

Prof. ALFREDO BUZAID

ESTUDOS DE DIREITO

I

Saraiva  LIVRARIAS EDITORES

Rua Fortaleza, 53 — Fone, 32-1149 — Caixa Postal, 2562
End. Teleg.: *Acadêmica* — SAO PAULO — BRASIL



1972

A CRISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *

CAPÍTULO I

BREVE PERFIL HISTÓRICO

SUMÁRIO: 1. Distinção entre sentença injusta e sentença nula em direito romano. 2. A função da querela "nilitatis" no direito intermédio. 3. A Côte de Cassação francesa. Sua origem.

1. O direito romano distinguiu a sentença injusta, viciada por erro de julgamento (*error in iudicando*), da sentença nula por defeito de forma (*error in procedendo*); a primeira transitava em julgado, não sendo impugnada tempestivamente; a segunda era considerada juridicamente inexistente e por isso "*non videtur appellandi necessitas fuisse, quum sententia iure non teneat*"¹. O direito romano, segundo observaram CALAMANDREI e FURNO, contém várias regras, através das quais se vê claramente a contraposição entre as duas categorias de vícios da sentença; enquanto é simplesmente apelável a sentença em que o juiz errou ao resolver a questão de fato, ou considerou inaplicável a ele certa disposição de lei "*quod non existimat causam de qua indicat per eas iurari*" (D. 42. 1. 32), é, ao contrário, nula, e, portanto, inexistente a decisão em que

* Aula inaugural proferida a 6 de abril de 1960, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e publicada na *Revista da Faculdade de Direito*, vol. LV, 1960, pág. 327 e segs.

1. C. 7.64.4.

o juiz desconheceu a existência *in abstracto* de uma norma jurídica, deixando, assim, de a ter como direito constituído. Nesta segunda hipótese, as fontes romanas (que falam a este respeito de sentença dada "*contra tam manifesti iuris formam*", "*expressim...*" *contra iuris rigorem data*", "*specialiter contra leges*") vêem um vício mais alarmante do que o da simples injustiça, porque não está em jogo tanto o interesse do vencido quanto a observância da lei em sua manifestação geral e absoluta; assim a injustiça da sentença acarreta um perigo de caráter constitucional e político, cuja repercussão transcende os limites do caso individual e assinala a rebeldia do juiz diante da lei, de que foi chamado a ser o intérprete. Enquanto, no primeiro caso, o juiz decide "*contra ius litigatoris*", no segundo o faz "*contra ius constitutionis*" (D. 49.8.1. § 2) e ofende, pois, não o direito subjetivo do indivíduo, que é igualmente sacrificado qualquer que seja o erro, de fato ou de direito, de que resulta a injustiça da sentença, mas a observância da lei como preceito abstrato, o obséquio à vontade de legislador e quase se poderia dizer, empregando conceitos modernos, aquêle princípio constitucional de distribuição dos poderes, pelo qual ao juiz toca o dever de aplicar a lei, não o de criá-la, ou reformá-la a seu arbítrio. Remonta, pois, ao direito romano a idéia sobre a qual se formou, muitos séculos depois, o instituto da cassação, isto é, a de uma reação mais vigorosa da lei para se defender contra a rebeldia do juiz.²

2. Recebendo a distinção entre sentenças *iniustae* e *nullae*, o direito intermédio elaborou, sobre novas bases, o seu sistema: contra as primeiras admitia sem-

2. CALAMANDREI e FURNO, *Cassazione Civile* (Novissimo *Digesto Italiano*, II, pág. 1.058).

pre a apelação; mas, quanto às segundas, com o objetivo certamente de aumentar a segurança das relações jurídicas, observou LIEBMAN que o direito canônico, a legislação estatutária das cidades italianas e a doutrina medieval exigiram que se alegasse a nulidade por meio de um remédio especial tendente à anulação da sentença, a que denominaram *querela nullitatis*, remédio que não era nem um recurso, nem uma ação, mas uma invocação do *officium iudicis* (ALTIMARO BLASIO, *Tract. de Nullitatibus Sententiarum*, Venetiis, 1701, rub. 1.2.1). Mas as causas de nulidades distinguiram-se em sanáveis e insanáveis; quanto às primeiras, que eram as mais numerosas, devia propor-se a *querela* dentro de prazo breve, igual ou pouco maior que o da aplicação, transcorrido o qual aquelas se consideravam sanadas. Contudo, a existência paralela da apelação era fonte de incertezas e complicações; por isso a prática permitiu o acúmulo dos dois remédios, que se efetivava com a fórmula "*dico sententiam nullam et si qua est appello*". (Glosa *Non obtinebit nullam et si qua est appello*". Blasio, *op. cit.*, rub. 2. III, n.º 20); e depois se chegou a admitir que, ainda sem expressa interposição da *querela*, podia sempre o juiz da apelação conhecer da nulidade (SCACCIÀ, *Tract. de Appellationibus*, Roma, 1612, qu. II, n.º 114 e ALTIMARO, *op. cit.* loc. n.º 25). Foi só mais tarde, em França, por força do princípio "*voies de nullité n'ont pas lieu en France*" (RÉBURN, *Tract. de Appellationibus*, art. 11. gl. II. n.º 19) que a *querela* desapareceu de todo, podendo alegar-se a nulidade na apelação quando ainda cabível, ou então como fundamento de dois recursos extraordinários, a saber, a *requête civile* e a *demande en cassation*.³

3. LIEBMAN, em CHIOFENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, pág. 277, nota 4; 2.ª ed., vol. III, pág. 200.

3. Este breve perfil histórico sobre os vícios da sentença e os remédios instituídos pelo direito positivo, em diferentes épocas, preordenados a declarar a sua nulidade, era indispensável para compreender a índole da Côte de Cassação, criada pela Revolução Francesa⁴. Ela surge, em sua forma originária, com a finalidade de obstar que os juizes, proferindo sentenças em *contravention expresse au texte de la loi*, segundo o enunciado do Decreto de 27 de novembro de 1790, ainda hoje em vigor, usurpassem atribuições pertencentes ao poder legislativo. De acôrdo com a concepção dominante no seio da Assembléa e que resulta das discussões parlamentares, a Côte de Cassação não é um órgão judiciário, antes um órgão de contróle constitucional, destinado a impedir que os juizes invadissem a esfera do legislativo e se subtraíssem de tal modo à

4. Foi a França o teatro onde se travou, por longo tempo, luta renhida entre o poder centralizador da Monarquia e a tendência descentralizadora do Parlamento, órgão judiciário de última instância. O soberano podia, por iniciativa própria, cassar as decisões do Parlamento em defesa das prerrogativas régias, quando contrárias às ordenações. A este poder exercido pelo Rei correspondia um meio de impugnação, denominado *demande en cassation*, conferido ao vencido, mediante o qual denunciava ao soberano a sentença do Parlamento violada por *contravention aux ordonnances*, a fim de que fôsse anulada. O soberano tomava conhecimento da *demande* através do Conselho que, especializando-se mais tarde, veio a ser uma seção designada pela expressão *Conseil des Parties*. A origem próxima da Cassação francesa está, pois, nesse Conselho do antigo regime, instituído como órgão supremo destinado a controlar a atividade judicial (CALAMANDREI, *Cassazione Civile*, I, n.º 186. Cf. ainda: ERNEST FAYE, *La Cour de Cassation*, Paris, 1903, págs. 1 e seg.; MANUEL DE LA PLAZA, *La Casación Civil*, págs. 61 e seg.; JOSÉ SARTÓRIO, *La Casación Argentina*, págs. 19 e seg.; GLASSON, MOREL & TISSIER, *Procédure Civile*, 3.ª ed., III, n.º 933).

observância da lei: "*une sentinelle*", assim dizia PRIEUR na sessão de 11 de novembro de 1790, "*établie pour le maintien des lois*"⁵.

Inicialmente a Cassação exercia uma função antes negativa que positiva. Anulava a sentença de última instância proferida em *contravention expresse au texte de la loi* sem conhecer do mérito, remetendo a causa a outro magistrado para novo julgamento; se este fôsse igual ao da decisão cassada, podia recorrer-se de novo para a Cassação; se o segundo juiz persistia em tomar orientação diversa, então tinha lugar o *référé obligatoire* no corpo legislativo, que expedia um decreto de interpretação da lei, tendente a uniformizar a decisão do terceiro juiz. Entre os objetivos da Cassação não se compreendia, pois, o de realizar a unidade do direito através da exegese jurisprudencial; esta função surge só mais tarde, através de lenta e segura evolução, que amplia a sua atividade e lhe confere, especialmente depois da Lei de 1.º de abril de 1837, o poder positivo de interpretar o direito, elevando-a à eminência de máximo regulador e guia da jurisprudência, a que deviam conformar-se os juizes⁶. A Côte de Cassação

5. CALAMANDREI, *Cassazione Civile*, I, pág. 429. O art. 2.º da Lei de 27 de novembro de 1790 diz: "Les fonctions du Tribunal de Cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort, de juger les demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime, de conflit de juridiction et les règlements de juges, les demandes de prise à partie contre un tribunal entier". CORNY & FOYER, *Procédure Civile*, Paris, 1958, pág. 195, observam que, contrariamente ao voto de ROBESPIERRE, a Côte de Cassação é um tribunal judiciário, distinto do Poder Legislativo; é guarda da Constituição, assegurando a separação dos poderes.

6. CALAMANDREI, *Cassazione Civile*, I, pág. 30; LIEBMAN, em CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, III, pág. 405; 2.ª ed., vol. III, pág. 297.

passou desde então a ocupar o vértice do Poder Judiciário⁷, merecendo a admiração pela sabedoria com que orientou a jurisprudência “na obra diuturna de prudente adaptação das rígidas formas da lei às mutáveis circunstâncias da vida e de constante rejuvenescimento da ordem jurídica, de sorte a acompanhar a evolução das relações e das necessidades sociais”⁸.

O instituto teve fortuna singular. Construído em harmonia com a concepção democrática da divisão dos poderes, difundiu-se rapidamente o modelo francês⁹, seguido por grande número de países; a função jurisdicional é exercida por provocação do interessado, que interpõe o recurso de cassação como um remédio tendente a denunciar, do mesmo modo que a antiga *querela nullitatis*, os erros *in iudicando in iure* e os erros *in procedendo*; mas indubitavelmente a sua função primordial e positiva consistia em unificar o direito e disciplinar a jurisprudência, assegurando nos Estados modernos aquele ideal de aplicação do direito igual e iniformemente para todos; ou, em outras palavras, que todos tivessem o mesmo tratamento em face da lei ou do direito.

7. CORNY & FOYER, *Procédure Civile*, pág. 189.

8. LIEBMAN em CHIOVENDA, *Instituições*, cit., III, pág. 405; 2.ª ed., vol. III, pág. 297.

9. Em sua expressão atual, cabe à Corte a guarda da lei, sem ser um terceiro grau da jurisdição (CORNÉY & FOYER, *Procédure Civile*, pág. 191; MOREL, *Procédure Civile*, n.º 655).

CAPÍTULO II

SISTEMA DE DIREITO COMPARADO

SUMÁRIO: 4. Tipos europeus de Tribunal de Cassação.
5. A Corte de Cassação na Itália. 6. A revisão germânica.
7. Sistema Corte Suprema dos Estados Unidos.

4. Quem acompanha a evolução por que passou o instituto na Europa desde a sua forma originária até os nossos dias, pode verificar facilmente que nas legislações processuais há dois tipos preponderantes: o da cassação francesa e o da revisão germânica. O primeiro foi adotado pela Itália, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Espanha e Grécia¹⁰. O segundo pela Alemanha, Áustria, Suíça e Portugal. Dada a impossibilidade de estudar cada Código em particular, julgamos acertado destacar dentre eles alguns que, sendo de publicação mais ou menos recente, tivessem contado, na elaboração legislativa, com o concurso de notáveis processualistas. Do primeiro grupo merece relevo especial o Código da Itália; do segundo, os Códigos da Alemanha e Portugal. Embora o Código alemão seja antigo, dele se pode dizer que é sempre atual e, em qualquer hipótese, é inaugurado, em linhas científicas, um tipo de tribunal, que não é o contraposto senão o desdobramento ou continuação do modelo francês¹¹.

10. CALAMANDREI e FURNO, *op. cit.*, II, pág. 1.062.

11. CHIOVENDA, *Instituições*, cit., II, pág. 143; 2.ª ed., vol. II, pág. 101.

5. Conforme a generalidade dos autores, a Corte de Cassação na Itália não é terceira instância, provocada, mediante recurso específico, a decidir de novo a controvérsia, apreciando a relação jurídica à luz do direito, do fato e das provas, depois que o processo percorreu o duplo grau de jurisdição; não conhece *diretamente* da relação jurídica¹², mas tão-só de determinados vícios da sentença expressamente declarados na lei. Ela exerce, a este respeito, as seguintes funções: a) é o órgão regulador da jurisdição e da competência de todos os juízes, ordinários e especiais; b) tem a finalidade de anular as sentenças dos juízes ordinários viciados por nulidade não sanada; c) e enfim, de anular as sentenças de quaisquer juízes, viciados por erro de direito¹³.

As sentenças proferidas em grau de apelação ou em instância única podem ser impugnadas mediante recurso de cassação: 1) por motivos atinentes à jurisdição; 2) por violação de normas de direito; 3) por nulidade da sentença ou do procedimento; 4) por falta de fundamentação, bem como por fundamentação insuficiente ou contraditória acréa de um ponto decisivo da controvérsia, fixado pelas partes ou considerado de ofício¹⁴.

Quando as partes deixam de interpor o recurso no prazo legal, ou dele desistem, o procurador-geral junto à Corte pode propor o recurso, pedindo seja cassada a sentença no interesse da lei¹⁵. Este recurso não repercute sobre o direito subjetivo da parte (*jus litigatoris*), antes visa a preservar a unidade do direito obje-

12. CHIOVENDA, *Instituições*, cit., pág. 143; 2.ª ed., pág. 101.

13. LIEBMAN, *Corso di Diritto Processuale Civile*, pág. 220.

14. Cód. Proc. Civ. it., art. 360.

15. Cód. Proc. Civ. it., art. 363.

tivo (*jus constitutionis*), de modo que se a Corte cassa a sentença não produz nenhum efeito prático no processo, permanecendo inalterada a situação das partes como fôra estabelecido pela sentença cassada. O recurso no interesse da lei, de uso aliás muito raro, tem efeitos puramente teóricos¹⁶.

Para interpor o recurso é necessário depositar previamente 500 liras se a sentença é de pretor, 1.500 se de tribunal e 3.000 em qualquer outro caso, a título de multa no caso de sucumbimento. Não se exige o depósito: 1) quando se trata de conflito positivo ou negativo de jurisdição; 2) quando o recurso é interposto no interesse da lei ou da Administração; 3) em favor de pessoas que gozam do benefício de patrocínio gratuito; 4) nas questões trabalhistas, de previdência e de assistência obrigatória¹⁷.

O recurso de cassação não suspende a execução de sentença. Todavia o juiz que proferiu a sentença impugnada poderá, a pedido da parte e sempre que da execução resulte dano grave e irreparável, ordenar que fique sobre-estada a execução ou seja prestada caução idônea¹⁸.

A Corte profere decisão de conteúdo e de efeitos diversos, segundo o fundamento do recurso e com ou sem devolução; de todas as hipóteses, a que tem particular interesse, neste estudo de direito comparado, é a de violação ou falsa aplicação da norma jurídica; a de violação da sentença, a causa volta ao estado em que se encontrava antes da sentença; é preciso dar-lhe nova

16. LIEBMAN, *Corso*, cit., pág. 222; ANDRIOLI, *Commento*, II, pág. 528.

17. Cód. Proc. Civ. it., art. 364.

18. Cód. Proc. Civ. it., art. 373.

conclusão, proferindo-se outra sentença, destinada a substituir a que foi cassada. A Corte ordena então a remessa da causa a outro juízo equiparado em grau àquele de quem cassou a sentença, enunciando o princípio a que deve sujeitar-se o juízo de devolução¹⁹. Neste julgamento subjetivamente complexo, a Corte determina a regra de direito que o juízo de devolução aplicará à hipótese dos autos²⁰.

A obra da unificação do direito é realizada pela Corte de Cassação, que é o mais alto grau de hierarquia judiciária. A autoridade de suas decisões se faz sentir não só quando dispõe em cada caso concreto, mas também como contribuição doutrinária e guia seguro de interpretação do direito. Embora não tenha eficácia vinculativa para os casos análogos, é irrecusável o valor do "precedente" judiciário *rationis imperio*, pelo que, pela sabedoria dos seus conceitos, vale como esplêndido modelo, digno de ser seguido pelos demais juízes²¹.

6. A revisão germânica, conforme o entendimento dos autores, serve o *interêsse das partes*, para resolver, de modo justo e correto, a causa; mas serve sobretudo ao *interêsse público* para realizar a unidade da jurisprudência. O recurso é admissível contra sentenças definitivas proferidas pelo Tribunal de Apelação; nas causas patrimoniais, um dos pressupostos é que ela seja de valor superior a 6.000 marcos. O Tribunal de Revisão é verdadeiro órgão jurisdicional e difere da Corte de Cassação, porque, sendo esta um órgão de verificação

19. LIBEMAN, *Corso*, pág. 225; MICHEL, *Anuario di Diritto Comparato*, 1942, pág. 255; REDENTI, *Scritti in onore di Carnelutti* II, pág. 691; Cód. Proc. Civ. it., art. 384.

20. CALAMANDREI e FURNO, *op. cit.*, II, pág. 1.099.

21. LIBEMAN, *Corso*, pág. 220.

ção, só pode revogar, não, porém, resolver de per si a controvérsia.

A revisão alemã se distingue, pois, da cassação de tipo francês. Nesta só se examinam as questões jurídicas contidas na sentença, ao passo que na revisão (pelo menos quando se trata de infração de direito material) examina-se toda a sentença; o Tribunal de Cassação somente pode anular a sentença; o de Revisão desce ao mérito e resolve a controvérsia²². O objeto da revisão é substancialmente a aplicação da norma jurídica, tal como consta da sentença; os fatos considerados provados pelo Tribunal de Apelação vinculam o Tribunal de Revisão, salvo se aquêle, na apreciação dos mesmos, infringiu a lei (ZPO. § 561, II).

7. Filia-se substancialmente ao tipo da revisão germânica o Código de Processo Civil português, que confere ao Supremo Tribunal de Justiça competência para conhecer unicamente de questões de direito resolvidas em sentença definitiva, sem entretanto limitar-se a cassar a decisão de segunda instância; depois de definir e declarar o direito em relação à espécie controvertida, aplica êle mesmo a solução jurídica aos fatos que os tribunais de instância estabeleceram²³. A sua feição mais característica está em que o *judicium rescindens* não se distingue do *judicium rescisorium*; o Tribunal, revogando a decisão viciada por erro, profere, em substituição, outra destinada a corrigir o erro em que incorreu o tribunal recorrido. "O *judicium res-*

22. ROSENBERG, *Lehrbuch*, § 132, II; SCHÖNKE, *Lehrbuch*, § 87, I; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, § 66.

23. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *A Função do Supremo Tribunal de Justiça segundo o Código de Processo Civil Português (Scritti in onore di Redenti*, I, pág. 387).

cindens e o *judicium rescisorium* não se cindem em dois julgamentos distintos, um a proferir pelo Tribunal Supremo (*Cassazione*) outro a proferir pelo Tribunal de instância (*giudizio di rinvio*); é o próprio Supremo Tribunal de Justiça, que depois de assinalar o erro de direito cometido pelo Tribunal *a quo*, *julga* definitivamente o litígio, aplicando devidamente aos fatos fixados pelos tribunais de instância a norma adequada e corretamente interpretada.

Quer dizer, o sistema português é muito semelhante ao do Código de Processo Civil alemão; é um sistema de *revisão*, e não um sistema de *cassação*. O Supremo Tribunal de Justiça não é um tribunal de *terceira instância*, porque não conhece das questões de fato; mas é um tribunal de *revista*, porque, em vez de limitar o seu exame à apreciação dos motivos de impugnação alegados pelo recorrente, pode revogar o acórdão ou a sentença recorrida por fundamentos jurídicos diversos. No que respeita ao aspecto do direito, o novo exame do Supremo Tribunal é *completo*²⁴.

Só há, no direito português, duas exceções à regra enunciada. O Supremo Tribunal devolve a causa ao juízo de origem, quando entende que a decisão da matéria de fato pode e deve ser ampliada em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito (Cód. Proc. Civ., art. 729, 3); e quando anula a sentença ou acórdão por se verificarem as nulidades prescritas nos arts. 668 e 716 e não fôr possível reformar a decisão anulada (art. 731).

8. Substancialmente diversa do Tribunal de Cassação de tipo europeu é a Suprema Corte dos Estados

24. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *op. cit.*, I, pág. 396.

Unidos. Disse HUGHES que ela é peculiarmente norte-americana em sua concepção e em suas funções e pouco deve às instituições jurídicas precedentes²⁵. Os fundadores da grande nação, ao traçarem as linhas fundamentais da Constituição que, com pequenas emendas subsiste até os nossos dias, não copiaram as instituições dos outros povos, antes voltaram os olhos para a realidade, procurando construir um sistema constitucional capaz de traduzir fielmente os frutos de sua experiência política. Formando a federação pela aglutinação, adesão ou incorporação de antigas colônias, que se regiam por leis próprias, elaboraram uma Constituição, que consagra o princípio da distribuição dos poderes, um dos quais é o Poder Judiciário, em cuja cúpula assentaram a Suprema Corte. A Constituição, no art. III, seção I, declara que o poder judiciário dos Estados Unidos será exercido por uma Corte Suprema e pelos Tribunais inferiores que o Congresso criar. E na seção II do mesmo artigo, prescreve que "a competência do poder judiciário se estenderá a todos os casos, de direito e de equidade..."

Peculiar ao sistema federativo é a distribuição das leis em quatro planos: a maior de todas, aquela acima da qual não há nenhuma outra e a que todas devem conformar-se é a Constituição Federal; seguem-se as leis federais; depois vem a Constituição Estadual e finalmente as leis estaduais. "A sucessão em que acabo de enumerá-las", disse RUI BARBOSA, "exprime-lhes a hierarquia legal. Ela traduz as regras de precedência, em que a autoridade se distribui por essas quatro espécies de leis. Dado o antagonismo entre a primeira e

25. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, pág. 1; COUNTRYMAN, *The Supreme Court of the United States*, pág. 1.

qualquer das outras, entre a segunda e as duas subseqüentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedência na autoridade”²⁶.

Fundado em tais princípios, o legislador norte-americano pôde conferir à Corte Suprema a competência, originária ou de recurso, de uniformizar não apenas o direito federal, mas especialmente de permitir a declaração de inconstitucionalidade, o que constitui o acontecimento verdadeiramente transcendental do seu direito público.

CAPÍTULO III

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORIGENS E ATRIBUIÇÕES NA REPÚBLICA

SUMÁRIO: 9. O Supremo Tribunal Federal no Brasil. 10. A que tipo se filia? 11. Vantagens e desvantagens da Cassação e da Revisão. 12. O recurso “extraordinário” na Constituição de 1891. 13. Reforma constitucional de 1926. Ampliação do recurso extraordinário. 14. O recurso extraordinário na Constituição de 1934. 15. *Idem*, na Constituição de 1946.

9. O Supremo Tribunal Federal é o órgão mais elevado do Poder Judiciário no Brasil. Criado pelo Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, foi pôsto logo em harmonia com o regime federativo instituído pelo Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889²⁷. Pouco depois o Congresso Constituinte promulgava a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária de processar e julgar: “as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre eles uns com os outros; os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados; os conflitos dos juizes ou tribunais federais entre si, ou entre estes e os Estados, assim como os dos juizes e tribunais de um Estado com juizes e tribunais de outro Estado”

27. Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, art. 1.º: “Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira — a República Federativa”.

26. RUI BARBOSA, *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, pág. 64.

(art. 59, I, letras "c", "d" e "e"); em grau de recurso, julgar "as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1.º e o art. 60 (art. 59, II)", e, finalmente, conferiu um recurso inominado contra as sentenças das justiças dos Estados proferidas em última instância quando: a.) "se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão dos tribunais do Estado fôr contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas" (art. 59, III, § 1.º, letras "a" e "b").

10. Ao organizar o Supremo Tribunal Federal como o ponto culminante do Poder Judiciário; ao determinar a sua competência originária e por via de recurso; ao discriminar as suas atribuições, notadamente a de manter a autoridade e preeminência da Constituição e das leis federais, negadas pela justiça dos Estados, — o legislador constituinte tinha diante de si, à livre escolha, três tipos de Corte Suprema, dois dos quais adotados na Europa e um, nos Estados Unidos; e podia igualmente afastar-se de tais modelos, compondo-o de modo diverso, como autêntica terceira instância, cabendo-lhe o exame não só da matéria de direito como também de fato, de modo que julgasse à maneira dos tribunais de apelação; neste caso a sua competência não se cingiria apenas à questão de direito, ou mais propriamente, à questão federal no plano estritamente jurídico, aplicando a norma aos fatos já estabelecidos pela justiça dos Estados, mas corrigiria a injustiça resultante da má apreciação dos fatos. Dêste último sistema não se cogitou, porque para o legislador brasileiro,

em consonância com o melhor entendimento da doutrina, os erros na apreciação de fato, embora fôssem deploáveis e dêles pudessem resultar injustiças, não têm a mesma gravidade dos erros de direito. "É incontestável que os erros de direito têm *significado mais alarmante* e constituem *perigo muito mais grave* do que os erros de fato.

Significado mais alarmante, porque são o sintoma de uma anomalia estranha na ordem jurídica. O Juiz, em vez de respeitar escrupulosamente a lei, ditando o comando concreto perfeitamente conforme ao comando abstrato expresso na norma jurídica, permite-se violar a regra legal; em vez de se limitar a *declarar* o direito, vai até ao ponto de *criar* direito em oposição com o que o legislador formulou. Quer dizer, comete uma *usurpação* no domínio mais delicado da ordem jurídica: o domínio *constitucional*.

Perigo mais grave na esfera social, porque, como muito bem nota CARNELUTTI, o erro de direito tem esta novidade específica: é um erro *contagioso*, no sentido de que tende a propagar-se a outras decisões".²⁸

11. Não tendo procurado ou não tendo encontrado uma solução original²⁹, só restou ao legislador brasileiro optar por um dos sistemas já conhecidos e praticados pelas nações civilizadas. As idéias consagradas pela Constituição de 1891 já tinham sido preconizadas

28. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Scritti*, cit., I, pág. 389.

29. Dizem os constitucionalistas que os debates acêrca do Poder Judiciário e particularmente do Supremo Tribunal Federal foram dos mais brilhantes no seio do Congresso (FERREIRA FREIRE, *História Constitucional*, III, págs. 215 e seg.; AGENOR ROURE, *A Constituinte Republicana*, II, págs. 7 e segs.).

pelo Governo da República, ao baixar o Decreto n.º 848. Os autores do projeto de Constituição, como observou FELISBELO FREIRE, procuraram organizar o Poder Judiciário, sob os moldes americanos, deixando de lado todos os elementos da nossa antiga organização judiciária³⁰. E ao que parece, não se discutiu a vantagem do regime de cassação francesa sobre o de revisão gerânica e vice-versa. Tais problemas eram realmente importantes e não se sabe porque não mereceram a atenção dos ilustres constituintes e dos membros do Governo Provisório. Há os que pensam que o sistema da cassação seja superior ao da revisão como garantia da pureza de interpretação das normas jurídicas. Desde que ao Tribunal Superior seja cometido o encargo de aplicar a regra do direito ao caso concreto, poderá ser tentado a violá-la, dominado pela ânsia de encontrar a solução justa. Quando, perante um caso concreto, a lei é injusta, violá-la é o único meio de assegurar a justiça. Outros sustentam que o regime da revisão gerânica oferece a vantagem da rapidez da decisão definitiva³¹. A discussão em torno desta matéria é longa e dela não podemos dar senão breve notícia. Na própria Alemanha os autores mostram certo desencanto pelos resultados práticos conseguidos pelo regime da revisão, que acarretou insuportável aumento de trabalho para o Tribunal do Império, sem que com isso tenha beneficiado a uniformidade da jurisprudência³².

12. De todas as inovações introduzidas pelo constituinte de 1891, a que nos interessa particularmente é a criação do "recurso", pouco depois chamado defini-

30. FELISBELO FREIRE, *op. cit.*, III, pág. 216.

31. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Scritti*, cit., I, pág. 397.

32. CALAMANDREI, *Cassazione Civile*, II, págs. 438 e seg.

tivamente "recurso extraordinário"³³. Inspirado no exemplo do "*writ of error*" norte-americano, êle representa, como observou LIEBMAN, o resultado da nova fórmula política constitucional que, conquanto preservasse a autonomia judiciária dos Estados, soberano no julgamento das questões de fato, adotou semelhante remédio de caráter excepcional, a fim de assegurar o primado da lei federal³⁴. Os mais eminentes escritores daquela época, muitos dos quais foram ministros do Supremo, como LÚCIO MENDONÇA, EPTÁCIO PESSOA e PEDRO LESSA, justificaram amplamente a necessidade do recurso extraordinário, atendendo, de um lado, à índole do regime federativo, que autoriza a dualidade legislativa, emanada respectivamente da União e dos Estados e, de outro lado, à dualidade de justiças, uma federal e outra estadual; reconhecida a soberania da União e a obrigatoriedade das leis federais em todo o território da República, força era colocá-las sob a proteção de um Tribunal Federal que lhes reconhecesse a supremacia quando desconhecida ou negada a sua validade e aplicação pelas magistraturas dos Estados³⁵. Se o Congresso Constituinte não tivesse incluído entre as atribuições do Supremo o poder de anular tais sentenças,

33. Com essa denominação aparece no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1891 (Of. *Reforma Constitucional*, pág. 77).

34. LIEBMAN em CHIOVENDA, *Instituições*, cit., III, pág. 403; 2.ª ed., vol. III, pág. 295. No mesmo sentido: RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, IV, págs. 99 e seg.; LÚCIO DE MENDONÇA, *Do recurso Extraordinário*, pág. 12; BARBALHO, *Comentários à Constituição Federal*, pág. 240; EPTÁCIO PESSOA, *Rev. Direito*, vol. 5.ª, pág. 437; PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, pág. 100 e seg.

35. Cf. PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, págs. 100 e segs.

cada Estado se arvoraria em unidade soberana na aplicação do direito e poderiam surgir tantas maneiras de dizer a lei quantas fôsem as justiças locais.

13. Composto de quinze ministros, o Supremo exerceu a sua nobre tarefa durante a primeira república sem estrépito e sem tumulto. Em 1926 se realizou a reforma constitucional, modificando-se a redação das letras "a" e "b" do art. 59, § 1.º e incluindo-se as letras "c" e "d". O texto constitucional passou a ter a seguinte redação: "Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal; a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas; c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador Geral da República; d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacionais". Segundo consta dos *Documentos Parlamentares*³⁶, a Comissão Especial da Câmara justifica a emenda pelo fato de haver o texto vigente "suscitado numerosas e notáveis controvérsias e facilitado por tal forma os recursos das sentenças dos juizes dos Estados para o Supremo Tribunal Federal que o acúmulo de serviço neste tem-lhe perturbado a regularidade das funções" (*Documentos Parlamentares. Revisão Constitucional*, pág. 321).

36. Cf. *Reforma Constitucional*, pág. 79.

Se o legislador da reforma constitucional de 1926 estava realmente preocupado com o acúmulo de serviço que já perturbava a regularidade das funções do Supremo Tribunal, parece estranho que, ao mesmo ensejo em que aperfeiçoava a redação das letras "a" e "b", tornando certo que a hipótese da *errônea aplicação* não legitimava o recurso, amplia o seu âmbito, admitindo-o nos casos de interpretação diversa da mesma lei federal dada por dois ou mais tribunais e ainda quando se controverte sobre questão de direito criminal ou civil internacional.

Parte legítima para interpor o recurso, havendo divergência de interpretação da lei federal, não era apenas o interessado, vencido na justiça local, senão também qualquer dos tribunais ou o Procurador-Geral da República. Este fundamento de recurso, semelhante ao que na Europa era autorizado "no interesse da lei", haveria por certo de aumentar o volume de causas no Supremo Tribunal.

Embora se pudesse vislumbrar aí um primeiro sintoma de crise, caracterizado pelo acúmulo de serviço, a situação nada tinha de inquietante. As estatísticas referentes a recursos extraordinários entrados no Supremo Tribunal, de 1918 a 1934, acusam, ano por ano, sucessiva e respectivamente: 87, 123, 114, 188, 106, 126, 111, 74, 95, 82, 56, 61, 79, 74, 64, 89 e 78. Apesar da reforma, mantêm-se a entrada de feitos no Supremo com certo equilíbrio. Em nenhum ano chegou a atingir duzentos³⁷.

14. Quando, em 1934, se restabelece o regime de legalidade, interrompido pela Revolução de 1930, a Cons-

37. Cf. *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 16, pág. 37.

tuição de 16 de julho, que passou a vigorar no país, trouxe inovações profundas e substanciais. Ampliou, de um lado, a competência legislativa da União (art. 5.º XIX) e o âmbito do recurso extraordinário (art. 76, III), ao mesmo tempo que reduziu o número de ministros de quinze para onze (art. 73); e, de outro lado, autorizou, sob proposta da Corte e mediante lei, a divisão da Corte Suprema em câmaras ou turmas, distribuindo-se entre elas os julgamentos dos feitos (art. 73, § 2.º). Esta orientação constitucional obedecia à política legislativa do Governo Provisório, que em 3 de fevereiro de 1931 reduzia a onze o número de ministros (Dec. n.º 19.656, art. 1.º) e autorizava o julgamento, por turmas de cinco juízes³⁸, de feitos que não envolvessem matéria constitucional (art. 2.º).

15. A inclusão da letra "a" do n.º III, entre os motivos de recurso extraordinário, isto é, "quando a decisão fôr contra literal disposição de tratado ou lei federal", começou a inquietar ministros e juristas já nos trabalhos preparatórios da Constituição, pois, no entender de muitos, deveria constituir fundamento de ação rescisória. Apesar das observações de ARTHUR RIBEIRO, que representava o Supremo Tribunal junto à Comissão do Itamarati, os esforços foram baldados. O novo fundamento foi incluído na Constituição.

A Constituição de 1946 mantém, em suas linhas fundamentais os mesmos motivos que autorizavam o recurso extraordinário na Constituição de 1934. O art. 101, III reza: "julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes: a) quando a decisão fôr con-

38. O Decreto n.º 20.106, de 13 de junho de 1931, mantém a divisão em turmas (art. 2.º).

trária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade da lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fôr diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal". Mas, o espírito inovador não parou aí. A Constituição prescreve que ao Supremo cabe julgar, em recurso ordinário, os mandados de segurança e os *habeas corpus*, decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão (art. 101, II). De outra parte, ao dispor sobre a estrutura do Supremo, não mais alude à divisão em turmas, como o fazia a Constituição de 1934 (art. 98).

Decreto n.º 20.669, de 23 de novembro de 1931, que dispunha no art. 1.º: "O Supremo Tribunal Federal realizará, enquanto não esgotar a pauta das causas com dia, quatro sessões semanais, de 1.º de abril a 30 de novembro, e três de 1.º de dezembro a 31 de janeiro, data em que começam as férias". Se já em 1931, quando ainda o número de feitos que ascendiam ao Supremo não atingia duzentos por ano, não se esgotava a pauta de julgamentos, que se dizer do volume crescente de causas que continuavam a subir nos anos subsequentes? As estatísticas mostram que a partir de 1934 começam a avolumar-se os recursos extraordinários: 150 em 1935; 230 em 1936; 242 em 1937; 210 em 1938; 286 em 1939; 804 em 1940; 1.047 em 1941; 1.113 em 1942; 1.124 em 1943⁴¹.

Para vos não cansar com números, vamos apenas lembrar as estatísticas oficiais, correspondentes aos anos de 1956 e 1957.

Processos distribuídos:

em 1956	6.379
em 1957	6.126

Processos que deram entrada no protocolo:

em 1956	6.557
em 1957	6.597

Competência do Supremo Tribunal Federal" (*Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 10, pág. 2); Noê Azevedo, "A Crise do Supremo Tribunal e dos Tribunais de Apelação" (*Revista dos Tribunais*, vol. 147, pág. 812).

41. Cf. *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 16, pág. 37; *Reforma Constitucional*, pág. 83.

CAPÍTULO IV

O SURTO DA CRISE

SUMÁRIO: 16. O caráter da crise. 17. A divisão do Supremo em turmas. 18. As causas da crise. 19. A crise é funcional. Seu responsável. 20. Recurso ordinário constitucional. 21. Finalidade do recurso extraordinário. 22. O fundamento pela letra "a". 23. O fundamento pela letra "q".

16. A palavra *crise* advém do grego e tem sentido próprio em patologia³⁹; em sentido figurado significa geralmente estado de perturbação e de mau funcionamento do órgão ou da função. Sob a denominação de *crise do Supremo Tribunal Federal* entende-se o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por ele proferidos; sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão, vão se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento, porque, de ano para ano, o re-manescente aumenta a pirâmide de autos, chegando ao ponto de não mais poder ser removida⁴⁰. A existência da crise, em seus primeiros sintomas, aparece já no

39. Cf. MORAES, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 1813, I, pág. 497.

40. Cf. SEABRA FAGUNDES, "A Organização e o Funcionamento do Poder Judiciário" (*Revista Forense*, vol. 155, pág. 10). No mesmo sentido: CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, "A Crise do Supremo Tribunal Federal" (*Revista dos Tribunais*, vol. 156, pág. 868); JOSÉ SABÓIA VIALTO DE MEDEIROS, "A Alteração da

Os recursos extraordinários distribuídos às turmas, alcançaram 3.840 em 1956 e 3.433 em 1957⁴². No quinquênio 1953/1957, foram julgados no Supremo 13.081 recursos extraordinários, assim distribuídos: 1953, 2.574; 1954, 2.167; 1955, 2.508; 1956, 2.406 e 1957, 3.346⁴³.

17. Depois de 1946, com a criação do recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, continua a agravar-se a situação, pois eles são julgados pelo Tribunal Pleno. No ano de 1957, o Tribunal Pleno julgou 1.138 feitos cíveis, dos quais 874 eram mandados de segurança⁴⁴. Estas estatísticas, que patenteiam a gravidade da crise, vão servir-nos também para identificar as suas causas. Já em 1937, ela era claramente denunciada pelo Decreto-lei n.º 6, de 16 de novembro daquele ano, dispondo que os feitos de competência do Supremo seriam julgados por turmas de cinco juízes⁴⁵. Essa tendência assinalava que, com o crescimento dos feitos, não se poderia manter a unidade orgânica do Supremo, parecendo aconselhável dividi-lo em turmas, a fim de proporcionar mais fácil escoamento. Em 1943, em artigos publicados nos *Arquivos*, o Ministro FILADELFO DE AZEVEDO, fundado em dados estatísticos verdadeiramente alarmantes, dizia que se atirou aos chicanistas "a melhor das oportunidades de eternizar as demandas, mantendo, por mais algum tempo, a insegurança de relações jurídicas e diferindo a formação do

42. *Relatório do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Orosimbo Nonato (Rev. Trim. de Jurisprudência, vol. 4, pág. 35).*

43. *Relatório, cit. (Rev. Trim. de Jurisprudência, cit., vol. 4, pág. 35).*

44. *Relatório, cit. (Rev. Trim. de Jurisprudência, cit., vol. 4, pág. 30).*

45. CASTRO NUNES, *Do Poder Judiciário*, pág. 186.

caso julgado; por outro lado, é de elementar apuração psíquica que o litigante se torne rebelde em conformar-se com a perda da questão e, sinceramente ou não, conserva esperança no êxito de seu novo exame — assim, todo mundo pretende trazer seu *casinho* ao Supremo por menos interesse social que possa envolver"⁴⁶. Não escondia, pois, a sua inquietação diante de semelhante quadro, observando que se deu ao Supremo tarefa inferior à sua verdadeira finalidade e prejudicial ao desempenho de sua missão decorrente do hibridismo introduzido no sistema vigente⁴⁷.

LEVI CAENEIRO acentua que a crise estava declarada: "Ainda uma vez, nossa mais alta Corte Judiciária sofre de plethora dos processos submetidos a seu julgamento. Tem aumentado o esforço dos julgadores; multiplicaram-se as sessões, atingiram a números elevadíssimos as decisões proferidas — porém, ainda mais alto subiram os feitos recebidos pelo Tribunal"⁴⁸.

18. As causas da crise podem ser orgânicas ou funcionais. A primeira resultaria da condição dos Srs. Ministros, que, pela elevada posição que ocupam, têm responsabilidade perante a nação no desempenho de seu cargo; cabendo-lhes proferir não qualquer julgamento senão votos modelares, que contribuam para o progresso da cultura jurídica na aplicação das leis, foram postos em grave conjuntura: ou produzir em quantidade, a fim de dar baixas à mole de autos; ou em

46. FILADELFO AZEVEDO, "A Crise do Supremo Tribunal" (*Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. I, pág. 8).

47. FILADELFO AZEVEDO, *op. cit.*, vol. I, pág. 15.

48. LEVI CAENEIRO, "Ainda a Crise do Supremo Tribunal Federal" (*Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 2, págs. 1 e seg.).

qualidade, ficando em débito permanente, com uma montanha de causas para julgar. Quem já o disse foi o Ministro FILADELFO AZEVEDO: "A quantidade no rendimento do labor há de ser alcançada em detrimento da qualidade, e o juiz, que consegue, por exemplo, por extremo esforço, desembaraçar-se a tempo da tarefa recebida, há de lastimar, sem dúvida, a deficiência do estudo feito de cada caso, restringindo o apoio doutrinário, tão útil a decisões destinadas a servir de modelo, a todos os juristas do país; se, ao contrário não quiser sacrificar esse aspecto, verá escoar-se o tempo necessário ao desembarço de toda a carga, que recebe inexoravelmente cada semana, sem possibilidade de baixa, antes com segurança de aumento. Assim, a reforma constitucional, relativa aos lineamentos do Poder Judiciário, se há de orientar em moldes mais amplos do que a simples revisão de casos de recurso extraordinário, como imaginávamos em 1942"⁴⁹. Por isso, um grande advogado, LEVI CARNEIRO, disse que o Supremo devia restringir "a sua tarefa a um número relativamente pequeno de casos, da maior importância, que pudesse estudar aprofundadamente e decidir com inteiro acerto. Nesse sentido, o seu magnífico esforço para aumentar o número de julgamentos resulta contraproducente. Nunca me entusiasmarei, portanto, os grandes números que o esforço do Egrégio Tribunal apresenta nas suas estatísticas. Todo o meu interesse de advogado que deseja ver decididos prontamente os seus casos, não sobrepuja as preocupações que em meu espírito, voltado ao estudo do Direito, despertam aqueles milhares de casos decididos.

A verdade é que, decidindo-se apressadamente os casos que vão sendo julgados, nem sempre se decide

49. FILADELFO AZEVEDO, *op. cit.*, vol. I, pág. 11.

com rapidez, pois, há numerosíssimos processos que estão demorados há meses e anos, dependendo de estudos, de relatórios e pareceres.

Em suma: o Tribunal fez um esforço exaustivo, mortífero, arrisca-se a desprestigiar-se; e não satisfaz o legítimo anseio de todos os litigantes de verem decididos os seus casos"⁵⁰.

Apontando a dura alternativa em que foi colocado o Supremo Tribunal Federal, deploramos que ele tivesse de suportar o volume desmedido de autos; mas as estatísticas vieram dar grande consolação, demonstrando que os Srs. Ministros, mercê do seu devotamento e alto espírito público, se desincumbiram da pesada tarefa, ainda que com sacrifício pessoal. A dedicação com que se houveram tem de ser levada a seu crédito, máxime porque a lei não pode impor, aos servidores do Estado, ônus maior do que lhes é lícito satisfazer. Se a função é criada para ser exercida por homens, os homens não devem destruir-se no exercício das funções. O Estado não tem o direito de transformar homens públicos em mártires da função. A causa da crise não é, pois, orgânica.

19. A causa da crise é, a nosso ver, *funcional* e o seu grande responsável o legislador constituinte, que se alheou da realidade brasileira e dos seus princípios da ciência, no momento em que teve de estruturar o mais alto tribunal do país. Com efeito, ninguém desconhece que, desde 1930, o país está em contínuo progresso; aumenta o índice demográfico; cresce assustadoramente o volume de causas oriundas do surto industrial e comercial. A União intervém no domínio

50. LEVI CARNEIRO, *op. cit.*, vol. II, págs. 4 e seg.

econômico, forma autarquias e cria numerosos institutos de previdência. A propriedade privada é condicionada ao bem comum e várias leis procuram regular-lhe a função social. Um intenso movimento de elaboração legislativa, especialmente no domínio do direito fiscal, tem dado lugar a freqüentes litígios, com arguição de inconstitucionalidade. As próprias constituições estaduais têm sido submetidas à apreciação do Supremo Tribunal por atentarem contra os princípios fundamentais do regime. A centralização legislativa, que é a nota marcante da evolução do direito público nos últimos vinte anos, culmina com a promulgação dos Códigos de Processo Civil e Penal, cuja aplicação tem sido larga fonte de recursos extraordinários, porque, ainda quando a relação jurídica controvertida derive de lei estadual ou municipal, o instrumento preordenado a obter justiça é lei federal e há sempre a possibilidade de surgir uma "questão federal".

Estes elementos vitais da realidade brasileira, o legislador constituinte devia tomá-los em conta, de imediato, como ponto de partida, porque da sua estimativa dependia substancialmente a verificação se o Supremo Tribunal Federal podia arcar com tamanhas responsabilidades, sem desnaturar as suas finalidades primordiais. Desde 1942 a nação fôra alertada para a crise do Supremo com as publicações feitas por FILADELFO DE AZEVEDO, LEVI CARNEIRO e outros eminentes juristas nacionais. Que o constituinte de 1946 não estava alheio ao problema, prova o interesse com que procurou criar o Tribunal Federal de Recursos, a fim de desafogar a hipertrofia do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, revelou certa imprevisão e notória incoerência, quando teve de definir as atribuições do Supremo Tribunal Federal, porque, ao invés de prosseguir em sua tendência de equilíbrio e distribuição racional das

funções, acabou por comprometer fatalmente a obra, não só mantendo o mesmo alcance do recurso extraordinário, tal como viera da Constituição de 1934, como ainda incluindo uma nova tarefa extremamente onerosa, qual a de julgar, em sessão plenária, os recursos ordinários de mandado de segurança.

20. A criação do recurso ordinário suscitou, no caso particular do mandado de segurança, um grave problema. A matéria controvertida deverá restringir-se à *questão federal*, ou poderá versar sobre a aplicação da lei estadual ou municipal (CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*, pág. 383)? A exegese de caráter amplo dá lugar à formação de uma autêntica *terceira instância*, o que se recebe com justificada estranheza, porque atinge, de um lado, a estrutura do sistema federativo pela devolução ao Supremo Tribunal do conhecimento de questões de direito local e de outro lado porque confere ao mandado uma situação de privilégio em contraste com as ações ordinárias que, embora sejam o meio normal e comum do tratamento das causas em juízo, se exaurem na justiça local; as sentenças que nestas são proferidas, só são recorríveis extraordinariamente, quando irrecuríveis para via ordinária⁵¹.

51. Manifestam-se contra o recurso ordinário *constitucional* a Comissão de Juristas, composta de CARLOS DE MEDEIROS DA SILVA (relator), SANTIAGO DANTAS, A. GONÇALVES DE OLIVEIRA, FRANCISCO BROCHADO DA ROCHA e HERMES LIMA (Cf. *Revista Forense*, vol. 167, págs. 42 e segs.), ERNANI GUARITA CARPAXO, em indicação apresentada ao Congresso Nacional de Direito, realizado em Fortaleza (Cf. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*, vols. 6-7, págs. 399 e segs.) e o subscritor do presente (em nota aposta na obra de PEDRO BATISTA MARTINS, *Recursos e Processos da Competência Ordinária dos Tribunais*, pág. 418).

Relativamente ao âmbito da segurança, entende PONTES DE MIRANDA que "não cabe o recurso ordinário, se nenhuma regra jurídica federal é invocada"⁵².

O Supremo Tribunal, porém, se inclina para solução diversa, admitindo o caráter amplo da segurança, de modo que o seu pressuposto não é, como no recurso extraordinário, a existência de uma questão federal, nem se restringe à questão exclusivamente de direito, podendo versar sobre qualquer *questio facti*, ainda que a lei ou ato derive de autoridade estadual, ou municipal.

21. Resta-nos apreciar agora o instituto do recurso extraordinário, que ocupa a parte mais importante da pauta do Supremo Tribunal Federal. A sua finalidade, como observou PONTES DE MIRANDA⁵³, consiste, na Constituição de 1946, em assegurar: 1.º — a *integridade positiva* (letra "a"); 2.º — a *validade* (letra "b"); 3.º — a *autoridade* (letra "c"); e a *uniformidade* (letra "d").

Dos quatro motivos que autorizam a interposição do recurso, os dois mais freqüentemente usados no fóro são os das letras "a" e "d". Cada qual será tratado separadamente, não havendo necessidade de cuidar dos dois outros casos por ocorrerem escassamente.

22. O texto constitucional, no caso da letra "a" se desdobra em duas partes: uma referente à violação de preceito constitucional; outra, à decisão contrária à letra de tratado ou lei federal.

A Constituição é a maior das leis; cabe-lhe determinar os poderes, fixar as atribuições, limitar as com-

52. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 2.ª ed., vol. III, pág. 46.

53. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. III, pág. 58.

petências e conferir direitos e impor obrigações. O Supremo Tribunal Federal foi erigido em guarda máxima da Constituição e seu fiel intérprete. O primeiro fundamento do recurso extraordinário é, pois, a ofensa a dispositivo da Constituição.

A segunda parte da letra "a" alude a ofensa à letra de tratado ou lei federal. A redação é manifestamente imprópria, porque faz supor que se deve atender antes à letra que ao espírito da lei. Porém, como já se observou⁵⁴, uma ampla e inteligente visão do problema, num memorável esforço de construção, permitiu dilatar o exame a todas as questões de direito federal debatidas e decididas pela justiça local, indo buscar as suas raízes na mais augusta tradição luso-brasileira (Ord. Af. III, 78, § 2; Man. III, 60, § 2; Ffl. III, 75, § 2), onde se consagrou a distinção entre sentença proferida contra o direito em tese (direito objetivo) e sentença proferida contra o direito em hipótese (direito subjetivo da parte).

A evolução por que passou o recurso extraordinário, desde a fórmula prudente consagrada pela Constituição de 1891, até a redação notoriamente infeliz inserta na Constituição de 1946, veio mostrar que a ampliação do seu alcance e dos motivos que autorizam a sua interposição se operou em obediência à política legislativa

54. LIEBMAN, em CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, pág. 404; 2.ª ed., vol. III, pág. 296. O mesmo fenômeno ocorreu em França, onde o art. 2.º da Lei de 27 de novembro de 1790 admite o recurso de cassação quando se dá "*contravention expresse au texte de la loi*", parecendo fundamentá-lo antes na letra que no espírito da lei. Hoje em dia, porém, graças a uma exegese cada vez mais ampla, é concedido também quando há falsa aplicação ou falsa interpretação da lei (CORNY & FORTY, *op. cit.*, pág. 192).

dominante entre nós no último quartel. Não temos a veleidade de supor que, depois de atingir tal grau de desenvolvimento, seja possível retroceder, limitando-se o campo de aplicação do recurso extraordinário precisamente no ponto em que os legisladores constituintes de 1934 e 1946 manifestamente quiseram dilatá-lo. Embora formulássemos os mais ardentes votos por uma restrição dos motivos que justificam o recurso extraordinário, estaríamos divorciados da realidade, se pensássemos, contrariando o sentir generalizado de juízes, juristas e advogados, que isso fôsse possível na atualidade.

O que se impõe é, assim, encontrar uma solução que, sem subtrair ao Supremo Tribunal a competência constitucional estabelecida na letra "a", possa eficazmente descongestioná-lo. Como já observava o Ministro FILADELFO AZEVEDO "o que não pode continuar é avalanche de recursos extraordinários que permite a qualquer levar seu pleito egoisticamente ao mais alto tribunal do país, em prejuízo do exercício de suas funções mais nobres e úteis"⁵⁵.

23. Não encontramos fundamento científico para a letra "d". O pressuposto de qualquer recurso é o estado de sucumbimento. O vencido pode afirmar que a decisão violou a lei, aplicável à espécie, mas não é legítimo invocar, como fundamento autônomo do recurso, a circunstância de haver outro tribunal dado interpretação diversa ao direito. O que há de censurável, assinalou LIEBMAN, não é a interpretação divergente, mas a falsa aplicação da norma jurídica⁵⁶. Aquela pode inspirar-se em considerações superiores de adapta-

55. FILADELFO AZEVEDO, *op. cit.*, I, pág. 9.

56. LIEBMAN, em CHIOVENDA, *Instituições*, cit., III, pág. 404; 2.^a ed., vol. III, pág. 296.

ção do direito às novas exigências sociais e constituir uma razão de progresso; esta se reduz a uma falsa interpretação da norma jurídica, ou errônea aplicação da norma jurídica ao fato, que compromete gravemente a dignidade do Poder Judiciário. Havendo no seio do tribunal divergência quanto à interpretação do direito em tese, é claro que as duas exegeses não podem subsistir simultaneamente, porque sendo uma verdadeira, a outra há de ser necessariamente falsa. O recurso extraordinário com fundamento na letra "q" ou dá lugar a um recurso artificial ou se reconduz à hipótese da letra "a". Daí não há fugir. LEVI CARNEIRO também opina pela supressão da letra "q", com a seguinte justificação: "esse caso de recurso extraordinário, fundado em divergência de jurisprudência dos tribunais, aparece na forma de 1926. Então, procurando restringir-se os casos fundados na letra "a" do § 1.^o do art. 59 da Constituição de 1891, inseriu-se o dispositivo que veio a ser a alínea "c" do § 1.^o. O dispositivo não despertou debate; o parecer da comissão justificou-o singelamente, considerando-o "de transparente necessidade"⁵⁷. Só se cogitava de divergência de interpretação entre dois ou mais tribunais locais. Deixou-se inconsiderada a divergência com o Supremo. Se se quer aliviar o Supremo da tarefa que lhe não deve caber, conclui LEVI CARNEIRO, é a alínea "q" e não a alínea "a" do art. 101, III, que se deve suprimir⁵⁸. A decisão de que se recorre pode ser acertada, ao passo que a precedente de que essa divergiu, será a errônea. E, no entanto, o Supremo tomando conhecimento e reconhecendo o erro havido, não poderá corrigi-lo. Como se pode supor que

57. *Documentos Parlamentares*, Revisão Constitucional, I, págs. 248 e 341.

58. LEVI CARNEIRO, *op. cit.*, II, pág. 13.

o dispositivo evita a desigual aplicação da lei, se não corrige o erro reconhecido?

Não se suponha, porém, que num tema desta magnitude pretendamos, com as explicações dadas, considerá-lo encerrado. Poderíamos parecer demasiado ingênuos. O problema da uniformidade da jurisprudência é dos mais graves e a ele se liga, não apenas a da função jurisdicional, que consiste em aplicar a lei com ciência, interpretando-a legitimamente, mas também, a da liberdade de interpretação. "A diversidade de opiniões, de cultura, de temperamento, de critérios individuais", escreveu José ALBERTO DOS REIS, "dará naturalmente origem a interpretações divergentes e encontradas; à mesma norma jurídica serão atribuídos sentidos diversos... A máxima da Constituição — *a lei é igual para todos* — fica reduzida a fórmula vã em consequência da liberdade de interpretação jurisdicional"⁵⁹. Se não houvesse um corretivo, a justiça seria desigual, porque a mesma norma teria aplicação diferente em cada caso concreto.

No antigo direito português serviu para tal fim o instituto da *façanha*. "Chamavam *façanhas*", escreve MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA, "ao Juízo ou Assento, que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso, que por autoridade de quem o fez e dos que o aprovaram ficou servindo como de Aresto para se imitar e seguir como lei, quando outra vez acontecesse"⁶⁰. Assim, também continuou na Ordenação Filipina, liv. V, tít. I, § 5.º, que mandava tomar por *assento* a decisão da Mesa Grande da Casa de Suplicação, em virtude de

59. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. VI, págs. 233 e seg.

60. MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA, *Segundas Linhas sobre o Processo Civil*, Lisboa, 1910, vol. I, pág. 7.

dúvida levada ao Regedor. E daí por diante, não se poderia mais questionar. Sob o regime liberal, o Supremo Tribunal português tinha por missão uniformizar a jurisprudência, mas o espírito individualista dos juizes reagiu contra tal diretriz.

Não é este o momento adequado para discutir as vantagens ou desvantagens da jurisprudência uniforme. Podemos lembrar as famosas observações de CARNELUTTI: "Os seus termos são os do conhecido contraste entre justiça e certeza. À uniformidade da jurisprudência serve a certeza; mas quanto não fica comprometida a justiça!"⁶¹ O que nos cabe, ao ensejo de discutir os motivos que autorizam a interposição do recurso extraordinário, é tão-somente censurar a letra "q" como fundamento autônomo, inadmissível sob o aspecto prático.

Bem sabemos que a adoção destas idéias reclama uma reforma constitucional de base; mas é preciso ter a coragem de empreendê-la, se se quer efetivamente salvar a função do Supremo; ainda que isso possa significar uma rutura com o estado atual de coisas, é preciso recordar que, em face dos dados da ciência e da vigorosa expressão da realidade, já não é mais lícito tentar soluções de compromisso quando se há mister de estabelecer um compromisso de solução.

61. CARNELUTTI, *Sistema*, II, pág. 647.