

PREJULGADO

JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO

1. No processo civil brasileiro, um instituto ainda figura que, a bem dizer, não tem tido vida — o *prejulgado*, prescrito no art. 861 do c.p.c. (1).

Na doutrina nacional, pouca importância lhe tem sido dispensada, e na doutrina estrangeira é de um modo geral ignorado.

A pesquisa, a seu respeito, nos repertórios forenses, resulta desalentadora: raríssimamente tem sido utilizado, nos tribunais.

O fato, que existe, justifica a dúvida. O *prejulgado* é necessário, útil, ou desnecessário, inútil? Qual a sua verdadeira função ou o elemento que nêle predomina? Quais as causas de sobreviver, tão esquecido? Como tem sido praticado? Suposto seja útil, não haveria providências a tomar, para imprimir-lhe maior vigor?

Como quer que seja, o estudo não parece despiciendo, e, uma vez relacionado, como está, com o valor da *jurisprudência*, até se justifica bem dentro na missão precípua de uma revista de especulação jurídica, notadamente a “Revista da Faculdade de Direito”, cujo primeiro número, em 1911, já cogitava da questão (2).

2. Antes do mais, haverá que efetuar, para o instituto, a sua reconstrução histórica, método cujo merecimento foi pôsto em relevo, no processo, por CHIOVENDA (3), que é “necessidade infinita”, na frase de CARNELUTTI (4), tão certo, como ensina COUTURE (5) que “a própria evolução das idéias orienta naturalmente para a solução”.

Tendo o processo romano desconhecido a providência, pois ali apenas existia a apelação, o que por igual acontecia no antigo processo germânico, o seu primeiro traço, ainda desfigurado, mas pelo menos com a característica de um *juízo prévio*, pode ser apontado nas Ordenações Filipinas, de Portugal:

Ali se dispunha, no Livro 1.º, Tit. V, n.º 5:

(1) Art. 861 — “A requerimento de qualquer dos seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas, sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas”.

(2) VIRGÍLIO M. MELO FRANCO, *A Jurisprudência na Organização do Direito Civil*, Rev. Fac. Dir., vol. I, de 1894.

(3) *Ensayos*, trad. esp., 3.º pág. 264.

(4) *Sistema*, trad. esp., I, Introd., pág. 2.

(5) *Fundamentos*, pág. 225, da trad. brasil.

“E havemos por bem que quando os desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos, ou algum dêles tiverem alguma dúvida em alguma nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao Regedor; o qual na Mesa grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, se porá a sentença. E a determinação, que sôbre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em dúvida”.

Mais recentemente, estabeleceu-se a providência no processo civil alemão, cuja lei de organização judiciária de 27 de janeiro de 1877 determinava, no seu § 137:

“§ 137 — Se numa questão de direito, um senado civil quiser se afastar de um aresto precedentemente tomado por um outro senado civil, ou pelos senados civis reunidos, êle devolverá o conhecimento e o julgamento da questão aos senados civis reunidos” (6).

Incorporado ao processo germânico, cuja repercussão mundial foi tamanha que até permitiu, muitas vêzes, o reencontro de antigas idéias em seus países de origem (7) o prejulgado, assim concebido, mereceu acolhida, entre nós, (8) pela primeira vez, ao ver de ARTUR RIBEIRO, precisamente no Estado de Minas Gerais, cuja Lei n.º 17, de 20 de novembro de 1891 (9), estabelecia:

“Quando ocorrer manifesta contradição entre decisões definitivas, no Tribunal da Relação, sôbre questões de direito, o presidente, “ex-officio”, ou a requerimento do Procurador-geral, no interesse da lei e da uniformidade da jurisprudência, sujeitará, de novo, a espécie ao Tribunal e comunicará a decisão ao govêrno, em relatório circunstanciado, para ser presente ao poder legislativo”.

Contudo, fôrça é convir que, aí, pôsto se pudesse ter em vista a criação do prejulgado, a rigor estabelecido foi, na observação de ARTUR RIBEIRO, um “após-julgado”.

Como julgamento prévio, o instituto, na verdade, foi criado por sugestão de CRISÓLITO DE GUSMÃO (10), inspirado, como depôs

(6) *Apud* CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, trad. francesa, in, Arq. Jud., vol. 41, pág. 220.

(7) CHIOVENDA, op. cit., vol. I, *A idéia romana no processo germânico*.

(8) Também na Argentina, procedimento mais ou menos semelhante ainda que sob certos aspectos diverso se estabeleceu, em 1910, através a Lei n.º 7.055, visando, igualmente, à uniformização da jurisprudência no mesmo Tribunal — Vide ALSINA, *Tratado*, n.º 163 e segs.; MANUEL IBAÑEZ FROCHAM, *Los Recursos en el Proceso Civil*, pág. 181.

(9) *Coleção de Leis Mineiras*, 1891, pág. 84. O texto também está no *Curso Teor. - Prat. de Dir. Judic. Civil*, 4.º vol., ed. 1950, do eminente Prof. LUÍS ANTONIO DA COSTA CARVALHO, pág. 268.

(10) “Ante-projeto”, 1923, pág. 74, cit. BILAC PINTO e LÚCIO BITTENCOURT, *Recurso de Revista*, pág. 20.

CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO (11) na mencionada lei de organização judiciária alemã, com o Decreto n.º 16.278, de 20 de dezembro de 1923, relativo à justiça do Distrito Federal, que, igualmente, entre nós, o recurso de revista:

“Art. 1.º — Quando a lei receber interpretação diversa nas Câmaras de Apelação Cível ou criminal, ou quando resultar, em manifestação dos votos de uma Câmara em um caso “sub judice”, que se terá de declarar uma interpretação diversa, deverá a Câmara divergente representar, por seu presidente, ao presidente da Côrte, para que êste, incontinenti, faça a convocação para reunião das duas Câmaras, conforme fôr a matéria, cível ou criminal”.

Entretanto, teve o prejudgado vida curta, pois na primeira reforma da organização do Distrito Federal, pela Lei n.º 5.053, de 6-11-1926, foi suprimido, para ser restaurado, quatro anos mais tarde, pelo Decreto n.º 19.408, de 19-11-1930.

Enquanto isso, no Estado de São Paulo, ingressou o instituto no seu Código de Processo Civil (art. 1.119), em que se manteve até a promulgação do Código de Processo Civil Unitário.

Neste, como vimos, foi inserido, no art. 861, já transcrito.

Também na Justiça do Trabalho, figura o prejudgado, desde o Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, (art. 902), facultado ao Tribunal Superior do Trabalho, com fôrça obrigatória às instâncias hierárquicamente inferiores e com a peculiaridade de se entender revogado sempre que o Tribunal, “funcionando completo, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sôbre a hipótese do prejudgado, firmando nova interpretação”.

3. A *finalidade* do instituto é de primeira intuição: visa, tal como o recurso de revista, à uniformização da jurisprudência do mesmo tribunal, com a característica de que procura a uniformização *antes* de se manifestar o dissídio jurisprudencial.

Com tal objetivo, é inegável a sua excelência, que se justificará com as mesmas razões que ditaram a criação de quantos recursos instituídos com idêntico desideratum quando a aplicação da lei é efetuada por diversos juizes ou tribunais, tais como a casação francesa, italiana e alemã, o nosso recurso extraordinário e a nossa revista.

Em suma, trata-se de evitar a *incerteza da jurisprudência*, que, no dizer de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, “gera a incerteza do Direito”. “Que importa que a lei seja certa — salienta o grande processualista português, — se a interpretação é arbitrária e incerta? Que importa que a lei seja igual para todos, se fôr aplicada de modo diferente a casos perfeitamente análogos? Antes jurisprudência er-

(11) *Loc. cit.* pág. 219.

rada, mas *uniforme*, do que jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme cada um sabe com o que pode contar; perante jurisprudência incerta ninguém está seguro do seu direito" (12).

Por isso mesmo, dizia bem um velho alvará português, de 23 de novembro de 1770, que "da certeza da jurisprudência depende o sossego público e a prosperidade das famílias" (13).

Sob tal aspecto, parece desnecessário acrescentar argumentos em prol da utilidade do instituto, que serão sempre os mesmos já superiormente expostos na doutrina sobre recursos semelhantes (14).

4. Caberá melhor, ao que supomos, demorar sobre a característica específica da providência: é um julgamento *prévio*.

Efetivamente, se se esboça a divergência dos pronunciamentos judiciais sobre a mesma questão de direito, tudo aconselha se deva procurar evitar o dissídio. Se a "certeza do Direito" pode ser alcançada hoje, antes da incerteza de amanhã, nada recomenda deixar seja atingida somente depois de amanhã... Ainda aqui anda certa a sabedoria popular: "antes prevenir que remediar...".

5. Certo que, confiado, como se encontra, ao poder de iniciativa dos próprios juizes, o ato desde logo esbarrará numa objecção ao gosto dos que lidam mais de perto com a técnica processual: pois, se dominante no processo civil é o princípio dispositivo (15), como justificar-se um ato processual sem a iniciativa das partes... Contudo, ainda que contravenha, como tantos outros, o princípio dispositivo, que não é exclusivo, justifica-se que assim possa ser, face ao princípio publicístico, que igualmente se sobre põe por vêzes à iniciativa particular.

6. Aqui, precisamente, o *elemento político* dominante no prejudgado, a que não tem sido prestada a atenção devida.

Efetivamente, a menos se aceite a chocante conceituação de SATTI (16) segundo o qual o processo "não tem objeto", está mais ou menos assentado (17) que o processo tem "uma finalidade pública", como proclamava, convicto e intransigente, CARNELUTTI (18). "O interesse das partes — ensinou o genial mestre da Uni-

(12) *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, pág. 688.

(13) PEREIRA BORGES, *Diccion. Juridico-comercial*, ed. de 1839, pág. 269.

(14) Vide, entre outros, LOPES DA COSTA, *Dir. Proc. Civ.*, III, pág. 235, n.º 218.

(15) GOLDSCHMIDT, *Derecho Proc. Civ.*, trad. espanhola, § 11 n.º 1; SEBASTIÃO DE SOUSA, *O Princípio Dispositivo*, "passim"; CÂNDIDO NAVES, *Impulso Processual e Poderes do Juiz*, "passim".

(16) *Riv. Dir. Proc. Civ. Italiano*, IV, 1949, Parte I, pág. 281.

(17) Em que pese às objecções de CALAMANDREI, (*Instituições*, trad. espanhola, pág. 102).

(18) *Sistema*, I, n.º 76, pág. 255.

versidade de Milão, — é um meio, em virtude do qual se realiza a finalidade pública do processo”; “que se dê razão a quem a tenha, não é um interesse das partes, senão um interesse da sociedade inteira” (19).

Ora, se assim é, e visto que a incerteza da jurisprudência gera a incerteza do próprio Direito, nada mais curial que se admitir, no processo, uma providência que vise a obstar, antecipadamente, o mal reconhecido.

É, assim, o interesse público que justifica e autoriza a providência, da mesma sorte que justifica e autoriza os demais recursos unificadores da jurisprudência do país. Prevalece, como se disse, aquilo que CHIOVENDA assinalou: “um elemento político, associando à defesa do particular (“ius litigatoris”) à do interesse geral (“ius constitutionis”) (20).

7. A excelência do procedimento, de primeira intuição quando diz respeito à fixação da jurisprudência acêrca da norma de direito substantivo, ainda mais se salienta quando versa a interpretação da norma processual.

Na realidade, pôsto seja uma diminuição relativa na ciência do nosso agrado, haveremos de convir em que o processo, por si, não é, um *fin*. É meio. Instrumento, para a realização do Direito.

Por isso mesmo, nada mais nocivo, no campo judiciário, do que a insegurança ou a incerteza acêrca do modo de conduzir êsse meio ou de mover êsse instrumento.

Se os tribunais decidem hoje, para exemplo, que o recurso contra a decisão que julga o autor carecedor de ação é o agravo de petição e entendem amanhã que o recurso, em tal caso, é o de apelação, evidentemente estabelecem a perplexidade para o litigante que se vir na contingência de recorrer. Se sustentam um dia que os honorários advocatícios, quando demandados pelo réu, haverão de constituir, necessariamente, matéria para reconvenção, e outro dia consideram desnecessária a reconvenção, acabam deixando à sorte o direito de pedir tais honorários.

Dessas divergências — e os exemplos poder-se-ia apontar às centenas, — decorre, óbviamente, mal considerável ao prestígio da Justiça, senão, mesmo, como inúmeras vêzes tem acontecido, injustiças consumadas, a co-onestar a melancólica afirmação de IHERING, quando definia o processo como instituição que aumenta e multiplica as dificuldades do Direito, porque acrescenta às questões materiais as questões formais da condução do processo... (21).

(19) *Op. loc.*, *cits*.

(20) *Instituições*, 3.º vol., pág. 46, da trad. brasileira; *Princípios*, 2.º, pág. 534, da trad. espanhola.

(21) *L'Esprit du Droit Romain*, trad. franc., IV, pág. 14.

Certo que não se conseguirá jamais um entendimento uniforme, fixo e permanente da lei. E seria até nocivo se assim acontecesse, se assim se mumificasse o Direito (22).

Não obstante, o de que se necessita, notadamente no que diz respeito à interpretação da lei processual, é a *fixidez no meio* em que atua o Tribunal, que ainda não seja eterna, haverá que ser ao menos duradoura.

Daí dizer PRIETO CASTRO (23) que tãda a atenção acaso dispensada pelo Supremo Tribunal aos problemas processuais será “um serviço eminente à boa ordem da justiça, e, ainda mais, à segurança jurídica”.

8. Da predominância daquele elemento político, resulta que, na sua classificação como ato processual, o prejudgado não é, a rigor, um *recurso* (24). Na verdade, faltam-lhe os elementos que, tradicionalmente, caracterizam os recursos: ato, da parte, contra uma sentença, para sua reforma ou modificação (25). Assim ensina, de maneira inexcedível, o notável LOPES DA COSTA (26), mostrando que “o prejudgado ainda não é um recurso, porque não se descobre qual seja a sentença recorrida”.

Não sendo recurso, restará reconhecer-lhe a qualidade de ato do próprio Tribunal — e, “de lege ferenda” (vide adiante, n.º 19) de autoridade competente, — oponível no julgamento dos recursos em geral. Providência de ordem orgânica, via de regra prescritível, como a fonte matriz alemã, na lei de organização judiciária, destinada a possibilitar a uniformização da jurisprudência do mesmo Tribunal.

9. O procedimento.

Desde a sua criação, não teve o prejudgado regulamentada a sua interposição.

Isso mesmo acentuou LOPES DA COSTA (26), observando lacuna idêntica no Regimento Interno do Tribunal de Minas Gerais e do Tribunal Federal de Recursos, e preconizando-lhe normas idênticas às adotadas para o recurso de revista, com exceção apenas da re-

(22) J. ALBERTO DOS REIS, *Breve Estudo*, pág. 686; Vide BILAC PINTO e LÚCIO BITTENCOURT, *Rec. Rev.*, n.º III; JEAN CRUET, *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, § 3.º, pág. 86 da trad. port.

(23) *Estudos y Comentarios*, vol. I, pág. 41.

(24) Contra, PONTES DE MIRANDA, *Coment. Cód. Proc. Civ.*, vol. V, pág. 321, que considera o prejudgado um “recurso”, “recurso de ofício, embora”, no caso em que “o ponto em discussão foi resolvido em primeira instância e o corpo, onde se suscitou o prejudgado, havia de conhecer d'ele em grau de recurso.

(25) *Op. cit.*, 3.º, n.º 298.

(26) Neste sentido, entre muitos outros, PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas*, II, nota 590; JOÃO MONTEIRO, *Curso*, III, 54; GOLDSCHMIDT, *Dere. Proc.*, § 64; COUTURE, *Fundamentos*, n.º 159, pág. 272 da trad. brasil., *cód. proc. civ.*, art. 808, SEABRA FAGUNDES, *Dos Recursos Ordinários em Matéria Cível*, pág. 40.

visão: "A revisão, aqui não se faz necessária. A revisão é para corrigir algum erro ou alguma omissão na exposição do relator, quanto aos fatos. No prejudgado, há apenas uma questão de direito".

A falta de preceito legal, não há senão que proceder como indicado e praticado pelo eminente processualista e magistrado, com a aprovação do Tribunal mineiro: exposição, pelo Relator, ou outro juiz, quando fôr o caso, do dissídio manifestado ou possível, em forma de relatório à Câmara ou Turma, para que esta decida ser caso ou não de prejudgado; acórdão, desta, admitindo o prejudgado, geralmente sob a forma de conversão do julgamento do recurso, que deu causa ao incidente, em diligência; vista ao Procurador-geral; publicação, a seguir, após designação do dia do julgamento, do acórdão em que foi admitido o prejudgado e do parecer do Ministério Público, para conhecimento dos membros das Câmaras Reunidas (27).

Outrossim, caberia sempre a intimação ou a publicação, a fim de dar ciência do ato às partes acaso interessadas no julgamento, tornando-se assim possível não somente a contribuição destas para o acerto da decisão, como também assegurando-se-lhes o direito de exercer atos processuais a seu cargo, como, para exemplo, a suspeição do julgador que irá funcionar.

10. Também não estabeleceu a lei deva ser o prejudgado instruído com a decisão da decisão supostamente divergente. Contudo, está patente que sem a prova ou o teor do acórdão dito divergente — a ser fornecida por quem suscitou o prejudgado, seja mediante certidão, seja mediante promoção à Secretaria do Tribunal para que junte aos autos cópia do acórdão, — aí se se levantará embargo liminar, ao conhecimento da questão.

Isso porque, antes do mais, mesmo sem por em dúvida a autoridade do juiz suscitante, não se presume a divergência jurisprudencial, que poderá inexistir na realidade, sendo apenas concebida pelo mau entendimento do suscitante. Erro de inteligência, a que todos estão sujeitos, sem desdouro.

11. Por igual, estará o recurso prejudgado, ainda liminarmente, se se verificar que, após, o acórdão apontado como divergente, uniformizou-se a jurisprudência do Tribunal, seja pela to-

(27) Relatório no Prejudgado no conflito, n.º 175, Trib. de Just. de Minas, no "Diár. Just.", de 16-3-1952.

(28) Inclusive a defesa oral, de eficácia discutível ou nula em certos tribunais, mas como quer que seja muitas vezes um direito e um dever. Aí, a defesa oral, quando não esteja autorizada pelos regimentos internos dos tribunais, se justificará, em certos casos, pela lei maior, a que aqueles não se podem sobrepôr, o Cód. Proc. Civil, art. 875, visto como, sendo o prejudgado uma fase intermediária (CARNELUTI) do julgamento do recurso interposto pela parte, tem esta o direito de sustentar as suas "conclusões", entre as quais estará o entendimento da lei, focalizado no prejudgado a ser examinado.

mada de decisão em sentido contrário, pela mesma Turma ou Câmara, seja pelo julgamento de revista, sôbre a mesma questão de direito.

Assim decidiu a Côrte de Apelação do Distrito Federal (29) e assim autoriza a finalidade mesma da providência, que, se se destina à uniformização da jurisprudência, será inútil, quando já foi alcançada dita uniformidade.

12. Já quando o prejudgado é suscitado pela *possibilidade* de divergência de interpretação entre Câmaras e Turmas, obviamente será desnecessário, senão impraticável, impossível mesmo, instruí-lo com a prova da divergência.

A providência, em tal hipótese, está autorizada por um receio, ou por razões de raciocínio, geralmente resultantes dos têrmos da lei que regula o assunto.

Então, o conhecimento do prejudgado se resumirá em analisar, liminarmente, se efetivamente se justifica ou não, face aos têrmos da norma jurídica, o raciocínio exposto pelo suscitante. Absurdo, que seja êste, nem caberá às Câmaras a discussão do mérito da questão, acaso insusceptível de controvérsia.

Contudo, a não ser em casos extremos, a natureza do instituto impõe firmar-se a decisão do órgão coletivo, a fim de evitar a instauração do dissídio jurisprudencial antevisto por um, e, por isso mesmo, supostamente adotado por outro juiz, reputado nocivo à ordem jurídica.

13. O pronunciamento, em prejudgado, admite-o a lei, unicamente, sôbre a "interpretação de qualquer norma jurídica" (art. 861).

Vale dizer que apenas caberá, tal como no recurso de revista, quando a divergência se manifestou ou poderá se manifestar sôbre o "direito em tese" (art. 853), isto é, na linguagem de SEABRA FAGUNDES (30) sôbre "o direito objetivo, ao direito considerado como norma, como enunciado genérico igualmente ajustável a uma série de situações de fato". Assim, à semelhança do recurso de revista, "decisões antagônicas sôbre o direito subjetivo das partes, ainda que apreciem fatos semelhantes ou o mesmo fato jurígeno, não autorizam" (31), tal como na revista, o prejudgado.

14. A identidade de objetivos entre o prejudgado e a revista, porém, não deverá levar ao ponto de confundi-los.

(29) Acórdão no prejudgado, n.º 6, em 6-11-1934, *Rev. For.*, 65, pág. 110.

(30) *Op. cit.*, n.º 453, pág. 427.

(31) Sôbre a "tarefa delicadíssima de distinguir onde o reconhecimento do direito subjetivo deixa de depender da versão dos fatos para vincular-se apenas ao texto legal, vide, entre muitos outros, SEABRA FAGUNDES, pág. 429, PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. V, pág. 430 e segs.; BILAC PINTO e LÚCIO BITENCOURT, *op. cit.*, n.º 22

É que, sobre a diferença, antes acentuada, relacionada com o momento da unificação jurisprudencial, a que ambos visam, o prejudgado, pelo seu elemento político, também já salientado, tem extensão maior.

Assim, enquanto que para a revista se exigem “decisões finais” (c.p.c., art. 853), já o prejudgado poderá ser suscitado quando ocorreu, ou poderá ocorrer divergência sobre a “interpretação de qualquer norma jurídica” (art. 861).

Numa, a decisão dita divergente haverá que ser “final”, o que equivale dizer não mais sujeita a recurso (32). Noutra, a decisão dada como divergente não carece de ser “final”. Mesmo sujeita a recurso, justifica a iniciativa do prejudgado, para que as Câmaras Reunidas façam cessar a divergência, positivada ou iminente.

15. Por outro lado, na revista o Tribunal, depois de verificar se de fato se manifestou a divergência sobre a interpretação do direito em tese, e de fixar, no caso afirmativo, a interpretação que se deverá observar na espécie, julga esta, definitivamente (c.p.c., art. 859).

Diversamente, no prejudgado, o Tribunal apenas realiza os dois primeiros atos: verifica se houve ou se ocorreu a divergência, e fixa a interpretação que se deverá observar *quanto à norma jurídica*. Não julga, porém, definitivamente, a espécie (33). A razão do procedimento só poderá estar nos termos da lei, que, ao contrário do prescrito para a revista, não deferiu às Câmaras Reunidas o julgamento da espécie.

Contudo, “de lege ferenda”, melhor fôra, para o rendimento dos trabalhos e para a uniformidade de critério de procedimento em institutos afins, que a decisão definitiva da espécie também coubesse, quando ocorre o prejudgado, às Câmaras que dêste decidirem.

Atender-se-ia, dêste modo, ainda à dificuldade retro indicada, da separação do direito e do fato, capaz de levar a graves injustiças quando efetuada por órgãos diversos. Efetivamente, sendo certo que, na sua atividade, os tribunais de instância efetuam três operações fundamentais — pesquisa, interpretação e aplicação da

(32) GABRIEL DE RESENDE FILHO, *Curso*, III, n.º 965, pág. 133. Há quem entenda somente caber a revista sobre decisões definitivas ou interlocutórias mistas (BILAC PINTO e LÚCIO BITENCOURT, pág. 240; OSVALDO PINTO DO AMARAL, *Cód. Proc. Civ. Coment.*, V, pág. 91; AFONSO FRAGA, *Instituições*, III, pág. 240), entendimento que SEABRA FAGUNDES desfêz em análise definitiva (op. cit., págs. 433 e segs.).

(33) Contra, o Trib. do Distr. Fed.: “Verificada a divergência e fixada a interpretação que se deve ser adotada, passam as Câmaras Reunidas a julgar a espécie definitivamente”, em vez de devolver os autos à Câmara de origem”. (Ac. de 10-5-45, Rev. Trib., 163, pág. 334).

norma jurídica (34) o ideal, para a segurança do processo, é que o mesmo órgão efetue as três operações. Assim se procede, com razões procedentes, largamente apontadas na doutrina, exceção apenas feita de alguns tribunais de cassação estrangeiros, no nosso recurso de revista e no próprio recurso extraordinário.

Por coerência, ao menos, ou em obediência ao sistema, que importa muito, em processo, da mesma forma deveria ser no que tóca ao prejudgado.

Outro tanto, houvesse o julgamento da espécie no mesmo ato do julgamento do prejudgado, evitar-se-ia a perplexidade, em que nos deixa a lei atual, de saber qual o recurso oponível à decisão das Câmaras Reunidas, quando fixam a interpretação da norma jurídica, sem julgar a espécie.

16. Evidentemente, uma vez que não julgaram as Câmaras a espécie, isto é, não fizeram a aplicação da norma, cuja divergência de interpretação ficou resolvida, não será lícito exigir da parte a interposição do recurso. Por enquanto, não terá a parte o *prejuízo*, que é a medida do recurso.

Mas... uma vez que, para exemplo, o recurso extraordinário se haverá de interpor dentro dos 10 dias após a intimação do acórdão ou sua publicação (art. 864), e este recurso, na hipótese da letra *a*) do art. 101, III, da Constituição, vai ter como objeto a mesma *questão de direito*, poder-se-á entender que tal apêlo extraordinário deva ser interposto contra a decisão das Câmaras Reunidas, que, a rigor, foi o ato que acaso terá violado o direito expresso...

E ter-se-á um recurso contra acórdão que, na aplicação da norma jurídica, poderá não ter o mesmo resultado que aquêle que irá ser proferido, pela Turma, ou Câmara, após o prejudgado...

Por outro lado, se a parte não manifestar a sua inconformidade com o que ficou julgado pelas Câmaras, dentro no prazo estabelecido para o recurso cabível, dir-se-á ter ficado precluída a sua faculdade de recorrer...

Não obstante, ao nosso ver, o recurso só cabe e somente poderá ser exigido, da parte, quando se verificar a aplicação da norma ao caso concreto, vale dizer, do segundo acórdão, que fôr proferido pela Turma julgadora da espécie.

17. Por último, outra diferença poderá ser assinalada entre o prejudgado e a revista, se se entender que esta afasta aquêle.

Em outras palavras: não caberia o prejudgado, quando sôbre a questão já houvesse assento tomado pelas Câmaras Reunidas, em recurso de revista.

(34) Vide JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Studi in onore di Enrico Redenti*, I, pág. 393.

Assim entendem SEABRA FAGUNDES (35), MÁRIO GUIMARÃES (36), CARVALHO SANTOS (37), J. LIMA SALES (38), e assim dispunha, até, expressamente, o cód. proc. civil do Estado de São Paulo (art. 1.126, parágrafo único).

Contudo, parece-nos que o entendimento deve ser recebido em termos, sendo mais exato o ensinamento de LOPES DA COSTA: "Do julgamento do recurso pela câmara singular pode interpor-se o recurso de revista. Não, evidentemente, tendo por fundamento a mesma questão de direito, já decidida no prejudgado, mas outra questão, sôbre a qual também haja divergência de julgados" (39).

Idênticamente, parece-nos que será de se admitir o prejudgado, mesmo quando tenha havido revista sôbre a mesma questão de direito, quando o Tribunal pleno houver sofrido alteração substancial na sua constituição.

A afirmação — que não figura nos livros de doutrina — exige explicação. É que, desta maneira, ter-se-á sempre presente a finalidade do instituto, como uniformizador da jurisprudência, e evitar-se-á aquêle inconveniente da imutabilidade da jurisprudência, antes referido.

Efetivamente, se o Tribunal pleno conta com componentes diversos, e uma das Câmaras decidiu, ou poderá decidir, de forma diversa daquela antes fixada em revista, esboça-se, então, a possibilidade de não subsistir o primeiro pronunciamento da maioria, e, por isso mesmo, de se instituir, de novo, a instabilidade de jurisprudência, que o prejudgado visa a obstar. Legítimo, então, o seu emprêgo, dentro no seu objetivo precípua, para voltar a traçar para a jurisprudência rumos certos e definidos.

18. Não quer isso significar que o prejudgado tenha a virtude de tornar obrigatória, para as Câmaras, o entendimento fixado pelo Tribunal pleno.

Na realidade, está na tradição do nosso Direito, neste particular também muito distanciado do sistema anglo-americano dos precedentes, que não tem a jurisprudência força obrigatória, porque os juízes não são legisladores e não podem, por via de interpretação, fixar normas gerais para o futuro (40).

Diversamente, a força e o poder da jurisprudência, por sinal

(35) Op. cit., pág. 450.

(36) Rec. Rev., pág. 116.

(37) Cód. Proc. Civ. Interp., IX, pág. 419.

(38) In Rev. For., 89, pág. 382. Contra, BILAC PINTO e LÚCIO BITTENCOURT, op. cit., pág. 129.

(39) Vol. 3.º, pág. 313.

(40) CALAMANDREI, *Nuovo Digesto Italiano*, II, pág. 72; M. IBAÑEZ FROCHAM, op. cit., n.º 167.

que superiores à opinião dos doutores, como notou JOFRÉ (41), deriva mais, de modo indireto, como tem sido reiteradamente assinalado, “da autoridade científica, precisão, persistência e demais méritos que fluem das sentenças superiores, méritos que sejam tão efetivos para convencer, senão aos litigantes, pelo menos aos Juizes” (42).

Assim, por igual, entre nós, com o prejulgado, que, sendo providência destinada à unidade interna do Tribunal, terá na autoridade dos que o decidirem e nos fundamentos por que fôr tomado a maior dose do seu poder de persuasão e coerção intelectual, bastantes para lograr a uniformização da jurisprudência (43).

É o que ocorre, presentemente, na Côte de Cassação francesa, onde, segundo o depoimento autorizado de RENÉ MOREL (44) mesmo não estando as câmaras limitadas, para o futuro, pelo aresto da assembléia plena, “il est vraisemblable qu'en raison de l'autorité morale de ceux qui composent l'assemblée plénière, un conflit entre les différents formations de la Cour Suprême sera extrêmement rare”.

19. Dessa mesma fôrça e dessa mesma autoridade moral decorre para o instituto, comparativamente à revista, outro mérito, assinalado há muito pelo Prof. OSCAR DA CUNHA: é, sem dúvida, preferível “a corrigenda dos julgados contraditórios por meio do prejulgado, mais rápido, menos dispendioso” (45).

19. Examinado que o prejulgado é útil e necessário, caberá, como questão final do nosso estudo, investigar as causas que o tornaram desusado entre nós.

“A falta de aplicação — adverte com sua imensa autoridade, LOPES DA COSTA (46), referindo-se à antiga lei mineira — não depõe contra ela”.

Nisso, estamos em que, antes do mais, a causa primordial está num defeito da lei, quando deixou o prejulgado a cargo dos próprios juizes, exclusivamente.

Ainda se possa reconhecer, como é fôrça acentuar, tenha sempre a magistratura se distinguido pela operosidade e dedicação, a

(41) *Manual*, I, pág. 51.

(42) M. IBAÑEZ FROCHAM, op. cit., pág. 178.

(43) Contudo, na Justiça do Trabalho, como que duvidando disso, a C.L.T. fixou, peremptoriamente, a obrigatoriedade do pronunciamento do T.S.T. para os Tribunais Regionais e as Juntas de Conciliação, e os Juizes de Direito (art. 902).

(44) *Studi in onore de Enrico Redenti*, 2.º, pág. 100.

(45) *Arq. Jud.*, supl. ao vol. 33, pág. 161. Neste sentido, José Luis SALÉS, *Rev. For.*, cit., 89/387, para quem o prejulgado, superior à revista, se praticado mais freqüentemente, acabaria por obscurecê-la, ou a torná-la muito rara.

(46) *Op. cit.*, pág. 304.

realidade é que a própria formação profissional do juiz o indis põe para a função de procurador, ainda que procurador em favor do Direito. Seja como consequência do vigor do princípio dispositivo, confiando o impulso processual às partes, seja porque, via de regra, o acúmulo de serviço nunca deixa vagar, nem vontade, senão para vencer as exigências mais imediatas do árduo ofício, o certo é que se observa sempre no juiz, notadamente no juiz do tribunal superior, o tédio à iniciativa. Julga, somente. É pago para julgar. Tem muito que julgar. Não tem mesmo nem tempo para julgar tudo quanto haverá de julgar.

Deveria, então, ser confiado o poder de suscitar o prejudgado também ao órgão do Ministério Público que funciona junto ao Tribunal, entre nós, nos Estados, o Procurador-geral.

A êsse, que tem como função precípua a defesa dos interesses da sociedade, entre os quais o da uniformização da jurisprudência, caberia, então, a função do maior relêvo, a lhe aumentar, sem dúvida, as responsabilidades do cargo, mas também a lhe dar muito maior projeção como órgão atuante da Justiça.

20. Outra causa para o desuso do prejudgado estará ligada à organização dos Tribunais, conservadores por excelência, que nem sempre primam pelo afã de melhorar o seu funcionamento.

É que, dividido sempre em Câmaras ou Turmas, como necessidade para o rendimento do serviço, os seus trabalhos se exercem isoladamente, e não sabem, uns, o que os outros decidem.

Para remediar a êsse mal, na Côte de Cassação da França, lembra RENÉ MOREL (47), foi instituído um fichário central, contendo, sob uma série única de rubricas, os sumários de todos os ares-tos da Côte, e, ainda mais, por fôrça do texto legal de 1947, a publicação de um boletim mensal de tôdas as decisões, a ser distribuído entre os membros do tribunal.

Entre nós, é certo, elaboram-se, sob a forma de publicações mensais, os mesmos boletins, mas, isso, sempre com grande atrazo, sem continuidade, e, pior ainda, via de regra, confiado a mãos inexperientes, que os tornam, na confecção e nas ementas, até de emprêgo difícil, senão torturante (48).

21. Finalmente, além dos defeitos existentes na regulamentação da providência, que aqui procuramos apontar, também a in-

(47) *La Reforme de la Cour de Cassation Française, in Studi in onore di Enrico Redenti*, 1951, vol. 2, pág. 95.

(48) Veja-se, quanto a isso, o próprio "Diário da Justiça", da União, com os acórdãos do Supremo, do Tribunal Federal de Recursos e do Trib. do Distrito Federal, publicando as decisões sempre com invencível atrazo e as ementas como modelos de imperfeição, ininteligíveis, por vêzes, e raramente revelando a súmula ou a essência do julgamento.

fluir no seu desuso, a causa talvez principal do seu esquecimento estará em que não foi convenientemente estudada e focalizada, de forma que não teve até hoje a receptividade devida.

Efetivamente, sem que se compenetrem os juizes, aos quais compete suscitá-lo e julgá-lo cumpridamente, da sua importância, debalde subsistirá o prejudgado preconizado na lei como estabilizador da jurisprudência e, portanto, como elemento valioso para a formação e o aperfeiçoamento do Direito.