

## OS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (\*)

Alcides de Mendonça Lima (\*\*)

Antes de iniciar a exposição sobre o tema, o autor proferiu a seguinte alocução:

Senhor Presidente, Prof. José Carlos Barbosa Moreira; Exmo. Sr. Ministro Hermes Lima; Exmos. Srs. Desembargadores do Tribunal de Justiça e Juizes do Tribunal de Alçada; meus confrades desta casa; minhas senhoras; meus senhores e meus colegas:

Quando recebi este convite, ainda no ano passado, para participar deste Curso nesta Casa, da qual sou membro correspondente desde 1950, por proposta do ilustre Presidente de então, o eminente jurista Justo de Moraes, que, aliás, não conhecia nem de fisionomia, tomei-o além da deferência e da honra pessoal com que fui distinguido, como uma homenagem, embora impli-

---

(\*) Conferência proferida no Curso de Férias sobre o Novo Código de Processo Civil promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (Rio de Janeiro, janeiro de 1973). O autor incluiu, em rodapé, a bibliografia nesta publicação, referida apenas imprecisamente na exposição oral, aqui reproduzida da sua gravação no ato.

(\*\*) Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas.

cita, à minha Faculdade, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, no ano em que completava sessenta anos de existência ininterrupta, aniversário ocorrido a 12 de setembro. Hoje é uma das mais antigas Faculdades do país e a primeira que se fundou numa cidade do interior. Instituto particular até 1948, ingressou depois na Universidade do Rio Grande do Sul, como Entidade Estadual, e, após, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul a partir de 1950, quando, então, duas eram as Faculdades de Direito dessa Universidade, a de Porto Alegre e a de Pelotas, que se distinguiam pelas cidades onde cada uma tinha a sua sede.

Em agosto de 1969, fundou-se a Universidade Federal de Pelotas, agrupando a nossa Faculdade de Direito; a Faculdade de Odontologia; a Faculdade de Agronomia, que é a mais antiga do Brasil; a Faculdade de Ciências Domésticas; a Faculdade de Veterinária, além da agregada Faculdade de Medicina e vários institutos básicos.

E temos ainda a Universidade Católica de Pelotas, com a Faculdade de Medicina, com a Faculdade de Engenharia, com a Faculdade de Filosofia, com a Faculdade de Jornalismo, com a Faculdade de Ciências Econômicas.

Pelotas pode, portanto, orgulhar-se de ser, não apenas a cidade de primeira "Miss Universo" brasileira e de duas "Vice-Misses Universo", mas de ser também uma cidade essencialmente universitária.

Assim, ainda que, no convite, não houvesse referência, e nem poderia haver, à efeméride a minha Faculdade, intimamente converti a honra da escolha em uma homenagem que presto à minha Faculdade, onde me formei e onde sou o mais antigo dos seus professores, embora não o mais velho, mas nem por isso deixo de ser um dos mais modestos.

Nesta oportunidade, então peço vênias ao Presidente desta sessão para entregar-lhe a flâmula da Faculdade, quando se comemorou o nosso cinquentenário, em 1962, para que sirva de elo entre o nosso histórico Instituto e aquela Casa de ensino do extremo sul do Brasil.

O Código de Processo Civil, ora sancionado, tem a sua origem no Anteprojeto de 1963, elaborado, como todos sabem, pelo eminente Prof. Alfredo Buzaid, hoje ilustre Ministro da Justiça.

Mas é preciso remontar mais longe, a 1955, quando o Prof. Alfredo Buzaid, em Pelotas, proferiu uma conferência sobre a matéria dos recursos, na qual ele pregava já a necessidade da revisão ou da reforma do Código de 1939. E, como profeta de si

mesmo, ele afirmava que o trabalho devia ser confiado a "homens de ciência e de saber". Longe estava de supor S. Exa., embora já fosse catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, que seria aquele "homem de ciência e de saber" a quem, oito anos depois o Governo confiaria a tarefa de elaborar o Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil.

Essa Conferência está divulgada em diversos periódicos, embora com o nome diferente daquele com que foi publicado na nossa revista como texto originário, porque foi recomposta, pois o orador falou de improviso. (1). O tema dessa Conferência foi, como disse, o dos recursos, exatamente o que hoje me cabe expor.

O Anteprojeto de 1963 era muito parcimonioso em recursos, de acordo, aliás, com a nova técnica que se imprime nos diplomas dos povos mais adiantados da Europa, que nos servem de modelo, e que serviram de base ao Anteprojeto, como o Código Alemão, o Código Austríaco, o Código Italiano e o Código Português. No Anteprojeto só eram indicados: a apelação; embargos em causas de alçada; o agravo de instrumento; o recurso ordinário constitucional, que a Constituição impunha, mesmo que fosse omitido; e o recurso extraordinário. Desapareceram: a revista embargos em segunda instância; agravo de petição e o agravo no auto do processo, esse tanto na forma como na substância.

Decorridos quase dez anos, o Anteprojeto de 1963 é revisto por douta comissão e surge, finalmente, o Projeto de 1972, já apresentado pelo Ministro Buzaid, na qualidade de titular da Pasta da Justiça.

Notam-se, então, divergências quanto aos recursos, em confronto com o texto básico de 1963. A apelação foi mantida. O agravo de petição excluído. Os embargos nas causas de alçada suprimidos. Ressurgem os embargos de segunda instância e a revista. O agravo de instrumento subsiste, mas já aparece, porém, com um quê de agravo no auto do processo. O recurso ordinário constitucional é tratado sob o nome de apelação, e o recurso extraordinário, naturalmente, persiste.

(1) — "Uma contribuição para o Estudo do Sistema de Recursos no Direito Brasileiro" in "Revista da Faculdade de Direito de Pelotas, vol. II, pág. 15; e com outro título in "Revista Jurídica", Porto Alegre, vol. 22, pág. 13, e in "Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo, vol. 52, pág. 181: "Ensino para uma Revisão do Sistema de Recursos do Código de Processo Civil Brasileiro."

Parecia, então, uma mudança quase radical do Anteprojeto de 1963, ao Projeto de 1972, com a inclusão de recursos que tinham sido cortados. O recurso de embargos na segunda instância tinha sido considerado como "inútil", e o de revista como "antipático", na Conferência de Pelotas. Entretanto, por força de razões que a Exposição de Motivos não explica, esses dois recursos voltaram: os embargos e a revista.

No Código recém-sancionado e ora comentado, à luz do artigo 496, nota-se uma mudança em relação ao Projeto de 1972. Não voltou o Código ao Anteprojeto de 1963, que era mais parcimonioso em recursos, mas não chegou ao ponto do Projeto de 1972. Ficou no meio-termo.

O artigo 496 enumera a apelação; o agravo de instrumento; os embargos infringentes; os embargos de declaração e o recurso extraordinário. Voltaram, pois, os embargos infringentes, que haviam sido cancelados em 1963. Mas o agravo de petição, dentro do Código — isso é muito importante observar — morreu mesmo em 1963, foi executado em 1972 e fizeram exéquias agora no novo Código. Já o agravo de instrumento, agora em 1973, é um pouco diferente do de 1963. Os embargos de declaração continuaram, e o recurso extraordinário também. Poderá parecer que está excluído, no art. 496, o recurso ordinário constitucional, cuja denominação, com primazia, me é atribuída na "Exposição de Motivos" de 1963 e na obra de Frederico Marques, (2) porque, do ponto de vista processual, ainda não tinha sido debatido, ainda não tinha sido estudado, e eu ousadamente lancei um trabalho sobre o mesmo (3). É um recurso que eu chamo de meu "afilhado". Só veio aparecer, com regulamentação legal, agora neste Código com o feitiço de apelação. Não conservou o nome típico de recurso ordinário constitucional, como tinha no Anteprojeto de 1963; figura com o nome de apelação, entre os recursos cabíveis no Supremo Tribunal Federal (art. 539).

(2) — "Exposição de Motivos" do anteprojeto de 1963, n.º 43; "Instituições de Direito Processual Civil", 1a. edição, vol. IV, pág. 13, n.º 863 e pág. 26, n.º 872.

(3) — "Recurso Ordinário constitucional" in "Revista Forense", vol. 177, pág. 54; "Revista dos Tribunais", vol. 276, pág. 7; "Revista Jurídica", vol. 33, pág. 45; "Revista da Faculdade de Direito de Pelotas, vol. IV, pág. 95. O mesmo assunto com texto ampliado in nosso "Sistema de Normas Gerais de Recursos Cíveis", Cap. III, § 3.º, "B", n.ºs 179 e 188; e verbete no "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 45, pág. 198 a 220.

Foram, por conseguinte, suprimidos: o agravo de petição; aparentemente o agravo no auto do processo; os embargos em primeira instância nas chamadas causas de alçada, que hoje têm o nome de procedimento sumaríssimo; e a revista.

Foram mantidos: apelação; agravo de instrumento; embargos infringentes em segunda instância; embargos declaratórios e recurso extraordinário. O recurso ordinário vai aparecer com a roupagem de apelação.

Entretanto, na vida forense, na prática, é preciso que se compreenda que se, dentro do Código, o agravo de petição desapareceu, (e isto já foi objeto de observações aqui nesta sala pelo eminente Prof. José Carlos Barbosa Moreira) ele vai continuar na legislação especial que o adotava como recurso normal, inclusive contra sentenças definitivas. Isto porque o Código, no artigo 1217, ressalva a legislação especial, como a do mandado de segurança, e de acidentes do trabalho, etc., onde o recurso fundamental é o agravo de petição. Assim, o agravo de petição estará ainda em vigor nesses casos especiais. A dúvida é sobre como ele será regido, porque — já foi objeto de observação também — a legislação especial se reportava ao Código de 1939. Parece-me, que neste ponto, essas normas do Código de 1939 estão incorporadas a esta legislação especial. De modo que elas não vigirão como normas do Código de 1939, e, sim, como normas incorporadas à legislação especial.

Nas disposições gerais, no artigo básico que indica os recursos, a redação do Anteprojeto de 1963 me parecia mais técnica. Porque dizia: este Código admite a apelação, etc.; e regula o recurso ordinário constitucional e o extraordinário. E por que esta pequena distinção? Os recursos previstos na Constituição não são cabíveis em virtude do Código, nem são admitidos pelo Código, que é uma lei ordinária. Eles são apenas regulados pelo Código. Porque existiriam, ainda que o Código novo nada dispusesse sobre eles. Era o caso do recurso constitucional, em que não havia nenhuma norma legislativa, a não ser no Regimento Interno do Supremo, para quando ele lá chegava; mas quanto ao seu procedimento; prazos de interposição, preparo, tudo mais na instância inferior, era o vácuo, dependia das praxes, ou das interpretações pessoais.

Então, o Código de Processo Civil pode admitir os recursos que quiser, mas não pode deixar de admitir, de tornar cabíveis, ou não, os recursos previstos na Constituição. De modo que era melhor ter feito a distinção entre os recursos cabíveis ou admitidos, e os recursos regulados. O legislador ordinário mais não fez do que regular os recursos previstos na Constituição.

Na terminologia do próprio art. 496, e que se vai refletir no texto, quando se trata de cada um dos recursos, parece que não haveria necessidade da referência a embargos **infringentes**. Ou se mantinha a velha dicotomia tradicional, já inútil no Código de Processo Civil de 1939 — **infringentes** ou **nulidade** — ou se eliminava, agora também, o adjetivo “**infringentes**” subsistindo, apenas, o termo “**Embargos**”. Isso já fora preconizado pelo eminente prof. Moniz de Aragão, em sua excelente tese sobre esse recurso. (4)

O adjetivo “**infringentes**” pode determinar dúvidas. Se o vício alegado é de nulidade, poderá dizer-se que não cabem embargos, porque os embargos só serão cabíveis quando forem **infringentes**, quando visarem ao próprio conteúdo da decisão, ao próprio mérito, e não a parte formal. Poderá, amanhã, um advogado habilidoso levantar a preliminar de que não cabem mais os embargos, quando se tratar apenas de vício formal, que deveria ser atacado pelos embargos de nulidade, como era da tradição do Regulamento 737 e dos códigos estaduais, embora sem sentido já no código de 1939.

Então, se a natureza do vício não interessa, sejam os embargos **infringentes** ou de nulidade, por que chamá-los só de “**infringentes**”? Bastaria dizer embargos. Se o único requisito é o mesmo hoje, acórdão não unânime em apelação ou em ação rescisória, por que dizer “**infringentes**”? Não se justifica.

Da mesma forma, quanto ao agravo de instrumento; quando ainda havia o agravo de petição e o agravo no auto do processo, havia necessidade de se distinguirem pelo nome. Mas, desde que o agravo é só um, não há necessidade de se chamar de agravo de instrumento, embora seja constituído de um instrumento. Mas nem por isso há necessidade de dar-se ao recurso o nome da forma com que se apresenta. Porque, na especificação das formalidades, dir-se-á que se fará por instrumento, e não há como confundir com o de petição, no caso; não quer dizer que seja uma falha, um erro; mas é uma referência ociosa, desnecessária. No “**Esboço**” do Professor Moniz de Aragão também aparecia “**agravo**” sem qualquer referência. (5)

Entretanto, além desses recursos, expressamente previstos no art. 496, que dá a impressão de serem eles os únicos recursos, aparecem outros recursos sem qualquer denominação, ape-

(4) — “Estudo sobre Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado Previstos no Código de Processo Civil”, pág. 160, n.º 119.

(5) — “Recursos Cíveis — Esboço Legislativo”, art. 1, n.º I, e Tít. II.

nas com a referência a serem recursos. É o que se vê no artigo 532 e seus parágrafos, em que a alusão é apenas a “**recurso**”, sem qualquer especificação, de modo que se fica sem saber qual seja. Não se tem noção alguma do recurso que cabe. Seria melhor dizer que caberá agravo. “**Caberá recurso**” não dá idéia nenhuma de qual é esse recurso. Ele deveria, por questão de técnica, ter um nome. Então deveremos colocá-lo entre os recursos do artigo 496. Seria um agravo de instrumento; ou seria um “**agravinho**” ou “**agravo de mesa**”, não especificados no Código? Não se tem percepção exata desse recurso. E diga-se o mesmo com relação ao artigo 557, parágrafo único.

Com referência aos embargos declaratórios, a situação é interessante. Porque, no art. 496, há referência aos embargos declaratórios. Mas dentro do Código — já é glosa do Prof. Barbosa Moreira — eles também não estão unificados. De primeira instância aparecem no capítulo relativo à sentença, e os de segunda instância no título relativo aos recursos. Alguns sustentam que esse meio não é recurso. É a opinião de Seabra Fagundes, à qual peço vênias para não me filiar, com todo o respeito ao ilustre mestre. Entretanto, por questão de técnica, todos os embargos declaratórios deveriam estar no mesmo dispositivo. E, mais, há outra situação muito curiosa. Em relação à sentença, diz-se que eles interrompem o prazo para o interposição de outro recurso por qualquer das partes. E, quanto aos que se interpõem contra acórdão de Tribunal, o Código não diz isso, não faz essa referência quanto aos efeitos da suspensão. De modo que o mesmo recurso é tratado diferentemente quando se interpõe em primeira instância e quando se interpõe em segunda instância.

Também não consta no Código o mal denominado recurso **ex-officio**. No Anteprojeto de 1963 aparecia como condição de eficácia da sentença em ação de anulação de casamento. De igual modo no Anteprojeto de 1972. No texto definitivo do Código, porém, na mesma ação de anulação de casamento e, igualmente, nas sentenças contra a Fazenda; e quando forem julgados procedentes os embargos na ação executiva fiscal.

Quando fiz uma série de Conferências em Brasília, a convite da Associação do Ministério Público, e da Procuradoria Geral do Distrito Federal e dos Territórios, falando a respeito do recurso **ex-officio**, dizendo que não os havia mais no Código, um ilustre Procurador deu-me o seguinte aparte. Que, numa pequena cidade do interior do Brasil, na Semana Santa, havia dificuldade de obedecer à proibição do jejum da carne. Os habitantes, então, foram ao pároco para resolver o problema, porque não havia peixe. O sacerdote, sagazmente, perguntou o que é que eles tinham. Disseram que tinham apenas um leitão. Então, ele

pediu que o traxessem. Levado o suíno, ele benzeu-o e disse: "Isto aqui é peixe. Podem comer à vontade". (risos). Não há mais, alega-se, o recurso *ex-officio*. É a mesma coisa que aconteceu com o padre. Foi batizado o recurso de *ex-officio* como condição de eficácia da sentença. O caso vale apenas como um sabor de anedota, evidentemente, mas não é bem assim. Porque, se bem que o juiz tenha que mandar os autos para a segunda instância, o que ele perdeu foi esse característico, que não tinha sentido, de recurso *ex-officio*. Porque quem recorre, o juiz, não tem interesse nenhum em que a sentença seja reformada. Só isso mostra que o recurso *ex-officio* não é recurso. Mas ficou como condição de eficácia de sentença, tanto que se encontra referência a esta situação no capítulo da sentença, e nenhuma palavra no título dos recursos. Quer dizer, não é recurso. No verdadeiro sentido técnico, nunca foi. Mesmo com o rótulo de recurso, essa condição, essa medida, nunca foi um recurso. Era uma condição necessária para a validade e para a eficácia da sentença, mas nunca um recurso.

A malsinada correição parcial ou reclamação, seja qual for o nome, continua a não aparecer no Código, embora acolhida nos Códigos de Organização Judiciária. Inclusive, no Código existente no meu Estado, que já tem um capítulo inteiro sobre essa medida esdrúxula, sobre esse monstro processual e jurídico. Está proliferando, em quase todo o Brasil, sem base jurídica. O Código omitiu, completamente, qualquer referência à correição parcial ou reclamação. Mesmo assim, ela vai continuar grassando por este Brasil afora.

Com relação ainda à parte geral, aparentemente continuará a controvérsia sobre a natureza da sentença na pendência do recurso extraordinário. Neste ponto, é enorme o dissídio entre a doutrina e a jurisprudência. Enquanto a doutrina em grande porcentagem — com as opiniões divergentes, apenas, embora valiosíssimas, de Frederico Marques, de Amílcar de Castro e de Batista Martins (6), sustenta que é provisória — como Pontes de Miranda, Liebman, Buzaid, Vidigal, Moniz de Aragão, Carvalho Santos, Lopes da Costa, Eliezer Rosa, Barbosa Moreira e outros

(6) — JOSÉ FREDERICO MARQUES, op. cit., vol. V, pág. 87, n.º 1114, e pág. 163, n.º 1157; AMILCAR DE CASTRO, "Comentários ao Código de Processo Civil", coleção "Forense", 2a. edição, vol. I, tomo II, pág. 34 e segs., n.º 11; BATISTA MARTINS, "Recursos e Processos de Competência Originária dos tribunais", pág. 161, n.º 116.

(7), a jurisprudência, entretanto, hoje prestigiada por Súmula do Supremo, entende que é definitiva.

No entanto, o Código, que poderia ter resolvido mais claramente a dúvida, e no meu ponto de vista, como indicarei daqui a pouco, não resolveu, estabelece que o recurso extraordinário não suspende a execução da sentença. É praticamente igual à fórmula de 1939. Porém, articulando esses dispositivos com a definição de coisa julgada do Código, verifica-se que, na pendência do recurso extraordinário, não pode haver execução definitiva. E por quê? Porque o Código repete quase literalmente a definição de caso julgado da Lei de Introdução: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torne imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". De modo que se ainda não há coisa julgada, porque a sentença está sujeita a recurso extraordinário (embora o nome de extraordinário não corresponda ao conceito de curso extraordinário nos moldes europeus), essa definição vai refletir-se na natureza da execução na pendência do recurso extraordinário. Porque será impossível dizer-se que passou em julgado a sentença. Logo, se a sentença ainda não passou em julgado, será provisória a execução.

Com relação ainda ao recurso extraordinário, não se usa, no código ora sancionado, a fórmula preconizada pelo Prof. Moniz de Aragão, que de modo expresso e cauteloso sugeria que se dissesse: tem efeito devolutivo. (8) Na opinião de muitos juristas, o efeito devolutivo seria aquele que devolvesse o conhecimento de todas as questões de direito e de fato no recurso. E, assim sendo, como o recurso extraordinário se situa apenas na questão de direito, e sobretudo de ordem constitucional, ele não teria efeito devolutivo; ora, a execução provisória é aquela que cabe quando

(7) — Além dos autores citados, mais os seguintes: MATOS PEIXOTO; BILAC PINTO e LÚCIO BITENCOURT; AFONSO FRAGA; JORGE AMERICANO; MOACYR ORSINI DE CASTRO; SEABRA FAGUNDES; COSTA CARVALHO; GABRIEL REZENDE FILHO; DE PLÁCIDO E SILVA; JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, que se acham mencionados em nosso "Sistema", pág. 283, nota n.º 441.

(8) — "Esboço", cit., art. 32, § 1.º.

(NOTA DO AUTOR: No projeto remetido ao Congresso Nacional, em abril de 1973, entre as várias alterações do texto originário do Código, consta a que atribui, expressamente, efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário, solucionado, de vez, o antigo impasse quanto à natureza da execução na sua pendência).

o recurso é recebido apenas com efeito devolutivo. Para fazer desaparecer essa dúvida, seria melhor apontar como devolutivo o efeito do recurso extraordinário. Porque a idéia de devolutivo não tem nada de ver com a natureza da questão, isso é, de ela ser mesmo só de direito, ou só de fato, ou de direito e de fato. Não diz respeito à remessa, ao envio do recurso para uma instância superior, sem entrar em minúcias, em detalhes, sobre quais as questões submetidas ao juízo *ad-quem*, se todas ou apenas uma. A fórmula do Prof. Moniz de Aragão resolvia o problema, dissipando qualquer dúvida em torno da execução provisória ou definitiva.

O Código novo — e isso já vem desde o Anteprojeto de 1963 — trouxe um grande aperfeiçoamento em acolher o que chama de “Recurso adesivo”. É, embora essa expressão seja tirada do Código Alemão, que usa como equivalente a adesivo, o sentido do recurso não é o de adesivo. É um recurso incidente, como se diz na terminologia francesa e italiana (9) com o beneplácito de Elièzer Rosa (10) e de Barbosa Moreira (11). São completamente, diferentes, tecnicamente, o recurso adesivo e o recurso incidente. Segundo Chiovenda, o recurso adesivo envolve a idéia de solidariedade. É, por exemplo, o subinquilino que interpõe também recurso, para aderir, para ficar “adesivo” ao recurso do inquilino contra o proprietário. Portanto, são dois aliados contra o mesmo inimigo comum. Esse será o adesivo. Já o incidente é um contra-ataque, segundo ainda CHIOVENDA, quando ocorre a sucumbência das duas partes (12). O autor pede capital e juros. O juiz dá o capital. O autor não se importa em recorrer dos juros. Mas se o devedor, que é o réu, recorre do capital, já tendo passado o prazo para o recurso autônomo do autor, esse tem a faculdade de, mesmo esgotado o prazo para o recurso que ele já poderia ter interposto para receber os juros, interpor então, recurso incidente para tentar ganhar os juros. Se ele vai ter que esperar o julgamento da apelação do réu sobre o capital, então vai arriscar receber também os juros. É um contra-ataque, como diz Chiovenda. Não há solidariedade, como se nota no recurso adesivo. A parte que usa do chamado recurso adesivo, mas que no fundo é incidente, vai pleitear aquilo em que sucumbiu e que estaria conformada em perder, se o outro também não recorresse.

(9) — Nosso “Sistema” cit., pág. 305, n.º 243.

(10) — “Cadernos de Processo Civil”, pág. 48, n.º 3.

(11) — “Estudos de Direito Processual Civil”, pág. 169, n.º 8.

(12) — “Instituição de Direito Processual Civil”, vol. III, pág. 364.

De modo que não há por que chamar esse recurso de adesivo, e nem falar do recurso *principal*, como o Código faz. O Código de Processo Civil Português denomina o recurso incidente de “subordinado” (art. 682, I a 4). O outro, porém, só é principal no sentido cronológico. O recurso incidente também é independente. Só no tempo é que ele vem depois, com a faculdade que se dá à parte de interpô-lo mesmo depois de esgotado o prazo normal do seu próprio recurso independente.

Além disso, não se compreende porque ficou excluído o chamado “recurso adesivo” — vou usar a terminologia do Código, embora devesse ser “incidente” — dos embargos. Nada impedia, nada impede logicamente, que também possa haver recurso adesivo nos embargos. Poderá haver. E, mais, no agravo de petição da legislação especial. Por que é que não pode haver aí recurso adesivo, se o agravo de petição vai entrar na sistemática do novo processo para os casos de legislação especial, que se regerão pelas normas antigas? Era o caso de se estender à legislação especial. Não havia inconveniente nenhum; inconveniente é o tratamento diferente para duas situações iguais, de recursos até com a mesma índole. O agravo de petição, na ação de acidente do trabalho, por exemplo, participa da natureza da apelação, porque cabe contra a decisão definitiva, embora podendo também caber contra a terminativa.

Além do mais, o Código não teve a precaução de incluir um dispositivo expresso com relação à *reformatio in peius*, porque o chamado recurso adesivo não evita, por si só, a possibilidade dela. Liebman, Buzaid e Pontes de Miranda, apesar de serem contra a *reformatio in peius*, entendem que o atual Código de Processo Civil, que já está moribundo, a permite. Mas não é o fato de ter-se criado o recurso adesivo, o recurso incidente, que evita a *reformatio in peius*. Há legislações que têm o recurso chamado adesivo ou incidente e que proibem expressamente o *reformatio in peius*; e pode haver o recurso adesivo e admitir-se, ou não, a *reformatio in peius*. Darei um exemplo. Suponhamos que o autor reivindique um imóvel (a) e semoventes (b), e pleiteie perdas e danos (c). O Juiz concede o imóvel (a) e nega os semoventes (b) e as perdas e danos (c). O réu recorre apenas quanto ao imóvel (a), já que ganhou na parte dos semoventes (b) e na relativa às perdas e danos (c). O autor, entretanto, como o réu recorreu, recorre apenas das perdas e danos (c); conforma-se com os semoventes (b). Apreciando, porém, o recurso do réu, o Tribunal poderá manter a sentença quanto ao imóvel (a) e, se se admitir a *reformatio in peius*, embora o autor se tenha conformado com a perda dos semoventes (b), o Tri-

bunal poderá conceder ao autor também os animais (b) e ainda julgar a apelação do autor procedente quanto às perdas e danos (c).

O recurso incidente não evita a *reformatio in peius*. Bem sei que a doutrina e a jurisprudência repelem, aqui no Brasil, a *reformatio in peius*. Mas, desde que Liebman, Pontes de Miranda e o próprio Buzaid entendem que ela ressurgiu em 1939 (13), a dúvida não desaparece, no Código atual, pela simples adoção de recurso adesivo.

Com referência ao prazo, o artigo 508 fala que a uniformidade existe em todos os recursos, pois, salvo no agravo de instrumento e nos embargos de declaração, o lapso é de quinze dias. Mas não é assim. Os artigos 532, § 1.º (48 horas); 544 (5 dias) estabelecem outros prazos. E até, curiosamente, há um recurso que não tem prazo. Realmente, o artigo 557, parágrafo único, diz: "Do despacho de indeferimento, caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo". Não tem nome o recurso, nem se diz o prazo da interposição. Logo, a uniformidade, preconizada no artigo 508, não é perfeita. Há prazo de 48 horas, e de cinco dias, há recurso que não tem prazo. Será aplicado, então, o art. 185, que estabelece o lapso de 5 dias, ou do art. 177, que diz que o juiz estabelecerá prazos quando a lei não os fixar? Ficou a dúvida para a jurisprudência, sobretudo, e para os doutrinadores.

O procedimento sumaríssimo, que é o das causas do artigo 275, tem normas especiais sobre recurso. Em primeiro lugar, o prazo de interposição é de 5 dias, inclusive para a apelação (art. 508, § único). Em segundo lugar, não tem revisor no Tribunal (art. 551, § 3.º). Além disso, tem que estar julgado o recurso em 40 dias (art. 550). São as normas especiais para o procedimento sumaríssimo. Este próprio termo *sumaríssimo* também não me parece adequado. Porque, no processo tradicional do Regulamento 737 e nos Códigos dos Estados, havia o procedimento chamado de ordinário, o sumário e o sumaríssimo. Mas por que o superlativo, se não há agora o sumário? Seria melhor chamar-se de sumário de uma vez, porque o superlativo só vale quando ligado à idéia do que é o normal; exemplo: bom, boníssimo. Mas sumaríssimo por quê? Não tem sentido a palavra *sumaríssimo*.

Com relação ao litisconsórcio, com referência à desistência que possa haver, teria sido muito interessante ter sido aceita a tese do Prof. Barbosa Moreira, ou, no seu último livro "Litiscon-

(13) — Nosso "Sistemas", pág. 293, n.º 238; e pág. 295, n.º 239.

sórcio Unitário" (14). Explicarei melhor com um pequeno exemplo, que é extraído daquela obra. Sendo o litisconsórcio unitário, se um litisconsorte ("A") recorre, todos aproveitam. Mas, se ainda dentro do prazo máximo para o recurso — o lapso é de 15 dias mas o litisconsorte interpõe o recurso no quinto dia —, o recorrente desiste, outro litisconsorte ("B") pode recorrer. Em princípio, se o primeiro recorrente ("A") desistiu, em sendo homologada a desistência e passado em julgado, essa desistência evidentemente iria atingir a todos que não recorreram. Mas, se outro recorre ("B"), automaticamente aquele que desistiu poderá ser beneficiado por esse segundo litisconsorte, que não tinha recorrido, mas que agora recorreu. E, se o recurso foi provido para o litisconsorte "B", o litisconsorte "A", que tinha desistido, vai beneficiar-se. Ele não pode ficar excluído da decisão do recurso se o litisconsórcio era unitário. De modo que era preciso haver uma fórmula tal que não se pensasse que, desistindo o litisconsorte, aquela desistência, para ele, vai valer de modo definitivo. Poderá valer, se ninguém recorrer. Mas se outro recorrer, apesar de ele ter desistido, poderá ser beneficiado pelo efeito do recurso do litisconsorte. A redação que dá o Prof. Barbosa Moreira, dentro da sua tese, do ponto de vista teórico, seria interessante para resolver o possível impasse.

Quanto ao preparo e à deserção, não há norma genérica sobre isso. No art. 519, refere-se o Código ao prazo de cinco dias para preparar a apelação. No agravo, isto é que é curioso, o prazo é de dez dias (art. 527). Por que na apelação é de cinco dias, e no agravo é de dez? Não se compreende bem essa diferença de tratamento entre um recurso mais simples, o agravo, e um recurso muito mais complexo, como é a apelação. Nos embargos no Tribunal, o prazo é de três dias (art. 533, § 1.º), apesar de ser em segunda instância, e muito mais complicado, nas cidades maiores, para se fazer um preparo. E... no art. 545, não se diz o prazo de preparo do recurso extraordinário, que será feito no Tribunal de origem. Mas não há tempo fixado na lei. Então, é de perguntar-se: aplica-se aquela regra genérica de, quando não há prazo, ser de cinco dias (art. 185) ou o juiz é que fixa (art. 171)? Fica-se na dúvida.

Não há nenhum dispositivo, como havia no Código de 1939, sobre o recurso errado ou a possibilidade da variabilidade do recurso. Porque o legislador entende que não há possibilidade de haver recurso errado. Normalmente, ninguém vai interpor agra-

(14) — pág. 244, art. 549; pág. 215, n.º 135; e pág. 236, n.º 150.

vo quando cabe apelação dentro do novo Código, ou ao contrário, como acontecia com o próprio agravo de petição e o agravo de instrumento, mais comumente com agravo de petição. Hoje, pelos pressupostos precisos de cada recurso, o legislador entende que não há possibilidade de erro, por conseguinte. E isso decorre da própria natureza do provimento: onde o Código fala em sentença, o recurso é de apelação. Quando o Código não fala em sentença, e a parte em primeira instância quer recorrer, usa do agravo de instrumento: usa e abusa — como se dizia antigamente na propaganda do mate “Leão” — do agravo de instrumento. E parece que até há necessidade de se abusar mesmo, sob pena de ocorrer preclusão.

A apelação cabe da sentença final. A sentença final, quando é terminativa, termina o processo e não julga o mérito; seria caso do antigo agravo de petição. Contra a sentença final definitiva que julga o mérito, continua apelação. De modo que, onde o novo Código fala em sentença, mesmo naqueles casos que não se adaptam bem à definição, cabe apelação. Simplificou muito. É um sistema semelhante, conhecido por aqueles que labutam na Justiça do Trabalho, ao do processo trabalhista, onde o recurso normal é o ordinário.

Tanto faz que se absolva da instância o reclamado; ou que se julgue procedente ou improcedente a reclamação, o recurso é sempre o ordinário. Foi adotado um sistema que parece que era de todos os Códigos regionais, ou de alguns dos Códigos, inclusive do Código de meu Estado, o do Rio Grande do Sul.

Aqui vou abrir um pequeno parêntese. O nosso Código estadual sofreu uma injustiça de três grandes juristas. Exatamente por serem eles grandes juristas, é que o erro é mais importante, porque é repetido sob o prestígio da autoridade desses notáveis mestres. Vou apenas mencioná-los, não para criticá-los, mas para poder vinculá-los melhor ao fato. Parece-me que a origem cabe a Lopes da Costa, que, no primeiro volume da sua obra “Direito Processual Civil”, diz: “o Código da Bahia inaugurou o regime das codificações” (15). Não é exato. O Código da Bahia é de 1915. O nosso, o do Rio Grande do Sul, é de janeiro de 1908. E antes do nosso ainda havia um, que não tinha o nome do Código. É o de Pará, de 1905. De modo que o Código da Bahia é excelente, tem a chancela de um Eduardo Espíndola, mas nem por isso, cronologicamente, inaugurou coisa alguma. Se algum inaugurou, com o nome de Código, foi o nosso, que era aliás muito bom. É essa a retificação que eu faço. O Ministro Amaral

(15) — “Direito Processual Civil”, 1a. edição, vol. I, pág. 22, n.º 34.

Santos também incidiu nesse lapso (16), Valdemar Mariz de Oliveira foi nas águas dele (17). Até o nosso querido e saudoso Luiz Machado Guimarães: há pouco li um estudo dele, onde também disse que o da Bahia é o mais antigo (18). Mas outros autores, como Lobo da Costa, colocam o do Rio Grande do Sul na sua verdadeira posição (19).

No artigo 515, § 2.º, foi adotado um ponto de vista excelente do Prof. Barbosa Moreira: “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento, e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais”. Já tive de enfrentar o caso seguinte: numa ação de despejo alegava quatro fundamentos: falta de pagamento de aluguéis (a) e infração contratual por três motivos (b, c, d). O juiz negou a falta de pagamento (a), negou dois dos motivos de infração contratual (b, c) e acolheu o outro (d). Somente um, portanto, para decretar o despejo (d). Então, teria ganho a ação do despejo por essa infração contratual d). Aparentemente, como vencedor na minha pretensão, que era o despejo concedido, não podia recorrer. Mas o réu recorrerá. O que é que acontecia? O Tribunal, se desse provimento ao recurso dele, teria de absolvê-lo do despejo, porque não poderia, dentro da técnica do Código de 1939, conhecer dos outros pedidos em que eu tinha sido vencido (a, b, c). En-

(16) — Primeiras Linhas de “Direito Processual Civil”, 3a. edição, vol. I, pág. 80, n.º 41.

(17) — “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, pág. 55, n.º 29.

(18) — “A instância e a relação processual”, in “Estudos de Direito Processual”, pág. 33.

(19) — “Da Assistência”, pág. 72, n.º 2, no qual, fazendo precisa referência dos Códigos Estaduais, mostra que o da Bahia foi apenas o sexto; e “Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e sua Literatura”, pág. 65, n.º 20; CELSO NEVES, “Da arrematação Real a Real”, pág. 87, n.º 2. Nosso “Sistema”, pág. 40, n.º 19. (Esclarecemos, aqui, afirmativa que então fizemos: o Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo não foi, a rigor, o último cronologicamente, mas, sim, o dos grandes Estados, daqueles que, na história pátria, têm revelado decisiva influência em todos os setores: culturais, jurídicos, científicos, econômicos, políticos e cívicos, ou sejam, os mais importantes da Federação (São Paulo; Minas Gerais; Rio Grande do Sul; Guanabara, desde que era Distrito Federal; Bahia e Pernambuco) sem menosprezar os demais ou desconhecer sua fecunda participação nos destinos nacionais.



tão, o que fiz? Recorri para que aquele despejo fosse concedido também em um ou em todos os outros motivos (a, b, c). O Tribunal negou provimento à apelação do réu, e deu provimento à minha apelação para decretar o despejo por dois motivos (d, c). Eu não podia supor que o Tribunal ia negar provimento ao recurso do réu. E se desse provimento? Agora, não. O Tribunal daria provimento ao recurso dele, mas poderia julgar procedente o despejo por um dos outros motivos, embora sem apelação do autor. Claro que agora ainda haveria o problema de o autor poder interpor o recurso "adesivo". Poderia interpor o "adesivo", se houvesse o adesivo naquela época.

Mas naquele tempo, se o autor perdesse o prazo, ficaria sempre naquela expectativa de ser provido o recurso do réu e não poder ter reconhecido um dos outros fundamentos, por falta da apelação dele.

O artigo 516 estabelece que ficam também submetidos no Tribunal as questões anteriores à sentença final, salvo se impugnáveis por agravo de instrumento. Mas no agravo de instrumento não há uma relação de casos. Diz-se apenas que, ressalvado o disposto quanto à apelação, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento (art. 522).

Então, que é que acontece? Se a parte não agrava, por exemplo do indeferimento de uma prova, ela não poderá, amanhã, no recurso de apelação insistir na prova. Porque a decisão seria impugnável por agravo de instrumento. Então, de todas as petições que forem indeferidas, tem-se que agravar de instrumento. Porque, se não se agravar, a apelação não as vai abranger. Vai ser uma plethora de agravos. Dir-se-á, talvez, que o agravo não tem efeito suspensivo e o Tribunal os julgará depressa; com tantos agravos vai ser difícil. O que vai acontecer, na prática, é que o juiz pode ficar com receio de que o Tribunal amanhã, julgando o agravo, possa influir na decisão; e ele irá protelando a decisão, a sentença final, até serem julgados todos os agravos que foram interpostos na causa.

Na deserção da apelação, permite-se que a parte prejudicada alegue justo impedimento. Mas, uma pequena observação: não há prazo para ser argüido o justo impedimento. O preparo é dentro de cinco dias. A parte não prepara, mas tem um justo impedimento, alegável segundo o § 1.º do artigo 519. Em que prazo? O Código não diz qual o prazo do impedimento. De modo que fica uma situação a ser resolvida pela praxe, pelo ponto de vista de cada um.

A denegação da apelação aparentemente não comporta recurso. Mas o artigo 522 concede agravo de instrumento a toda e

qualquer decisão, exceto a sentença; quer dizer, toda decisão que não seja apelável, inclusive aquela que denegue a apelação.

Diz o artigo 521 que o juiz não pode inovar no processo. É uma norma tradicional. Entendo, porém, que, em relação aos efeitos do recurso, se o juiz recebe um recurso com efeito devolutivo, quando deveria ser suspensivo, ou vice-versa, pode corrigir o erro: isso não é inovar. Ou o juiz *ex-officio*, ou por provocação de parte, poderá reformar o seu despacho nesse sentido, e não está inovando. Inovar seria se o juiz alterasse a decisão. Mas neste ponto o Código não resolve o problema, e a tendência da doutrina e da jurisprudência é a de que nem em relação aos efeitos o juiz pode modificar o despacho. Terá de ser interposto agravo? Os efeitos vão ser lesivos, danosos para o prejudicado, com o recurso mal recebido. Deveria expressamente permitir-se ao juiz, se percebesse o despacho errado, (*ex-officio* ou provocado pela parte), alterar o despacho do recebimento.

O art. 496 dá a entender que não há mais agravo no auto do processo. Há. A sugestão foi do prof. Moniz de Aragão; já constava do seu "Esboço" (20) tirado do Código Português. Há o agravo de subida imediata, que vai imediatamente para o tribunal julgar, formando-se o instrumento, e o agravo retido (art. 522, § 1.º). Que é o agravo retido, senão o antigo agravo no auto do processo, que, dizia-se antigamente, ficava "dormindo" no processo? Interessante é o seguinte: quando o agravo é de subida imediata, permite-se expressamente, como é da índole do agravo, que o juiz reforme a sua decisão (art. 527), impedindo então que o agravo suba ao Tribunal, salvo se o agravado pedir a remessa. Mas por que expressamente não consta essa faculdade também para o juiz no agravo que fica retido? Algum dia esse agravo vai subir ao Tribunal. Então, já podia o juiz reformar a decisão, e nada obstava que o agravado pedisse que ele ficasse retido para apreciação posterior. Mas o juiz poderia imediatamente reformar a sua decisão. Não haveria inconveniente algum em dar-se expressamente essa autorização. Aliás, pertence a uma corrente que permite que o juiz, já no agravo no auto do processo do Código ainda atual, reaprecie a sua decisão, mantendo-a ou reformando-a.

Ao agravo do instrumento não pode o juiz negar seguimento ainda que interposto fora de prazo (art. 528). Se a parte o interpuser no prazo de trinta dias, seis meses, etc., o juiz tem que mandar processar. Sou contra isso. Acho que o juiz tem que ter autonomia. No caso de recurso deserto, ele pode negar segui-

(20) — "Esboço" art. 20.

mento. Então, não pode negar seguimento por questão de prazo mas pode por deserção. E mais: quando o Tribunal julgar um agravo interposto fora de prazo, aplica uma multa, como sanção (art. 529). E quando chegar lá o deserto? Não há diferença substancial entre a falta de preparo e a falta de observância do prazo. No entanto, no recurso deserto o agravante não tem condenação. O dispositivo deveria prever a falta de prazo e a de preparo.

Os embargos infringentes cabem, como hoje, no mesmo caso da apelação e da ação rescisória com julgamento não unânime. Mas, no Supremo, também cabem embargos pelo art. 546, parágrafo único. Esses embargos no Supremo já não têm aquele adjetivo "infringentes", ou a designação "de nulidade". São apenas embargos.

Na ação rescisória, há uma questão curiosa. A parte tem que depositar uma quantia no valor de 5% sobre o valor da causa (art. 486, n.º 2); julgada a ação por unanimidade de votos improcedente ou inadmissível, esses 5% revertem em favor do réu. O Tribunal julga, porém, a ação rescisória com um voto vencido. Cabem embargos. É de perguntar-se: quando os embargos forem julgados unanimemente, também reverte o depósito em favor do réu, ou apenas no julgamento, digamos assim, de primeira instância? Se este não for unânime, cabem embargos. Ora, só aí é que vai ser definitivamente dada como improcedente, ou como inadmissível. Então, esses 5% poderiam também favorecer a outra parte. O Código é omissivo neste ponto.

Na epígrafe relativa ao Supremo Tribunal Federal, diz-se "Do recurso para o Supremo Tribunal Federal". Logo em seguida aparecem duas seções: a primeira dedicada à apelação cível e ao agravo de instrumento, naquelas causas em que a Constituição estabelece o recurso ordinário constitucional; e a segunda dedicada ao recurso extraordinário. Então, parece que faltou um "essezinho" muito importante para estabelecer o plural. Porque há mais de um recurso. Isso é elementar em gramática; se há apelação, agravo e recurso extraordinário, deveria dizer-se: "Dos Recursos no Supremo Tribunal Federal".

Quanto à apelação cível, que é o recurso ordinário constitucional, pela referência a um inciso da Constituição consta que esse recurso se processe como a apelação (art. 540). Mas seria melhor já estabelecer-se o próprio efeito desse recurso. Porque, atualmente, como não há lei sobre esse recurso, o Supremo tem negado o efeito suspensivo. Seria melhor, desde agora, mencionar-se expressamente que o efeito é igual ao da apelação.

A prova da divergência no recurso extraordinário vai dar um trabalho imenso aos Ministros, e quase que podemos invocar a autoridade e a experiência do eminente Ministro Hermes Lima,

que nos honra com sua presença neste ato. O Código estatui que à parte basta indicar o número e a página do jornal, ou então o nome, o número da revista e a folha. Ora, então vamos dar o trabalho ao Ministro relator ou a seus assessores de procurar nas revistas o acórdão. Isso é impossível. O que se deve entender é que o acórdão deve ser transcrito, tanto quanto possível na íntegra, ou nas partes relativas ao recurso; não só a ementa, porque esta às vezes sai completamente diferente do resto, e há ementas de revista muito confusas, quando não erradas.

É de cinco dias o prazo para despachar o recurso extraordinário (art. 543, § 1.º). Vamos convir, com o devido respeito aos eminentes magistrados, que, pela pletera de serviços que lhes chegam às mãos, esse prazo para o juiz não é observado. Que adianta o legislador estabelecer que é de cinco dias? É difícil cumprir uma norma dessas. Então, não vamos iludir nem a parte, nem o cliente, nem o advogado, nem o próprio juiz, que tem que despachar em cinco dias, e não pode mesmo; no recurso extraordinário, é praticamente impossível cumprir a regra. Às vezes, até em um só é difícil; imagine-se uma pletera de recursos extraordinários. De modo que o dispositivo é inócuo, completamente inócuo.

Quanto à ordem dos processos no Tribunal, prescreve-se, quando há diligência a ser cumprida, que os autos devem baixar (art. 560, parágrafo único). O prof. Aragão tinha uma válvula de escape muito boa; se houver necessidade (21). Agora mesmo, recentemente, num desquite amigável, que ainda está sob o pálio (não vai estar mais, nem como condição de eficácia de sentença) da apelação *ex-officio*, o Tribunal entendeu que tinha que ser discriminada a pensão; não bastava dizer um salário-mínimo para os dois filhos, tinha que constar metade para cada filho. Antecipei-me e enviei uma petição ao relator, com a firma reconhecida dos desquitandos, dizendo que era a metade para cada filho. Mas ele indeferiu, dizendo que teria que baixar os autos ao juízo de origem, para que os cônjuges, perante o juiz, declarassem a mesma coisa, e depois os autos voltassem ao Tribunal. Serão dois meses perdidos, no mínimo. Como o Código não fala "se houver necessidade", e se o juiz for formalista, vão começar a baixar processos inutilmente, sem proveito para as partes e para o próprio Tribunal, que podia aliviar-se em seguida do caso.

A lavratura e publicação do acórdão em dez dias também é um dispositivo inócuo, que não pode funcionar na prática. Por maior boa vontade, eficiência e diligência que tenha o juiz, não

(21) — "Esboço" cit., art. 48, § 1.º.

é possível, normalmente, um acórdão ser lavrado em dez dias. Poderá em alguns casos, mas normalmente é difícil. Em trabalho que publiquei sobre os recursos, relativamente ao Anteprojeto, sugeri que fosse adotado o projeto de acórdão que há em Portugal (22). Sabem os que labutam no Forum e nos Tribunais que, em 80% dos casos, digamos assim, o que prevalece é o voto do relator. Não é grande a porcentagem de recursos em que o relator é vencido. Então, que acontece? Seria mais justo trazer-se o projeto de acórdão. Mesmo quando haja certa divergência, seria muito mais fácil reescrever aquele projeto já feito. Se houvesse unanimidade, todos logo o assinariam. Se fosse vencido o relator, então o juiz de voto vencedor faria o acórdão, pois, nesse caso, é claro, que não podia subsistir o do relator. Mas, na maioria das hipóteses, todos assinariam o projeto de acórdão, que logo após iria diretamente para o registro, salvo se houvesse necessidade de alteração em virtude da discussão; mas também se trata de um caso mais raro. Simplificaria muito o serviço dos Tribunais. Aí, sim, o prazo de dez dias seria muito mais fácil de ser cumprido, para benefício dos Tribunais e das partes. Mas o Código não fala no projeto de acórdão.

Finalmente, matéria que está fora dos recursos, mas que tem a sua influência no tema. É a chamada "uniformização da jurisprudência". Em última análise, é a legalização da Súmula, não apenas no Regimento do Supremo. Quando ocorrer possibilidade de haver divergência na interpretação do Direito, seria preferível que se indicasse "a norma jurídica", como é no nosso Código em relação ao prejudgado atualmente, e era no Anteprojeto de 1963. O Direito é mais amplo do que a norma jurídica. Mas, quando houver possibilidade de divergência, pode ser suscitado o pronunciamento do Tribunal, que mais não é do que o prejudgado de hoje com o rótulo de uniformização de jurisprudência, para fixar interpretação que deva ser dada. Seria melhor que o legislador, frisasse que a Súmula não é obrigatória, é apenas persuasiva. A Súmula pode ser contrariada pelo juiz da comarca mais inferior ou pelo Tribunal; mas há uma tendência para se achar que a Súmula é obrigatória. Seria melhor, pois, referir que não é coativa, para dissipar essa dúvida, para não dar à Súmula o caráter dos assentos que constavam no Anteprojeto de 1963, mas que foram objetados veementemente no Congresso de Campos do Jordão, 1965, e, por felicidade, foram retirados do Proje-

(22) — "Dos Recursos no Anteprojeto do Código de Processo Civil", in "Revista dos Tribunais", vol. 386, pág. 7 e verso; "Revista Forense", vol. 222, pág. 5 e verso.

to. Então, a Súmula é persuasiva e o Código deveria ter firmado que, tomada aquela orientação, ela seria obrigatória para o caso concreto em que foi debatida, mas não para os demais feitos.

— Estas são as observações que entendi fazer sobre o Código. E as fiz com o mesmo desembaraço, sem nenhum constrangimento, com a mesma independência de opinião, por tratar-se quase que diretamente de uma obra de Alfredo Buzaid, com aquela mesma situação íntima em que me coloquei quando tive a honra de ser um dos seus examinadores no concurso que o atual Ministro da Justiça prestou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Nesse concurso, em 1958, apesar das objeções veementes e brilhantes de Luiz Eulálio Vidigal, de Costa Carvalho, de Jorge Americano, de Amílcar de Castro e das minhas, embora essas modestas e sem brilho, não só em comparação com esses mestres, como por si mesmas, todos nós tivemos a felicidade de dar-lhe dez em todas as provas. De modo que as contraditas não importam num antagonismo maior, numa divergência maior do ponto de vista intelectual. Nós todos sabemos, e a lenda diz, que Homero também cochilou. Os lapsos que podem ser apontados, podem até não ser lapsos do Código, — posso não estar com a verdade (pois ninguém é dono da verdade), e, longe de mim, na minha insignificância, pretender dizer a verdade sobre essa obra, sendo um trabalho de Alfredo Buzaid. Isso faz parte, portanto, da imperfeição humana. Uma obra destas, em seu conjunto e 1219 artigos, tem de ser vista na sua unidade, sem haver a preocupação dos defeitos, que há, e que tem de haver, mas são minúcias que não desfiguram o complexo da obra. Seria o mesmo que aqueles, que chegam à Basílica de São Pedro, no Vaticano, admirando as colunatas de Bernini, dispostas em quatro fileiras de colunas, e que naturalmente de certo ângulo todas são vistas separadamente, fossem observar, em cada uma daquelas colunas, o erro do artista que deixou uma mal torneada, marca de sua imperfeição como ser humano. Mas quem contemplar, de um determinado ponto que, realmente, existe na praça, aquelas quatro fileiras de colunas, não tem a impressão de que as mesmas existam, desaparecendo atrás da primeira todas as demais; quem chegar lá se extasia por completo com aquela obra, faz justiça e reverência ao gênio criador, porque aquela é uma das obras artísticas mais monumentais dentre as legadas à humanidade, desafiando a própria posteridade.

Assim é com este Código. Olhemos o Código na perfeição de sua unidade e sintamos que ele pode desafiar a própria posteridade.