não é absoluto, coexistindo limitações impostas pela lei, como ocorre, entre nós, nas causas de alçada e nos processos da competência originária dos tribunais, fato que assume maior grau de absolutismo quando a competência originária é do próprio Supremo Tribunal. Isso, contudo, não constitui desvirtuamento do sistema, dado que, como leciona CARNELUTTI “en principio, puede ocurrir que no se admita ninguna impugnación de una sentencia (sentencias no impugnables absolutamente); el Código de procedimiento civil no prevé ninguna de estas sentencias,

142. BATISTA MARTINS, ob. e loc. citis.

“pero no se impide que lo dispongan así leyes “especiales”.¹⁴³

83. Mas derivando dêsse debate, e tomando como pressuposto a necessidade do recurso para reexame dos processos, certos escritores chegaram a conclusões hoje tidas como inaceitáveis, pelos excessos a que conduzem. Partindo do princípio de que é necessário, acima de tudo, que a sentença seja exata, esteja certa, autores há que julgam de bom alvitre prodigalizar os recursos, facultando às partes recorrer sempre, até que a sentença coincida com a realidade. JOÃO MONTEIRO era favorável ao alargamento dos meios de recorrer, invocando o escólio de SAVIGNY, para quem “tanto mais a causa fôr discutida e estudada, quanto mais se apurará “a verdade”.¹⁴⁴ Arrimou-se o professor paulista, ainda, na opinião de BELLOT, autor da lei de processo civil do Cantão de Genebra, também propenso à maior quantidade possível de oportunidades para o reexame da questão. Igualmente FRAGA pendeu para essa alternativa, chegando ao extremo de afiançar que a tendência do direito moderno é ampliar os recursos, aumentando-lhes o número, o que não é exato. Esse processualista pretendia que se prodigalizassem os meios de impugnar a sentença, afim de que as partes tivessem maiores possibilidades de batalhar em prol de uma nova decisão, que lhes parecesse mais justa.¹⁴⁵

Essa corrente chegou a ter algum sucesso nas legislações do século XIX e, também, em outras mais modernas, cujos elaboradores, contudo, se

143. Instituciones del Nuevo Proceso, ob. cit., pg. 416, n. 489

144. ob. cit., vol. II, pgs. 627 e 625, nota 6, respectivamente

145. ob. cit., vol. III, pg 142

apegavam a conceitos do século anterior, afastados ou alheios ao avanço doutrinário que caracterizou a ciência do processo a partir de uns oitenta anos a esta data.

84. Na atualidade, porém, o que se observa é exatamente o contrário. Existe uma tendência manifesta e generalizada para sistematizar os capítulos de recursos, impedindo que os meios de impugnação da sentença sirvam para os vencidos protelarem chicanisticamente o desfecho final do processo. Os autores modernos são acordes nessa redução, mostrando que o melhor resultado se apura através de um único rejuízo da causa, proporcionado pela apelação, cujas características importam em facultar ao grau superior uma completa análise do feito e não a simples revisão da sentença, o que talvez evocase a época que já desapareceu, do desafio do vencido ao juiz para um duelo em que fôsse posta à prova a sua decisão. Para reexame de infrações de direito, com ou sem a reapreciação dos fatos, aparece o recurso extraordinário, ou o recurso de cassação.

Dessa corrente participam CHIOVENDA¹⁴⁶, CARNELUTTI¹⁴⁷, COUTURE¹⁴⁸, BUZAID¹⁴⁹ e outros tantos representantes da ciência processual que afiançam a melhor qualidade do julgamento não como simples decorrência da repetição de recursos, mas dos figurantes do juízo superior. Isso

146. ob. cit., vol. II, pg. 103

147. Estudios de Derecho Procesal, vol. I, pg. 149 — Ediciones Jurídicas Europa America — Buenos Ayres, 1952 — trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO

148. Fundamentos, ob. cit., pg. 248

149. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil — n. 17

porque, para levar-se a sério a teoria da multiplicação dos meios de recorrer, seria indispensável a manutenção de uma quantidade de novos julgamentos, ou a repetição do mesmo, que permitisse à parte, ou, em certa altura, satisfazer-se ou deixar-se vencer pelo cansaço. Sem contarmos, ademais, com a possibilidade muito natural e humana de serem os repetidos julgamentos contraditórios entre si, o que viria complicar consideravelmente o problema, no que tange à repercussão do fato.

85. A construção do sistema de recursos, na atualidade, há de ser uma derivante de ambos os extremos, uma espécie de média aritmética de opiniões desencontradas, importando na transigência entre o ideal de brevidade e o de certeza, afim de que se possa alcançar o máximo de exatidão, no mínimo possível de tempo gasto. É o que assegura CARNELUTTI, em termos irretorquíveis: “Aquí se dibuja del modo más acusado el contraste entre la exigencia de la justicia y la exigencia de la certidumbre y la solución del problema no puede hallarse sino en una medida conciliadora de las dos exigencias opuestas”.¹⁵⁰

O direito processual canônico oferece uma fórmula de solver o problema, muito embora por outras razões não possa vir a ser considerado exemplo a seguir. Trata-se da dupla conformidade. No direito eclesiástico, alcançada a dupla conformidade, desaparece o poder de interpor novos recursos pois a sentença passa em julgado tão logo um julgamento posterior coincida com um dos anteriores¹⁵¹,

150. Instituciones del Nuevo Proceso, ob. cit., pg. 415, n. 487

151. ROCCA, ob. cit., pg. 363, n. 174 — HERNANDEZ, ob. cit., pg. 336

critério que entre nós já foi experimentado, na Lei n. 319, de 1936.

Nas demais legislações, porém, o que se observa é um esforço no sentido de restringir a dois os recursos principais. Do primeiro para o segundo grau: a apelação. Depois, com o caráter de extraordinário, a cassação ou o nosso recurso extraordinário. A rigidez desse regime é temperada por casos de agravo, seja no auto do processo ou de instrumento, ou os equivalentes em outras legislações.

No direito português do século passado houve uma tentativa nesse sentido, através do Decreto n. 24, de 16 de maio de 1832, que “reduziu os recursos “das sentenças definitivas à apelação e à revista; e “os das sentenças interlocutórias ao do agravo no ‘auto do processo”, como refere BUZAID, estribado em DUARTE NAZARETH^{151-a}. Pouca duração teve essa experiência pois os recursos suprimidos foram reimplantados pelas reformas de 29 de novembro de 1836, 13 de janeiro de 1837 e 21 de maio de 1841.

Modernamente, tanto quanto nos foi possível investigar, apenas o direito turco acolheu em sua codificação o princípio do grau único de jurisdição, afastando os recursos ordinários, e assim constituindo-se em exceção à regra geral. Dá-nos ciência desse fato o Professor POSTACIOGLU, dizendo: “Le système judiciaire turc en vigueur ne connaît “pas le second degré de juridiction qu’est l’appel”.

151-a. Agravo de Petição, ob. cit., pg. 56, n. 25

152. Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul — n. 5, 1954, pgs. 156 e 159 — Imprimerie Fakiülteler Matbaasi — Istanbul, 1956.

Mas a negativa de recursos não chega a ser absoluta, abrandando-a a faculdade de recorrer extraordinariamente: “La voie de recours de droit commun est le pourvoi en cassation. Le recours en cassation est principalement ouvert pour motif de violation de la loi à l’encontre de presque tous les jugements contentieux”.¹⁵²

.86. Afora o caso excepcional do direito turco, a tendência moderna entre os processualistas e legisladores é no sentido da redução do número de recursos a exemplo do que ocorre no direito austro-alemão.

Foi também o esquema pregado por CARNE-LUTTI, no projeto de Código italiano, que o autor assim justificou: “Todos los sistemas vigentes presentan a este propósito transacciones entre las dos tendencias. La transacción adoptada por nuestro código, que tiene en su favor una experiencia secular, consiste en permitir contra la sentencia de primer grado dos reclamaciones sucesivas, una **ilimitada** y otra **limitada**. La reclamación ilimitada es lo que llamamos **apelación**; la reclamación limitada resulta de la combinación del juicio de **casación** con el juicio de **reenvío**”.¹⁵³ É também a opinião de BUZAID, em trabalho escrito sobre o tema em foco.¹⁵⁴

Estão errados os que ainda pensam em prodigalizar os meios de impugnação à sentença, sucedendo-se as oportunidades de recorrer.

153. Estudios, ob. cit., vol. I, pg. 149, n. 57

154. Ensaio para uma revisão..., ob. cit.

CAPÍTULO NONO

UM PROBLEMA POLÍTICO-JURÍDICO

S U M Á R I O :

87. Fundamento político dos réursos — 88. Questão de interesse do Estado — 89. Soluções dadas ao mesmo problema em outras classes — 90. Cursos de formação e aprimoramento — 91. Os profissionais liberais e sua especialização — 92. Dificuldades na arregimentação de magistrados — 93. Conclusões.

87. Aos que apregoam as vantagens dum maior número de recursos o argumento que mais impressiona é a necessidade de evitar-se o êrro, podendo as partes, para êsse fim, pleitearem a revisão do julgamento até que com êle se satisfaçam. Todavia escapa a êsses autores um fato ligado à própria essência humana dos litigantes: a sentença é sempre contrária a um dêles e a êste se afigura, como não poderia deixar de ser, injusta e merecedora de reparos. Raríssimos os casos do vencido conformar-se com o que ficou assentado. A permitir-se que o julgamento se repita, requerendo-o o perde-

dor, jamais o processo atingiria ao fim, muito embora a verdade pudesse ter aflorado logo à primeira oportunidade.

Reduzida à expressão mais simples, penetrada até ao âmago, a questão dos recursos restringe-se à desconfiança que se apodera do vencido, fazendo-o temer que o juiz tenha julgado mal a sua causa, carecendo, portanto, que os tribunais superiores reformem a decisão. Êsses tribunais, por seu turno, constituídos de magistrados mais experientes na técnica de julgar, que acumularam durante a carreira um considerável acêrvo de conhecimentos profissionais e jurídicos, reunidos em grupos de no mínimo três (CPC art. 875, § 1.º), são considerados mais habilitados a proferir uma decisão acertada do que o juiz inferior, cuja carreira ainda vai pela metade, às vêzes está a iniciar-se, não oferecendo os penhôres de cultura e prudência dos desembargadores ou ministros. Diz a mesma coisa, em palavras outras, o Professor COSTA CARVALHO: “O direito “liga-se ao recurso nas suas mínimas aplicações, “porque é mister que o êrro, intencional ou inocente, seja reparado pela revisão circunspécta e inteligente de outra ou de outras pessoas”.¹⁵⁵

CARVALHO SANTOS, por êsses motivos, insurgiu-se contra a possibilidade de, no julgamento dos embargos, a sentença de primeiro grau prevalecer contra o acórdão que a reformava por maioria de votos, desde que a metade dos componentes das Câmaras Reunidas a confirmasse: “Ficamos com “aquêles que combatem a inovação, principalmen-

155. Curso Teórico-Prático de Direito Judiciário Civil, vol. IV, pg. 14 — A. Coelho Branco F., Editor — Rio de Janeiro, 1950 — 3.ª ed.

“te porque a sentença de primeira instância já tem
“contra si metade do Tribunal, de forma a não
“se justificar seja restaurada por imposição da lei,
“com desrespeito ao voto esclarecido daqueles que,
“com a responsabilidade de seu cargo, asseguram
“que precisa ela ser reformada”.¹⁵⁶ É o reflexo dessa
mentalidade, que já está arraigada no povo, de que
os juízes dos tribunais colegiados, de categoria su-
perior, concentram condições maiores e melhores
de acertar; não importa que, por estarem em maio-
ria na turma, o resultado atingido provenha exa-
tamente do voto de juízes inferiores, convocados
temporariamente.

88. A discussão, como se vê, extravasa o âm-
bito do processo civil, para interferir na própria or-
ganização do Estado a quem se pede e de quem se
espera a prestação jurisdicional e, também, que ela
seja o mais possível justa e breve. É óbvio, portan-
to, que os recursos, indispensáveis à revisão do pro-
nunciamento, para a sua maior adequação aos di-
tames da justiça, participam, igualmente, do ponto
de vista filosófico, dos interesses do próprio Estado,
ultrapassando os das partes litigantes. Reconhe-
ce-o BUZOID, assegurando que “a natural contin-
“gência da falibilidade humana levou os legislado-
“res a instituírem um sistema de controle e reexa-
“me da sentença por um tribunal superior, denomi-
“nado segunda instância, para o qual devem re-
“correr as partes vencidas e inconformadas com a
“sentença proferida em primeiro grau”.¹⁵⁷

Em última análise, o que justifica o recurso

156. Código de Processo Civil Interpretado, vol. IX, pg. 266 —
Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955 — 4.ª ed.

157. Ensaio, ob. cit., pg. 199, n. 17

é a natural eventualidade do pronunciamento inferior estar errado. Entretanto, ao passo que através do recurso é possível corrigir-se o equívoco da sentença, em si, não menos, exato e afirmar que por seu intermédio não se obtém a extinção da principal causa, de que o recurso é efeito: as deficiências porventura existentes na própria pessoa do juiz. Melhorando, pela reapreciação, o julgamento, persistem, todavia, as razões que o ditaram e que talvez levem o magistrado a reincidir em falhas semelhantes, senão iguais.

89. As insuficiências humanas, porém, não repercutem unicamente na magistratura, constituindo-se em ônus seus. Em todos os setores da atividade, seja cultural ou manual, encontramos-as com igual ou maior intensidade. Entre os juízes até pode observar-se um melhor nível, obtido, justo é ressaltá-lo, pelo próprio e beneditino esforço dos interessados, num sacrifício que tem sido, através dos tempos, apanágio da classe judicante brasileira. Mas o que se torna característico ímpar e “sui generis” é a completa desatenção dos órgãos estatais para com êsse transcendental problema, que em outros ramos da atividade humana tem sido tratado com seriedade e dedicação.

Perlustremos, “à vol d’oiseau”, algumas das soluções que essa mesma matéria vem recebendo em outras oportunidades.

90. O próprio Estado, sentindo que é indispensável incrementar o aprimoramento cultural daqueles que se destinam ao seu serviço, mantém custosas instalações e modernos estabelecimentos de ensino para a formatura e especialização de seu pessoal.

O militar, por exemplo, encerrado o período de formação, às vezes iniciado com o ciclo ginasial, é periodicamente submetido a um novo contacto com os ensinamentos que recebera, nem só para reativá-los como para desenvolvê-los, o que é mais importante. Cursos e mais cursos de aprimoramento de nível técnico lhe são ministrados e exigidos para que o seu padrão profissional e intelectual não fique abaixo do de outros povos.

O diplomata, após enérgica e afamada seleção, é carinhosamente preparado, num curso de invugar especialização, que lhe proporciona as condições de argúcia e inteligência requeridas por sua sutil carreira.

Também os delegados de polícia, comumente, são objeto de acurado tratamento por parte do Estado, através de Escolas de Polícia e de cursos de especialização, reiterados no decorrer da carreira, bem como de bolsas de estudo no país e no exterior, que lhes dão melhor nível de apuro mental.

Aos demais membros do serviço público já se está propiciando, com real vantagem, o ensino e esmero necessários ao maior rendimento das atividades burocráticas do Estado, introduzindo-se, destarte, critérios racionais e metódicos que têm frutificado proveitosamente.

A igual do que o Estado, também entidades privadas vêm facilitando, às vezes exigindo, que os seus empregados freqüentem diversos cursos de formação e aperfeiçoamento, com o intuito de melhor adaptar seus servidores às exigências da técnica moderna, reclamadas pelo momento presente. Nem só pessoal de nível universitário como de grau mé-

dio e até inferior vem sendo beneficiado com essas iniciativas.

91. Mantendo posição de relêvo e detendo lugar de maior destaque, encontram-se os profissionais liberais, que se vêm dedicando com inigualável intensidade aos estudos de pós-graduação através de bolsas no país e no exterior. E nem só à própria custa como auxiliados pelos poderes públicos, inúmeros profissionais de nível superior requintam seus conhecimentos para melhor servirem à profissão que abraçaram.

Mas não é só. Entre os médicos, recentemente, foi instituído um sistema de verificação de capacidade para o exercício profissional, consistindo em exames que facultam ao interessado o título de especialista em certo ramo de sua atividade (deliberação tomada na X Assembléia de Delegados da Associação Médica Brasileira, realizada em Curitiba em 25 de outubro de 1958). Isto sem falar na modificação do currículo escolar dos cursos de Medicina, objetivando maior especialização desde a fase de aprendizagem.

Relativamente aos advogados cogita-se de estabelecer um estágio obrigatório, a exemplo do que ocorre em países europeus, onde o neófito se prepare para o árduo embate da vida prática afim de não se apresentar à sociedade bisonho e inciente, desde que a Constituição e as leis lhe assegurem, com exclusividade, o exercício profissional, vedado aos que não se diplomaram.

Em todos os setores da atividade do homem, pois, seja no serviço público ou nas empresas privadas, seja nas profissões independentes, de nível su-

perior ou médio, há um incontido afã de aprimoramento cujos resultados são dignos dos maiores elogios, face aos proveitos alcançados.

92. A carreira da magistratura, infelizmente, não tem o condão de atrair os mais preparados e capazes. Bem ao contrário, para ela se voltam, alguns desiludidos da vida profissional, outros que não conseguiram vencer, ou que intentavam um sucesso excessivamente rápido, finalmente os que buscam apenas a tranquilidade de um subsídio constante. Poucas são, na realidade, as verdadeiras “vocações “de juiz”. **No que tange à carreira de magistrado — escreveu FREDERICO MARQUES — cremos que em breve precisaremos imitar a Igreja e fazer intensa campanha em prol das “vocações judiciais”.**¹⁵⁸ Bem exata é a sua observação. Embora o vencimento inicial possa ser aumentado, constituindo-se pois no menor problema, há outras dificuldades que, a igual do que ocorre com os religiosos, também afugentam os candidatos à vida de juiz, vida dura, inçada de sacrifícios, em certas ocasiões tão penosa quanto a dos ascetas, o que espanta, obviamente, quem divise um triunfo mais cômodo.

Inicia-se a carreira após um estafante estágio de substituições que envolvem constantes e contínuos deslocamentos, em pequenas e desconfortáveis cidades do “hinterland” que não proporcionam ao juiz, muita vez, o mínimo de bem estar que lhe seria lícito pretender para si e sua família. Às vezes, em certas comarcas, inexistem até mesmo instalações para que o juiz nelas resida, coagindo-o a morar em outro lugar e viajar quase que diària-

158. O Ensino Jurídico, in O Estado de São Paulo, de 7 de dezembro de 1958

mente afim de despachar o expediente. Enfim não há atrativos — eis a verdade — na magistratura. Reflexo da realidade que vimos de apontar é o alheamento em que se mantêm todos quantos tenham oportunidade de alcançar êxito nos centros maiores e melhores o que, embora obliquamente, facilita a disputa de vagas para os candidatos menos capazes, que não resistiriam a uma seleção mais enérgica ou a um confronto com outros colegas, de maior valor.

Os juízes são recrutados, normalmente, e no Brasil assim o é, entre advogados no mais das vêzes recém saídos dos bancos acadêmicos, através dum concurso de provas e títulos. O exame, conquanto ainda seja a melhor forma de apurar a capacidade intelectual dos pretendentes, nem sempre dá notícia da vocação de magistrado dos candidatos. Ademais, belas inteligências aninham-se em carâteres medíocres ou maus enquanto belíssimas formações éticas são servidas por inteligências menos brilhantes. No curso da carreira êsses fatôres, obscurecidos ou adrede ocultados pelo candidato à época da seleção, vêm à tona, criando impasses desagradáveis e de difícil e penosa solução.

No Paraná já se pôs em prática um método capaz de mitigar, senão eliminar, essa dificuldade: o estágio probatório na magistratura. Os juízes são submetidos a um período de adaptação, consentido pela Carta Magna em seu art. 95, § 3.º, em que se limitam à substituição dos titulares e só dois anos depois é que podem prestar o concurso para ingresso na magistratura vitalícia.¹⁵⁹ Efetivou-se, também,

159. Lei de Organização Judiciária, art. 69 (redação dada pela Lei n. 2577, de 26 de janeiro de 1956)

em certa época, numa feliz iniciativa, um curso de extensão para juizes substitutos recém-nomeados, afim de lhes serem conferidas, ainda que em doses pequenas, noções elementares da nova função que iam desempenhar.

Mas em geral não é isso o que ocorre; desde a nomeação o juiz fica apto para o exercício do cargo e se progredir em sua carreira será graças aos seus próprios dotes e ao maior ou menor esforço com que procurar desincumbir-se das tarefas que lhe pesam. O Estado não tem levado a sério o seu dever de preparar convenientemente os servidores cuja função é distribuir justiça. Embora já tenha, pouco a pouco, melhorado a condição material dos magistrados, fornecendo-lhes garantias elementares que os tornem senhores de si próprios e capazes de agir com altivez e independência, como a sua qualidade reclama, descurou, entretanto, de um dos mais importantes setores da vida do juiz, cuja relevância reflete decisivamente no processo, desaguando, em última análise, no capítulo dos recursos, a ponto de torná-los indispensáveis à correção dos erros cometidos na sentença. COUTURE tocou nesse assunto por mais de uma vez, realçando a figura do juiz como ser humano e o seu preponderante papel no processo.¹⁶⁰ MOREL, por seu turno, já disse que “Il est inutile d’avoir une bonne procédure si l’on a une mauvaise organisation judiciaire” ou des juges insuffisants, tandis que des juges “ayant des connaissances étendues, peuvent, à la

160. Los Mandamientos del Abogado, pg. 43, Ediciones Araya, Buenos Ayres, 1953 — 5.ª ed. — Introdução ao Estudo do Processo Civil, pgs. 85 a 89 — José Konfino, Editor, Rio de Janeiro, s/data, trad. de MOZART V. RUSSOMANO

“rigueur, s’accommoder d’une médiocre procédure”¹⁶¹ o que bem retrata a importância desse aspecto, até hoje pouco ressaltado, do debate.

As naturais dificuldades, de que a carreira está repleta, aliadas ao desamparo em que o magistrado é mantido no setor de seu aperfeiçoamento, contribuem sobremaneira para a quantidade impressionante de erros, que conserva em regime de excesso de trabalho os tribunais superiores, motivando essa falsa impressão de que a causa de todos os males reside apenas na lei, cuja reforma é reclamada afoitamente, como se fôra o bastante para, em verdadeiro passe de mágica, fazer desaparecer a angustiante dificuldade.

93. Ora, se o problema é de juízes mais capazes, seja pelo acúmulo de experiência, seja pela cultura sedimentada durante longos anos de prática forense, o remédio, evidentemente, não está no simples aumento ou diminuição da quantidade de recursos, mas em, paralelamente, melhorar o tirocínio dos magistrados. É ao conhecimento profissional, à cultura jurídica, às condições pessoais dos juízes que o Estado deve endereçar o seu cuidado e não simplistamente, ao número de recursos de que a parte possa usar para defender-se de um mal cuja continuidade, através da falta de precauções, é assegurada.

Desde que não é possível, dadas as condições em que se encontra o interior brasileiro, convocar para a magistratura apenas jurisconsultos de escol, é de todo interesse que sejam voltadas as atenções dos juristas para o material humano com que é pos-

161. ob. cit., pg. 3, n. 3

ível contar, proporcionando a essa matéria prima a necessária lapidação através de cursos de formação e de aperfeiçoamento, ou apenas dêste na impossibilidade de estabelecer, também, aquêle, como tentativa de dar ao problema uma solução condizente com a sua inegável transcendência.

Ao lado, portanto, do exame puramente técnico-processual da necessidade ou da prescindibilidade de aumentar-se o número de recursos existentes, há outra dificuldade, também de importância fundamental, que vimos de salientar, e que incentiva, em parte, o impulso popular de recorrer. Afastado êsse obstáculo, através da melhoria de nível técnico dos componentes da magistratura, se não se conseguir superar a desconfiança que hoje já se pode dizer atávica no caso individual, ao menos a nação terá o confôrto de saber que os juízes incumbidos de lhe julgar as causas estão intelectualmente preparados para tão difícil tarefa, porque os seus dirigentes lhes devotam a merecida assistência afim de que possa a magistratura desempenhar-se com o maior grau possível de acêrto que permita a frágil condição humana.

Coexistentes êstes dois fatôres: aprimoramento intelectual dos juízes nem só pela formação como pelo aperfeiçoamento, e recursos dispostos sistematicamente, o problema estará, então, verdadeiramente equacionado.

CAPÍTULO DÉCIMO

OS RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

S U M A R I O :

94. As críticas ao Código — 95. Os recursos previstos no C.P.C. — 96. Opinião de ALFREDO BUZAID e CHRYSOLITO DE GUSMÃO — 97. Os agravos, de instrumento e no auto do processo — 98. Agravo de petição — 99. Revista — 100. Prejulgado — 101. Conclusões.

94. Os autores nacionais, analisando o capítulo dos recursos em nosso Código, são muito ásperos nas críticas que endereçam ao legislador, situando-se, às vezes, em posição de antagonismo com a que foi consagrada na lei processual. São apontadas inúmeras falhas¹⁶², encontradas por igual em leis extravagantes, que conspurcam mais ainda a fragilidade do sistema sufragado.

95. Em verdade, ao invés de adotar uma sistematização uniforme e simples, estabelecendo um

162. COSTA CARVALHO, ob. e vol. cit., pgs. 39 e segs.

recurso da primeira para a segunda instância e outro, o extraordinário, para as hipóteses que a Constituição prevê e que já estavam inscritas na Carta de 1937, em vigor à época da promulgação do Código, perdeu-se o legislador numa série de outros meios tendentes à reforma de despachos e sentenças, tais como os três tipos de agravo, os embargos de nulidade e infringentes do julgado, o prejudicado e a revista, sem falarmos, ainda, no recurso ordinário constitucional e nos embargos cabíveis no Supremo Tribunal Federal, nem só os do art. 833 e seu parágrafo único do Código, como os do art. 194, inc. II, letra "b", do Regimento Interno. Insatisfeitos, contudo, com a quantidade que lhes foi posta à disposição — excusez du peu — os tribunais, com o apoio de certos advogados, descobriram, ademais, essa panacéia que cura todos os males e que é bem o espelho dos que a exalçam e encorajam: a correição parcial. De sorte que, para coroamento da confusão reinante, existe, ainda, êsse **passé par tout**, verdadeira gazua, que abre as portas dos tribunais a qualquer pedido, por mais estapafúrdio que possa ser.

96. Debatendo o problema, diz BUZAID que o legislador, "ao invés de elaborar um sistema simples, coerente, lógico e em harmonia com os princípios da oralidade, concentração e identidade da pessoa física do juiz, — manteve, com ligeiros retoques, o quadro geral de recursos, que herdamos de Portugal".¹⁶³ Daí porque antes escrevera o autor, encarando o Código no que tange ao capítulo dos recursos: "Múltiplo, complexo e ericado de dificuldades, constitui uma fonte permanente

163 Ensaio para uma revisão..., pg. 195

“de tropêços para os que lidam no fôro e uma arma “poderosa de procrastinação dos feitos”.¹⁶⁴

Digna de ser evocada, por igual, é a opinião de CHRYSOLITO DE GUSMÃO, que também pugnou contra a quantidade de recursos existente na organização processual carioca, reflexo, outrossim, da pesada herança que nos transmitira a metrópole: “Um grande defeito que, nesse sentido, tem perduto no Brasil e contra o qual nos temos batido, tendo alcançado êxito nossa modesta atuação na organização judiciária do Distrito Federal, é cons- tituído por êsse regime da seriação de recursos judiciários legado pelo velho Portugal e que, como escrevemos já, lembra, apenas, o incoerente sistema dos antigos juizes eclesiásticos, em que os recursos e recursos de recursos se multiplicavam numa seriação indefinida e amortalhante de todo ideal da verdadeira justiça — a prontidão na sua “distribuição”.¹⁶⁵

97. Certo, nem todos os recursos, dos que estão arrolados na lei processual, mereceriam ser extirpados. O agravo no auto do processo exerce função importantíssima, funcionando à maravilha e entrozando-se perfeitamente bem com o sistema da oralidade, de que é, talvez, o mais completo auxiliar. Em alguns casos, que estão a exigir estudo mais apurado e técnico, com as vistas voltadas para o sentido prático, o agravo de instrumento pode vir a ser um excelente fator de contrôle da atividade judicial, em meio à caminhada desenvolvida na direção da sentença final.¹⁶⁶

164. BUZAID, Ensaio, ob. cit., pg. 182

165. Direito Judiciário e Direito Constitucional, pg. 38 — Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1956

166. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., pgs. 84 e 85

Quanto aos demais, entretanto, são supérfluos, desnecessários.

98. O agravo de petição, por exemplo, não tem razão de ser. A sua permanência no elenco do Código é insustentável. Não há qualquer motivo para que em seu lugar não se facultasse às partes a própria apelação. O único argumento que poderia ampará-lo, o **prazo**, que lhe torna mais breve a solução, já caiu por terra de há muito, tal a facilidade, a insensibilidade, com que os juízes o desprezam. Se há merecimentos no agravo de petição, não os conseguimos enxergar. A única parcela positiva que se lhe pode levar a crédito, num balanço fiel da situação, foi a de ter possibilitado a ALFREDO BUZUID, em excelente monografia, isolar o conceito de **mérito**, contribuindo decisivamente para o avanço da ciência processual.¹⁶⁷ Mas se o professor de São Paulo logrou êsse invulgar resultado, o mesmo não sucedeu com a maioria esmagadora dos aplicadores da lei processual, que até hoje não entendeu o que seja o mérito, razão pela qual fica impossibilitada de distinguir, com o necessário apuro técnico, dos casos de apelação os de agravo de petição. Embora tendo proporcionado a BUZUID a contribuição a que nos vimos de referir, o saldo negativo do agravo de petição é incommensurável.

99. A revista não teve melhor sorte. Revelou-se de uma brilhante inocuidade, de pouquíssimo valor prático e de menor emprêgo pelas partes. Combatem-na processualistas de escol, tais como BUZUID, OSCAR DA CUNHA, CARVALHO SAN-

167. Do Agravo de Petição, ob. cit.

TOS, aos quais adere a opinião de WALDEMAR FERREIRA.

Contra ela, entre outros de maior e menor vulto, há um obstáculo quase insuperável na maioria dos Estados brasileiros, à exceção de uns poucos economicamente mais pujantes: a dificuldade, senão inexecutabilidade, da publicação periódica e sistemática das decisões do tribunal, as quais, mantidas no recesso dos autos, não chegam ao conhecimento do público, ignorando-se, portanto, as teses esposadas, de molde a dificultar o encaminhamento de eventuais recursos de revista. Isto sem tocarmos em outro problema, de igual relêvo, e que é insolúvel pela lei: a infidelidade com que são redigidos, na grande maioria, os acórdãos, não espelhando a verdadeira discussão travada em plenário, omitindo as divergências verificadas. Ou os juizes vencidos, ou divergentes, escrevem seus votos e os lançam nos autos ao subscreverem o julgado, ou não terão as partes o elemento indispensável à análise perfeita da decisão e até mesmo à própria impetração da revista, ou, às vêzes, de outro qualquer recurso. O mal só o corrigiria a instituição obrigatória do serviço de taquigrafia nas sessões dos tribunais colegiados. Mas em face da resistência passiva, para não dizermos aversão, que lhe opõe a nossa magistratura de superior instância, para tanto, fôra necessária nada mais nada menos que uma reforma constitucional, dados os dizeres do art. 97, inc. II, da Carta Magna. Bem de ver a impossibilidade.

Conquanto não endosseemos integralmente outras críticas que lhe têm sido feitas, pois argumentos há que são excessivos, como já tentamos de-

monstrar¹⁶⁸, é de toda evidência que não se justifica a sua permanência no quadro dos recursos no Código de Processo Civil.

100. O prejudgado, que não chega a ser, propriamente, um recurso, sofre dos mesmos males da revista, agravados consideravelmente pela proibição às partes de o veicularem, a salvo que em prévia sugestão a qualquer dos membros da turma julgadora, que assinta em perfilhá-la, o que, se ocoresse, possibilitaria o seu emprêgo, esporadicamente, mediante a colaboração daqueles que compulsam com seriedade e pertinácia os repertórios ou os próprios acórdãos dos tribunais.

Sinal evidente que denota a sua inutilidade podemos considerar o de que às vêzes êle não figura sequer no Regimento Interno dos tribunais.

Tema dêste trabalho, examinaremos os embargos de nulidade e infringentes do julgado com maior vagar, no capítulo seguinte.

101. Como se viu, dos recursos que o Código prevê, dois apenas são de vantagem real e indubitável: a apelação e o recurso extraordinário. Sua manutenção impõe-se nem só em face dos problemas que êles solucionam, no que tange à correção de sentenças, mas porque equilibram as tendências de nosso processo civil, no sentido de harmonizar os dois extremos em que se situam os autores favoráveis à multiplicação dos recursos e os que pregam a instância única.

Destaque especial merecem, ainda, o agravo no auto do processo e o de instrumento. Aquêles possi-

168. in O Estado do Paraná, secção Justiça e Fôro, em 5 de maio e 8 de setembro de 1957

bilita à maravilha a aplicação do princípio da incorribilidade das interlocutórias, impedindo a preclusão de inúmeras matérias tratadas em despachos ordinatórios da causa.¹⁶⁹ Este, por seu turno, complementando a missão do primeiro, concede que em uns poucos e excepcionais casos o despacho interlocutório seja incontinenti reapreciado pela superior instância, quando se afigure necessário um controle imediato do arbítrio do juiz de primeiro ciclo.

Os demais, entretanto, poderiam desaparecer e, por certo, não deixariam saudade.

169. ELIEZER ROSA, *Dicionário de Processo Civil*, verbete AGRADO NO AUTO DO PROCESSO, pg. 53 — Editora de Direito, Rio de Janeiro, 1957

CAPÍTULO ONZE

EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO

S U M Á R I O :

§ 1.º. Em primeira instância. 102. Recursos nas causas de alçada — 103. Amplitude dos embargos na primeira instância — 104. Pedidos de reconsideração — 105. Desaparecimento do motivo originário.

§ 2.º. Nos tribunais de segundo grau. 106. Coerência do Código com os princípios que o informaram — 107. Cabimento e função dos embargos na redação primitiva do art. 833 — 108. Reação dos misoneístas — 109. Embargos nas causas da competência originária dos tribunais.

§ 3.º. No Supremo Tribunal Federal. 110. Embargos no Supremo Tribunal Federal — 111. Contradição entre o Regimento Interno do Supremo Tribunal e o Código de Processo — 112. Verdadeira extensão do princípio contido no art. 869 do Código de Processo — 113. Recurso de revista rotulado de embargos — 114. Conclusões.

§ 1.º. Em primeira instância

102. “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”. (CPC, art. 839) Com esse dispositivo o Código excluiu o duplo grau de jurisdição, no que tange às causas de alçada.^{169-a} A regra, entanto, não é absoluta; sentenças há, de primeiro ciclo que, embora diminutamente estimadas as causas em que foram proferidas, comportam recurso: “qualquer que seja o valor da causa, caberá “sempre apelação voluntária para a superior instância, da sentença proferida nas ações relativas “ao estado e à capacidade das pessoas” (CPC, art. 140, § 2.º). Além dessa restrição ao princípio da unicidade de grau nas questões de pequena valia, outras razões ainda retiram o absolutismo da regra legal: a) o recurso extraordinário, que, sendo previsto na Constituição, não é alcançado pelo dispositivo do Código, a igual do que sucede com o conflito de jurisdição (CPC, art. 807); e b) as decisões proferidas por juízes ou tribunais nos mandados de segurança aos quais não se aplica a proibição do art. 839. Desta sorte a norma da lei processual atinge apenas as decisões dos juízes inferiores e, assim mesmo, nas causas que não digam respeito à capacidade das pessoas e ao seu estado (veja-se o § 2.º do art. 140, referido), ou mandados de segurança.

Nessas ações, abrangidas pelo art. 839, o único recurso admissível é o de reconsideração, interposto no próprio juízo em que foi prolatada a decisão impugnada, ocorrendo apenas uma ligeira dúvida quanto aos demais recursos, pois há quem se pronuncie pelo cabimento dos agravos nas causas

169-a. BUZAID, Agravo de Petição, ob. cit., pg. 145, n. 76

de alçada¹⁷⁰, opinião que tem certo apoio e eco na jurisprudência¹⁷¹, mas que temos por insustentável pois contraria a tradição de nosso direito.¹⁷²

103. A exemplo dos embargos do regime anterior, o recurso, nas causas de alçada, comporta a juntada de novos documentos, o que se proíbe, em tese, quanto à apelação, de forma que, embora tenham ambos por finalidade o reexame da sentença final, em se tratando de embargos é consentida a exibição de prova por documentos. Destoa, ainda, da apelação porque esta é incompatível com a arguição de matéria nova, não sendo conhecidas da instância superior as questões que não tenham sido suscitadas e discutidas no ciclo inicial, ao passo que o embargante, nas causas de alçada, poderá juntar prova literal, o que é corolário lógico da permissão de arguir fatos novos contra o julgado, estando implicitamente contido na autorização de produzir prova. Aliás essa possibilidade é da própria essência do recurso de embargos, sendo de notar-se que,

170. ELIEZER ROSA, ob. cit., verbete ALÇADA

171. ALEXANDRE DE PAULA, em seu repertório, indica as seguintes decisões, favoráveis ao cabimento de agravos nos processos de alçada: ns. 10.438 e 22.917, do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em 10.VIII.45 e 23.I.51; e 14.563, do Tribunal de Minas Gerais, em I.II.43 (êste, porém, num caso excepcional de suspeição posta ao juiz)

172. É ainda A. DE PAULA quem arrola inúmeras decisões afastando o cabimento de qualquer recurso, além dos embargos, nas causas de alçada: ns. 14.551, 14.553, 14.578 e 27.136, do Supremo Tribunal, em 22.V.47, 15 e 21.VII.47 e 17.VIII.53; ns. 14.562 e 27.160, do Tribunal do Distrito Federal, em 23.XII.47 e 10.IX.54; n. 17.780, do Tribunal de Minas Gerais, em 7.III.49; n. 17.781, do Tribunal do Paraná, em 29.XII.48; n. 27.142, do Tribunal do Rio Grande do Sul, em 25.VIII.53; e n. 27.143, do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em 7.I.54.

Veja-se ainda, a respeito, SEABRA FAGUNDES, Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil, pg. 409, n. 419, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro 1946 e BUZAID, Agravo de Petição ob. cit., pg. 145, n. 76

no regime caduco, os embargos oferecidos em primeira instância eram de tamanha amplitude que se consentia, inclusive, a produção de prova testemunhal, o que é, hoje em dia, reivindicado por LOPES DA COSTA, para os embargos do art. 839, como sendo indispensável em determinadas hipóteses.¹⁷³ A exigibilidade de prova apenas por documentos, oferecida incontinenti, dizia respeito tão só aos embargos postos aos acórdãos, nos tribunais superiores, e decorria da norma inscrita no art. 663 do Regulamento n. 737, de 1850.

Sobre os embargos será ouvida a parte contrária, no prazo de cinco dias. Conquanto não o diga o Código, parece-nos óbvio que se lhe deferirá a juntada de outros documentos, que elidam as afirmativas do recorrente, pois se trata de rebater prova contrária, aplicando-se, portanto, o que determina o art. 223, "caput", do Código.

104. Êsses embargos, diz a lei do processo, serão de nulidade OU infringentes do julgado. Não repetiu o legislador a copulativa E empregada no art. 833, preferindo a disjuntiva usada no art. 808, que afugenta quaisquer dúvidas de interpretação. A impugnativa do vencido contra a sentença, pois, poderá abranger as nulidades que acaso queira ver declaradas ou, então, infringindo-a, pleitear-lhe a substituição por outra, menos desfavorável.

Na primeira instância é que se observa, com maior apuro técnico, a manutenção do velho pedido de reconsideração, de que provieram, originariamente, os embargos. A referência a "nulidade" ou "infringência", como demonstraremos oportunamente,

173. ob. cit., vol. III, pg. 175

mente, "va sans dire", é uma superfetação que não faz sentido. O recurso espelha fielmente a figura do antigo remédio português, do século XIII, vivificado pelo legislador de 1939, só que, agora, ao invés de ser uma forma de contornar a dificuldade de acesso à instância superior, resulta da própria vedação de apelar.

105. A maior extensão atribuída aos embargos do que à apelação talvez derive do drama de consciência que se apossou do legislador ao impedir o ingresso na instância superior exatamente àqueles que não dispõem de meios sequer para terem questões valiosas. É uma forma de amenizar o rigor da proibição de recorrer, dando ao pedido de reconsideração uma elasticidade que não a tem a própria apelação. Muitos autores combatem a restrição e têm toda razão, inclusive por um fator que ainda não foi considerado: a assustadora desvalorização da moeda brasileira, de uns três lustros para cá, fêz com que ficasse irrisório o limite, principalmente se tomarmos em consideração que o teto previsto nos arts. 517 e 523 do Código foi elevado de vinte vezes pela Lei n. 2816, de 1956. Hoje em dia as questões de valor igual ou inferior a dois mil cruzeiros (Cr\$ 2.000,00) são raríssimas e o seu ingresso no tribunal superior, por certo, não aumentará o volume de serviço dessas côrtes. Assim a "ratio essendi" da proibição de recorrer perdeu, por completo, o seu próprio objeto.

Além do mais é estranho que possa o litigante obter um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário, enquanto se lhe mantêm fechadas, sem razão plausível, as portas dos tribunais de segundo grau, muito embo-

ra fôsse possível argumentar que o apêlo incomum, ao Tribunal Máximo, só tem cabimento em casos excepcionais.

§ 2.º Nos tribunais de segundo grau

106. Não obstante ter sido o autor do anteprojecto de nosso Código, BATISTA MARTINS não deve ser transformado em para-raios das críticas endereçadas à lei. Conquanto responsável em boa parte pela legislação em vigor, houve outros colaboradores, cuja verdadeira influência é desconhecida, e, ainda, fatores sociais e regionais, de preponderante papel no resultado afinal alcançado pelos elaboradores do Código.

Particularmente no que tange aos embargos de nulidade e infringentes do julgado, êsse autor fica ao largo de quase tôdas as investidas. Não se lhe pode levar a débito tudo quanto tenha sido criticado a respeito do instituto. Tendo combatido o recurso¹⁷⁴, mas mesmo assim devendo mantê-lo, deu-lhe uma área de influência quase nenhuma, transformando-o, ainda, em instrumento de refôrço dos poderes do juiz, através do fortalecimento da sentença de primeira instância, tudo dentro duma linha de harmonia impecável.

De início o tratamento dispensado pelo Código aos embargos de nulidade e infringentes do julgado obedecia a uma taxinomia que, boa ou má, encontrava amparo nos próprios conceitos que presidiram à sua elaboração. Havia coerência, o que é, só de si e por si, um motivo de exaltação.

Primando por abolir o método, até então vigo-

174. Recursos & Processos, ob. cit., pg. 238

rante, da luta judiciária entre as partes, tendo o juiz como simples espectador, o Código imprimiu às funções do magistrado uma autoridade bastante acentuada, que contrastava com o critério anterior. Deu-lhe poderes suficientes para dirigir o processo, assim chegando a uma solução que mais e melhor se aproxime da verdade, fanal da ação.

107. Os embargos de nulidade e infringentes do julgado, como recurso oponível às decisões de segundo grau, foram situados dentro desse princípio. Assim é que o Código, em sua redação primitiva, restringira o cabimento de tais embargos apenas às decisões que, em grau de apelação, reformassem a sentença de primeira instância, por maioria de votos. Confirmada a decisão, ainda que sem unanimidade, os embargos não teriam cabimento. Mira o legislador a sentença de primeiro grau, aliada à figura do juiz. Dí-lo BATISTA MARTINS: “Para atenuar os efeitos dessa irremediável transigência e resguardar, quanto possível, o sistema que instituiu, a lei, ao revés do que sucedia no direito anterior, assegurou, por vias oblíquas, certa influência à decisão de primeira instância”.¹⁷⁵

Prestigiando a decisão, evidentemente, realçava-se o valor da pessoa do magistrado. O espírito do Código transparecia cristalino. Alcançada que fôsse a dupla conformidade, mesmo contra o voto de um dos juízes de instância superior, ou sendo unânime a decisão reformatória da sentença inferior, o julgamento considerar-se-ia definitivo.

Observando o mesmo assunto de outro ângulo,

175. Parecer, in Revista Forense, vol. 91, pg. 80

nota-se que o legislador, preocupado em destacar a posição do juiz, reconheceu-lhe certa primazia em face do próprio tribunal, justificando essa atitude com o fato muito razoável e sensato, de estar o juiz em contacto mais íntimo com a prova e com as partes, um corolário, enfim, da regra da concentração e imediatidade. Tal se verifica em duas soluções postas em vigor através da redação inicial da lei. A primeira, firmando a norma de prevalecer a confirmação, embora por maioria, da decisão inferior, e a segunda, estatuinto que a sentença de primeiro grau sobrepujaria o acórdão da Câmara Cível se, no julgamento dos embargos, fôsse confirmada por metade dos juízes presentes. Nessas duas hipóteses vê-se que o Código atribuiu à sentença, ao lado dos votos dos sobrejuízes que a mantinham, posição de preeminência, fazendo-a sobrepor-se ao julgamento superior, nem só quando a maioria estivesse a seu lado, o que é normal, como, ainda, na hipótese de que, somada aos votos da facção que a confirmara, alcançasse maior número de sufrágios do que os do grupo que a reformava. Fôra retirada ao presidente sua tradicional interferência, ao preferir o voto de desempate.

Essa faceta do método adotado pelo Código foi suficientemente ressaltada pelo magistrado e professor maranhense ANTONIO BONA, que logo após à entrada em vigor da nova lei processual, elogiava a fórmula de desempate no julgamento dos embargos, com a prevalência da sentença inferior, pela coerência que denotava. Disse êsse autor: “O Código oferece uma solução, que pelo menos tem a vantagem de estar em harmonia com a sistemática dos princípios da oralidade, que adotou como

“fundamento de sua reforma de nosso direito judiciário civil: o Código resolveu o problema do empate, no julgamento dos embargos, tomando como critério o princípio da valoração da sentença do processo oral. Perfilhando os princípios da oralidade, da imediatidade, da identidade física e da livre convicção do juiz ativo, colocou a sentença nas condições mais próximas de traduzir um veredito justo”.¹⁷⁶ Do mesmo teor é a opinião manifestada por SEABRA FAGUNDES¹⁷⁷, que invocou, também, um acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹⁷⁸, cujo relator, o hoje Ministro RIBEIRO DA COSTA, equacionou com justeza e precisão o problema proposto.

Sente-se a preocupação de, através da sentença, robustecer a posição do juiz, cujo pronunciamento seria tomado em pé de igualdade com o dos juizes de segundo grau. Fácil encontrar aí a sistemática, o desejo de valorizar o magistrado, restabelecendo o seu prestígio, abalado pelo critério anterior, que o mantinha em posição secundária. Essa coerência foi salientada por SEABRA FAGUNDES, para quem “pode discutir-se e censurar-se o processo de desempate adotado pelo legislador, e não somos dos que o aplaudem, mas é força reconhecer que êle se enquadra, coerentemente, dentro da sistemática da lei processual”.¹⁷⁹

108. A quebra da harmonia, derruindo pelos alicerces tudo aquilo que fôra carinhosamente ela-

176. O Recurso de Embargos e o Código de Processo Civil, in Revista Forense, vol. 84, pg. 21

177. Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil, ob. cit., pgs. 385 e 392, n. 398

178. Revista Forense, vol. 96, pgs. 331 a 334

179. ob. cit., pg. 402, nota 52

borado pelo legislador, tem, também, a sua explicação. E é relativamente fácil encontrá-la. Provindos dum regime de fortalecimento do tribunal de instância superior, difícil seria aos juizes de segundo grau compreender essa guinada, que lhes retirava um primado até então incontestado e que ninguém ousara pôr em dúvida. CARVALHO SANTOS bem interpretou o misoneísmo daqueles que se puseram em posição antagônica à do Código, os quais, assim agindo, defendiam uma inexata concepção de sua autoridade, tal como até àquela ocasião fôra considerada. Eis o que disse esse jurista: “Mais razoável seria o Presidente desempatar. Justificando o seu voto, naturalmente, êste, quando não conseguisse os juizes vencidos, pelo menos lhes daria uma satisfação do respeito que devem merecer os seus pronunciamentos, evitando-se a anomalia de poder a opinião do juiz de inferior instância ser computada para derrotar a corrente formada na superior instância, contrária à sentença recorrida”.¹⁸⁰ (grifamos). E a reação da hierarquia em benefício do argumento da autoridade não se fez esperar. Da passagem do Ministro JOSÉ LINHARES pela Presidência da República resultou, também, a reforma do texto da lei processual com a introdução de nova regra de desempate, que consiste em fazer prevalecer, já não mais a sentença inferior, mas o acórdão proferido no julgamento da apelação. Predomina a solução dada na Câmara, se ocorrer empate no julgamento dos embargos. Apparently está salvo o prestígio do tribunal, que não terá mais de curvar-se a uma maioria integrada, também, pelo juiz inferior; salvou-se, por ou-

180. Cód. de Proc. Civ. Int., ob. cit., vol. IX, pg. 266

tra, igualmente, o do desembargador vencido pois o cabimento dos embargos fica adstrito à existência de voto discordante, não importando, mais, que seja confirmatório ou reformatório da decisão inferior. Ademais os embargos pautar-se-ão, em sua admissibilidade e elasticidade, pelos têrmos da divergência entre a maioria e o desembargador vencido. Desapareceu a regra da dupla conformidade, obstativa de novo recurso.

Por êsses motivos, dizíamos, se há incongruência no Código, relativamente aos embargos de nulidade e infringentes do julgado, é inexato, pode até ser injusto, levá-la tôda a débito de BATISTA MARTINS cuja cultura jurídica merece louvores e acatamento, principalmente porque aliada a um sentido muito profundo de reforma, no desejo de melhorar, arrostando tabus seculares, aquilo que com o nome de Processo Civil era encomiado por autores que não estavam em dia com a renovação dos estudos do Direito Processual, que se intensificava desde o último quartel do século anterior.

109. Afora os que são oponíveis aos acórdãos proferidos no julgamento das apelações, cabem, ainda, embargos de nulidade e infringentes do julgado, na forma do art. 783, § 2.º, contra as decisões proferidas nas causas da competência originária do Supremo Tribunal ou no julgamento das ações rescisórias nos tribunais estaduais.

Relativamente à ação rescisória ocorreu dúvida, inicialmente, sôbre se a admissão dos embargos se restringiria, também, à hipótese de existência de voto vencido. Alguns entendiam que era desneces-

sário haver discordância^{180-a} ao passo que outros dela faziam um pressuposto do recurso^{180-b}. A opinião destes prevaleceu, de sorte que será inembargável a decisão tomada por unanimidade.

Esses embargos foram proibidos apenas em relação ao processo do mandado de segurança, conforme dispõe a Lei n. 1533, de 1951, consoante opinam os autores e assentou a jurisprudência, conquanto haja opiniões discordantes, como a de MENDONÇA LIMA¹⁸¹ e alguns julgados em sentido contrário de certos tribunais¹⁸², que entanto não lograram abalar o acêrto da afirmativa da maioria¹⁸³.

§ 3.º No Supremo Tribunal Federal

110. Além dos embargos cabíveis contra as decisões tomadas por maioria de votos, no julgamento da apelação (Constituição Federal, art. 101, inc. II, letra "b"), previstos no art. 833, caput, do Cód-

180-a. A. DE PAULA, em seu repertório, aponta as seguintes decisões : n. 10.406, do Tribunal do Distrito Federal, em 2.VIII.45 e n. 10.412, do Tribunal do Rio Grande do Sul, em 13.VII.45, bem como uma, de n. 14.498, do Supremo Tribunal, em 30.X.46

180-b. Em sentido contrário, no mesmo repertório, encontram-se estas decisões : n. 14.532, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 7.V.47 e, do Supremo Tribunal, as de ns. 14.512, 14.513, 22.856 e 27.064, em respectivamente, 10.XI.47, 19.XII.47, 17.I.52 e 31.VII.52

181. V. a nota 113, à pg. 84

182. No repertório de A. DE PAULA é possível encontrar as seguintes decisões, posteriores à Lei n. 1533, de 1951 : n. 22.862, do Tribunal do Ceará, em 15.X.52; n. 22.868, do Tribunal do Rio Grande do Sul, em 24.X.52; n. 22.884, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 3.IX.52; n. 27.086, do Tribunal do Distrito Federal, em 5.VIII.53; n. 27.089, do mesmo Tribunal, em 30.IX.54; n. 27.102, do Tribunal de Alçada de São Paulo, em 3.III.53. Menciona o mesmo autor um despacho do Presidente do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em 11.VI.52 (n. 22.888) e dois pareceres do Procurador Geral da República (PLÍNIO TRAVASSOS) em 4 e 14.VII.52 (ns. 22.892 e 22.891)

183. V. a nota 112, à pg. 84

go, existem, ainda, outras modalidades de sentenças que admitem embargos, no Supremo Tribunal Federal, merecendo especial destaque e atenção.

Uma dessas hipóteses diz respeito aos embargos postos ao julgamento do recurso extraordinário "quando o acórdão, tomando conhecimento do recurso, houver decidido a questão federal que o motivou" (art. 194, inc. II, letra "b" do Regimento Interno). Esse caso foi introduzido no Supremo Tribunal pelo Decreto n. 6, de 1937, que instituiu as regras necessárias à regulamentação do desaparecimento da justiça federal.

A norma contida nesse decreto encontra sua explicação no desfecho de rumorosa campanha entetada contra a manutenção do recurso de embargos no Supremo Tribunal, onde tinha cabimento contra tôda e qualquer decisão. Duas correntes se digladiavam, uma liderada pelo Ministro ARTHUR RIBEIRO, que pretendia a supressão, por completo, do anacrônico recurso, no Supremo Tribunal; a outra chefiada pelo Instituto dos Advogados do Distrito Federal, com o apoio do sodalício de São Paulo, que intentava reduzir ao mínimo os casos de embargos no maior tribunal do país.

Ao Congresso Nacional de Direito Judiciário, de 1936, foi apresentada sugestão tendente a reduzir os embargos, quando se tratasse de recurso extraordinário, às decisões que não dessem provimento ao recurso, solução que obtivera o apoio de J. DE OLIVEIRA E CRUZ, relator da matéria na aludida reunião¹⁸⁴.

184. apud CLAUDIANO DRUMMOND, Os casos de embargos, e o respectivo rito, nos recursos extraordinários e nos outros processos, in Revista Forense, vol. 68, pgs. 5 a 21

A norma editada pelo art. 6, inc. III, do Decreto n. 6, evidentemente, respondeu ao clamor que se erguera e determinou a redução no cabimento dos embargos, muito embora o Tribunal, vez por outra, exceda o teor do próprio Regimento Interno e admita os embargos em outras hipóteses¹⁸⁵.

Todavia a entrada em vigor do novo Código, regravando exaustivamente o recurso de embargos, deveria ter tido o condão de extinguir essa hipótese, por êle não contemplada. Mas sucede que o legislador, no art. 869, deixando a cargo do próprio Supremo Tribunal, no seu Regimento Interno, estabelecer as normas de processamento do recurso extraordinário, após sua chegada ao último degrau, ensejou que, por extensão, fôsse mantido êsse caso de embargos, cuja finalidade é possibilitar, no plenário, o reexame da questão federal decidida pelas Turmas. Já se afirmou, em abono dos embargos, que o Código não os excluindo expressamente e não o tendo feito, tampouco, o legislador nos diversos textos ulteriores que o modificaram, manifestou implicitamente ratificação do Regimento, no que tange à manutenção do recurso de embargos.

Convém, entanto, que examinemos com maior vagar a argumentação de que acima demos notícia e que serve à permanência dos embargos, afim de verificar se está ou não afinando com as regras e normas de processo essa forma de recorrer que não deriva da lei, que já não a contempla, mas do Regimento, que a conservou.

111. É curial que os Regimentos Internos, conquanto leis materiais no que concerne à ordem

185. Entre outras as que se encontram na Revista Forense : vol. 89, pgs. 97 e 461 ; vol. 98, pg. 360 e vol. 100, pg. 486

interna dos tribunais que os editam, não podem, de forma alguma, criar novos recursos, ainda que em seguimento ao processo de recursos cujo procedimento lhes tenha sido deferido. Recursos só há os que a lei prevê¹⁸⁶. Os embargos contidos no Regimento Interno, por decorrência do Decreto n. 6, que hoje está revogado¹⁸⁷, conduzem à reapreciação da causa por um maior número de juízes. À época em que o decreto ditatorial os instituiu era lícito ao Poder Executivo fazê-lo, dado que a Constituição de 1934, repetida em 1937, reservava ao legislador da União as regras de Direito Processual. Mas acontece que pouco tempo depois o mesmo Poder Executivo, revogando as disposições em contrário, editou um Código de Processo Civil, que não contém entre os recursos enumerados taxativamente no art. 808, os embargos do Regimento Interno do Supremo Tribunal. Em princípio, pois, êles estão derogados, pelo ingresso em vigor de lei nova que dis-

-
186. Merece referência a lição de SEABRA FAGUNDES, a respeito da criação duma hipótese de embargos pelo Regimento Interno do Tribunal de Pernambuco. Combatendo a norma regimental, que faz remissão ao art. 783, § 2.º do Cód., diz o escritor: "Não obstante tal dispositivo se aplique, "por fôrça do art. 801, § 4.º, do mesmo Código, às ações rescisórias de competência originária dos tribunais de apêlo, "não nos parece que seja de boa hermenêutica estendê-lo a "qualquer outro processo de liminar conhecimento da segunda instância. Os casos de recurso são de direito estrito, o que afasta a ampliação analógica. Esta é ainda "desaconselhada pelo contraste entre o silêncio do Código "processual quanto a embargos, quando trata do mandado "de segurança (arts. 319 a 326), e a referência explícita que "faz a tal recurso, em disciplinando a ação rescisória". (ob. cit. pg. 379, nota 5). O ensinamento — mutatis mutandis — tem cabimento no caso agora focalizado, dos embargos disciplinados pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal.
187. Suscitou debates no Supremo Tribunal a revogação ou subsistência do Decreto n. 6. V., p. ex., PHILADELPHO AZEVEDO, Um Triênio de Judicatura, vol. V, pg. 344 e 345, voto n. 879

ciplinou particularmente a matéria, não deixando espaço à coexistência de dois tipos distintos de embargos, o que só teria cabimento se não houvesse o Código regulamentado “ex novo” tal assunto: “a lei posterior revoga a anterior ... quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º).

112. A subsistência desses embargos, portanto, só teria cabimento como decorrência do princípio editado no art. 869 do Código, atribuindo ao Supremo Tribunal a competência para dispor sobre o processamento do recurso extraordinário, até o seu julgamento. Poderia, entretanto, o Supremo Tribunal, alicerçando-se na possibilidade de regradar o procedimento, no recurso extraordinário, manter outro recurso, oponível às decisões finais prolatadas no próprio recurso extraordinário? Era-lhe lícito, a título de regulamentar-lhe a marcha instituir, como em realidade o fez, pelo fato de havê-lo mantido contra a lei que o revogara, um recurso de recurso? Enfocada a questão nesses termos, a resposta só poderá ser negativa. A criação de recursos é ato da competência privativa do legislador federal e o Regimento Interno não poderá, sobrepujando a própria Constituição da República de que o Supremo Tribunal, paradoxalmente, é o guardião e intérprete mais autorizado, estabelecer aquilo que ela própria proíbe, ou, pelo menos, taxativamente não consente.

Restringindo à União a competência legislativa em matéria processual, não sobra qualquer possibilidade jurídica de conservação dos embargos.

Outras razões não militassem em favor da sua supressão e ainda teríamos o argumento histórico, demonstrando que a evolução se operou no sentido de reduzirem-se os embargos ao mínimo de hipóteses, sendo exemplo o próprio Decreto n. 6, que atendeu reclamos nesse sentido, e finalmente o Código de Processo, com fidelidade à opinião dominante, excluiu-os ao menos do âmbito do recurso extraordinário, suprimindo os que até então existiam dado que a êles, intencionalmente, não se referiu. O silêncio da lei, interpretado como assentimento pelo Ministro LUIZ GALLOTTI¹⁸⁸, então Procurador Geral da República, deve ser tido, ao diverso, como supressão, posto que ela enumerou de forma expressa os casos de recurso, disciplinando exaustivamente os embargos, inclusive quando os destina a fazer as vêzes de revista, no próprio Supremo Tribunal Federal, e nem uma vez sequer possibilitou um entendimento que conduza à sua manutenção. Ao contrário, o art. 1049 determina que “as leis de organização judiciária e os regimentos internos dos Tribunais adaptar-se-ão às disposições dêste Código, que sôbre umas e outros prevalecerá”. Essa regra, embora inócua nos assuntos constitucionalmente deferidos aos regimentos e às leis de organização judiciária, é válida no que diz respeito à criação de recursos, que integra a alçada exclusiva da União, não podendo, nem os Estados nem os Tribunais editarem normas a seu respeito.

113. Outro caso de embargos, ainda no Supremo Tribunal Federal, é o referido no art. 833, parágrafo único, do Código, proveniente de altera-

188. in A. DE PAULA, ob. cit., n. 14.970 — vol. X, pgs. 945/946

ção que lhe foi introduzida pela Lei n. 623, de 1949. Nesse diploma legal o que se estabeleceu foi o recurso de revista, com tôdas as suas características dogmáticas, destinado à uniformização da jurisprudência do Tribunal, em face da sua divisão interna em duas Turmas de competência cumulativa. Embora houvesse respeitáveis opiniões em contrário, inclusive de Ministros que muito honraram a Casa,¹⁸⁹ o Supremo Tribunal recusava-se, terminantemente, a aplicar o recurso de revista do art. 853 do Código à divergência de teses entre as duas Turmas ou destas com o plenário, sob a alegação de que os termos em que se encontra vazado o dispositivo codificado fazem com que o recurso se restrinja aos Tribunais estaduais, onde é possível existirem as “Câmaras Cíveis Reunidas”.

Capitulou o legislador¹⁹⁰. Através de um parágrafo único introduzido no art. 833, estabeleceu a revista, rotulada de embargos, assim contornando a situação, afim de que com ela concordasse o Supremo Tribunal, muito embora os argumentos contra ela alinhados, decorrentes de pura interpretação gramatical e denotando uma certa má vontade, sejam duma inconsistência flagrante, como já o demonstraram lúcidos processualistas e alguns Ministros da própria Corte Maior.

Esse episódio, entretantes, vem em abono das considerações que desenvolvemos em o número anterior dado que muito embora o Decreto n. 3, de 1937, também prescrevesse a mesma solução — em

189. PHILADELPHO AZEVEDO (ob. cit., pg. 266 e 267, voto n. 827) e CASTRO NUNES (v. nota 111, à pg. 83)

190. Veja-se a opinião, a respeito, de BATISTA MARTINS, *Recursos & Processos*, pg. 245, n. 199, in fine

bargos às decisões divergentes, como se fôra revista — não foi êle considerado vigente, sendo necessária uma lei especial que suplantasse o obstáculo erguido à revista no seio do Supremo Tribunal.

114. O recurso de embargos de nulidade e infringentes do julgado conquanto tenha cabimento em ocasiões distintas mantém, contudo, a unicidade de seu objetivo, o que só se altera num único caso.

Em primeira instância tem por finalidade suprir a falta da apelação, com amplitude até mesmo bem maior que a desta, nas causas de alçada, podendo o vencido, por seu intermédio, pedir ao juiz que reconsidere a sentença proferida.

Nos tribunais de segundo grau também não passa dum pedido de reconsideração das decisões não unânimes, tomadas em apelação ou ação rescisória, afim de que seja harmonizada a divergência de votos surgida entre os juizes participantes do julgamento.

No Supremo Tribunal, porém, a função dêsse recurso não conserva a homogeneidade acima aludida. Êle é nem só oponível às decisões assentadas por maioria de votos nas apelações, com o sentido que lhes dá o art. 833, “caput”, do Código, como nas ações originárias consoante estabelecem os arts. 783, § 2.º e 801, § 4.º, ou, ainda, em certos pronunciamentos ditados em recurso extraordinário, na hipótese atualmente escorada apenas no Regimento Interno. Por último, com o mesmo nome mas de significado bastante diverso, poderá proporcionar a “revista” de decisões destoantes, entre as Turmas ou destas com o plenário.

Bem de ver que, embora a diversidade de situações em que o recurso pode ser manifestado, existe, todavia, um elo que as aproxima e une: a característica de retratação, ausente apenas da revista introduzida pela Lei n. 623, de 1949.

CAPÍTULO DOZE

EMBARGOS DE “NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO”: DENOMINAÇÃO EQUÍVOCA

S U M A R I O :

115. Opiniões sobre os embargos — 116. Nulidade e infringência — 117. Observação de BUZAID — 118. Embargos ofensivos, modificativos e declarativos — 119. A locução “embargos de nulidade e infringentes do julgado” — 120. Alegação de nulidades — 121. Reapreciação da sentença ou acórdão — 122. Supressão da “querella nullitatis” — 123. Embargos de nulidade — 124. Embargos infringentes — 125. O Decreto n. 8570, de 1946 — 126. Conclusões.

115. O Código de Processo Civil adotou os embargos de nulidade e infringentes do julgado como recurso contra decisões de inferior ou superior instância, nas hipóteses que enumerou.

Impressionados com a exegese puramente gramatical, os autores atiraram-se ao comentário do texto sem atenção ao próprio instituto, desprezando, portanto, as preciosas informações que o detido

e minucioso exame de sua evolução histórica por certo forneceria. E imediatamente apareceram as mais desencontradas opiniões a respeito do que fôsse e para que servisse o recurso de embargos de nulidade e infringentes do julgado.

116. A primeira dúvida que se poderia encontrar, na leitura, é a distinção entre nulidade e infringência. A lei inicialmente falou em nulidade OU infringência (art. 808) para logo após referir-se a nulidade E infringência (art. 833), voltando a seguir à primeira forma (art. 839). Criticou-a AFFONSO FRAGA, por entender que a nulidade se contém na infringência, considerando, pois, desnecessária a referência específica que o Código lhe fêz¹⁹¹. O próprio autor do anteprojeto, em obra póstuma¹⁹², faz suas as palavras de SEABRA FAGUNDES¹⁹³, que saíra em defesa do texto legal, assegurando que se justificava a distinção afim de que à chicana não se fornecesse robusto elemento de discórdia, que seria a omissão de referência à nulidade. As dúvidas entre a sua manutenção ou desaparecimento, que o silêncio da lei ocasionaria, foi que levaram o legislador a mencionar expressamente a nulidade ao lado da infringência. PONTES DE MIRANDA, ao contrário, argumentando de forma distinta, entende que nulidade e infringência não constituiriam, jamais, uma só e mesma coisa e que a lição de FRAGA importa o embaralhamento de conceitos autônomos.¹⁹⁴ Surpreendentemente diversa é a crítica que faz JOÃO CLAU-

191. ob. cit., vol. III, pg. 139

192. Recs. & Procs., ob. cit., pg. 240

193. Dos Recursos, ob. cit., pg. 378, nota 1

194. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, pg. 160 — Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1949

DINO, a quem se afigura errônea a atitude do legislador, adotando a disjuntiva OU entre os vocábulos nulidade e infringência que, no seu entender, levam à conclusão de que a lei, assim se expressando teria equiparado, considerando uma só coisa, os embargos de nulidade e os embargos infringentes¹⁹⁵. Evoca êsse autor um lance do professor COSTA CARVALHO. Êste, por sua vez, afirma: “Em vez de dizer, como fez, embargos de nulidade ou infringentes, empregando a disjuntiva, deveria dizer embargos de nulidade e infringentes, usando a copulativa, pela razão de que não são uma e mesma coisa, mas espécies diferentes, como, aliás, expliquei largamente no § 3.º dêste capítulo, quando disse que, se essas duas espécies do recurso de embargos (infringentes e de nulidade) são tendentes a um só e único fim — a destruição do julgado, — fazem no entretanto, sob fundamentos diferentes, não sendo lícito confundí-los num só termo, numa só expressão, porque êles são distintos uns dos outros, diferindo fundamentalmente entre si”.¹⁹⁶

Parece-nos, todavia, que o Código não merece tal crítica pois o emprêgo da disjuntiva — contra que se ergueu o professor carioca — não teve o sentido de equiparar — tornar uma só — as duas espécies de embargos. Ademais temos para conosco que nenhum efeito acarreta, dentro do espírito do Código, a manutenção das expressões “de nulidade e infringentes do julgado”, como adiante mostraremos.

195. Dos Recursos no Código de Processo Civil, pg. 180, n. 122 — Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1954

196. Curso, ob. e vol. cits., pg. 72

117. De grande alcance, ainda, é a afirmativa de BUZAID, a respeito desse mesmo assunto, quando pondera que o Código faz referência à nulidade e à infringência, parecendo distinguir dois recursos, mas subordina-as à existência de um voto vencido, concluindo, então, que é necessário estabelecer se as nulidades, a serem objeto de embargos, são apenas as que, por terem sido alvo do dissenhimento entre os juizes, na turma que julgou a apelação, motivaram o voto vencido. Eis o que diz o autor paulista, após perguntar que **nulidades constituem objeto dos embargos**: “Quaisquer nulidades verificadas no decurso do processo, ou somente as ocorridas no julgamento da apelação? “Ou, precisando melhor os termos, são os embargos “restritos às nulidades acêrca das quais se manifestou a divergência no julgamento colegial?”¹⁹⁷ Essa observação, muito profunda, leva a conclusões que seu autor não extraiu, e que nos possibilitarão, mais adiante, um maior desenvolvimento da matéria.

Como se vê a simples menção de embargos de nulidade e infringentes do julgado serviu a intranquilizar os espíritos e até hoje, pode-se dizer, não se encontrou a exata explicação para as dúvidas provindas desse debate.

118. Mas a par dessa discussão correu outra, em tudo e por tudo paralela à primeira.

Os embargos, tradicionalmente, eram considerados ofensivos, modificativos e declarativos. O Código, através da terminologia que empregou, dividiu-os em embargos de nulidade, infringentes e de

197. Ensaio para uma revisão, ob. cit., pgs. 205 e 206

declaração. Excluídos êstes últimos, que não foram atingidos pela diferenciação, os dois primeiros deram oportunidade, desde logo, a intensa competição entrè os processualistas.

FRAGA, que foi dos primeiros a comentar o Código, em livro editado menos de dois anos após à sua promulgação, entendeu de criticá-lo porque **teria alterado o direito anterior**, dado que êste contemplava os embargos modificativos, que a lei processual excluía pelo silêncio. Explicando essa omissão, diz o autor mencionado que modificativos ou ofensivos, os embargos são infringentes e que, portanto, desde que o Código se referira aos embargos infringentes, automaticamente incluía nessa categoria as duas espécies anteriormente particularizadas pelos autores.¹⁹⁸ Na sua esteira seguiram outros juristas para os quais a distinção entre embargos ofensivos e modificativos residiria, tão só, na extensão da reforma da sentença, pleiteada pelo embargante. Modificativos seriam os embargos quando atacassem a sentença apenas em parte; ofensivos quando o ataque fôsse total. Dêsse critério diverge fundamentalmente PONTES DE MIRANDA, que esclarece, voltando à origem dos próprios embargos, serem a modificação e a ofensa completamente separadas entre si, não se podendo, absolutamente, distinguí-las pela extensão da reforma pleiteada pelo recorrente. Tão interessante, quão esclarecedora, é a sua lição que se nos impõe transcrevê-la na íntegra: “Os embargos modificativos e os embargos ofensivos ou infringentes são inconfundíveis. Aquêles não **atacam** a sentença; apenas lhe modificam fôrça e efeitos. Os

198. ob. cit., vol. III, pg. 140

“embargos modificativos não vão ao passado, ao tempo em que se proferiu a sentença, para dizerem que não vale ou que errou, isto é, para apontar-lhe a nulidade ou para infringí-la. Fundam-se em fatos novos; de jeito que a decisão só se modifica no presente e para o presente. Se, excepcionalmente, se fundam em fatos velhos, é isso razão de não terem sido apreciados, pelos (sic) ignorar o executado. Os embargos de nulidade e infringentes do julgado, conforme o nome dêles diz, ofendem a decisão, investem contra ela, e não só colimam modificá-la na execução. Os embargos modificativos constituem, portanto, meio jurídico à parte, e não desmentem a decisão; apenas lhe cortam, no tempo, a extensão da execução. São fatos que ocorrem na execução e na execução é que se devem versar”.¹⁹⁹

119. Dêsse entrecruzamento de idéias e opiniões, algumas em completo antagonismo, é possível extrair o exato significado do texto? Parece-nos que não. E assim pensamos porque a construção da lei, a sistemática que ela denota, não nos leva a acreditar que realmente predominasse a intenção de particularizar casos de nulidade e de infringência, nem tampouco englobar, ou não, os embargos modificativos nos ofensivos e vice-versa. A locução “embargos de nulidade e infringentes do julgado” já vinha da legislação anterior — dos Códigos dos Estados — que a havia tomado de empréstimo ao velho Regulamento n. 737. E se nesta Lei, bem como nas codificações estaduais, havia sentido, isto é, a locução tinha um verdadeiro significado, no Código de Processo, absolutamente, tal

199. Comentários ob. e vol. cit., pg. 158

não acontece. Falar de embargos de nulidade e infringentes do julgado é algo que não casa com o sistema do Código, com o seu espírito, e nem tampouco com a construção do próprio recurso, seja na primeira ou na superior instância. Trata-se de puro equívoco, que é fôrça demonstrar para destruir.

120. Com efeito admitir-se um recurso de nulidade em nossa legislação é coisa que não faz sentido. Inexiste entre nós uma “querella nullitatis”. Os recursos no processo civil brasileiro, não se pautam pela existência ou inexistência de nulidades e nem se destinam, especiosamente, à sua simples e mera declaração. Os princípios basilares do capítulo das nulidades afugentam uma tal conclusão. As irregularidades devem ser alegadas desde logo e quando não o sejam só importarão na perda do processo se o resultado pretendido não tiver sido alcançado e nem seja possível mandar repetir o ato. “O “projeto submeteu as nulidades a um regime estrito” — diz o Ministro FRANCISCO CAMPOS — “só as admitindo em casos especiais, quando os atos “não possam ser repetidos ou sanadas as irregularidades”.²⁰⁰ Efetivamente é êsse o espírito que predomina nas disposições insertas no Título X do Livro II do Código, que timbra em retirar à nulidade o caráter anterior, que era o seu maior mal, mais violentamente combatido pela reforma de 1939.

Em face dessa dificuldade passaram os autores a dissentir sôbre que nulidade seria essa, encarada pelos embargos. A nulidade do próprio processo? A do acórdão embargado? A que surgisse no lapso decorrido da sentença inferior ao acórdão do tribu-

200. Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil

nal? Outras nulidades, superiores à própria sentença, que a tornassem insubsistente? Interrogações tôdas elas sem resposta e que deixam o intérprete às tontas. A nulidade que o recurso refere não é nenhuma dessas. E nem qualquer outra, específica ou generalizada. Ocorreu, isto sim, um simples e mero aproveitamento da expressão empregada nas leis anteriores ao Código, cujo resultado foi êste: confusão e desencontro.

121. Desde o nascimento do atual Código de Processo que os embargos de nulidade e infringentes do julgado têm um enderêço certo, que é a reapreciação pura e simples da sentença ou do acórdão. De início os embargos, na superior instância, em se tratando de apelação, destinavam-se unicamente ao reexame da decisão proferida em grau de apelação quando reformasse, por maioria de votos, a sentença apelada. Ocorrendo a dupla conformidade, ou a reforma por unanimidade, não caberiam os embargos. Evidentemente êsse fato denota outra preocupação que não a de escoimar o processo ou o acórdão de eventuais falhas de técnica que o maculassem; além de mitigar o rigor da negativa de recurso às questões de pequeno valor, prepondera a intenção de reforçar a autoridade do juiz de primeira instância, como já referimos, nem só através da dupla conformidade, que deixava de lado os embargos quando o voto divergente reformasse a decisão, como, também, pela fórmula de desempate, que afastava o voto de Minerva.

É, evidentemente, impossível encontrar qualquer desejo de espiolhar nulidades. Ou então o legislador teria proposto aos juristas uma simples charada: concede-se o recurso para expungir o pro-

cesso ou acórdão de quaisquer falhas, mas êle só poderá ser empregado na hipótese de os juizes, na instância superior, terem cassado a decisão inferior sem unanimidade. Assim a arguição da nulidade ficaria subordinada à dupla conformidade, ou à unanimidade na reforma, causas que excluiriam o seu cabimento. Ora, tal raciocínio aberrava de qualquer concepção jurídico-processual. Porque se a nulidade existe impõe-se declará-la, independentemente da possibilidade de estarem ou não conformes a sentença e o acórdão. A nulidade, por si só, justificaria os embargos, embora a decisão tivesse sido confirmada, fôsse ou não por maioria. Condição a alegação da irregularidade às hipóteses de reforma por maioria de votos da sentença inferior, não é solução, absolutamente.

122. Ademais há séculos que a “querella nullitatis” confundiu-se com a própria apelação, ou que recurso lhe faça as vêzes, quanto aos vícios verificados no curso da causa, ou enquanto perdure a possibilidade de recorrer, regra a que não poderíamos fugir, com os nossos embargos, ditos de nulidade. Apelando da sentença, evidentemente, o vencido está no dever de impugnar todos os vícios existentes no processo, capazes de invalidá-lo, ou simplesmente a exigirem correção. Desnecessário um recurso especial, a tanto destinado, e que, aliás, não se encontra arrolado entre os que o Código prevê, não obstante a errônea denominação atribuída aos embargos.

123. No regime do Regulamento n. 737, entretanto, era compreensível a existência de embargos de nulidade, pelos quais poderia a parte, qualquer que tivesse sido o resultado da apelação, unânimes

ou não os votos, apontar as irregularidades. nas próprias leis indicadas como capazes de invalidar o processo. Os embargos tinham, portanto, a finalidade de fazer declarar as nulidades: “nelles poderá allegar-se qualquer nullidade nos termos do Cap. “I, tit. II, das nullidades”, diz o art. 663 do Regulamento. Aí sim compreendia-se a razão da existência dos **embargos de nulidade**. Nos Códigos estaduais não diferenciava muito a situação; também era mais ou menos idêntica a regulamentação relativa às nulidades, de sorte que o espírito do Regulamento n. 737 continuava a influenciar os juristas de então. Fazia parte da técnica de advogar, na época, manter em segredo certas falhas processuais que serviriam, na hipótese de derrota quanto ao mérito, para uma providencial anulação do processo, que tanto poderia ocorrer no recurso de embargos, quanto nos embargos do executado, também admitidos para o desmascaramento de falhas e irregularidades insanáveis.

Mas nessa hipótese, é bem de ver, o emprego da expressão embargos de nulidade tinha outro sentido que não o tem hoje. Principalmente porque em qualquer recurso, desde que não seja impossível alegá-las, deverá o recorrente apontar as nulidades, que em certos casos podem ser comunicadas diretamente ao juiz, independentemente de qualquer recurso. Não é necessário aguardar pela oportunidade dos embargos para denunciar as irregularidades, mesmo porque em certos casos, havendo unanimidade, por exemplo, por mais insanável que seja a nulidade, inexistia a possibilidade de a declarar através dos embargos. O Código timbra, repitamos, em impedir o sacrifício do fundo pela forma, e a

menção dum recurso de nulidade, absolutamente não faz sentido.

Tomando como ponto de partida as palavras do professor BUZAID, ao anotar entre as falhas dos embargos esta, de não se saber qual a nulidade argüível nêsse recurso, se qualquer uma existente nos autos ou se apenas a que tenha dado margem ao dissentimento de um dos juizes, concluimos, passando, pois, ao lance seguinte, pela demonstração de não ser de nulidade o recurso, cujo nome de batismo, escolhido pelos elaboradores do Código de Processo, não condiz com as características essenciais que o informam.

124. Não menor é o problema quando se relaciona com a infringência do julgado. É claro que o legislador não tentou, através do emprêgo do vocábulo infringente, reeditar a discussão entre os embargos modificativos e ofensivos. Nessa hipótese a nulidade deveria compreender-se na qualidade dos ofensivos. São ofensivos todos os embargos que intentem a desconstituição da sentença, seja infringindo-a, seja pleiteando-lhe a própria anulação, ou a do processo.

Mas não é só isso.

Relativamente à infringência ressurgem as mesmas dúvidas que assoberbam os autores no que diz respeito à nulidade. Que matéria deveria ser alegada como capaz de infringir o julgado? Fatos novos posteriores à sentença? Ou anteriores, que já constassem dos autos? Na primeira hipótese poder-se-ia fazer prova dêsses fatos, que tivessem sido sonogados ou desconhecidos até então? Ou se deveria mostrar expressamente que só após à sen-

tença vieram à ciência da parte? A lei, completamente calada, deixou tudo no ar, para ser solucionado por juízes e doutrinadores. O Supremo Tribunal entendeu que tinham cabimento embargos calcados no fato superveniente²⁰¹; já o Tribunal da Bahia negou essa possibilidade, decidindo em sentido oposto.²⁰²

A razão está, todavia, com o Tribunal bahiano. Se o Código limita o cabimento dos embargos pela extensão do voto vencido, não nos parece viável que se possa oferecer aos julgadores outro material que não aquêle constante dos autos. Se na apelação é defeso argüir fatos novos (art. 824, § 1.º), evidentemente igual proibição existe nos embargos, dado que o recurso tem por suporte o voto proferido na apelação. Divergem, contudo, os autores; ao passo que ODILON DE ANDRADE²⁰³ e PLÁCIDO E SILVA²⁰⁴ admitem a invocação de novos fatos, SEABRA FAGUNDES²⁰⁵ e BATISTA MARTINS²⁰⁶ excluem-nos e com êstes, parece-nos, está a razão. Se o suporte do recurso é o voto vencido, apenas a matéria prima trabalhada pelo juiz dissidente pode servir de base à interposição dos embargos e não outra, de que o próprio divergente não tinha notícia. Ou então os embargos não teriam por bitola o voto ímpar. Não prevalece a respeito o que dispunha o

201. Ac. da 2.ª Turma, rel. Min. EDGARD COSTA — A. DE PAULA, n. 17.745

202. Ac. das Câms. Cívs. Reuns., rel. Des. ANTONIO BENSABATH — A. DE PAULA, n. 27.076

203. Comentários, ob. cit., pg. 199

204. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pg. 1512 — Editora Guayra, Curitiba, 1949 — 3.ª ed.

205. Dos Recursos, ob. cit., pg. 381, nota 9

206. Recs. & Procs., ob. cit., pg. 243

Regulamento n. 737, seguido pelos Códigos estaduais.

É óbvio, ademais, que à jurisprudência e à doutrina não incumbe fazer a integração das normas legais a não ser em casos excepcionais. Deixar todo um capítulo para ser escrito por outrem é inconcebível. É preciso, então, analisar os embargos infringentes em face do próprio teor do Código de Processo, com os subsídios doutrinários que o legislador não desconhecia e nem se pode pretender que pudesse ignorar.

Todo recurso, por sua própria natureza, é infringente. Veja-se o que diz BATISTA MARTINS, falando de recursos e após enumerá-los: “os dois “primeiros” (— trata-se de apelação e embargos —) “visam a infringir as decisões de mérito, “mediante reforma da sentença que sobre êle haja “estatuído”.²⁰⁷ A finalidade primordial dos embargos, óbvio, é a de possibilitar a substituição da sentença recorrida por outra que, na pior das hipóteses, seja menos desfavorável ao vencido do que o fôra a anterior. E para que tal aconteça, evidentemente, é necessário que o recurso infrinja a sentença. Infringente é a apelação, como o é, também, o recurso extraordinário, ou a revista. Um recurso que não seja infringente, que tenha por finalidade manter a sentença tal qual se encontra, não faz sentido. Reformas de cunha acadêmico, para a salvaguarda de simples opiniões doutrinárias, não encontram guarida em nosso direito. Apenas a cassação de certos países europeus, quando interposta pelo Ministério Público com a finalidade exclusiva

207. Idem, pg. 154

de uniformizar a jurisprudência, chega a êsse resultado. Mas entre nós é a própria parte, em seu benefício, quem provoca êsse policiamento das decisões, através do recurso extraordinário da letra "d" do dispositivo constitucional.

125. Em face dos termos do Código, então, mais se avoluma a dificuldade de estabelecer, em relação aos embargos, a infringência que deveria caracterizá-los. É que a possibilidade da infringência surgiria apenas com a reforma por maioria de votos da sentença. Nesta hipótese, portanto, a tentativa de infringência teria cabimento, a igual que a de nulidade, quando um dos juízes confirmasse a decisão, ao passo que outros a revogassem. Quaisquer fatos, por mais graves e importantes que o fossem, não poderiam ser trazidos à colação se não ocorresse entre os desembargadores ou ministros um dissenso na hora de julgar a apelação.

A reforma operada pelo Decreto LINHARES veio aumentar a série de incongruências que já existiam em torno dêsse dispositivo para quem quisesse interpretá-lo ao pé da letra. Porque aí, então, seja a nulidade ou a infringência, tudo fica restrito ao âmbito do voto vencido, cuja extensão limita os embargos. Alegue a parte qualquer irregularidade, por mais veemente que seja, ou invoque as razões mais poderosas para infringir o acórdão e o cabimento dos embargos ficará adstrito ao teor do voto vencido. Bitolando os embargos pela extensão do voto divergente, a nova redação dada ao dispositivo do Código veio afastar duma vez por tôdas os pruridos de qualificar os embargos como de nulidade ou infringentes do julgado, expressões tomadas de empréstimo ao direito anterior mas que, em

face da sistemática da lei processual e dos próprios termos em que estão lançadas as regras sobre os embargos, não têm qualquer sentido.

126. A locução “embargos de nulidade e infringentes do julgado”, portanto, denota apenas um equívoco que fêz baralhar com outros, errôneos na atualidade, o verdadeiro significado do recurso, tal como, hoje em dia, está previsto no Código de Processo. Falasse o legislador apenas em embargos, suprimindo o restante da locução empregada, e teria alcançado melhor resultado, resultado mais preciso do que tentando qualificá-los de nulidade e infringentes, o que, em verdade, êles não o são. A expressão, frisemos, é equívoco provocado pela transposição dum instituto vigente no direito anterior mas desacompanhado das características que o rodeavam, da sua verdadeira razão de ser, que lhe justificava o próprio nome.

CAPÍTULO TREZE

OS EMBARGOS E A ABERTURA DUMA NOVA INSTÂNCIA

S U M A R I O :

126. A instância nos recursos: recursos ordinários e extraordinários — 127. A instância no recurso extraordinário — 128. Idem no recurso ordinário constitucional — 129. A instância no julgamento dos embargos — 130. Embargos: julgamento na mesma instância — 131. Influência da regulamentação dos embargos na sua caracterização — 132. A extensão do julgamento no recurso extraordinário — 133. O aumento do número de juizes julgadores no tribunal. Lição de JOÃO MENDES — 134. Opinião de PONTES DE MIRANDA — 135. Idem de RUY BARBOSA e CASTRO NUNES — 136. Ensino de COSTA MANSO — 137. Idem de CHIOVENDA — 138. A competência para julgar os embargos — 139. Conclusões.

126. Os recursos podem ser classificados em ordinários e extraordinários, consoante conduzam ou não a um integral reexame da causa na instân-

cia superior. SEABRA FAGUNDES ensina que sua caracterização pode ser formulada sob três aspectos diversos: “a) segundo os pressupostos de que dependem; b) segundo o objetivo a que visam; e c) “segundo a natureza do juízo ad quem”.²⁰⁸ Esclarece que pertencem à primeira espécie os recursos que dependem apenas da sucumbência; à segunda estão ligados aqueles que proporcionam à parte, no julgamento perante a instância superior, um reexame nem só da matéria de direito como de fato; finalmente integram a terceira espécie os recursos veiculados para tribunal de cunho excepcional, como o Supremo, com jurisdição em todo o país. Adverte que em sua obra sobre os recursos encara-os sob este último aspecto²⁰⁹. MENDONÇA LIMA, que invoca a classificação do escritor potiguar, opina pela prevalência, entre nós, dos adeptos da segunda forma de conceituação, das expostas acima. Diz o professor pelotense: “O segundo sistema, contudo, é o razoável, aquele que melhor resolve o problema, não só do ponto de vista lógico, como do ponto de vista prático, merecendo o beneplácito mais generalizado”.²¹⁰

Dissentem, todavia, autores egrégios. BATISTA MARTINS, contrariamente, leciona que “em verdade, porém, o único critério científico para a classificação dos recursos é o que os distribui em ordinários ou extraordinários, consoante a desnecessidade ou a exigência de pressupostos espe-

208. Dos Recursos, ob. cit., pg. 10, n. 7

209. Idem, pg. 12, n. 11

210. O Recurso Ordinário Constitucional — Separata da Revista da Faculdade de Direito de Pelotas — vol. III, n. 4, pg. 96

“ciais”, invocando a seguir um lance de SEABRA FAGUNDES, para, então, concluir: “o critério é “simples e racional; dada a sentença, dá-se logo o “cabimento contra ela do recurso ordinário: apelação, se resolveu o mérito, ou o agravo, se é interlocutória, simples ou mista. Desde que a questão “do cabimento do recurso suponha a verificação “preliminar da convergência de certos requisitos especiais, entrará êle para a categoria dos recursos “extraordinários *latu sensu*, de que o nosso recurso “extraordinário é apenas uma espécie”.²¹¹ Igualmente CASTRO NUNES, após esclarecer que partindo do ponto de vista da justiça perante a qual o recurso é julgado apenas o extraordinário corresponde ao nome propriamente dito, continua mostrando que entre os recursos ditos ordinários uns há que têm cabimento restrito, ao passo que outros são cabíveis em maior âmbito. Daí porque assevera que a apelação é o recurso ordinário por excelência.²¹² Sua opinião decalca-se no ensinamento de GARSONNET e BRU. Êstes, em verdade, escreveram: “L’appel et l’opposition sont des voies de recours ordinaires; la requête civile, le pourvoi en “cassation et la prise à partie sont des voies extraordinaires, c’est-à-dire ouvertes dans des cas limitativement déterminés”.²¹³

Conforme o testemunho de MENDONÇA LIMA, contudo, entre nós prepondera o número daqueles que consideram ordinários e extraordinários os recursos consoante a amplitude do julgamento no jui-

211. Reccs. & Procs., ob. cit., pgs. 154 e 155

212. Poder Judiciário, ob. cit., pg. 194

213. ob. cit., pg. 601, n. 801

zo “ad quem”, muito embora divirjam entre si os recursos quanto ao seu cabimento.

Considera-se assunto tranqüilo, pois, que a instauração duma nova instância na causa corresponde aos recursos ordinários, dependendo, portanto, da possibilidade de reapreciação das matérias de direito e de fato. Assim, por exemplo, a apelação abre ensejo à segunda instância, dado que ela devolve ao tribunal superior o conhecimento de toda a matéria suscitada e debatida no período imediatamente anterior. Da mesma forma os agravos levam a êsse resultado quando os institui o legislador como recurso contra decisões finais, permitindo, por seu intermédio, novo julgamento da causa, que é, outra vez, amplamente debatida na instância superior.

127. De ser assim considerada a matéria, resulta a concepção pacificamente admitida de que o recurso extraordinário não faz com que o Supremo Tribunal Federal venha a constituir-se numa nova instância, que seria a terceira, relativamente às causas julgadas em segundo grau pelos tribunais de justiça dos Estados. Muito embora na prática o resultado seja o mesmo porque o Tribunal, em última análise, cassa a decisão da justiça estadual, teoricamente o julgamento do recurso extraordinário, sendo, como é, o seu cabimento restrito a hipóteses rígidas de lesões exclusivamente da ordem jurídica, não se pode confundir com o da apelação. Enquanto esta, tendo lugar em face da sucumbência considerada objetivamente, digamos, provoca uma ampla reapreciação da causa, aquêlé só é admissível se, além de haver perdido a questão, ocorrer, ainda,

que a decisão causadora da derrota do recorrente haja incidido numa das quatro hipóteses constitucionais de recurso extraordinário. Assim provoca um julgamento distinto, cuja finalidade é a de manter a supremacia da Constituição Federal, de que o Supremo é guardião, a hegemonia do direito federal ou, ainda, a uniformidade da jurisprudência, afim de que não naufrague na opinião pública o conceito de justiça. “O fim do recurso extraordinário — acentua BATISTA MARTINS — “não é, “como se vê, instituir uma terceira instância em “atenção ao *ius litigatoris*, senão exclusivamente o “de manter a autoridade da Constituição e das leis “federais, impedindo que, ao aplicá-las, as neguem “ou desvirtuem as justiças locais”.²¹⁴

128. Por essas mesmas razões, encaradas de outro ângulo, o recurso ordinário constitucional, que é facultado nas hipóteses de “habeas corpus” ou de mandados de segurança denegados, pode, eventualmente, ensejar ao Supremo Tribunal Federal constituir-se numa verdadeira terceira instância porque o seu cabimento está subordinado unicamente à derrota: rejeitado o pedido em outro tribunal, o vencido, com o nome de recurso ordinário, tem à sua disposição uma verdadeira apelação para o Supremo Tribunal Federal, conquanto não se confundindo inteiramente os dois recursos. MENDONÇA LIMA afasta, com propriedade, a opinião dos que intentaram restringir o recurso ordinário às hipóteses em que “no mandado de segurança, “está em jôgo direito individual fundado em lei fe-

214. Recs. & Procs., ob. cit., pg. 372.

“deral”. Assegura o autor que: “Basta que seja “denegado o mandado de segurança, pois a coletividade tem o máximo interêsse em que não seja “ferido direito líquido e certo dos indivíduos, qual-quer que seja a norma invocada, podendo ser fede-“ral, estadual e municipal”.²¹⁵

Ora, se o julgamento do tribunal inferior tiver ocorrido também em grau de recurso e, pois, em segunda instância, a causa, quando chegar ao conhecimento da Suprema Côrte, evidentemente, terá atingido à terceira instância dentro do estrito conceito de que demos notícia.

129. Uma das preocupações que tem torturado os doutrinadores é a de saber se com o julgamento dos embargos de nulidade e infringentes do julgado se abre uma nova instância na causa. Assim como a apelação, relativamente à sentença do juízo inicial, também os embargos, cotejados com o julgamento do apêlo, poderiam ensejar a existência de um terceiro ciclo na questão.

SEABRA FAGUNDES²¹⁶ e posteriormente ALFREDO BUZAID²¹⁷, por exemplo, entendem que o julgamento dos embargos, atribuído a um maior grupo de juízes, quando integral o desacôrdo entre o voto vencido e os vitoriosos, proporciona uma terceira instância, que se abre *secundum eventum litis*. Ambos evocam uma afirmativa de JOÃO MENDES, que adiante teremos de analisar.

215. O Recurso Ordinário Constitucional, ob. cit., pg. 107

216. Dos Recursos, ob. cit., pg. 380, n. 387 e nota n. 8

217. Ensaio, ob. cit., pg. 207 e nota n. 86

130. Mas coexistirá com o recurso de embargos o caráter de ordinário, levando à instauração duma instância nova, que lhe dariam êsses autores? Temos que absolutamente tal não acontece. Os embargos não são recurso ordinário e nem dão margem ao aparecimento de outra instância, por razões diversas que procuraremos pôr a descoberto e que afastam completamente a sua possibilidade

Ressalta, logo à primeira, que o cabimento dos embargos não se assemelha nem de longe ao da apelação. Para que possamos caminhar no sentido da conclusão que essa premissa envolve obrigatoriamente, é mister que recordemos, antes do mais, a divergência de conceitos que os embargos produziram no texto anterior e no atual do Código de Processo.

131. Dissera o legislador de 1939 que os embargos teriam cabimento sempre que a sentença de primeira instância fôsse reformada por maioria de votos. Dessa afirmativa os tribunais e doutrinadores extraíram duas conclusões opostas: a primeira no sentido de que os embargos devolveriam ao conhecimento do tribunal o julgamento de tôda a matéria debatida e suscitada até então, de sorte que se repetiria o julgamento; a segunda, ao diverso, restringia a amplitude dos embargos, cujo julgamento ficaria circunscrito apenas à extensão em que o voto vencido discordasse dos demais. Na parte em que os juizes tivessem acordado unânimeamente, a sentença transitava em julgado, pois inembargável, e a existência de um dissenso não poderia, de forma alguma, tornar embargável a parte do julgamento em que houvera identidade de opi-

niões dos sobrejuízes. A jurisprudência anterior ao Decreto LINHARES de 1946 mostra, com exuberância, a realidade dessas duas correntes.²¹⁸

Reformando o Código, em 1946, o legislador demonstrou sua propensão para a segunda corrente e, afim de pôr cõbro à divergência reinante, estabeleceu que os embargos seriam adstritos à matéria em que a divergência ocorrera, liquidando, duma vez por tôdas, a possibilidade de reabertura de exame integral quando o dissentimento, na câmara ou turma, fôra apenas parcial.

Essa disputa, agora acertada legislativamente, denota, segundo cremos, que os embargos não se constituem num recurso ordinário, de sorte a abrir uma terceira instância. O seu cabimento, em primeiro lugar, não depende apenas da sucumbência; é necessário que um dos julgadores haja votado diferentemente dos demais, sem o que os embargos não poderão ser veiculados, seja qual fôr a hipótese, daí porque concluímos, mais atrás, que sua denominação de “embargos de nulidade e infringentes do

218. Pela amplitude dos embargos, não obstante parcial a divergência, apontam-se os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal, arrolados por A. DE PAULA : n. 10.391, de 14.VIII.45; n. 10.392, de 23.VIII.45; n. 10.394, de 27.VIII.45; n. 14.503, de 16.I.47 e 14.515, de 28.IX.48. Dessas decisões dá notícia o Min. OROZIMBO NONATO em voto de que extraímos este tópico : “O que se debatia era “a extensão dos embargos. Enquanto uma corrente, neste Supremo Tribunal, entendia que os embargos eram totais, “devolvendo-se ao Juízo *ex integro* a causa em todos os seus aspectos, outra, ao contrário, entendia que os embargos “tinham de ser concentrados ao ponto da reforma do acórdão” (apud A. DE PAULA, n. 17.746). Pela restrição dos embargos à divergência verificada, sentenciava o Tribunal do Rio Grande do Sul, in A. DE PAULA, ns. 10.411 e 10.413-A

“julgado” nada mais é do que equívoco de expressão. Além disso o conteúdo da divergência do voto vencido em relação aos vencedores, que dá suporte legal à interposição dos embargos, limita, igualmente, os poderes do órgão a que fôr atribuído o seu julgamento. Naquilo em que houve assentimento de todos os desembargadores nem pode a parte calcar o recurso, nem tampouco é lícito aos julgadores interferir através de nova decisão. A parte do acórdão embargado que fôr unânime transita em julgado, permanecendo inalterável. O recurso é bitolado pela extensão da divergência. Ora, não se pode considerar recurso ordinário, instaurador de uma nova instância, o que venha a ser concedido ao sucumbente apenas quando um dos votos, no mínimo, lhe tenha sido em parte ou no todo favorável, e, ainda, que circunscreva tão nitidamente a manifestação do órgão revisor. Assim nem mesmo quanto à extensão dos poderes do tribunal a que seja cometido o novo julgamento pode ser considerado ordinário o recurso de embargos. Ademais são extraordinárias as vias de recurso “ouvertes dans “des cas limitativement déterminés”, dizem GARSONNET e BRU, apoiados por autores patrícios, entre êles BATISTA MARTINS e CASTRO NUNES. Recurso ordinário é somente aquêle em que a derrota, por si só, constitui motivo bastante para recorrer.

132. Aliás os autores mostram que uma vez interposto o recurso, ainda que de cabimento extraordinário, êle poderá ter um julgamento ordinário quando admitido — na expressão corrente em nossos tribunais, **conhecido** — pela côrte superior. Desde que venha a ser deferido e o tribunal dêle

tome conhecimento para julgar de novo a matéria, a apreciação poderá ser a mais ampla possível de sorte que, portanto, a existência ou inexistência duma nova instância ficará sempre subordinada ao **cabimento** do recurso e não à extensão dos poderes da côrte ao julgá-lo. Não ocorre, entre nós, a cisão entre “iudicium rescindens” e “iudicium rescissorium”, que dá origem, em outros países, ao “reenvio”. Nem o atual julgamento sincopado da revista, pôsto em vigor em São Paulo, desabona a afirmativa. Mesmo no recurso extraordinário **BATISTA MARTINS** invoca valiosas opiniões no sentido de mostrar que ao efetuar o julgamento da espécie o Supremo Tribunal pode rever inteiramente a matéria que lhe esteja submetida à apreciação. A respeito transcreve êle a valiosa opinião do Ministro **OROZIMBO NONATO**²¹⁹. Igualmente opina **ODILON DE ANDRADE**²²⁰. **CASTRO NUNES** refere-se ao assunto, exemplificando com as hipóteses de usufruto e fideicomisso ou de concubinato, em que o Tribunal Supremo é obrigado a entrar na matéria de fato, para dar aos fatos a sua exata qualificação legal²²¹.

A observação dêsse mesmo fato levou **J. MENDES** a afiançar que o recurso dito extraordinário promove uma reiteração da instância e, portanto, se trata de recurso ordinário. O grande mestre invoca, como subsídio, o “writ of error” e o antigo agravo ordinário, tentando demonstrar que no Supremo Tribunal Federal a causa é, em verdade, submetida a novo e amplo julgamento, configu-

219. Recursos & Processos, ob. cit., pg. 382, n. 321

220. ob. cit., pg. 350, n. 354

221. ob. cit., pg. 384

rando-se outra instância^{221-a}. Mas tal opinião não prevaleceu. Passados anos de seu aparecimento ainda se considera o recurso extraordinário como incapaz de conduzir à instauração de mais uma instância. E temos para conosco que é essa a opinião mais acertada, em que pese o brilho da argumentação desenvolvida por tão egrégio processualista.

A ordinariedade ou extraordinariedade do recurso, pois, limita apenas o seu cabimento. Os embargos, evidentemente, são recurso de cabimento restrito. A parte que perder, sendo unânime a decisão, não poderá embargar.

PONTES DE MIRANDA, não fugindo à classificação de SEABRA FAGUNDES escreveu que “os embargos são recurso extraordinário, se é a especialidade de pressupostos que distingue a extraordinariedade, ordinário, se é extraordinário o recurso que só submete ao tribunal questão de direito, ordinário também, se é extraordinário o que vai à cognição de outra justiça”²²².

Filiados à corrente dita por BATISTA MARTINS como a única a empregar um critério científico, que toma os pressupostos do cabimento do recurso como nota tônica de sua ordinariedade ou extraordinariedade, entendemos que o recurso de embargos — recurso extraordinário — não leva à abertura de uma nova instância, dado que é bitolado pela extensão da divergência verificada no julgamento da apelação. Esta sim, proporcionando total reexame da causa e sendo de cabimento irrestrito,

221-a. Direito Judiciário Brasileiro, pgs. 369 e segs. — Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954, 4.ª ed.

222. Comentários, ob. cit., vol. V, pg. 160

constitui-se em recurso ordinário por excelência, conduzindo à instauração da segunda instância.

Se no regime anterior ao do Código nacional era muito mais amplo o cabimento do recurso de embargos, nem só independentemente da existência de voto vencido, a que hoje está subordinado, como permitindo maior discussão da causa e, pois, tendo como único pressuposto a sucumbência, tal hoje não mais ocorre. O legislador de 1936 já dera início à restrição da incidência dos embargos, condicionando-os, em alguns casos, à discordância entre os juizes. Completou-lhe a tarefa o elaborador do Código atual, não obstante a reação que esboçou uma parcela da jurisprudência. Hoje, iniludivelmente, o recurso de embargos, nos tribunais, tal como estatui o art. 833 *caput* do Código de Processo, tem a finalidade de uniformizar opiniões discrepantes. Muito embora não haja identidade, êle faz lembrar a revista: esta para normalizar a dissidência entre grupos julgadores, quanto à aplicação do direito em tese; aquêle com a finalidade de harmonizar as opiniões divergentes dos juizes que integram o grupo, no solucionarem o caso concreto.

Não nos parece viável o entendimento dos que afirmam ser ordinário o recurso de embargos.

133. Mas, ao lado da forma de encarar a abertura duma nova instância que vimos de apontar, outra posição doutrinária existe, lançada pela autoridade imensurável de JOÃO MENDES, que escreveu o seguinte: "Notaremos que, no Estado de São Paulo, os embargos não são conhecidos e julgados somente pelos mesmos juizes do Acórdão "embargado, mas por todos os juizes do Tribunal.

“Eles tornam-se assim uma terceira instância, sem alçada e apenas semelhante aos embargos no que diz respeito aos atos processuais das partes, isto é, à oposição por petição e artigos, à impugnação e à sustentação. É, pois, uma variante ou combinação nova; e tem dado bom resultado”²²³.

Dessa afirmativa do notável mestre paulista, para quem o aumento do número de juizes, por ocasião do julgamento dos embargos, constituir-se-ia em fator da abertura duma nova instância, decorreu a construção que vários processualistas a seguir elaboraram, tôda ela à base de comparar os embargos a uma nova apelação, ao segundo tempo do recurso de apelação, como diria BATISTA MARTINS²²⁴, de sorte a poder considerar-se que o seu julgamento abre uma nova instância na causa: a terceira.

134. A êsse entendimento opõem-se lições de PONTES DE MIRANDA, a cuja clarividência, por certo, não deve ter passado despercebido o equívoco daqueles que invocam o trecho extraído do jurista de São Paulo, dado que ressalta fatôres antagônicos aos que foram destacados por JOÃO MENDES. Aquêlo polígrafo, por mais de uma vez, nas diversas em que escreveu especificamente sôbre o recurso de embargos, acentuou o seu caráter de pura retratação, assegurando que em nada contribui o fato de aumentar o número de juizes para afastar essa característica, primordial, do recurso. Os embargos, em verdade, são um pedido de reconsideração daí porque se pode concluir que não abrem

223. ob. cit., pg. 353, nota 1

224. Recursos & Processos, ob. cit., pg. 239

oportunidade à instauração duma terceira instância, tomando-se como base a afirmativa de que o aumento do número de juizes deveria conduzir ao resultado que JOÃO MENDES apontou.

Para PONTES DE MIRANDA, a despeito de vir a ser conhecido por um grupo de julgadores maior do que o anterior, “não se pode eliminar, sem grave perturbação da terminologia e da técnica processuais, o antigo elemento de retratação, que “tem persistido”.²²⁵

A afirmativa de J. MENDES JÚNIOR, todavia, precisa ser entendida em termos, não se lhe atribuindo uma extensão que hoje ela não poderia ter. O mestre escreveu à época em que o cabimento dos embargos não ficava condicionado à existência de voto vencido mas, muito ao contrário, numa ocasião em que eles tinham lugar em face, apenas, da sucumbência. Bem de ver que a inexistência de qualquer limite ao seu cabimento, aliada ao julgamento por um grupo maior de juizes, fêz parecer ao professor paulista que se configurava a abertura duma outra instância.

135. Também RUY BARBOSA, escrevendo sobre embargos, sustentou o seu caráter de via de reconsideração²²⁶, que é, segundo nos parece, a nota distintiva dêsse recurso.

Igualmente CASTRO NUNES, discorrendo sobre a classificação dos recursos, arrolou os embargos entre os de reconsideração dizendo: “. . . uma

225. Comentários, ob. e vol. cit. pg. 165. Parecer, in Revista Forense, vol. 96, pgs. 604 a 609

226. Questão Minas-Werneck, sustentação, pgs. 23 e segs., apud CASTRO NUNES, ob. cit., pg. 295, nota n. 13

“via de retratação ou reconsideração, categoria “a que, em nosso direito, pertencem os embargos “de nulidade e infringentes do julgado”.²²⁷ Tendo escrito posteriormente à reforma processual de 1939, que adotou no processo nacional o julgamento dos embargos por um maior número de juízes e conhecendo, por ter feito inúmeras referências, a obra de JOÃO MENDES, é lícito concluir que CASTRO NUNES a ela não aderiu, evitando de incidir no equívoco de outros autores.

O caráter de mero pedido de reconsideração mais avulta quando consideramos as hipóteses previstas nos arts. 783, § 2.º e 801, § 4.º, *in fine*, do Código de Processo.

Sendo o julgamento da ação rescisória atribuído ao mesmo órgão a que incumbe o dos embargos, não ocorre sequer o aumento do número de juízes a que se referiu J. MENDES e foi tomado como razão da existência duma nova instância. Devendo os embargos serem julgados pelo próprio órgão que, no tribunal, julgou a ação rescisória, aplica-se-lhes o que dizia o autor bandeirante quando analisava os embargos manifestados na instância inferior: “Pode também dar-se o caso de manter-se a instância com impedimentos à sentença, opostos e decididos no mesmo grau de jurisdição: assim embargos às sentenças, conquanto sejam um recurso, também são atos de uma só e mesma instância, visto que devem ser decididos pelo mesmo Juiz como imediatos impedimentos à sentença do mesmo Juiz que a proferiu e que, portanto, ainda não se tornou definitiva”.^{227-a}

227. ob. cit., pgs. 294, 295
227-a. ob. cit. pg. 349

E nem se poderia dizer que o legislador tenha previsto recursos distintos a que atribuísse, todavia, um mesmo nome de batismo. Se tal ocorre, por exemplo, com o agravo de petição, como denuncia BUZAID^{227-b}, o mesmo não acontece com os embargos. Trata-se dum só e único recurso, sempre com a mesma finalidade, muito embora se lhe tenham proposto qualificativos que não têm justificativa na atualidade e que, por si só, não poderiam desvirtuar-lhe o verdadeiro significado, que é o de pedido de reconsideração.

136. O invulgar COSTA MANSO, analisando pausadamente o Regimento Interno do Tribunal paulista, teve olhos para êsse aspecto da questão, mostrando, com muito senso e argúcia, que o maior número de juízes não desvirtua um fato insuperável que é a existência dum único tribunal: qualquer que seja a maneira de êle manifestar-se; através de um só juiz, que poderá ser o Presidente, ou o Relator, por exemplo, é sempre a voz do Tribunal que se pronuncia e que se ouve. Não é possível distinguir, como se fôsem órgãos diversos, o próprio tribunal e cada uma de suas turmas ou câmaras, ou grupos de câmaras ou turmas, ou, ainda, o conjunto de câmaras cíveis ou criminais. A decisão é sempre do tribunal, qualquer que seja o órgão através do qual ela tenha sido prolatada.

Tendo justificado a divisão do Tribunal de São Paulo em turmas, enquanto alguns juristas diziam que o Tribunal era um só, não podendo o legislador, ou os próprios integrantes da côrte fraccioná-lo em tribunais distintos, pela criação de grupos de jul-

227-b. Agravo de Petição, ob. cit., pg. 9, n. I

gamento — problema que ainda hoje é debatido, relativamente à actual divisão do Supremo Tribunal Federal em duas turmas — afirmava o saudoso Ministro em prol da tese que esposara e o Regimento Interno pusera em prática: “Ha opiniões contrarias á divisão do Tribunal em Camaras. Se a Constituição, objecta-se, creou UM Tribunal de Justiça, não póde o Congresso dividí-lo em DOIS. Não me parece justo o raciocinio. As duas Camaras são orgams de uma unica entidade. Todo ser exerce as suas funções por intermedio de membros ou orgams, sem que, por isso, se tornem seres múltiplos. As Camaras não são tribunaes distinctos: constituem o Tribunal de Justiça, que, por ellas, pelas suas turmas, e pelos seus ministros, julga os litigios que lhe são submetidos. A unidade absoluta do Tribunal nos levaria a retirar o preparo das causas aos relatores, para ser tudo feito collectivamente, em sessão, como, aliás, se pratica em alguns paises”.²²⁸

137. CHIOVENDA teve oportunidade de meditar sôbre êsse mesmo assunto e escreveu lição lapidar que põe por terra, segundo nos parece, qualquer conclusão em contrário. Em verdade o príncipe dos processualistas emitiu opinião a respeito da conceituação de uma das secções do Conselho de Estado italiano e analisou demoradamente êste fato, de o tribunal desdobrar-se em várias turmas, com diversa competência de julgamento, para concluir, finalizando, que qualquer que seja a turma ou o grupo de turmas a quem a lei haja incumbido

228. O Processo na Segunda Instância e suas Aplicações à Primeira, pg. 63 — Livraria Acadêmica, São Paulo, 1929

a tarefa de julgar a causa é sempre o tribunal, uno e indivisível, que emite seu pronunciamento.

Eis dois sugestivos tópicos do egrégio mestre :
“Yo considero que la distribución de las causas entre las diversas Secciones de una magistratura, aun cuando sea hecha por ley, no tiene nada que ver con la distribución entre diversas magistraturas; la Sección obra en este caso por la magistratura de la cual es parte; el recurso dirigido a una Sección incompetente de la magistratura competente es válido”.²²⁹ O outro lance esclarece o seguinte: “Cada Sección obra por la magistratura de la cual es parte; pone en acto las facultades que corresponden en potencia a la magistratura”.²³⁰

138. O recurso de embargos, do qual muitos autores puseram em dúvida a qualidade de recurso, pois não envolve certas características comuns aos demais, poderia ser considerado como uma forma de obter-se a integração do pensamento do tribunal. Desde que êste deve julgar a causa, sendo-lhe, todavia, permitido, a bem da divisão e racionalização do trabalho, que confira a tarefa a grupos de seus juízes, que se reúnem em câmaras ou turmas, grupos de câmaras ou turmas, secções civil e criminal ou, ainda, plenário, é natural consequência dessa partição das atribuições que possam, as partes, em determinadas oportunidades, exigir do tribunal que integre o seu pensamento, quando seja possível presumir-se que a vontade ma-

229. Sobre la división de la magistratura en secciones. Efectos del recurso dirigido a una sección incompetente del Consejo de Estado, in Ensayos de Derecho Procesal Civil, ob. cit., vol. II, pg. 64

230. Idem, ibidem, pg. 67

nifestada pela maioria da diminuta turma que julgou a causa não seja idêntica à de um maior número de julgadores, como ocorre, por exemplo, no Paraná, em que os embargos são julgados pela totalidade das Câmaras Cíveis.

Tratando-se, ademais, de método de divisão e racionalização do trabalho forense na esfera do tribunal, compete-lhe, com exclusividade, fixar a formação do órgão que manifestará — integrará — o pensamento da cõrte. Assim, por exemplo, no Rio Grande do Sul, em Santa Catarina e no Paraná a competência é delegada às Câmaras Cíveis Reunidas, congregando tôda a secção civil, ao passo que em São Paulo ou no Distrito Federal é um grupo composto de apenas duas câmaras que julga os embargos.

Esse fato, entretanto, parece-nos que está suficientemente evidenciado, não leva à existência duma terceira instância que importaria, outrossim, na presença de um novo tribunal, o que não ocorre com o simples aumento de juizes que venham a julgar os embargos. Não existem “tribunais” dentro do “tribunal”.

139. Em face dêsses argumentos é que tendemos a considerar os embargos como um recurso extraordinário. Com efeito, divergindo dos ordinários à vista da restrição imposta ao seu cabimento que é limitado pelo teor do voto vencido, êsse recurso não abre uma nova instância. Nisto êle se nivela à revista ou ao recurso extraordinário, ambos subordinados a pressupostos especiais.

A extensão dos poderes dos juizes que julgam os embargos tampouco serve de arrimo à opinião

que combatemos. É que ao julgá-los o órgão revisor tem sua liberdade cerceada pelo teor do voto vencido, limitando-se, portanto, a uniformizar afirmativas divergentes, a do vencido e a dos vencedores. Não lhe é permitido (ao órgão julgador) examinar outros aspectos do julgado, ou do processo, além dos que estejam contidos no dissentimento ocorrido.

Ainda se nos afigura que o aumento do número de juízes julgadores não pode formar um “tribunal” no “tribunal” e que por isso se mantém intacta, até hoje, a principal característica desse recurso que é a retratação, o pedido de reconsideração. Dessa forma não vinga o ensinamento daqueles que pretendem comprovar a existência duma nova instância com a distinção entre a quantidade de juízes presentes ao julgamento da apelação ou dos embargos.

CAPÍTULO QUATORZE

RETROSPECTO E CONCLUSÕES

S U M Á R I O :

140. Esclarecimento final — § 1.º. História:
141. O aparecimento do recurso de embargos — 142. O problema da execução em relação ao vencido — 143. Os embargos do executado em Portugal — 144. Ataque à sentença passada em julgado — 145. Historicamente é injustificável a conservação do recurso de embargos. § 2.º. Legislação comparada: 146. Uma afirmativa de CÂNDIDO DE OLIVEIRA — 147. Inexistência de embargos no direito comparado — § 3.º. Doutrina: 148. O recurso de embargos em face de certos princípios doutrinários — I. Redução dos recursos: 149. Aprimoramento das leis e da magistratura — II. Supressão do recurso de embargos: 150. O recurso contra as sentenças de alçada — 151. O recurso de embargos nos Tribunais de Apelação — 152. Os embargos no Supremo Tribunal — III. Denominação equívoca: 153. Nulidade e infração: qualificativos inaplicáveis — 154. A denominação correta: embargos — IV. Subsistência da mesma instância: 155. Insuficiência das justificativas da abertura duma nova instância — 156. Embargos: recurso extraordinário — 157. Unicidade do “tribunal” — § 4.º. Conclusões finais: 158. Conclusões extraídas do estudo desenvolvido.

140. É chegado o momento de fixarmos os resultados que pretendemos haver colhido com êste estudo sôbre o recurso de embargos de nulidade e infringentes do julgado previsto no Código de Processo Civil.

Nota-se que dividimos o trabalho em três partes distintas, das quais a primeira dedicada a uma pesquisa histórica, a segunda a um rápido perpassar de olhos pela legislação comparada, à base de certa afirmativa do Conselheiro CÂNDIDO DE OLIVEIRA e, finalmente, a derradeira, abrangendo uma análise dos aspectos doutrinários que, a respeito do tema, nos pareceram preponderantes.

Outros assuntos, sabemo-lo, poderiam também constituir objeto dêste estudo; nêle estariam perfeitamente bem situados. Mas não tivemos a preocupação de esgotar a matéria. Ao contrário, preferimos ater-nos ao que se nos afigurou de maior relevância.

Dito isto passemos, pròpriamente, às conclusões.

§ 1.º. História

141. Procuramos demonstrar que o aparecimento do recurso de embargos, com a característica que ainda hoje perdura, de meio do vencido atacar a sentença, na primeira ou segunda instância, ocorreu em Portugal.

Surgiu êsse recurso como elemento capaz de minorar as dificuldades, reinantes na época de seu nascimento, com que se debatiam os litigantes para poderem apelar das sentenças. Seu distintivo pri-

mordial era o da retratação. Pedia-se ao juiz, em embargos, que reconsiderasse a decisão.

Ao passar às Ordenações Afonsinas, no século XV, sofreu o instituto sua primeira grande mutação, sendo aproveitado para outro mister, que não o de recorrer, atribuindo-se-lhe a finalidade de facultar ao vencido atacar a execução da sentença contra êle proferida e já transitada em julgado.

Algumas considerações em tôrno dêsses fatos merecem um pouco mais de realce.

142. Desde o Direito Romano afligia aos doutôres o problema derivado da necessidade de compêlir o perdedor a adimplir a sentença; precisando-se encontrar uma forma que assegurasse os direitos e interêsses do vencido nessa fase, foi adoptada a "actio iudicati", através da qual o vencedor adentrava na execução, consentindo-se ao executado, concomitantemente, defender-se sempre que pudesse alegar qualquer das exceções capazes de neutralizar a execução contra êle movida.

A possibilidade do vencido vir a sair vencedor na ação do julgado fundamentava a sua existência.

Mas, assim como poderia o vencido cumprir espontâneamente a decisão, tal poderia não ocorrer, ficando o vencedor no dever de dar início à execução, à qual compareceria o perdedor, que talvez tivesse defesas ou exceções a opor ao cumprimento da condenação contida na sentença exequenda. Às vêzes repetia-se uma nova "actio iudicati", solução que não era a mais favorável ao vencedor; beneficiava excessivamente o vencido. Como elementos capazes de induzirem-no ao cumprimento da "obligatio iudicati" havia a caução que se exigia

ao réu para contestar a execução da sentença e, ainda, o aumento da condenação se o vencido succumbisse na **actio iudicati**: *lis in fitiando crescit in duplum*.

Insatisfeitos com a solução romana, os juristas medievais buscaram resolver o problema doutra forma. A prática germânica da penhora violenta, sem se ouvir o devedor, também não servia. Iniciou-se o exame da matéria sob outros aspectos, todos realçando a sentença já transitada em julgado e, ao mesmo tempo, intentando resguardar a posição do vencido, a quem se devia assegurar o direito de esquivar-se a uma execução infundada. A fórmula adequada, a mais feliz, veio a aparecer na França, com os embargos do executado, remédio que permitia ao perdedor erguer-se contra a execução. Não se defendia êle numa ação de execução da sentença, como o era a **actio iudicati**, mas iniciava uma ação nova, o que era e ainda continua sendo a característica dos embargos do executado. Obtinha-se a um só tempo a celeridade da execução, que não mais tropeçaria nos percalços criados pelo vencido mas êste, por seu turno, poderia atacar a execução quando tal se fizesse necessário.

143. Quando aos portugueses se apresentou o problema da execução da sentença, com as dificuldades que trazia em si, e a solução proposta por juristas franceses da época, através das práticas de sua pátria, os pedidos de reconsideração já se haviam infiltrado na praxe forense, sendo recebidos com agrado pelos litigantes. Encarado a sério o assunto, os doutôres lusitanos do século XV incluíram nas Ordenações Afonsinas um remédio contra a execução; os embargos à arrematação (Liv. III, tit.

105). Ficava solucionado, ou ao menos dava-se começo à resolução de grave problema, acolhendo o resultado apregoadado pelos jurisconsultos gauleses, isto é, tornava-se embargável a execução. Ao mesmo tempo fôra deixado de lado pela legislação compilada o recurso contra a sentença ainda não transitada em julgado, que só veio a ser reimplantado mais tarde.

É, ao que nos parece, sinal bastante da influência dos franceses o fato de que tanto em França quanto em Portugal a execução da sentença era precedida da sua autenticação. Eram exequíveis os documentos a que em França se houvesse aposto o Sêlo Real, costume consolidado pelas Ordenações de Villers Cotterets, de Francisco I²³¹. Em Portugal, semelhantemente, antes de tornar-se executável, era a sentença submetida à Chancelaria que “tinha por fim dar autenticidade aos documentos chancelados. . .”²³²

Deve ter havido resistência à supressão dum meio de recorrer, certo como é que os litigantes preferem-nos, sempre, em maior quantidade. Tanto assim que as Ordenações Manoelinas meio século após alçaram os velhos pedidos de reconsideração à categoria de recurso oficialmente admitido. E como as sentenças eram exequíveis depois de chanceladas, ficou estabelecido que os embargos seriam admitidos antes da decisão transitar pela Chancelaria ou depois, conforme fôssem recurso ou ação do executado. Passaram, pois, a coexistir dois remédios.

231. LIEBMAN, Embargos, ob. cit., pg. 91

232. CARVALHO, Dos recursos, ob. cit., pg. 303, nota n. 1

144. Salienda LIEBMAN que um dos problemas debatidos por juristas europeus é o que diz respeito à possibilidade do executado obter com os seus embargos a infirmação da sentença. Mostra esse autor que a opinião correta opõe-se à possibilidade de tal acontecimento pois que a proteção do executado não pode atingir tamanha amplitude, a ponto de se lhe permitir a destruição da “res iudicata”. Reflexo desse cuidado é o impedimento levantado a que com os embargos fossem suscitados motivos ou questões anteriores à sentença, ou que já houvessem precluído à data da sua prolação, de molde a retirar dos embargos qualquer oportunidade de rescindir a decisão exequenda, com a sua consequente substituição por outra, mais favorável ao vencido²³³. “Não se podem alegar nem só as exceções propostas no processo anterior, e a que o juiz desatendeu, mas também as que se poderiam pro-“por e não se propuseram”.²³⁴

Já entre os portugueses essa preocupação não era tão acentuada, como observa VIDIGAL²³⁵, a ponto de persistir a possibilidade da declaração de nulidade da sentença mediante ação a ser proposta até trinta anos depois do seu trânsito em julgado. Ademais sempre se admitiu que através dos embargos do executado fosse alegada matéria capaz de conduzir à rescisão da sentença, o que também veio a imperar entre nós: “excetuado o Distrito Federal, onde a anulação só era permitida em uma única hipótese, era admitida francamente, no Brasil, “a anulação da sentença por meio de embargos a

233. LIEBMAN, ob. cit., pgs. 218 a 242

234. idem, pg. 220

235. ob. cit., pg. 27, n. 19

“execução”.²³⁶ Aliás reconhecendo que tal permissão criava problemas de ordem prática, estimulando a chicana, os portugueses incluíram nas Ordenações a proibição de segundos embargos e da arguição de matéria velha, afim de contornarem dificuldades derivadas da possibilidade de impugnação da sentença passada em julgado.

Os embargos do executado, portanto, ao invés de evolução própria, como ocorreu nos outros países, caminharam lado a lado com o recurso de embargos, fato que provocou, talvez pela identidade de nomes, a mistura de suas finalidades e objetivos, coincidindo que em várias de suas oportunidades se confundisse o recurso com o ataque à execução, alcançando-se por intermédio deste o que competiria àquele. Igualmente com a ação rescisória aconteceu o mesmo fenômeno: através dos embargos do executado podia obter-se a rescisão da sentença, situação que perdurou em Portugal até o advento do atual Código de Processo Civil, de 1939²³⁷. A semelhança entre os embargos e a ação rescisória, ainda, levou o Conselheiro OLIVEIRA a afirmar que existiam embargos no direito italiano, apontando como exemplo a *revocazione*, símile de nossa atual ação rescisória. Fato semelhante ocorreu com NESTOR DIÓGENES²³⁸, que dedicou um capítulo especial à análise da afinidade entre os dois meios de atacar a decisão, não logrando, contudo, resultado feliz.

Por outro lado, enquanto noutros países procuravam os estudiosos manter a intangibilidade da

236. VIDIGAL, ob. cit., pg. 30, n. 25 in fine

237. idem, pg. 28 n. 22

238. ob. cit.

“res iudicata”, limitando os embargos do executado à alegação de fatos supervenientes à sentença, com isso ressaltando a sua autoridade, preocupavam-se, antes, os portugueses com a preeminência hierárquica dos tribunais superiores do que com a intocabilidade ou imutabilidade da decisão. E foi para solucionar o problema hierárquico que criaram a interessante figura dos **embargos remetidos**, consistindo em atribuir ao mesmo tribunal que prolatara a decisão (normalmente êle o fizera ao julgar o recurso) a competência para o julgamento dos embargos postos à execução. Destarte, se o resultado fôsse a cassação da sentença, não haveria arranhão no princípio da autoridade pois o próprio tribunal revogara o seu acórdão, o que não se consentiria ao juiz da execução, de categoria funcional menos elevada.

Essa praxe vigeu entre nós até outro dia, desaparecendo apenas com a entrada em vigor do Código de 1939, unificando o processo civil brasileiro.

145. Defluindo de uma incompreensão, segundo nos parece, ou mesmo da obstinada insistência dos litigantes (essa a razão de terem sido mantidos institutos símiles, com finalidade quase idêntica) é de tôda procedência a opinião dos que propugnam pela extinção do recurso de embargos, corrente a que nos filiamos.

Em verdade cessada a causa cessa o efeito.

Quando os embargos tinham por fim proporcionar um reexame do feito, na impossibilidade do vencido apelar da sentença, justificava-se a sua presença nas leis processuais, evitando-se a irrecorribilidade. Hoje em dia, porém, amplamente consa-

grado o princípio do duplo grau de jurisdição, nada mais autoriza êsse recurso que não tem qualquer fundamento científico e nem tende à melhora da técnica processual.

Ademais outro dos seus anteriores objetivos, o de rescindir as sentenças, desapareceu com a aplicação de remédio apropriado, que é a ação rescisória, atualmente prevista no art. 798 do Código de Processo Civil. Não há razão para manter o recurso, com vistas a êsse aspecto.

Um único dos anteriores motivos de sua existência ainda perdura: meio de ataque do executado à sentença exequenda. Mas é óbvio que sob êsse prisma a medida foi contemplada pela legislação brasileira, em outro capítulo: o da execução da sentença, que é o seu local apropriado.

Restaria uma palavra a respeito dos embargos às sentenças de alçada. Trataremos porém da matéria mais adiante.

Històricamente não se justifica a conservação do recurso de embargos de nulidade e infringentes do julgado. Já não existem as razões, que no século XIII originaram o seu aparecimento, para que êle seja mantido.

§ 2.º. Legislação comparada

146. Não fôra a afirmativa do Conselheiro OLIVEIRA, a respeito da existência de embargos no direito positivo de outras nações, dizendo que “em quasi todas as legislações processuaes, ha institutos similares ao do direito brasileiro”²³⁹, e mui-

239. ob. cit., pg. VIII

to provavelmente não nos teríamos detido na breve análise do direito comparado, como o fizemos. Com efeito, autores de grande nomeada afirmam que o recurso de embargos não possui congêneres em outras leis de processo civil²⁴⁰. Têm êstes tôda a razão.

O motivo do Conselheiro Oliveira ter enunciado uma tal afirmativa reside no equívoco a que foi conduzido pela multiplicidade de significados da denominação dada ao recurso em questão. Efetivamente, como através dos embargos, à época em foi lançada a assertiva, colhiam-se resultados que hoje em dia são peculiares à ação rescisória, ou aos embargos do executado, era fácil incidir-se em erro sôbre a matéria.

147. Obtendo-se através dos embargos infringentes, na fase da execução, a revogação da sentença, funcionando êles como ação rescisória, pareceria à primeira vista que lhes correspondesse, no direito italiano, a *revocazione*. Por outro lado, servindo, igualmente, como ainda hoje se verifica, para o revel propugnar pela anulação do processo por vício de citação inicial, também não seria de estranhar-se que alguém nêles enxergasse um êmulo da *opposition* do direito francês.

Na atualidade, porém, já não é mais permitido pensar-se de tal forma, separadas nitidamente como o foram, motivando medidas específicas, as causas de tal engano. Os embargos de nulidade e infringentes do julgado, após a vigência do Código de Processo Civil, reduzem-se a recurso contra a sentença que ainda não transitou em julgado. Nada

240. Vejam-se as notas ns. 116 e 117 bem como BUZAID, Ensaio, ob. cit., pg. 205, n. 21

têm a ver com os embargos do executado, ou com a ação rescisória.

Entretanto o fato de um jurista insígne como CÂNDIDO DE OLIVEIRA ter chegado à conclusão que externou serve de suporte à afirmativa que fizemos, da íntima ligação entre o recurso de embargos e os embargos do executado, matéria que ainda está por estudar e dissecar.

A legislação comparada, contudo, não nos dá exemplo de um recurso de embargos, como ocorre no direito de nosso país.

§ 3.º. Doutrina

148. A última parte dêste estudo dedicamo-la a uma análise comparativa do recurso de embargos e certos princípios teóricos que nos pareceram dignos de nota. Dêsse apanhado resultam conclusões de distintas ordens de modo a termos de separá-las, a bem da clareza da exposição.

I. Redução dos recursos

149. É tendência do direito processual moderno a diminuição do número de recursos, reduzindo-se-os, possivelmente, a apenas dois, que entre nós poderiam ser, com real proveito, a apelação e o recurso extraordinário. É de tôda procedência, contudo, a conservação do agravo no auto do processo, que se entrosa maravilhosamente com o sistema da oralidade concentrada, bem como de alguns casos de agravo de instrumento a serem fixados escrupulosa e tènicamente.

Mas nem só através de aumentar ou diminuir o número de recursos poder-se-á atingir um resul-

tado capaz de satisfazer as aspirações gerais. Afigura-se-nos de importância sem par que os juristas se preocupem também com a qualidade do material humano que irá aplicar e interpretar as leis, nem só as processuais. Se o recurso pode permitir a correção do êrro no caso concreto, não lhe extirpa entretanto a causa. É mister que os juizes sejam preparados para a tarefa que irão desempenhar, para tanto criando-se escolas de formação de magistrados e cursos de aperfeiçoamento a serem frequentados durante o transcorrer da carreira. Exigir do juiz que seja um auto-didata, vivendo unicamente as suas próprias experiências e aprendendo à custa dos erros que cometer, enquanto em tôdas as demais profissões procede-se de maneira exatamente oposta, é um contrassenso incompreensível.

O juiz merece receber do Estado o máximo de amparo e proteção, que lhe possibilite bem exercer sua judicatura. Do contrário nenhuma lei ou princípio algum de doutrina irá beneficiar, efetivamente, à coletividade em cujo proveito estudam os doutôres e para cuja tranqüilidade os legisladores votam normas e códigos.

É indispensável que se processem paralelamente o aperfeiçoamento dos magistrados e o das leis processuais, para que se preste serviço verdadeiramente útil à justiça. É necessário reduzir o número dos recursos arrolados no Código de Processo Civil, afim de que as demandas não consumam mais tempo para chegar ao seu epílogo do que a própria existência humana. Mas só isso não basta; urge que seja aprimorada, também, a qualidade dos homens que irão conhecer e julgar os pleitos.

II. Supressão do recurso de embargos

150. Impõe-se o afastamento dos embargos de entre os recursos contemplados nas leis do processo civil. Eles não se justificam nem na instância inferior nem nos tribunais.

Nas causas de alçada, dado o valor, hoje simplesmente irrisório, fixado como teto da proibição de recorrer, eles já não mais possibilitam o resultado que se pretendia colhêr por seu intermédio, que era desafogar os tribunais das questões de ínfima importância monetária. Se à época da promulgação do Código existiam ações de valor patrimonial até Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) elas, muito provavelmente, já desapareceram do fôro em face da contínua desvalorização de nossa moeda. E não é absolutamente necessário, a bem do desafogo dos tribunais de segunda instância, retirar a possibilidade de recurso contra um insignificante número de sentenças. Aumentar o valor da alçada, por outra, seria condenável e certamente iria constituir-se em maior desserviço ao direito. Parece-nos que melhor e mais se coaduna com a prestação de justiça a sua extinção, liberando-se o recurso de apelação a tôdas as causas. Ademais acabar-se-ia com esta situação "sui generis": só aos tribunais locais beneficia a limitação; ao Supremo Tribunal qualquer processo pode chegar, independentemente de seu valor pecuniário.

151. Nos tribunais também não vemos como se consentir em que a todo instante os processos sofram um retardamento a mais em sua marcha, afim de que a divergência de um juiz com os seus colegas de turma seja apreciada pelas câmaras reu-

nidas. É uma vez que não se autorizam novos embargos, quando nas câmaras reunidas surjam mais votos dissidentes, fenômeno tanto ou mais relevante quanto o do dissenso na câmara, nenhuma razão plausível prestigia a sua existência em relação ao julgamento da apelação.

É, de fato, incoerente o legislador quando dá à discordância na turma um tratamento mais benévolo que no plenário. E isto, talvez ao contrário do que poderia parecer, vem em apoio da tese da supressão dos embargos. Obtido um pronunciamento na câmara, ou no plenário, ainda que por simples maioria de votos, está encerrado o ciclo do recurso no tribunal; foi reapreciada a causa.

A manter-se, todavia, o recurso de embargos, no Código de Processo Civil, para remediar a discordância de opiniões no julgamento das apelações, seria preferível que voltasse a prevalecer a regulamentação anterior ao Decreto n. 8570, de 1946, do Governo LINHARES, respeitando-se a construção de BATISTA MARTINS, que nos parece muito menos condenável que a atual, seja quanto ao seu cabimento — apenas quando **reformada**, sem unanimidade, a sentença inferior — seja na fórmula de ser desempatado o julgamento — prevalência da sentença inferior quando metade dos votos a confirmar. Do sistema atual só sobreviveria o linde traçado ao cabimento dos embargos: a extensão do voto vencido.

152. Muito menos defensável é a permanência dos embargos no Supremo Tribunal Federal, tendo cabimento “nos recursos extraordinários, “quando o acórdão, tomando conhecimento do recurso, houver decidido a questão federal que o mo-

“tivou”. Se os embargos não são considerados necessários quando a turma não conhece do recurso extraordinário, deixando o litigante ao desamparo de uma decisão da mais alta corte de justiça, também devem sê-lo, com maioria de razões, quando, conhecido, é a “federal question” solucionada.

Acresce, ainda, que êsse caso de embargos, excluído de entre as leis processuais, à vista do silêncio do Código a seu respeito, não pode, absolutamente, subsistir, apoiado como está, apenas em disposição do Regimento Interno do Supremo Tribunal, que não deve criar recursos, matéria da competência privativa e exclusiva do Congresso Nacional a quem não se reconhece sequer o poder de delegá-la a outro órgão. Aliás, conquanto abordando outro tema, sôbre tal assunto escreveu o Professor COSTA CARVALHO estas palavras, que se aplicam muito bem à matéria de que tratamos: “Ao Supremo Tribunal não é lícito legislar; não lhe é dado criar arbitrariamente ou instituir recursos, porque essa função é de exclusiva competência do Órgão Legislativo e não se inclui na atribuição, que lhe é conferida, de elaborar o próprio Regimento ‘Interno’”.²⁴¹

Silenciamos, propositadamente, a respeito dos embargos previstos no parágrafo único do art. 833, introduzidos pela Lei n. 623, de 1949, por se tratar de recurso de revista²⁴².

241. ob. cit., pg. 378

242. Apreciando embargos calcados em dispositivo semelhante, aplicável à Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho teve oportunidade de fazer idêntica afirmativa, reconhecendo, pois, que a denominação “embargos” não altera a conceituação do recurso, que é de revista. Veja-se a decisão no Diário da Justiça da União, apenso ao n. 190, em 21.VIII.59, pg. 2873, proc. TST. 2525-57

III. Denominação equívoca

153. Intitulando-os, indistintamente, embargos de nulidade **ou** infringentes do julgado e embargos de nulidade e infringentes do julgado, o Código de Processo provocou um desencontro de opiniões entre os seus exegetas, a uns parecendo que havia dois recursos, um de nulidade e outro infringente; a outros afigurando-se que se tratava de um só recurso, chamado de nulidade **ou** de infringência; e, finalmente, podendo pensar-se que, mesmo se tratando de dois recursos, seria de exigir-se a interposição simultânea, correndo ao vencido o dever de argüir um motivo de nulidade e outro de infringência.

Temos para conosco que nada disso ocorre.

Excessivamente preocupados com a interpretação gramatical, os nossos doutôres não se aperceberam de que o recurso de embargos, não obstante os qualificativos que o legislador lhe atribuiu, não é de nulidade nem de infringência. É puramente um recurso de reconsideração, nada mais. A denominação só teria procedência se fôsse possível admiti-lo indiscriminadamente, havendo ou não voto vencido, sempre que ocorresse nulidade ou motivo para a infringência do julgado. Aí sim teríamos um recurso de nulidade ou de infringência. Mas desde que o seu cabimento é pautado pelo teor do voto vencido, cuja inexistência afasta a incidência dos embargos por maior vulto que possa ter a nulidade carecedora de reparação ou a infringência a merecer conserto, não é possível dar-se atenção a tais adjetivos.

154. O emprêgo dessa denominação decorre, segundo nos parece, de haver sido aproveitada do direito anterior, não atentando os elaboradores do Código para o fato relevante de estarem batizando com nome específico um recurso que não tinha mais identidade com o que fôra assim apelidado. Ficou demonstrado que no regime anterior ao do Código nacional, nos embargos, independendo de haver ou não voto vencido, poder-se-iam argüir as nulidades existentes no processo ou infringir a sentença, produzindo-se prova sôbre a matéria de fato. Outro tanto acontecia na execução do julgado quando, com os seus embargos, o executado poderia nem só promover a desaplicação da sanção contida no pronunciamento exequendo como, até pleitear-lhe a rescisão. Desta sorte, conquanto justificável no regime caduco, o título, hoje em dia, é totalmente infundado.

O recurso é, unicamente, de reconsideração. Deverá ser denominado “embargos”; nada mais.

IV. Subsistência da mesma instância

155. Aos autores apresentou-se o problema de saber se com os embargos se abre uma nova instância, que seria especial, ou a terceira. A resposta afirmativa, parecendo muito mais atraente, não se nos afigura contudo a verdadeira. Temos para conosco que não ocorre a instauração de outro ciclo na causa, prolongando-se, apenas, o que já se iniciara com a apelação.

Afim de distinguir o aparecimento duma nova instância os juristas patrícios fixaram-se, preferentemente, em dois critérios de seleção. O primeiro

dêles diz respeito à possibilidade de, ao julgar-se o recurso, o tribunal adentrar na matéria de fato, daí decorrendo uma nova instância, por ser a causa reapreciada em todos os sentidos. Dizem, também, a respeito, que os recursos que possibilitam uma análise de tamanha extensão são considerados ordinários. Cai-se, daí, num círculo vicioso: o recurso permite ampla rediscussão da causa, no seu julgamento? é ordinário; o recurso é ordinário? seu julgamento, então, abre uma nova instância. E a recíproca também poderia ser empregada com êxito. Com o outro critério atenta-se para fato distinto: o número de juízes julgadores do recurso. Se, embora processado e julgado no mesmo tribunal que proferiu a decisão recorrida, à sessão de julgamento do recurso deverá comparecer maior quantidade de juízes, êsse aumento enseja ou caracteriza a abertura de outra instância. Não acompanhamos êsses autores.

156. Pensamos, inicialmente, que a fixação da ordinariedade ou extraordinariedade do recurso não está ligada ao seu julgamento mas sim ao seu cabimento. É na hora da sua interposição que se verifica a característica predominante, que o faz pender para um ou outro pólo da conceituação doutrinária. Ordinário é o recurso de cabimento irrestrito, cuja permissibilidade deriva tão somente da sucumbência do litigante. Extraordinário é o recurso de cabimento restrito, cuja veiculação depende, além da sucumbência, da conjugação de outros fatores especialmente previstos na legislação. Os recursos ordinários ensejam uma nova instância não tanto pela extensão dos poderes do juízo "ad quem" quanto pela amplitude de seu cabimen-

to. Porque mesmo em se tratando do julgamento dum recurso extraordinário, de pressupostos rígidos e prefixados, poderá ocorrer a necessidade da análise dos fatos, como nos exemplos já invocados de usufruto e fideicomisso, ou de concubinato²⁴³. O recurso de embargos, tendo seu cabimento limitado ao teor do voto vencido, é um recurso extraordinário, jungido a pressuposto predeterminado, não levando, sob êsse aspecto, à abertura duma nova instância.

157. Quanto ao aumento do número de juizes, também, não nos parece que conduza à instauração duma nova instância. O tribunal é um só, embora possa variar a sua composição quando do julgamento dos embargos, como de outro qualquer recurso que venha a ser instituído. Recurso acertadamente considerado extraordinário, de admissão limitada, o é, também, o de revista e o fato de seu julgamento processar-se perante maior número de desembargadores não induziu ninguém a considerá-lo capaz de instaurar uma nova instância. O aumento de figurantes no grupo que efetuará o julgamento dos embargos não fornece elementos suficientes à opinião dos que nisto enxergam a existência duma nova instância dado que não há “tribunais” dentro do “tribunal”. Êste é sempre uno; um só.

§ 4.º Conclusões

158. São pois, sintetizando tudo quanto acima ficou lançado, estas as conclusões a que chegamos :

243. Veja-se o que dissemos à pg. 180.

a. O recurso de embargos de nulidade e infringentes do julgado, de origem portuguesa, misturou-se, no período que antecedeu à compilação Afonsina, aos embargos do executado, coexistindo, daí por diante, os dois remédios;

b. Tanto através do recurso como da oposição do executado atingia-se o mesmo e único fim: a infirmação da sentença, operando os embargos do executado, às vèzes, até mesmo como ação rescisória;

c. Desde que o Código de Processo Civil ordenou e sistematizou, nos capítulos a tal fim destinados, a ação rescisória e os embargos do executado, nada mais justifica a conservação do recurso de embargos;

d. A despeito da afirmativa do Conselheiro CÂNDIDO DE OLIVEIRA não se observam exemplos do recurso de embargos na legislação comparada;

e. É de mister que seja reduzido o número de recursos previstos no Código de Processo Civil, mas tal providência, por si só, não é suficiente; urge que se preparem convenientemente os juizes, antes do seu ingresso na magistratura e se lhes preste assistência no decorrer da carreira, afim de que êles possam melhor desempenhar-se da sua missão de julgar;

f. Assim como historicamente não se justificava, também em face da sua própria finalidade e tendo em vista os resultados que proporciona na prática, não é aconselhável a manutenção do recurso de embargos no direito brasileiro. Os embargos pre-

vistos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 194, inc. II, "b"), faltando-lhes, ademais, um suporte legal, atentam contra o art. 5.º, inc. XV, "a", da Constituição Federal;

g. O recurso em foco é unicamente de "embargos", constituindo mera superfetação, de todo inconseqüente, qualificá-los de infringentes e de nulidade, o que denota incoerência do legislador de 1939;

h. O recurso de embargos não instaura uma instância nova. Trata-se de recurso de cunho extraordinário cuja finalidade é apenas a de proporcionar um reexame de certa parte do julgamento: aquela em que se manifestou a divergência entre os juízes, assim harmonizando-se, portanto, opiniões díspares;

i. É sabido que ao serem julgados os embargos outros juízes poderão aderir à opinião divergente, aumentando, assim, o número de votos vencidos. Pois bem; se essa dissidência no julgamento dos embargos, de maior efeito e digna de maior atenção, não dá motivo ao cabimento de novos embargos é de concluir-se que também a diversidade de votos na câmara ou turma, de menor efeito e de menor amplitude, não deve justificar, pois não é razão bastante, a conservação dêsse recurso.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de — Direito Judiciário Brasileiro.
- ANDRADE, Odilon de — Comentários ao Código de Processo Civil.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de — A Correição Parcial.
O Prejulgado.
Prejulgado & Revista.
- AZEVEDO, Philadelpho — Um Triênio de Judicatura.
- BAPTISTA, Francisco de Paula — Compendio de theoria e pratica do processo civil.
- BARBOSA, Ruy — Questão Minas - Werneck*
- BARRETO, Tobias — Estudos de Direito.
- BONA, Antônio — O Recurso de Embargos e o Código de Processo Civil.
- BRU, Ch. César — Précis de Procédure Civile.
- BRUNNER, Heinrich — Historia del Derecho Germanico
- BUZAID, Alfredo — Do Agravo de Petição.
“PAULA BATISTA” — Atualidades de um velho processualista.
Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil.
- CAMPOS, Francisco — Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil.

* Apud CASTRO NUNES, ob. cit., pg. 295, nota n.º 13.

- CARNELUTTI, Francesco — Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano.
Lineas Generales de la Reforma del Proceso Civil de Cognición.
- CARVALHO, Antônio Alberto de Moraes — Praxe Forense
- CARVALHO, Eduardo José da Silva — Dos Recursos nas Relações e no Supremo Tribunal de Justiça.
- CARVALHO, Luiz Antônio da Costa — Curso Teórico-Prático de Direito Judiciário Civil.
- CHIOVENDA, Giuseppe — La Idea Romana en el Proceso Civil Moderno.
A oralidade e a prova.
Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil.
Instituciones de Derecho Procesal Civil.
Sobre la división de la magistratura en secciones.
- COSTA, Alfredo Araújo Lopes da — Direito Processual Civil Brasileiro.
- COSTA, Álvaro Moutinho Ribeiro da — Acórdão.
- COUTURE, Eduardo J. — Fundamentos del Derecho Procesal Civil.
Los Mandamientos del Abogado.
Introdução ao Estudo do Direito Processual.
- CRUZ, João Claudino de Oliveira e — Dos Recursos no Código de Processo Civil.
- DIÓGENES, Nestor — Da Ação Rescisória.
- D'ONOFRIO, Paolo — Commento al Codice di Procedura Civile.
- DRUMMOND, Claudiano — Os casos de embargos, e o respectivo rito, nos recursos extraordinários e nos outros processos.

- EICHMANN, Eduardo — El derecho procesal según el Código de Derecho Canónico.
- FAGUNDES, Miguel de Seabra — Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil.
- FRAGA, Affonso — Instituições do Processo Civil do Brasil.
- GALLOTTI, Luiz — Parecer.
- GARSONNET, E. — Précis de Procédure Civile.
- GUILLÉN, Víctor Fairén — Estudios de Derecho Processal.
- GUSMÃO, Chrysolito de — Direito Judiciário e Direito Constitucional.
- HERNANDEZ, Miguel Moreno — Derecho Procesal Canónico.
- LA PLAZA, Manuel de — Derecho Procesal Civil Español.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara — Código de Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo Commentado.
- LIEBMAN, Enrico Tulio — Embargos do Executado Processo de Execução.
Estudos sôbre o processo civil brasileiro.
Lezioni di Diritto Processuale Civile.
- LIMA, Alcides de Mendonça — Sistema dos Recursos no Direito Processual Civil Brasileiro.
A recorribilidade dos despachos interlocutórios no Código de Processo Civil Brasileiro.
Recursos Trabalhistas.
Embargos nos Mandados de Segurança.
O Recurso Ordinário Constitucional.
- LUGO, Andrea — Manuale di Diritto Processuale Civile.

- MANSO, M. da Costa — O Processo na Segunda Instância.
- MARQUES, José Frederico — Instituições de Direito Processual Civil.
O Ensino Jurídico.
- MARTINS, Pedro Batista — Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais.
Parecer.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de — Tratado da Ação Rescisória.
Embargos, Prejulgado & Revista.
Comentários ao Código de Processo Civil.
Parecer.
- MONTEIRO, João — Teoria do Processo Civil.
- MONTEIRO, Washington de Barros — Curso de Direito Civil — Direito de Família.
- MONTEIRO, Eloy — Prefácio in “Derecho Procesal Canónico” de M. MORENO HERNANDEZ.
- MOREL, René — Traité Élémentaire de Procédure Civile.
- NUNES, José de Castro — Poder Judiciário.
- OLIVEIRA, Cândido de — Prefácio in “Theoria e Pratica dos Embargos” de C. DE OLIVEIRA FILHO.
- OLIVEIRA FILHO, Cândido de — Theoria e Pratica dos Embargos.
- PAULA, Alexandre de — O Código de Processo Civil à Luz da Jurisprudência.
- PAULA, Antônio de — Arestos.
- POSTACIOGLU, Ilhan E. — Aperçu sur l'organisation judiciaire en Turquie et son fonctionnement.
- REIS, José Alberto dos — Breve estudo sôbre a reforma do processo civil e comercial.

- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de —
Curso de Direito Processual Civil.
- RIBAS, Antônio Joaquim — Consolidação das Leis
do Processo Civil.
- ROCCA, Fernando Della — Instituciones de Dere-
cho Procesal Canónico.
- ROSA, Eliézer — Dicionário de Processo Civil
- SANTOS, José Maria de Carvalho — Código de Pro-
cesso Civil Interpretado.
- SILVA, Oscar Joseph de Plácido e — Comentários
ao Código de Processo Civil.
- SILVA, Orozimbo Nonato da — Voto.
- SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e — Primei-
ras Linhas sobre o Processo Civil.
- SOUZA, Manuel de Almeida e — Segundas Linhas
sobre o Processo Civil.
- VAMPRÉ, Spencer — Repertório Geral de Jurispru-
dência — Dos Embargos.
- VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno — Da Ação Res-
cisória.
- WENGER, Leopold — Actio Iudicati.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMEIRO

DIREITO ROMANO

1. O direito de recorrer — 2. Aparecimento dos recursos — 3. Preponderância do direito romano — 4. A apelação — 5. Decisões irrecorríveis — 6. A “supplicatio” — 7. Inexistência de recurso para a mesma autoridade — 8. A actio iudicati — 9. “Ordo iudiciorum privatorum” e “cognitio extra ordinem” — 10. Objetivo da actio iudicati — 11. Reiteração da actio iudicati — 12. Ação rescisória — 13. “Querella nullitatis” — 14. Conclusões . 13

CAPÍTULO SEGUNDO

DIREITO GERMÂNICO

15. Inexistência de recursos — 16. Aparecimento dos recursos — 17. Sistema das ordálias — 18. Duelo com o juiz — 19. Prodigalização dos recursos — 20. Inexistência de embargos do executado — 21. Inexistência de ação rescisória — 22. Conclusões 25

CAPÍTULO TERCEIRO

DIREITO CANÔNICO

23. Direito Processual Canônico — 24. Origens do processo canônico — 25. Os recursos no processo canônico — 26. Divisão do processo em fases — 27. Regresso ao Direito Romano — 28. Conclusões 35

CAPÍTULO QUARTO

OS EMBARGOS DO EXECUTADO

29. Origens — 30. Pesquisa dos juristas italianos — 31. Teoria de MARTINO DE FANO — 32. Actis iudicati e “officium iudicis” — 33. Direito francês — 34. Embargos do executado — 35. Conclusões 41

CAPÍTULO QUINTO

DIREITO PORTUGUÊS

36. Formação do Direito português — 37. Lição de BUZAID — 38. Opinião de ALMEIDA E SOUZA — 39. Primeiras leis processuais — 40. Pedidos de reconsideração — 41. Contraste de duas tendências — 42. Período anterior às Ordenações — 43. Código Afonsino — 44. Coexistência de dois tipos de embargos — 45. Destaque necessário — 46. Afastamento do “bis in idem” — 47. Traço de união entre os embargos nos Direitos francês e português — 48. Conclusões .. 47

CAPÍTULO SEXTO

DIREITO BRASILEIRO

- § 1.º. Período imperial: 49. Continuidade das leis portuguesas — 50. Primeiras substituições — 51. Regulamento n.º 737 — 52. Conservados os embargos — 53. Meio século de improdutividade — 54. Consolidação RIBAS — 55. Conclusões.
- § 2.º. Período republicano — I. Regime da legislação estadual: 56. Pluralidade de leis processuais — 57. Justiça Federal — 58. Distrito Federal — 59. Código carioca — 60. Leis dos Estados — 61. Embargos nos códigos estaduais — 62. Proibições — 63. Embargos do executado — 64. Procedimento nos embargos — 65. Conclusões — II.

Regime da legislação federal: — 66. Unidade legislativa — 67. Lei n.º 319 — 68. Decreto n.º 6 — 69. Código nacional — 70. Embargos do executado — 71. Conclusões 61

CAPÍTULO SÉTIMO

AUSÊNCIA DO RECURSO DE EMBARGOS EM OUTRAS LEIS PROCESSUAIS

72. Os embargos no direito comparado — 73. Opinião do Conselheiro CÂNDIDO DE OLIVEIRA — 74. A “opposition” — 75. A “revocazione” — 76. A “reposición” — 77. Razões do equívoco do Conselheiro OLIVEIRA — 78. Desaparecimento dos embargos em Portugal — 79. Conclusões 89

CAPÍTULO OITAVO

AS TENDÊNCIAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DOS RECURSOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

80. Contraste entre a brevidade e a certeza nos julgamentos — 81. Oposição aos recursos — 82. Necessidade dos recursos — 83. Prodigalização dos recursos — 84. Restrição dos recursos — 85. Equilíbrio de tendências antagônicas — 86. Conclusões 105

CAPÍTULO NONO

UM PROBLEMA POLÍTICO-JURÍDICO

87. Fundamento político dos recursos — 88. Questão de interesse do Estado — 89. Soluções dadas ao mesmo problema em outras classes — 90. Cursos de formação e aprimoramento — 91. Os profissionais liberais e sua especialização — 92. Dificuldades na arregimentação de magistrados — 93. Conclusões 115

CAPÍTULO DÉCIMO

OS RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

94. As críticas ao Código — 95. Os recursos previstos no C.P.C. — 96. Opinião de ALFREDO BUZAID e CHRYSOLITO DE GUSMÃO — 97. Os agravos, de instrumento e no auto do processo — 98. Agravo de petição — 99. Revista — 100. Prejulgado — 101. Conclusões	127
---	-----

CAPÍTULO ONZE

EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO

§ 1.º. Em primeira instância. 102. Recursos nas causas de alçada — 103. Amplitude dos embargos na primeira instância — 104. Pedidos de reconsideração — 105. Desaparecimento do motivo originário.

§ 2.º. Nos tribunais de segundo grau. 106. Coerência do Código com os princípios que o informaram — 107. Cabimento e função dos embargos na redação primitiva do art. 833 — 108. Reação dos misoneístas — 109. Embargos nas causas da competência originária dos tribunais.

§ 3.º. No Supremo Tribunal Federal. 110. Embargos no Supremo Tribunal Federal — 111. Contradição entre o Regimento Interno do Supremo Tribunal e o Código de Processo — 112. Verdadeira extensão do princípio contido no art. 869 do Código de Processo — 113. Recurso de revista rotulado de embargos — 114. Conclusões

135

CAPÍTULO DOZE

EMBARGOS DE “NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO”: DENOMINAÇÃO EQUÍVOCA

115. Opiniões sobre os embargos — 116. Nulidade e infringência — 117. Observação de BUZAID — 118. Embargos ofensivos, modificativos e declarativos — 119. A locução “embargos de nulidade e infringentes do julgado” — 120. Alegação de nulidades — 121. Reapreciação da sentença ou acórdão — 122. Supressão da “querella nullitatis” — 123. Embargos de nulidade — 124. Embargos infringentes — 125. O Decreto n. 8570, de 1946 — 126. Conclusões	155
---	-----

CAPÍTULO TREZE

OS EMBARGOS E A ABERTURA DUMA NOVA INSTÂNCIA

126. A instância nos recursos: recursos ordinários e extraordinários — 127. A instância no recurso extraordinário — 128. Idem no recurso ordinário constitucional — 129. A instância no julgamento dos embargos — 130. Embargos: julgamento na mesma instância — 131. Influência da regulamentação dos embargos na sua caracterização — 132. A extensão do julgamento no recurso extraordinário — 133. O aumento do número de juizes julgadores no tribunal. Lição de JOÃO MENDES — 134. Opinião de PONTES DE MIRANDA — 135. Idem de RUY BARBOSA e CASTRO NUNES — 136. Ensino de COSTA MANSO — 137. Idem de CHIOVENDA — 138. A competência para julgar os embargos — 139. Conclusões	171
--	-----

CAPÍTULO QUATORZE

RETROSPECTO E CONCLUSÕES

140. Esclarecimento final — § 1.º. História:	
141. O aparecimento do recurso de embargos — 142. O problema da execução em relação ao vencido — 143. Os embargos do executado em Portugal — 144. Ataque à sentença passada em julgado — 145. Historicamente é injustificável a conservação do recurso de embargos. § 2.º. Legislação comparada: 146. Uma afirmativa de CÂNDIDO DE OLIVEIRA — 147. Inexistência de embargos no direito comparado — § 3.º. Doutrina: 148. O recurso de embargos em face de certos princípios doutrinários — I. Redução dos recursos: 149. Aprimoramento das leis e da magistratura — II. Supressão do recurso de embargos: 150. O recurso contra as sentenças de alçada — 151. O recurso de embargos nos Tribunais de Apelação — 152. Os embargos no Supremo Tribunal — III. Denominação equívoca: 153. Nulidade e infração: qualificativos inaplicáveis — 154. A denominação correta: embargos — IV. Subsistência da mesma instância: 155. Insuficiência das justificativas da abertura duma nova instância — 156. Embargos: recurso extraordinário — 157. Unicidade do “tribunal” — § 4.º. Conclusões finais: 158. Conclusões extraídas do estudo desenvolvido .	191
BIBLIOGRAFIA	213
ÍNDICE	219