

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gustavo Dall'Olio

Competência legislativa em matéria de processo e procedimento

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Gustavo Dall'Olio

Competência legislativa em matéria de processo e procedimento

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de mestre em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Doutor Cassio Scarpinella Bueno.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

Aos meus pais, Neri e Claudionor, base da minha vida, berço dos meus valores, razão do meu esforço e da minha dedicação.

Ao meu irmão, Giancarlo, pelo apoio e companheirismo incondicional.

À querida Sueli, por estar ao meu lado, em todos os momentos.

Agradeço ao meu orientador, Cassio Scarpinella Bueno, professor por vocação, verdadeira inspiração a seus alunos.

Competência legislativa em matéria de processo e procedimento

Gustavo Dall'Olio

Resumo: A evolução científica do Direito Processual teve impulso a partir da distinção conceitual dos fenômenos *processo* e *procedimento*. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que outorgou competência legislativa em matéria de *processo* e *procedimento* à União, aos Estados e ao Distrito Federal (privativa e concorrentemente), surgiu a necessidade da formulação de critério *objetivo* e *específico* que permita a separação empírica das diferentes espécies de atos normativos, delimitando, conseqüentemente, o campo de atuação dos entes políticos. Este estudo, que examina a evolução da Federação no Brasil, matéria imbricada ao tema repartição de competências, tem por escopo formular proposta que auxilie o intérprete na solução de conflitos em matéria de *processo* e *procedimento*, onde se multiplicam os conceitos vagos, fluídos e imprecisos (normas gerais e especiais).

Palavras-chave: Federação, confederação, competência, repartição, privativa, concorrente, processo, procedimento, normas, gerais, especiais, suplementar, horizontal, vertical, próprias, impróprias, União, Estado, Distrito Federal, institutos, fundamentais, ação, defesa e jurisdição.

Legislative competence on process and procedure

Gustavo Dall'Olio

Abstract: The scientific evolution of Procedure Law had an impulse from the conceptual elaboration of the phenomenon *process* and *procedure*. With the advent of Federal Constitution in 1988, that granted legislative competence on *process* and *procedure* for the Union, to the States and to the Federal District (privatively and concurrently), came the necessity of the formulation of *objective* and *specific* criterion that allows the empiric separation of different kinds of normative acts, delimitating, therefore, the field of political entities. This study, that examines the evolution of the Federation in Brazil, issue imbricated to the division of power subject, has as a scope to formulate a proposal that helps the interpreter in the solution of conflicts on *process* and *procedure*, where vague, fluid and inaccurate concepts are multiplied (general and special rules).

Key-words: Federation, confederation, competence, privative, competitor, distribution, process, procedure, standards, general, especial, supplementary, horizontal, proper, Union, State, Federal District, institutes, fundamental, action, defense, jurisdiction.

Competência legislativa em matéria de procedimento

Sumário	pág.
I - Introdução	9
II – Estado Federal	
a – Origem	13
b – Evolução no Brasil.....	17
c – Tendências do federalismo brasileiro	38
d – Federação de 1988	42
III – Repartição de competências na Constituição de 1988	
a – Critérios e espécies	51
b – Normas gerais e especiais	57
c – Competência suplementar (complementar e supletiva)	67
IV – Normas de processo e de procedimento	
a – A problemática	71
b – Evolução da ciência processual	81
c – Proposta de equacionamento do problema	94
d – Título V do CPC (dos atos processuais)	119
e – Regimento interno e norma de organização judiciária	121
V – Breves sugestões em matéria de procedimento	123
Conclusão	140
Bibliografia	144

I – Introdução.

Aquele que se depara com a intrincada questão da competência legislativa em matéria de *processo* e *procedimento*, novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, não encontra na doutrina ou jurisprudência a solução para inúmeras indagações, que gravitam em torno de conceitos fluídos, imprecisos e vagos (normas gerais e especiais, por exemplo).

As proposições teóricas de um ou outro fenômeno se avultam na espécie. Correntes de pensamento, diversas delas, foram elaboradas com imensurável riqueza técnica ao longo de várias décadas. Coincidem com a própria evolução científica do Direito Processual.

Nenhuma delas, conquanto sinalizem e auxiliem o exegeta, debruçou-se especificamente sobre a questão da repartição de competência legislativa em matéria de *processo* e *procedimento*, matéria imbricada com o modelo de organização política denominado *Federação*.

Poucas foram as iniciativas dos Estados e do Distrito Federal no campo legislativo.

Não raras vezes, as leis locais, rompendo inércia usual nesta matéria, encontraram óbice de validade na Corte Suprema, órgão judiciário que, seduzido pela idéia de positivação de temas *relevantes* em *leis nacionais*, possui tendência jurisprudencial centralizadora¹.

¹ Nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni: “Apesar da regra de descentralização normativa estabelecida pelo art. 24 e parágrafos da Constituição Federal, é possível se afirmar, sem exagero, especialmente em matéria de competência concorrente, que ‘será quase impossível os Estados legislarem originariamente sobre qualquer assunto’, inclusive sobre procedimento em matéria processual. Isto porque, como já não bastasse a timidez do constituinte brasileiro no sentido de efetivamente outorgar aos entes federados parciais competências e rendas relevantes (cf. item 2.3.3), o Supremo Tribunal Federal, embora consiga estabelecer na maioria das vezes (conforme veremos abaixo) com precisão os conceitos de normas processuais e procedimentais, não distingue as normas gerais das normas não gerais em matéria de procedimento, conseqüentemente, avalizando a postura centralizadora que é histórica em nosso sistema e

O presente estudo não se presta ao exame das proposições teóricas sobre o tema *processo e procedimento*. Bem diferente, tem por escopo delimitar o espectro de atuação dos Estados, União e Distrito Federal no exercício da competência legislativa em matéria de *processo e procedimento*, formulando, empiricamente, critério de distinção *objetivo e específico*.

Para tanto, necessário conhecer a Federação e sua evolução no Brasil, modelo que permite a diversidade de comandos normativos numa mesa base territorial. Nesse contexto, sob a ótica da transição política vigente à época (Constituição de 1891), é que deve ser compreendida a experiência dos Códigos de Processo dos Estados.

Nas Constituições subseqüentes, abandonada a curta e fracassada vigência da codificação local², a União recobrou o grande plexo de competências não desenvolvidas pelos Estados, unificando, em 1939, o Código de Processo Civil.

À luz da tendência mundial de *centralização* no campo das competências, que resultou na adoção de técnica importada do direito alemão (concorrente), são examinados o sentido e o alcance da expressão normas gerais, com todas as derivações dela decorrentes (complementar, suplementar, supletiva, especiais, etc.).

obstando que o Estado e o Distrito Federal, através da criatividade de seus legisladores, possam inovar no procedimento, tornando-o mais maleável ou mais aderente à realidade local. O resultado dessa postura jurisprudencial da mais alta corte constitucional é que não se encontram julgados que tenham pronunciado o excesso cometido pela União no tocante às normas procedimentais não gerais por si editadas, algo que, conforme já demonstramos, não é incomum" (*Flexibilização procedimental*, cit., p. 51).

² Pontes de Miranda, ao comentar a inconveniência da competência processual deferida aos Estados, fez acentuada crítica ao Ministro Campos Sales, dizendo que a maior prova de que a teimosia pluralista não tinha sentido, se obtinha da análise dos próprios Códigos Estaduais: imitavam-se reciprocamente, um a um, sem criatividade alguma, algo que demonstrava a desnecessidade de autonomia legislativa dos Estados membros na matéria (*Comentários ao Código de Processo Civil – 1939*, cit., p. 38/39).

Com fundo nos subsídios teóricos e históricos da evolução da ciência do Direito Processual, que permitiu a formulação da *Teoria Geral do Processo*, albergando as diversas funções estatais (jurisdicional, administrativa e legislativa), formula-se *proposta de equacionamento do problema*, buscando, justamente, a identificação do critério de repartição da competência legislativa em matéria de *processo e procedimento*.

Fixadas as premissas, as normas postas do Código de Processo Civil, campo fértil às distinções que almeja o estudo, servirá de ilustração prática do entrelaçamento das normas de *processo* e de *procedimento*.

Casualmente, os dispositivos são tratados. Fixam-se as balizas, facilitando a compreensão pelo intérprete.

Embora possa gerar alguma espécie de *insegurança*, optou-se por este modo de exposição em função da clarividência didática. A avaliação *in concreto* da norma permite ao intérprete conjugar fenomenologicamente a conceituação doutrinária e a sua aplicação prática.

Estes são, em linhas gerais, os caminhos percorridos pelo estudo, que vêm de encontro aos anseios de *Justiça* operosa, eficiente e célere.

O desenvolvimento da competência legislativa procedimental, a cargo dos Estados e Distrito Federal, desde que assentado em bases doutrinárias claras e seguras, poderá constituir poderosa *arma* em favor das *Justiças* locais³.

³ É o que acentua Fernando da Fonseca Gajardoni, exortando o Supremo Tribunal Federal ao “estabelecimento de balizas concretas, especialmente sobre poderes e limites, a respeito da autonomia dos entes parciais para legislação em matéria de procedimental, dando segurança, assim, para que os Estados e o Distrito Federal, no âmbito da competência que lhes é constitucionalmente assegurada, possam inovar ou flexibilizar a rigidez procedimental clássica, adequando o processo civil (e penal) às suas realidades locais” (*Flexibilização procedimental*, cit., p. 54).

As diversidades regionais, flagrantes no território nacional, impõe aos entes políticos o dever de legislar, de modo a criar comandos normativos próprios e especiais, que otimizem o funcionamento do *instrumento* (processo) colocado à disposição do juiz para consecução de sua função constitucional.

Fontes de Alencar, em palestra proferida no Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (18.10.2000⁴), sobre a *Federação Brasileira e os Procedimentos em Matéria Processual*, criticando as reformas que pecam por olvidar a figura do jurisdicionado, exortou os Estados e Distrito Federal ao exercício da competência legislativa em matéria de *procedimento*:

“Então, meus colegas, se assim é, - e eu entendo que é, - devem os Estados a tentar nessa sua competência legiferante a respeito de procedimentos em matéria processual, eliminando os percalços da vida forense. E não estou a cogitar de códigos procedimentais. Por enquanto, leis isoladas, regras tópicas, a atenderem a necessidade de cada região, de cada unidade da Federação, podem servir à prestação jurisdicional, servir ao povo, - que é o alvo da atividade jurisdicional. Ou será que alguém aqui imagina nas lonjuras dos seringais amazonenses há um Oficial de Justiça carregando um mandado para fazer de viva voz a intimação? São Paulo, com toda sua pujança econômica e cultural, tem suas diversidades”.

A Federação se assenta na idéia de aliança de entes autônomos, os quais não podem sucumbir ou acomodar-se à atuação legislativa exaustiva do poder central. As diversidades regionais devem refletir-se no modo pelo qual as *Justiças* locais *estruturam e instrumentalizam* a prestação jurisdicional.

Isto implicará, caso compreendida a relevância do estudo, numa verdadeira *revolução do processo*, tornando-o mais próximo e consentâneo da realidade que almeja tutelar⁵.

⁴ Revista do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, n. 49, p. 13-17, jan./fev. 2001.

⁵ Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao comentar a inovação constitucional que outorgou competência sobre normas procedimentais aos Estados e Distrito Federal, assentou seu “alto alcance, atentando-se para as dimensões continentais de nosso País, com regiões bastante diversificadas, não apenas quanto a fatores geográficos, mas também de população, de vias de comunicação e até mesmo de cultura. Deficiências que hoje dificultam a boa prestação jurisdicional poderão ser afastadas ou minoradas com a criatividade do legislador estadual, podendo-se exemplificar com o aperfeiçoamento do sumaríssimo e com as adoções do monitório, de um novo modelo de agravo e

II – Estado Federal.

a – Origem.

O tema *repartição de competências* está vinculado à forma de estado federal, cuja doutrina, a despeito de alguma divergência⁶, aponta berço histórico nos Estados Unidos da América.

Em 1781, com o escopo de garantir a emancipação das colônias britânicas na América (1776), treze Estados⁷ ratificaram o tratado conhecido como *Artigos de Confederação*.

até da figura do servidor qualificado, a liberar o juiz dos estafantes e burocráticos despachos de mera movimentação dos feitos, reservando-o para decisões, a teor do que já ocorre em outros países” (Revista de Crítica Universitária, São Paulo, v. 4, p. 164, 1987).

⁶ Silvio Meira, ao argumentar que a federação, em todos os tempos, apresentou mil faces diferentes, ora mais centralizada, ou menos centralizada, não sendo fórmula mágica oferecida ao mundo pelos americanos, diz que os romanos, nos primórdios de sua civilização, tinham duas maneiras de consolidar seu poderio: “a anexação e a federação. A anexação, mais antiga, era a conquista pela força, uma espécie de *Anschluss*, com morticínio dos habitantes, sua venda como escravos ou remoção. Na Federação o território não era anexado, respeitando-se os habitantes, estabelecendo-se o equilíbrio nas relações jurídicas, complexo de direitos e deveres. Ensina Leon Homo: ‘O território não anexado, os países federados submetidos a dupla preponderância, política e militar de Roma, se distingue do precedente (o anexado) por duas características principais: os habitantes não são cidadãos romanos, mas estrangeiros ou peregrinos ante a lei romana, e, por outro lado, como cidadãos de direitos limitados, ficam fora das 35 tribos. Estes países federados compreendem dois elementos distintos: as colônias latinas e as cidades ou povos federados’. E, mais adiante: ‘As cidades ou povos federados compreendiam a massa da população italiana. Sua condição estava regulada por um tratado formal o *foedus* assertado no momento em que um devia reconhecer a supremacia de Roma ...’. No século IV aC, já havia federações na península italiana, como as chamadas Liga Latina, Liga Hérnica, a Liga Etrusca” (*Federalismo e centralização*, cit., p. 72). Em sentido contrário, asseverando que o modelo federativo constitui criação política dos Estados Unidos da América, Paulo Bonavides: “A antiguidade a rigor não conheceu o fenômeno federativo com os característicos usualmente ostentados no Estado moderno. O que os gregos, por exemplo, denominavam Federação é aquilo que os modernos chamavam Confederação. A Federação propriamente dita não conheceram nem praticaram os antigos, visto que a mesma, tanto quanto o sistema representativo ou a separação de poderes, é das poucas idéias novas que a moderna ciência política inseriu em suas páginas nos três últimos séculos de desenvolvimento” (*Ciência política*, cit., p. 180).

⁷ New Hampshire, Massachusetts-bay Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina e Georgia.

O traço característico deste modelo de organização política era a manutenção da soberania e independência dos Estados da Confederação⁸, consoante expressamente assegurado no tratado:

Article II - "Each state retains sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled".

Esta união, sob a forma de Confederação, em face de problemas de ordem interna e externa, mostrou-se ineficaz. Por isso, algum tempo depois, houve a revisão do tratado, reunindo-se representantes de doze Estados (não participou o Estado de Rhode Island), na cidade de Filadélfia, em 1787.

Debates foram travados, onde eram apontados os defeitos da Confederação, com vistas à elaboração de uma nova forma de Estado. Muitos discursos e artigos foram produzidos, merecendo destaque os de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que foram publicados na imprensa e depois reunidos na famosa obra *O Federalista*.

O maior defeito da Confederação era resultado da sua característica principal: a soberania e independência dos Estados componentes⁹. A força do poder central, criado a partir do tratado internacional, ficava comprometida no momento em que seus integrantes, por motivos variados, interesses ou sentimentos, resolvessem romper o pacto, desligando-se da Confederação.

Sobre a fragilidade do vínculo confederativo, discorreu Alexander Hamilton:

⁸ Celso Ribeiro Bastos conceitua a Confederação da seguinte forma: "Esta nada mais é do que a associação de Estados com fins específicos de interesse comum, mas que não abrem mão da sua soberania plena. Cada Estado mantém-se no gozo integral de sua soberania, podendo deixar a Confederação quando lhe aprouver. De outra parte, os órgãos desta não têm poder de incidir diretamente sobre as populações dos Estados que a integram. Estes é que se incumbem de dar cumprimento às decisões coletivas" (*Curso de teoria do estado e ciência política*, cit., p. 226).

⁹ Soberania entendida como poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno.

“Na primeira parte do presente século, houve na Europa um entusiasmo epidêmico por esta espécie de acordos, dos quais os políticos da época esperavam com inteira confiança benefícios que nunca concretizaram. Com vistas ao estabelecimento do equilíbrio do poder e da paz naquela parte do mundo, foram esgotados todos os recursos das negociações, constituindo-se alianças triplas e quádruplas; todavia, mal acabavam de formar-se, elas se desfaziam, deixando esta instrutiva, mas dolorosa lição à humanidade: o quanto é frágil a confiança que se pode depositar em tratados que não têm outros fiadores a não ser os compromissos de boa-fé e que desprezaram as considerações gerais de paz e justiça ante os impulsos de qualquer interesse ou sentimento imediato”¹⁰.

A soberania e independência dos Estados constituíam também empecilhos à aceitação e ao cumprimento das decisões comuns tomadas pelos *Estados Unidos em Congresso*, em especial aquelas relativas ao fornecimento de recursos financeiros e humanos necessários ao fim último da Confederação, isto é, a defesa contra ataques externos:

Article III - “The said States hereby severally enter into a firm league of friendship with each other, for their common defense, the security of their liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretense whatever”.

Outro defeito apontado por Alexander Hamilton ao modelo confederativo era a impossibilidade da União legislar para os cidadãos, apenas para os Estados, com a agravante de inexistir sanção para o descumprimento da lei. Isto fazia com que a União – diz Fernanda Dias Menezes de Almeida – não pudesse aprovisionar recursos, por sua própria iniciativa, diretamente junto aos cidadãos, ficando na dependência da intermediação dos Estados, que acabavam de observar ou ignorar as resoluções do Governo confederado, a seu bel-prazer. De fato, se já é da índole do poder soberano a intolerância a controles, havendo uma inata predisposição a encarar com reservas imposições ou orientações para sua conduta, isto se acentuava com a ausência de sanção pela inobservância das leis da União, que, na prática, assumiam caráter de meras recomendações¹¹.

¹⁰ *O federalista*, cit., artigo n. 15, p. 182.

¹¹ *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 08.

Alexander Hamilton identificou mais defeitos que abalavam a existência da Confederação. Não existia um tribunal supremo do Poder Judiciário, incumbido de interpretar e aplicar a lei em última instância, superando as decisões conflitantes das judicaturas dos Estados, onde aumentava a complexidade normativa, devido à coexistência de leis do conjunto e leis de cada componente da Confederação. Ademais, para a execução de medidas relevantes pela União era necessária a aquiescência dos treze Estados (unanimidade), exigência que, segundo Hamilton, além de inviabilizar a atuação do poder central, revelava-se antidemocrática, já que se concedia à minoria direito de veto às decisões da maioria.

Ainda sobre aos defeitos da Confederação, anotava Alexander Hamilton que o Congresso não tinha poderes para regular o comércio exterior e interestatual. Esse inconveniente, no plano externo, gerava temor dos países estrangeiros nas relações comerciais com a União, pois os compromissos assumidos poderiam ser descumpridos pelos Estados. No plano interno, cabendo aos Estados a regulamentação do comércio, criavam-se preferências e impedimentos em detrimento dos demais, trazendo animosidades e discórdias na Confederação.

Estes, e tantos outros defeitos, vencida a resistência de alguns Estados que não pretendiam abdicar de sua soberania e independência, levaram a formação de um novo modelo de organização política, denominada *Federação*, cuja meta, explicitada no preâmbulo da Constituição de 1787, era o aperfeiçoamento da União, onde se lê:

“Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formarmos uma União mais perfeita ... instituímos e estabelecemos esta Constituição”.

A Federação – ensina Michel Temer - acabou por servir de modelo para vários Estados que se constituíram mais tarde. Tanto para Estados soberanos que se agregaram em movimento centrípeto, como para aqueles, unitários, num movimento centrífugo, em que o Direito criou as autonomias regionais. Em outras

palavras: passou a entender-se como federal o Estado em que a Constituição repartia as competências entre pessoas distintas (União e Estados ou provinciais), mantendo, estas, representantes no órgão legislativo nacional (Senado). Somente com a presença desta idéia - arremata Michel Temer - se pode compreender o fenômeno federal¹².

b – Evolução no Brasil.

Nos Estados Unidos da América, local de nascimento do federalismo, a razão pela qual os Estados resolveram se unir, criando original modelo de organização política, onde preservadas as diversidades territoriais e culturais dos diversos grupos sociais, assenta suas bases na evolução da história daquela nação (independência das colônias britânicas), hipótese bem diferente da República Federativa do Brasil, cuja *importação*, pura e simples, do modelo norte-americano, sem observância das peculiaridades locais, justifica o atual modo de repartição de competências, bastante concentrado no poder central (União) em detrimento dos Estados-membros.

No século XVIII, preponderava a concepção de que a democracia somente seria possível nas pequenas comunidades, com a participação e fiscalização dos cidadãos. Nos países de grande território, preponderavam os Impérios e as Confederações, fórmulas políticas que se revelaram, ao longo do tempo, insatisfatórias e inadequadas ao estabelecimento da democracia.

Nesse contexto, onde se buscava um modelo de organização política apto a proporcionar um Governo efetivo e operoso em vasto território, mantendo-se, ao mesmo tempo, vivo e altivo o ideal democrático, é que surgiu o Federalismo¹³,

¹² *Elementos de direito constitucional*, cit., p. 70/71.

¹³ Ao aludir ao ideal de democracia que pairava na América com o federalismo, Aléxis de Tocqueville, na sua obra *Da democracia na América*, comentou que o princípio da liberdade democrática nos Estados Unidos já estava resolvido havia sessenta anos, quando na Europa apenas se começava a colocar. Dizia ele: “Há sessenta anos, o princípio da soberania popular, que somente ontem introduzimos entre nós, ali (na América) reina sem discrepância e é praticado da

instituído, entre nós, com a proclamação da República, pelo Decreto n. 01, de 15.11.1889, do Governo Provisório, que dizia:

Art. 1º - “Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da Nação brasileira – a República Federativa”.

Art. 2º - “As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”.

Este decreto, que se seguiu à Constituição de 1891¹⁴, trazia a assinatura de Rui Barbosa, seu autor intelectual e freqüentador da escola constitucional dos Estados Unidos da América¹⁵.

O ideal democrático foi o grande fator que, aliado à vastidão territorial do Brasil, impulsionou intelectuais, como Ruy Barbosa, à adoção do modelo norte-americano.

É o que enfatiza Paulo Bonavides:

“O modelo (federal), desde as origens, se contrapõe a forma absolutista e férrea do Estado Unitário, monárquico, centralizador, despótico. Seus compromissos foram contraídos historicamente com os estatutos do poder representativo, constitucional, limitado e, de preferência, republicano.

maneira mais direta, mais ilimitada, mais absoluta. Há sessenta anos, o povo que dele faz fonte comum de todas as suas leis cresce continuamente em população, em território, em riqueza, e, vale observar, verifica-se que, nesse período, foi não só o mais próspero, porém o mais estável de todos os povos da Terra. Enquanto que todas as nações da Europa se viam arruinadas pela guerra ou dilaceradas por convulsões civis, apenas o povo americano, no mundo civilizado, continuava em paz. Quase toda a Europa era transformada pela revolução e a América nem sequer assistia a levantes; ali, a República não perturbava, mas, pelo contrário, conservava todos os direitos; ali tinha a propriedade individual maiores garantias que em qualquer outro país do mundo; ali a monarquia continuava tão desconhecida quanto o nepotismo” (cit., p. 08).

¹⁴ Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte. Art 3º - Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital federal. Parágrafo único - Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.

¹⁵ Afonso Arinos de Melo Franco, ao comentar a influência constitucional norte-americana no projeto da Constituição de 1891, disse que Ruy Barbosa “escrevia para o Brasil traduzido do inglês” (*Direito constitucional*, cit., p. 149).

Contempla a liberdade nas instituições e no cidadão. É intrinsecamente descentralizador. Exprime, como nenhum outro, a idéia de *self government*, do governo da lei, da autodeterminação política, social e econômica de coletividades livres e atuantes. Faz do exercício da imaginação um poderoso instrumento de criatividade e impulso às iniciativas fecundas dos cidadãos. É na essência e veracidade de sua organização sinônimo de Estado de Direito, regime representativo, legitimidade, poder responsável¹⁶.

Celso Ribeiro Bastos qualifica a Federação como um instrumento de democratização do Estado e de contenção do poder pelo próprio poder. A multiplicação de centros decisórios e a maior proximidade destes com seus destinatários – diz o constitucionalista – cria condições de participação e fiscalização do poder pelos administrados que jamais ocorreriam se o Estado fosse unitário¹⁷.

Todavia, sem embargo do ideário federalista, havia o equívoco da *importação* do modelo norte-americano na formulação da Constituição de 1891, que reside no modo de nascimento, completamente diferente na América do Norte, oposto mesmo. Enquanto no Brasil, partiu-se de um estado unitário para uma Federação, abrindo mão o poder central em favor das unidades federadas, nos Estados Unidos ocorreu o fenômeno contrário, ou seja, os Estados reuniram-se voluntariamente, primeiro por uma Confederação, que evoluiu para a Federação.

As origens históricas díspares e as conseqüências decorrentes do tempo e do espaço – afirma Silvio Meira - não poderiam ser idênticas e nem mesmo semelhantes. A roupagem americana não poderia ajustar-se totalmente ao corpo da nova nação¹⁸.

Antes mesmo da adoção do modelo norte-americano o Brasil já tinha ideais federalistas. Em 1870, o manifesto do Partido Republicano pregava a Federação e

¹⁶ *O Caminho para um federalismo de regiões*, cit., p. 117.

¹⁷ *Curso de teoria do estado e ciência política*, cit., p.228.

¹⁸ *Federalismo e centralização*, cit., p. 70.

o Ato Adicional de 12.8.1834 (Lei n. 16) abriu o processo de descentralização, atribuindo considerável soma de poderes às Assembléias Legislativas Provinciais, dentre eles: legislar sobre a divisão civil, judiciária e eclesiástica; sobre a instrução pública, desapropriação, polícia e economia mundial, fixação de despesas municipais e provinciais, fiscalização do emprego das rendas públicas; criação, supressão e nomeação para empregos municipais e provinciais; obras públicas, estradas e navegação; construção de casas de prisão, trabalho, correção e regime delas; casas de socorro público, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas; nomeação e suspensão, pelo Presidente, de empregados provinciais; autorização para empréstimo às Câmaras Municipais e ao Governo Provincial, regulamentação da administração dos bens provinciais. Outros poderes foram ali consignados, fortalecendo as províncias em face do poder imperial.

O ato adicional foi uma reação ao espírito demasiado centralizador da Carta de 1824¹⁹ (Estado Unitário²⁰), que teve o grande mérito, segundo Arthur Cezar Ferreira, de manter a unidade nacional, assegurando laços de solidariedade do continente-arquipélago que Portugal criara e poderia ter sido destruído na hora grave da independência, como sucedera com as antigas colônias espanholas²¹.

No projeto de 1831, apesar da intenção do Partido Liberal de instituir a monarquia federalista, ganhavam força e desempenhavam notável papel as Províncias, que deram base geográfica à formação dos Estados, quando da lavratura do Decreto n. 01 de 1889, que instituiu a República.

¹⁹Art. 1º da Constituição de 1824: “O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independência”.

²⁰ “Do ponto de vista da distribuição geográfica do poder, até final do século XVIII, não se conheceu senão o Estado Unitário. É dizer, aquele em que há um único centro irradiador de decisões políticas expressas em lei. O poder de editar normas genéricas era exercido por um único pólo sobre todo o território do Estado. Para que essas decisões fossem mais eficazes desconcentrava-se, tão-somente, a administração, dividia-se o país em circunscrições administrativas subordinadas hierarquicamente à administração central, que desta forma se tornava mais próxima do administrado. O Estado Unitário é a forma mais singela de Estado. Nele, os órgãos que exercem a soberania popular são unos para todo o território” (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de teoria do Estado e ciência política*, cit., p. 23).

²¹ Em conferência pronunciada no dia 15.4.1974 (“Carta Mensal”, julho, 1974, n. 81, p. 13).

Junto das Províncias, e até antes delas, destacavam-se as municipalidades²². Na Corte de Lisboa tiveram assento procuradores ou enviados de Câmaras Municipais brasileiras, como ocorreu em 1614 com uma da Câmara Municipal do Rio, e em 1681 com outro do Maranhão. Os poderes das Câmaras se alargavam a ponto de suspenderem governadores e nomearem substitutos, antes que a Corte providenciasse o preenchimento do cargo vago. Algumas municipalidades tiveram lampejos de rebeldia ou independência como as de Campos e Parati, que ergueram pelourinho, símbolo da independência local.

Estes, e tantos outros dados históricos, demonstram que o ideal de Federação, provincial ou monárquica, surgiu antes mesmo da independência do Brasil, mas que, naquele momento histórico - é a opinião de Castro Nunes - teve que ceder a conveniência superior da unidade nacional²³.

Com efeito, imbuídos deste ideal de Federação, seguiram-se lutas e controvérsias, em regra por conta das disputas de maiores ou menores vínculos com o poder central (centralizada ou descentralizada).

José Afonso da Silva descreve o momento histórico em que os liberais lutavam pelo ideal federalista:

²² O que explica a categoria de ente político dos Municípios na atual forma de organização política do Estado brasileiro.

²³ Afonso Arinos de Melo Franco também destaca a manutenção da unidade nacional como mérito da Constituição Imperial: "(...) redigida com inegáveis saber e habilidade, a Constituição do Império era um documento que permitia larga construção interpretativa. Aos poucos ela foi se aperfeiçoando às condições peculiares do nosso país, e, durante o período de sua vigência, permitiu a criação de uma moldura jurídica para o governo e até mesmo criação de um certo regime político, que sem ser original nas idéias (nem poderia ser, nas condições que prevaleciam), foi, até certo ponto, original na execução. Enfim, foi nesse regime que se confirmou nossa independência política (embora não econômica), consolidou a unidade nacional e, apesar dos graves vícios de fraude eleitoral e fraqueza dos partidos, tornou possível, durante a maior parte do século XIX, um ambiente de ordem e liberdade no Brasil, contrastante com a anarquia dominante no resto da América Latina" (*Direito constitucional*, cit., p. 161). Confirma-se, também, José Afonso da Silva: "Proclamada a Independência, o problema da unidade nacional impõe-se como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das novas instituições. A consecução desse objetivo dependia da estruturação de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem e até demolissem os poderes regionais e locais, que efetivamente dominavam o país, sem deixar de adotar alguns dos princípios básicos da teoria política em moda na época" (*Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 74).

“Os liberais lutaram quase sessenta anos contra esse mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais. A realidade dos poderes locais, sedimentada durante a colônia, ainda permanecia regurgitante sob o peso da monarquia centralizante. A idéia descentralizadora, como republicana, despontara desde cedo na história político-constitucional do Império. Os federalistas surgem no âmago da Constituinte de 1823, e permanece durante todo o Império, provocando rebeliões como as *Balaçadas*, as *Cabanadas*, as *Sabinadas*, a *República de Piratini*. Tenta-se implantar, por várias vezes, a *monarquia federalista* do Brasil, mediante processo constitucional (1832, 1831), e chega-se a razoável descentralização com o Ato Adicional de 1834, esvaziado pela Lei de Interpretação de 1840. O republicanismo irrompe com a Inconfidência Mineira e com a revolução pernambucana de 1817; em 1823, reaparece na constituinte, despontando outra vez em 1831, e brilha com a República de Pirati, para ressurgir com mais ímpeto em 1870 em desenvolver-se até 1889”²⁴.

Toda história brasileira, segundo Silvio Meira, em suas fases sucessivas, desde a independência de 1822, apresenta esse fenômeno de *centrifugismo* e *centripetismo* como se fosse a sístole e a diástole da nação, impulsionada para o futuro. Federação provincial e monarquia federativa foram expressões de um federalismo latente na alma nacional, federalismo que parecia decorrer das próprias condicionantes geográficas colocadas em relevo de maneira até lírica no Manifesto Liberal de 1870: “No Brasil, antes da idéia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. A topografia do nosso território, as zonas diversas em que ele se divide, os climas vários, as produções diferentes, as cordilheiras e as águas estavam indicando a necessidade de modelar a administração e o Governo local, acompanhando e respeitando as próprias divisões criadas pela natureza física e impostas pela imensa superfície do nosso território. Foi a necessidade que demonstrou, desde a origem, a eficácia do grande princípio que, embalde, a força compressor do regime centralizador tem procurado contrafazer e destruir ...”²⁵.

E assim surgiu a Constituição de 1891, que copiou o modelo norte-americano (inclusive adotando denominação idêntica - *Estados Unidos do Brasil*), proclamando Rui Barbosa:

²⁴ *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 76/77.

²⁵ *Federalismo e centralização*, p. 71/72.

“Partamos, senhores, desta preliminar: os Estados não de viver na União; não podem subsistir fora dela. A União é o meio, a base, a condição absoluta da existência dos Estados”.

“E depois de ter assegurado à coletividade nacional os meios de subsistir forte, tranqüila, acreditada, que havemos de procurar se ainda nos sobram recursos, que proporcionem às partes desse todo a esfera de independência local aneladas por elas ... A federação pressupõe União e deve destinar-se a robustecê-la. Não a dispensa, nem se admite que coopere para o seu enfraquecimento. Assentemos a União sobre o granito indestrutível; e depois será oportunidade então de organizar a autonomia dos Estados com recursos aproveitáveis para a sua vida individual”.

“Com esse organismo vivo, subordinado às leis fisiológicas, os que põem de uma parte os Estados e da outra a União, estabelecem uma discriminação arbitrária e destruidora. Os Estados são órgãos; a União é o agregado orgânico. Os órgãos não podem viver fora do organismo, assim como o organismo não existe sem os órgãos. Separá-los é matá-los, procedendo como o anatomista que opera sobre o cadáver, quando a nossa missão organizadora há de, pelo contrário, inspirar-se na de biólogo, que interpreta a natureza viva”²⁶.

A competência da União na Constituição de 1891 era marcada pela restrita atuação do poder nacional, favorecendo o movimento de abertura aos Estados-membros da nova federação as perspectivas de ampla competência na área dos poderes reservados²⁷.

A organização constitucional dos Estados – argumenta Raul Machado Horta -, partindo da permissão da Constituição Federal, que se distinguiu pela brevidade de suas normas centrais²⁸, explorou ao máximo o filão dos poderes

²⁶ *Comentários à Constituição Federal brasileira*, 1, 1938, p. 68 e 69.

²⁷ Art. 65 - É facultado aos Estados: 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

²⁸ Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 1º) orçar a receita, fixar a despesa federal anualmente e tomar as contas da receita e despesa de cada exercício financeiro; 2º) autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos e fazer operações de crédito; 3º) legislar sobre a dívida pública e estabelecer os meios para o seu pagamento; 4º) regular a arrecadação e a distribuição das rendas federais; 5º) regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, alfandegar portos, criar ou suprimir entrepostos; 6º) legislar sobre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, ou se estendam a territórios estrangeiros; 7º) determinar o peso, o valor, a inscrição, o tipo e a denominação das moedas; 8º) criar bancos de emissão, legislar sobre ela e tributá-la; 9º) fixar o padrão dos pesos e medidas; 10º) resolver definitivamente sobre os limites dos Estados entre si, os do Distrito Federal e os do território nacional com as nações limítrofes; 11º) autorizar o governo a declarar guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz; 12º) resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras; 13º) mudar a capital da União; 14º) conceder subsídios aos Estados na hipótese do art. 5º; 15º) legislar sobre o serviço dos correios e telégrafos federais; 16º) adotar o regime conveniente à segurança das fronteiras; 17º) fixar anualmente as

remanescentes, chegando, em alguns casos famosos, a ultrapassar os limites desses poderes. A plenitude normativa dos poderes reservados – prossegue - permaneceu incontestável por ausência de correção jurídica dos excessos normativos²⁹.

Nesse contexto, onde se agigantavam as competências dos Estados-membros, cuja autonomia era levada a extremos, tal como ocorria no federalismo americano, é que surgiram os Códigos de Processo Civil Estaduais, como os de São Paulo, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Bahia.

Com a independência do Brasil, que não tinha, nem podia ter, leis próprias, foram acolhidas, na sua integralidade, por decreto imperial (20.10.1823), as leis portuguesas, como as Ordenações Filipinas, que passaram a reger o processo civil brasileiro, em tudo que não contrariasse a soberania brasileira.

Humberto Theodoro Júnior traça as principais características das Ordenações Filipinas (Livro III) no âmbito do processo civil: a) forma escrita, de

forças de terra e mar; 18º) legislar sobre a organização do Exército e da Armada; 19º) conceder ou negar passagens a forças estrangeiras pelo território do País, para operações militares; 20º) mobilizar e utilizar a guarda nacional ou milícia cívica, nos casos previstos pela Constituição; 21º) declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, e aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso; 22º) regular as condições e o processo da eleição para os cargos federais, em todo o País; 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal; 24º) estabelecer leis uniformes sobre a naturalização; 25º) criar e suprimir empregos públicos federais, fixar-lhes as atribuições, estipular-lhes os vencimentos; 26º) organizar a Justiça Federal, nos termos dos arts. 55 e seguintes da Seção III; 27º) conceder anistia; 28º) comutar e perdoar as penas impostas, por crimes de responsabilidade, aos funcionários federais; 29º) legislar sobre terras e minas de propriedade da União; 30º) legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na capital forem reservados para o Governo da União; 31º) submeter à legislação especial os pontos do território da República necessários para a fundação de arsenais ou outros estabelecimentos e instituições de conveniência federal; 32º) regular os casos de extradição entre os Estados; 33º) decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União; 34º) decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição; 35º) prorrogar e adiar suas sessões. Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal; 2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais; 3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal.

²⁹ *Tendências do federalismo brasileiro*, cit., p. 08.

sorte que só o que estava escrito nos autos era considerado pelo juiz; b) havia atos em segredo de Justiça: as partes não participavam da inquirição de testemunhas e tinha que usar embargos de contradita para provar motivos de suspeição; c) observava-se o princípio dispositivo em toda plenitude: autor e réu eram donos do processo, cuja movimentação era privilégio dos litigantes. Além disso, o processo dividia-se em várias fases e compreendia diversas audiências: a) após o pedido e a citação, realizava-se a primeira audiência, que era de acusação da citação e oferecimento do libelo do autor. Iniciava-se então o prazo de contestação; b) se ocorresse revelia, outra audiência era realizada, para sua acusação; c) a prova ficava exclusivamente a cargo da parte, e o juiz só tomava conhecimento de fato provado nos autos se alegado pelas partes; d) os recursos contra decisões interlocutórias tinham efeito suspensivo; e) ao fim de cada fase, o processo paralisava, à espera de impulso da parte. “O juiz, numa expressiva imagem, funcionava como um relógio, a que a parte, de quando em quando, desse corda para alguns minutos”³⁰.

Em 25 de novembro de 1850, fez-se o Código de Processo Comercial, que foi o Regulamento 737. Ou seja, ao lado da jurisdição civil, onde as Ordenações Filipinas continuaram a reger a matéria de processo civil, surgiu o Regulamento 737, que passou a cuidar do processo comercial (art. 27 do título único – “... determinar a ordem do juízo no processo comercial ...”).

No ano de 1871, o governo imperial atribuiu ao Conselheiro Antonio Joaquim Ribas o encargo de consolidar as Ordenações e as leis extravagantes, que foram sendo promulgadas, até a edição da resolução imperial de 1876, adotando, como lei processual, a Consolidação Ribas.

O trabalho do Conselheiro Ribas – segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco – não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as

³⁰ *Curso de direito processual civil*, cit., vol. 1, p. 16.

muitas vezes tal como as interpretava; e, como fonte de várias disposições de sua Consolidação, invocava a autoridade não só de textos romanos, como de autores de nomeada, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou de leis extravagantes³¹.

Com a proclamação da República, o Regulamento 737³², que regia o processo comercial, passou a ser aplicado, por meio do Decreto n. 763 de 1890, ao processo civil, estabelecendo a vigência de tal sistemática, até que cada um dos Estados baixasse seu próprio Código de Processo Civil.

Humberto Theodoro Júnior destaca as melhorias introduzidas pelo Regulamento 737: a) tornou pública a inquirição; b) suprimiu as exceções incidentes, limitando-as à incompetência, suspeição, ilegitimidade de parte, litispendência e coisa julgada; c) permitiu ao juiz, em matéria de prova, conhecer do fato demonstrado, sem embargo da ausência de referência das partes. Conservou, no entanto, a acusação da citação e a assinatura em audiência de prazo de prova³³.

A partir de 1905, teve início movimento de codificações estaduais, sendo o Estado do Pará o primeiro a editar seu estatuto processual civil. A seguir, outros Estados o fizeram, sendo São Paulo o último deles, em 1930³⁴.

³¹ *Teoria geral do processo*, cit., p. 108.

³² “O Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado ‘um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado’; e foi elogiado como o ‘mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América’. Na realidade, examinando serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 107).

³³ *Curso de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 16.

³⁴ “Merecem realce especial, por refletirem o espírito renovador e pensamento científico que animara a doutrina do processo na Alemanha e na Itália, os Códigos de Processo Civil da Bahia e de São Paulo” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, cit., p. 108). No mesmo sentido, Arruda Alvim: “Dessa época, merecem destaque, como bons códigos, o da Bahia – o melhor deles -, o de São Paulo, o Rio Grande do Sul e, ainda, o do Distrito Federal” (*Manual de direito processual civil*, vol. 1, p. 58).

Cassio Scarpinella Bueno, aludindo à dualidade estabelecida entre a Justiça Federal e Estadual, discorre sobre a cronologia dos Códigos Estaduais na Federação:

“A Constituição Republicana, de 1891, nos seus arts. 62 e 65, distinguiu de vez a justiça federal da justiça estadual – o que prevalece até os dias atuais – e a possibilidade de os Estados-membros legislarem sobre o direito processual civil a reger a atuação de seus próprios organismos jurisdicionais (arts. 34, n. 23 e 65, n. 2). O já mencionado Decreto n. 3.084/1898 não tinha aplicação aos Estados, só à União Federal. Enquanto os Estados não editaram seus próprios Códigos, prevaleceram, para reger suas próprias justiças, o Regulamento n. 737/1850 e a Consolidação Ribas. Gradativamente, alguns Estados brasileiros editaram seus próprios Códigos de Processo Civil, alguns chamados de ‘Código de Processo Civil e Comercial’. O primeiro foi o Estado do Pará (1905), vindo, depois, os do Rio Grande do Sul (1909), Maranhão (1908), Bahia (1915), Espírito Santo (1915 e 1930), Minas Gerais (1916), Ceará (1921), Rio Grande do Norte (1922), Pernambuco (1924), antigo Distrito Federal (1924), Santa Catarina (1928), São Paulo (1930) e Paraíba (1930). Não consta que os Estados do Amazonas, Alagoas, Goiás e Mato Grosso tenham editado seus próprios Códigos de Processo Civil, embora tivessem leis próprias de organização judiciária”³⁵.

A codificação do processo civil nos Estados-membros constitui importante do reflexo do sistema federativo norte-americano, que foi aqui reproduzido com a proclamação da República³⁶.

Esta situação (ampliação dos poderes dos Estados em detrimento do poder central), que não se compatibilizava com a realidade histórico-cultural brasileira, foi aos poucos ruindo, até que, nas Cartas subseqüentes, normalizou-se, seguindo tendência mundial de centralização do poder (*centripetismo*), vivenciado inclusive na Suíça e nos Estados Unidos da América³⁷.

³⁵ *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., vol. 1, p. 20.

³⁶ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, na Federação Suíça, a Constituição ainda mantém na esfera dos Cantões a competência para legislar sobre processo (A importação de modelos jurídicos. Temas de direito processual civil: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259).

³⁷ O centripetismo – segundo Silvio Meira – é um fenômeno universal, que atinge as federações no século XX e a ele não escapam nem mesmo os Estados Unidos da América, onde o poder central pouco a pouco vence terreno, superpondo-se poderosamente aos Estados. A Suíça – prossegue o autor - não fugiu a esse determinismo histórico, como ensina Seabra Fagundes: “Do Pacto da Aliança Perpétua firmada no século XIII, entre os primeiros cantões a se acordarem (Ut, Schwyz e Unterwalden) se caminhou, lenta, mas gradativamente, para o fortalecimento do poder central. Com a Constituição de 1815, estruturada em base confederacional, até as Constituições de 1848, em que, não obstante guardar-se a referência à confederação, na verdade é um Estado federativo

Em verdade, os Estados-membros, com o advento da Constituição de 1891, não tiveram condições de efetivar o grande plexo de competências que lhes foram atribuídas, necessitando, não raras vezes, de auxílio financeiro da União, que somente poderia dar-se na hipótese de *calamidade pública*, o que acentuava, ainda mais, a rigidez do sistema federativo³⁸.

Sobre o auxílio financeiro da União aos Estados, prescreve Raul Machado Horta:

“Sustentava-se que a ajuda financeira da União, em caráter normal, só encontrou cabimento no período de organização dos Estados, e superada esta fase não mais se justificava a permanência do subsídio. Foi este o entendimento de que Epiácio Pessoa extraiu de deliberação adotada pela Câmara dos Deputados, em 1892. Dizia o representante paraibano que, por ocasião da discussão do auxílio pecuniário aos Estados de Goiás, Paraíba e Piauí, naquela data, preconizou-se o adiamento da matéria para sessão do ano seguinte. Todavia, em face da ponderação de membro da Comissão de Orçamento, que observou não ser constitucional esse auxílio, em 1893, porque o período de organização dos Estados findara em dezembro de 1892, a Câmara aprovou projeto, sem adiamento. Por isso, observava Epiácio Pessoa, o orçamento de 1893 “não consigna verba alguma para serviços de natureza estadual, o que quer dizer que o Congresso entendeu que, decorrido o ano de 1892, os Estados deviam estar de posse de todos os seus serviços sem mais dependência alguma da União”³⁹.

Os Governos Estaduais, invocando situações caracterizadoras de calamidade pública, passaram a reivindicar auxílio financeiro à União, para satisfazerem despesas locais que diziam fundadas nas condições sanitárias, esbarrando, contudo, numa circular, editada em 1897, pelo Ministério da Justiça, que fixou os requisitos da cooperação financeira, condicionando a concessão do subsídio à exaustão dos recursos locais, devidamente comprovada, no combate aos afetados pela calamidade pública.

que se organiza, e de 1874, onde surge referência expressa ao regime federativo. E muitas das emendas – cerca de 50 – modificativas desta última, revelam propósitos de unificação nacional e de centralização administrativa” (*Federalismo e centralização*, cit., p. 74/75).

³⁸ Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.

³⁹ *Tendências do federalismo brasileiro*, ob. cit., p. 08.

A circular - observa Raul Machado Horta - com o evidente propósito de desencorajar os abrandamentos, enumera os casos de calamidade pública que, a juízo do Governo Federal, poderiam justificar o socorro permitido pela Constituição. Percebe-se que a União adotava atitude de retraimento, à luz de interpretação da norma constitucional, enquanto os Estados, já premidos pelos impactos negativos da carência de recursos, preferiram atenuar o rigorismo exacerbado⁴⁰.

A cooperação financeira entre a União e os Estados somente se consolidou duas décadas depois, com a criação da Inspetoria Federal de Obras contra as Secas do Nordeste, pelo Decreto Legislativo n. 7.619 de 21.10.1909.

Dois outros exemplos, embrionários do *federalismo cooperativo* (segunda República), são citados, ao lado das obras contra as secas, o setor predileto de ajuda federal⁴¹. A Lei 3.454 de 6.1.1918, que mencionava, na despesa do Ministério da Aviação e Obras Viárias, duas autorizações típicas de relações inter-governamentais. A primeira autorizava ao Presidente da República a ceder aos Estados do Pará e de Santa Catarina, por empréstimo, duas dragas de propriedade da União, “correndo todas as despesas, inclusive a de transporte, por conta do Governo de cada um dos Estados” (art. 130, n. III). A segunda autorizava o Presidente da República a promover acordos com empreiteiros das obras de saneamento da baixada fluminense, a fim de que as mesmas fossem concluídas, sem novos ônus para o Tesouro, para ser transferida, ao Governo do Estado do Rio de Janeiro, a conservação dos melhoramentos realizados.

Algumas fontes de abusos e vícios, que não tinham ressonância no permissivo constitucional de calamidade pública, foram corrigidos, formando-se consenso entre as forças políticas que o modelo de federalismo de 1891 não favorecia as relações *inter-governamentais*.

⁴⁰ Idem, p. 09.

⁴¹ O decreto legislativo n. 3.965, de 25.12.1919, previa a destinação de 2% da receita geral da República, para as despesas com obras de irrigação de terras cultiváveis no nordeste brasileiro.

A limitação da ajuda federal ao caso extremo da calamidade pública fez com que os Estados e Municípios, na falta de amparo interno, buscassem recursos financeiros no mercado internacional. Isto gerou grande volume de endividamento no âmbito estadual e municipal, que correspondia, em 1922, a mais de 50% da dívida contraída pela nação brasileira, desde o seu começo, em 1824.

Raul Machado Horta diz que isto é resultado da política federal, que, se de um lado expunha a autonomia do Estado-membro aos onerosos compromissos assumidos no exterior, também não a protegia contra golpes desferidos internamente. Daniel de Carvalho, em página evocativa, fixou episódio característico do distanciamento entre o Governo Federal e o Governo estadual, por amor à autonomia local. Conta o autor de “Capítulos e Memórias”, que Silviano Brandão, Presidente do Estado de Minas Gerais, no período presidencial de Campos Sales, recusou a assistência financeira do Banco do Brasil, embora o estado se encontrasse em “sérias dificuldades de numerário”, para “não enfeudar a política do Estado ao Governo Federal”. O Presidente do Estado, no depoimento de Daniel de Carvalho, “preferiu tomar empréstimo à Companhia do Morro Velho, empresa britânica de tradicional seriedade e presa ao Estado pelo imposto de exportação do ouro”⁴².

Mais adiante, acentuando a erosão do sistema federativo de 1891⁴³, o instrumento excepcional da intervenção federal, que deveria ser empregado apenas na hipótese de calamidade pública, passou a ser utilizado, com grande eficiência pelo poder central, a serviço de interesses dos governadores.

⁴² Idem, p. 11.

⁴³ Paulo Bonavides resume alguns aspectos que deram ensejo à ruptura do modelo federativo da primeira República: “No Brasil, a inflação galopante há sido causa atuante no processo de desagregação do velho federalismo. Os Estados com orçamentos sujeitos a vertiginosos déficits caíram sob a *intervenção* permanente das ajudas federais, que, politizadas, criaram dependência e lhes arrebatavam, perdida já a autonomia financeira e econômica, o que ainda restava efetivamente da antiga autonomia política. Demais, esta autonomia nunca desfrutou o prestígio de uma tradição histórica, nunca deitou raízes nas origens da comunhão nacional: Império unitário a reprimia, a República, federativa, só veio a produzi-la artificialmente” (*Ciência política*, cit., p. 190).

Sobre a especial deturpação da intervenção federal, que marcou o fim da primeira República, nos socorremos, mais uma vez, das lições de Raul Machado Horta:

“A intervenção federal nos Estados dependia de casos restritos, refletindo a necessidade de preservar a homogeneidade institucional e territorial da Federação. Capítulo da patologia federativa, entendia-se, por isso mesmo, que a intervenção era uma exceção, pois a regra seria a de não intervir, salvo para corrigir anomalias que afetassem aspectos fundamentais do sistema constitucional. A experiência política não correspondeu aos objetivos da norma constitucional, e a primeira República presenciou o contraste entre a normatividade e a realidade político-social. O mínimo de intervenção possível, que se achava previsto no texto constitucional, foi ultrapassado pelo máximo de intervenção real, tornando o excepcional instrumento não o corretor de anomalias institucionais, como queria a norma jurídica, mas o poderoso agente da solidariedade eleitoral entre grupos estaduais e a liderança federal, com representação no Congresso Nacional e na Presidência da República. A intervenção federal passou a solapar os fundamentos do sistema federativo e no exercício dessa tarefa de deterioração contou com a colaboração poderosa do governo presidencial. O Presidente da República converteu-se no deflagrador, no executor e no inspirador da intervenção, valendo-se dos poderes presidenciais para abalar a estrutura federal alicerçada na autonomia do Estado-membro, peça tão cara ao constituinte federal de 1891 (...). As deformações ulteriores, que assinalaram a passagem da política dos Estados para a política dos governadores, viciando também a forma republicana e o sistema eleitoral, não estavam contidas nos propósitos enunciados pela fórmula de Campos Sales. A política dos governadores divorciou-se da política dos Estados, e é interessante observar que o seu período de fastígio assinalou a plenitude do poder presidencial e a correspondente queda dos poderes estaduais. Nenhum outro instrumento terá sido tão útil para atingir esse apogeu do presidencialismo brasileiro que a intervenção federal. A correlação é sintomática: política dos governadores, intervenção federal, presidencialismo exacerbado”⁴⁴.

Nesse contexto surgiu a Constituição de 1934, que deu *novo* formato ao sistema federativo, ampliando o poder central em detrimento dos Estados, e que foi denominado pela doutrina de *federalismo cooperativo*⁴⁵.

⁴⁴ *Tendências do federalismo brasileiro*, cit., p. 12/13.

⁴⁵ “O federalismo clássico e dualista, predominantemente centrífugo, cedia lugar ao novo federalismo, fundado na extensão dos poderes federais dentro da tendência centrípeta, que inaugurava a fase de relações intergovernamentais, para compensar a plenitude de poderes da União e a conseqüente diminuição dos poderes reservados aos Estados. Buscava-se, a partir desse momento, alcançar a síntese do processo federal, que reside no federalismo cooperativo” (Raul Machado Horta, *idem*, cit., p. 18).

A expansão do poder central, verdadeira aglutinação e concentração de forças, aliado a adoção do sistema de relação cooperativa com os Estados-membros, seguia tendência universal, que vinha de encontro, agora sim, com as origens histórico-culturais brasileiras.

Ao discorrer sobre as novas perspectivas do federalismo brasileiro, Seabra Fagundes aponta alguns fatores que impulsionaram a vocação universal de centralização do poder político:

“(…) três são os fatores conducentes à acentuação da tendência centralizadora do estado federal contemporâneo: o panorama econômico, no plano da competição internacional (produção, importação, exportação, câmbio), a exigir unidade de ação governativa que, convertendo a economia nacional de cada país em um todo harmônico, permita protegê-la diante das economias nacionais dos outros países; a atribuição de poder público, em consequência de fatores sociais, de amplas tarefas nos campos previdenciários, da saúde e da educação, solicitando recursos financeiros de vulto nacional e planejamento nacional no aplicá-los; finalmente, a problemática da segurança nacional, sugerindo unidade de critérios e vigor de ação para preservação da soberania, e mesmo da tranquilidade interna, em um mundo abalado pela Segunda Grande Guerra e premido, ainda hoje, pelo clima de guerra fria e por lutas armadas em diversas áreas. No processo centrípeto do federalismo, o peso de cada qual desses fatores poderá variar de Estado para Estado, em razão de circunstâncias peculiares a cada um, mas no mundo hodierno estarão presentes, concomitantemente, em todos eles”.

“O federalismo brasileiro não poderia escapar ao contexto universal dessa evolução. E, dada a influência de fatores internos, possivelmente em nenhum estado sob o regime federativo se delineaia, com mais vigor do que entre nós, a progressão dos poderes federais. Da Constituição de 1891, que implantou em moldes ortodoxos, segundo o sonho dos seus pregoeiros, por vezes com *delírios de soberania*, de que fala Orlando Bitar (“Relatório da Comissão Especial para Elaboração de Anteprojeto destinado à reforma da Constituição do Estado do Pará, pág. 61), até a Carta Política hoje vigente, sempre se caminhou para o alargamento dos poderes da União”⁴⁶.

No campo legislativo, a Constituição de 1934 transferiu para a União diversas competências atribuídas aos Estados-membros⁴⁷, dentre elas a de legislar sobre o *Direito Processual* (art. 5º, XIX, a).

⁴⁶ *Novas perspectivas do federalismo brasileiro*, cit., p. 117.

⁴⁷ Art. 5º - Compete privativamente à União: I - manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do corpo diplomático e consular, e celebrar tratados e convenções

Dava-se início, então, ao projeto de reunificação do processo civil, consoante determinava o art. 11 das Disposições Transitórias⁴⁸:

Art 11 - O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

A despeito da Carta Política de 1937, reafirmou-se o propósito de reunificação do processo, trazendo-se, ainda, uma inovação, que teve, por sua vez, reflexos no campo da aplicação da Justiça: a supressão da Justiça Federal (arts. 182 e 185 das Disposições Transitórias e Finais).

internacionais; II - conceder ou negar passagem a forças estrangeiras pelo território nacional; III - declarar a guerra e fazer a paz; IV - resolver definitivamente sobre os limites do território nacional; V - organizar a defesa externa, a polícia e segurança das fronteiras e as forças armadas; VI - autorizar a produção e fiscalizar o comércio de material de guerra de qualquer natureza; VII - manter o serviço de correios; VIII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado; IX - estabelecer o plano nacional de viação férrea e o de estradas de rodagem, e regulamentar o tráfego rodoviário interestadual; X - criar e manter alfândegas e entrepostos; XI - prover aos serviços da polícia marítima e portuária, sem prejuízo dos serviços policiais dos Estados; XII - fixar o sistema monetário, cunhar e emitir moeda, instituir banco de emissão; XIII - fiscalizar as operações de bancos, seguros e caixas econômicas particulares; XIV - traçar as diretrizes da educação nacional; XV - organizar defesa permanente contra os efeitos da seca nos Estados do Norte; XVI - organizar a administração dos Territórios e do Distrito Federal, e os serviços neles reservados à União; XVII - fazer o recenseamento geral da população; XVIII - conceder anistia; XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais; b) divisão judiciária da União, do Distrito Federal e dos Territórios e organização dos Juízos e Tribunais respectivos; c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo; d) desapropriações, requisições civis e militares em tempo de guerra; e) regime de portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais; f) matéria eleitoral da União, dos Estados e dos Municípios, inclusive alistamento, processo das eleições, apuração, recursos, proclamação dos eleitos e expedição de diplomas; g) naturalização, entrada e expulsão de estrangeiros, extradição; emigração e imigração, que deverá ser regulada e orientada, podendo ser proibida totalmente, ou em razão da procedência; h) sistema de medidas; i) comércio exterior e interestadual, instituições de crédito; câmbio e transferência de valores para fora do País; normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público; j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração; k) condições de capacidade para o exercício de profissões liberais e técnico-científicas assim como do jornalismo; l) organização, instrução, justiça e garantias das forças policiais dos Estados e condições gerais da sua utilização em caso de mobilização ou de guerra; m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

⁴⁸ Nos termos do § 2º, do art. 11, das Disposições Transitórias, continuariam em vigor os Códigos Estaduais, até que se elaborasse um federal.

Durante a vigência da Constituição de 1937, vários projetos de Código foram elaborados. Entretanto, aquele de Pedro Batista Martins, advogado de renome, foi terminado antes dos outros e apresentado ao Ministro da Justiça Francisco Campos. Esse projeto, transformado em lei pelo Governo, veio a ser o nosso Código de Processo Civil de 1939⁴⁹, que foi totalmente revisado pelos processualistas Guilherme Estellita e Abgar Renault.

Segundo Sergio Bermudes, coexistiam no Código de 1939 “uma parte geral moderna, fortemente inspirada nas legislações alemã, austríaca, portuguesa e nos trabalhos de revisão legislativa da Itália, e uma parte especial anacrônica, ora demasiadamente fiel ao velho processo lusitano, ora totalmente assistemática”⁵⁰.

A ruptura do antigo sistema federativo, que agora se projetava em setores importantes, como na economia, onde a Constituição de 1934 assegurava à União a faculdade de intervir nas atividades mercantis e industriais, até mesmo para monopolizá-las (art. 116), trouxe a idéia, bastante difundida pela doutrina da época, de que a Federação atravessava uma crise; de que vivíamos um federalismo meramente formal, representativo do seu fim, da sua extinção.

Raul Machado Horta descreve a idéia de *fim do federalismo*, que passou a ser alardeada com o advento da Constituição de 1946:

“A Constituição de 1934, elaborada sob o signo do intervencionismo no domínio econômico e social, preferiu a técnica de repartição de competências favorável à União, e à plenitude dos poderes federais, o que provocou correlativo amortecimento na competência do Estado, afetada duplamente. Em primeiro lugar, pela transferência de matéria anteriormente colocada na sua área legislativa e, em segundo, pela limitação do campo normativo residual em virtude da extensão dos poderes enumerados. As inovações abalaram os entendimentos

⁴⁹ Por curiosidade, destaco que o Código de Processo do Estado de São Paulo foi revogado *expressamente* pela Lei Estadual n. 12.245/06, DOE 28.01.2006.

⁵⁰ *Iniciação ao estudo do direito processual civil*, cit., p. 17. Confirma-se, também, Cassio Scarpinella Bueno: “A grande crítica que, historicamente, foi feita ao Código de Processo Civil de 1939 é que ele não espelhou adequadamente o grau científico que o processo civil na Europa já havia alcançado e que ele, embora bem elaborado, era teórico demais, o que acarretava extrema complexidade na sua aplicação prática” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., vol. 1, p. 21).

tradicionais e passou a ser moda, desde então, aludir à crise, quando não ao fim do federalismo. A crise, todavia, não era do federalismo, mas da concepção estática do federalismo, petrificada no tempo. A Constituição de 1934 ultrapassou a concepção pétrea. Tornou-se marco inaugural do novo federalismo brasileiro⁵¹.

E esta tendência (*centralização*), acentuada com o federalismo nominal da Carta Política de 1937⁵², consolidou-se na Constituição de 1946⁵³, havendo aqueles que, fiéis ao purismo do federalismo norte-americano, acharam mais correto falar na instalação do *Estado Unitário de máxima descentralização* ao invés de Estado Federal.

⁵¹ *Tendências do federalismo brasileiro*, cit., p. 15.

⁵² “O texto jurídico que amparou a decisão política de 10.11.1937 estava fortemente impregnado pelas inspirações unitárias do Estado Nacional. Ainda conservou a forma federal de Estado, mas tratava-se de federalismo nominal, que não ultrapassou o texto escrito e permaneceu inaplicado. A Constituição de 1937 distinguiu-se pelo nominalismo de suas regras e sob tal aspecto ela representava, no direito constitucional, o modelo da Constituição nominal, termo que Karl Loewenstein utiliza para designar os textos constitucionais inaplicados, cuja validade normativa se exaure na inobservância inveterada” (Raul Machado Horta, *idem*, cit., p. 16).

⁵³ Art. 5º - Compete à União: I - manter relações com os Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; II - declarar guerra e fazer a paz; III - decretar, prorrogar e suspender o estado de sítio; IV - organizar as forças armadas, a segurança das fronteiras e a defesa externa; V - permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou, por motivo de guerra, nele e permaneçam temporariamente; VI - autorizar a produção e fiscalizar o comércio de material bélico; VII - superintender, em todo o território nacional, os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteiras; VIII - cunhar e emitir moeda e instituir bancos de emissão; IX - fiscalizar as operações de estabelecimentos de crédito, de capitalização e de seguro; X - estabelecer o plano nacional de viação; XI - manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado; XIII - organizar defesa permanente contra os efeitos da seca, das endemias rurais e das inundações; XIV - conceder anistia; XV - legislar sobre: a) *direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho*; b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário; c) produção e consumo; d) diretrizes e bases da educação nacional; e) registros públicos e juntas comerciais; f) organização, instrução, justiça e garantias das polícias militares e condições gerais da sua utilização pelo Governo federal nos casos de mobilização ou de guerra; g) desapropriação; h) requisições civis e militares em tempo de guerra; i) regime dos portos e da navegação de cabotagem; j) tráfego interestadual; k) comércio exterior e interestadual; instituições de crédito, câmbio e transferência de valores para fora do País; l) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca; m) sistema monetário e de medidas; título e garantia dos metais; n) naturalização, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; o) emigração e imigração; p) condições de capacidade para o exercício das profissões técnico-científicas e liberais; q) uso dos símbolos nacionais; r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Art 6º - A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras *b*, *e*, *d*, *f*, *h*, *j*, *l*, *o* e *r*, não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar.

Na vigência da Constituição de 1946 – pontua Raul Machado Horta – alargaram-se consideravelmente os instrumentos da ação federal. A repartição de competência concentrou no domínio da União os grandes poderes nacionais de decisão e de disciplina legislativa. Atendeu-se a uma exigência do Estado moderno, intervencionista ou dirigista, na área do constitucionalismo ocidental, quando se localizaram no centro do poder nacional, que é a União, as apreciáveis atribuições que integraram os poderes federais. As exigências do desenvolvimento nacional reclamaram essa concentração, pois, na verdade, a União, através do Governo Federal, é que dispõe de recursos financeiros, técnicos e humanos para orientar o crescimento programado de federação dotada de estrutura continental, como a brasileira, reduzindo disparidades regionais, mediante adequada repartição do produto nacional⁵⁴.

Na Constituição de 1967, além da consagração da expansão dos poderes federais⁵⁵, destaca-se o aprimoramento, modelado a partir da Constituição de

⁵⁴ *Tendências do federalismo brasileiro*, cit., p. 21.

⁵⁵ Art 8º - Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais; II - declarar guerra e fazer a paz; III - decretar o estado de sítio; IV - organizar as forças armadas; planejar e garantir a segurança nacional; V - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; VII - organizar e manter a polícia federal com a finalidade de prover: a) os serviços de política marítima, aérea e de fronteiras; b) a repressão ao tráfico de entorpecentes; c) a apuração de infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como de outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; d) a censura de diversões públicas; VIII. - emitir moedas; IX - fiscalizar as operações de crédito, capitalização e de seguros; X - estabelecer o plano nacional de viação; XI - manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional; XII - organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações; XIII - estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento; XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde; XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território; XVI - conceder anistia, XVII - legislar sobre: a) a execução da Constituição e dos serviços federais; b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, aéreo, marítimo e do trabalho; c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário; d) Produção e consumo; e) registros públicos e juntas comerciais; f) desapropriação; g) requisições civis e militares em tempo de guerra; h) jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca; I) águas, energia elétrica e telecomunicações; j) sistema monetário e de medidas; título e garantia dos metais; k) política de crédito, câmbio, comércio exterior e interestadual; transferência de valores para fora do País; m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;

1946 (art. 101, I, e), da técnica de correção jurisdicional dos desvios normativos praticados pelos Estados-membros, que se viram diante de obrigatória padronização constitucional, a partir do alargamento do conteúdo das normas gerais.

O constituinte de 1967 confiou ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal, atribuindo-lhe, originariamente, competência para processar e julgar a representação do Procurador Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 114, I, *l*); e, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de Governo local em face da Constituição ou de lei federal; d) dar à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal (art. 114, III).

O avanço até então percorrido acabou sofrendo abalo com a emenda n. 01 de 17 de outubro de 1969, que inaugurou nova ordem constitucional, atingindo o *êxtase* do processo de ampliação dos poderes federais, nos planos normativos e executivos, de direito e de fato⁵⁶.

n) tráfego e trânsito nas vias terrestres; o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional; p) emigração e imigração; entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; q) diretrizes e bases da educação nacional; normas gerais sobre desportos; r) condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas; s) uso dos símbolos nacionais; t) organização administrativa e judiciária do Distrito Federal e dos Territórios; u) sistemas estatístico e cartográfico nacionais; v) organização, efetivos, instrução, justiça e garantias das polícias militares e condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização. § 1º - A União poderá celebrar convênios com os Estados para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões. § 2º - A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das letras c, d, e, n, q e v do item XVII, respeitada a lei federal.

⁵⁶ Art. 8º Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais; II - declarar guerra e fazer a paz; III - decretar o estado de sítio; IV - organizar as forças armadas; V - planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais; VI - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional o nele permaneçam temporariamente; VII - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; VIII - organizar e manter a

Fruto de outorga, inaugurando regime de exceção, a Carta de 1969 não merece maior destaque para compreensão da evolução do Estado Federal no Brasil.

c – Tendências do federalismo brasileiro:

A evolução centralizadora do federalismo brasileiro, notada a partir da segunda República (1934), que acompanhou tendência mundial⁵⁷, não chegou a conflitar – diz Seabra Fagundes - com uma forte consciência federalista.

polícia federal com a finalidade de: a) executar os serviços de política marítima, aérea e de fronteiras; b) prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins; c) apurar infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; e d) prover a censura de diversões públicas; IX - emitir moeda; X - fiscalizar as operações de crédito, capitalização e seguros; XI - estabelecer o plano nacional de viação; XII - manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional; XIII - organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações; XIV - estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento; XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; e d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Territórios; XVI - conceder anistia; e XVII - *legislar sobre: a) cumprimento da Constituição e execução dos serviços federais; b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registro públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário; d) produção e consumo; e) registros públicos, juntas comerciais e tabelionatos; f) desapropriação; g) requisições civis e militares em tempo de guerra; h) jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca; i) águas, telecomunicações, serviço postal e energia (elétrica, térmica, nuclear ou qualquer outra); j) sistema monetário e de medidas; título e garantia dos metais; l) política de crédito, câmbio, comércio exterior e interestadual; transferência de valores para fora do País; m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre; n) tráfego e trânsito nas vias terrestres; o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional; p) emigração e imigração; entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; q) diretrizes e bases da educação nacional; normas gerais sobre desportos; r) condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas; s) símbolos nacionais; t) organização administrativa e judiciária do Distrito Federal e dos Territórios; u) sistema estatístico e sistema cartográfico nacionais; e v) organização, efetivos, instrução, justiça e garantias das polícias militares e condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização. Parágrafo único. A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q, e v do item XVII, respeitada a lei federal.*

⁵⁷ “O poder político, qualquer que seja sua origem ou modalidade de exercício, tende sempre, ainda que com intensidade variável, para o fortalecimento da autoridade central. É da natureza mesma desse poder que seu exercício se aprimore, sob certos aspectos, com a unidade de ação. E a esta é comum que suceda, desvirtuando-a, na sua essência, a concentração da autoridade. Para isso contribui a vocação do homem, mais ou menos incoercível, para o mando, da qual

A autonomia plena dos Estados-membros, característica da primeira República, gerou resultados inexpressivos. O grande cabedal de *competências residuais*, à semelhança do modelo norte-americano, não foram desenvolvidas pelos Estados-membros, carentes de recursos financeiros e incapazes de atuação coordenada com o poder central, que passou a intervir, abusando do instrumento excepcional e promovendo a política dos governadores. Alguns Estados-membros tiveram arroubos de soberania, que não promoveram diversificação estrutural (a Constituição de Santa Catarina dispunha que o Estado reconhecia para o livre exercício de sua soberania somente as restrições expressamente definidas na Constituição Federal (art. 1º); o Estado do Rio Grande do Norte contou com uma Secretaria de Relações Exteriores; a Constituição do Estado da Bahia fez da Corte de Contas órgão do Poder Judiciário, para apreciação do contencioso designado em lei (arts. 65, VI, e 72); a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul ousou com a participação do Governador, dos Municípios e do povo no processo de elaboração legislativa). A competência para legislar sobre *processo civil* e comercial, das mais importantes dos Estados, não ensejou – segundo Seabra Fagundes - diversidades apreciáveis, em razão de condições locais.

Diz o autor:

“Os códigos não diferiam sob esse prisma. As suas peculiaridades nasceram de posições técnicas. Eram estas que separavam, por exemplo, o Código do Estado de Minas, já com anos de aplicação, do Código paulista de 1930. E sobre o primeiro se decalara os de vários Estados do Norte, com o segundo inspiraria uma nova codificação ao Estado do Espírito Santo. Também o Código baiano, com marcas do grande Spínola na originalidade de algumas regras (tal com os de Minas e de São Paulo havia recebido influência dos autores insignes dos respectivos projetos: Arthur Ribeiro e Costa Manso), o que oferecia de próprio era antes técnico do que regional. E um Estado houve – Alagoas – que se bastou com a própria lei processual da Monarquia, de resto não contrariada, em substância, nem mesmo pelos Códigos paradigmas, que vimos de referir”⁵⁸.

resulta que o poder atrai o poder e que o poder pede sempre mais poder (...)” (*Novas perspectivas do federalismo brasileiro*, cit., p. 07).

⁵⁸ *Novas perspectivas do federalismo brasileiro*, cit., p. 14. A tecnicidade e a inspiração estrangeira na elaboração do Código de Processo da Bahia são referidas por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “O Código de Processo do Estado da Bahia deu mais um passo no rumo da modernidade, inspirado o autor do projeto de Eduardo Espínola em lições da doutrina italiana e alemã” (*Do formalismo no processo civil*, cit., p. 51).

O federalismo antigo, aquele da primeira República, que se vinculou ao modelo norte-americano, modificou-se drasticamente, mas não a ponto de extinguir-se⁵⁹, assumindo, no decorrer do tempo, diversas feições, que não comprometeram a sua essência (*foedus*).

As federações - afirma Celso Ribeiro Bastos - não são estáticas. Elas evoluem no tempo e os diversos exemplos históricos desse tipo de Estado têm permitido inferir a regra de que há uma tendência crescente de centralização do poder. Parece – prossegue o autor – ser uma verdade confirmada pelos fatos esta de que os poderes da União tendem a agigantar-se, a dos Estados-membros a definhar-se. A razão principal disto é a intervenção crescente do Estado em áreas que outrora lhe era estranhas, sobretudo no campo sócio-econômico. Quem, por excelência, tem condições para intervir no domínio econômico é a União, já que em suas mãos se encontram as alavancas principais da economia⁶⁰.

A federação antiga, que ascendeu frente às aspirações democráticas e à vastidão do território brasileiro, exigindo empenho para conduzir situações e problemas de conformidade com as peculiaridades locais (Províncias), passou por diversas mutações - *como se vê na codificação da lei processual civil* –, que romperam a concepção clássica, dualista e centrífuga, para instalar a federação moderna, fundada na centralização, cooperação e na intensidade das relações inter-governamentais.

⁵⁹ É a opinião de Paulo Bonavides: “Quando se traça, pois, esse inarredável quadro de esmagadora superioridade econômica e financeira do Estado Federal sobre as unidades federadas e se observa a dependência efetiva a que estas ficam sujeitas, a primeira impressão que se tem é de negar a existência contemporânea do sistema federal, o qual teria já transitado para uma fórmula de mera descentralização administrativa (...). As correntes federalistas que descendem da tradição clássica do federalismo pensam desse modo e chegam a essa amarga conclusão, porquanto vêem mais participação com dependência do que autonomia com participação nos moldes do Estado Federal contemporâneo. Entendemos ao contrário que o federalismo não desapareceu, mas se transformou (...)” (*Ciência política*, cit., p. 190).

⁶⁰ *Curso de teoria do estado e ciência política*, cit., p. 229.

Esta idéia de mutação da federação, período pelo qual atravessou o Estado brasileiro, lava-nos a conclusão de que não há modelo pronto, acabado e inflexível de Federação⁶¹.

Tal raciocínio foi desenvolvido por Roque Antonio Carraza, cuja lição transcrevo:

“Não entram em acordo os autores no apontar traços característicos do Estado Federal. Assim, v.g., Duguit nele vislumbra a existência de dois governos no mesmo território e a impossibilidade de se alterarem as competências de cada um deles, sem a anuência de ambos. Já Hauriou sustenta que, no federalismo, há diversidade de leis e várias soberanias, sob uma soberania comum. Jellinek, sempre perigoso, aponta como da essência do Estado Federal a autonomia, salvaguardada pela Constituição, das unidades federadas. Le Fur, de sua parte, considera existente uma Federação quando as unidades federativas entram na formação da vontade do Estado. Kelsen, com sua visão analista do Direito, distingue o Estado Federal dos demais, pela existência nele de três ordens jurídicas: duas parciais (a União e as unidades federadas) e uma global (a da Constituição, que as domina, delimitando-lhes a competência e encarregando um órgão de fazer cumprir). Desta amostragem, notamos que poderíamos, com maior facilidade, compor um grande mosaico, com excertos ou citações de renomados juristas e, ainda assim, não chegaríamos a uma conclusão definitiva sobre a natureza jurídica do Estado Federal. Por quê? Em primeiro lugar, indubitavelmente, porque no mundo infinito e ondeante do pensamento de cada autor acaba por captar alguma peculiaridade que escapou à argúcia dos demais. Mas acima de tudo, porque cada Federação tem uma fisionomia própria: *a que lhe imprime o ordenamento jurídico local*. Halina Zastowt Sukiennicks, citada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, percebeu a inexistência de dois Estados Federais absolutamente idênticos e, por isso, escreveu: ‘Nenhum Estado se assemelha a outro, de tal forma que se possa dizer que os seus respectivos regimes sejam idênticos. Eles, quando muito, podem ser análogos. Para classificar um organismo estático nos quadros da noção Estado Federal, subsiste a mesma dificuldade. Os Estados que iniciaram o regime federativo, e que serviram, portanto, de base para a elaboração das diversas teorias sobre a natureza jurídica do Estado Federal são os únicos que nunca têm contestada a estrutura federal. O mesmo não se dá com os outros países, pois os seus regimes, embora modelados sobre os dos primeiros, deles sempre se afastam e, muitas vezes, de maneira importante’. Logo, os que buscam um conceito definitivo, universal e inalterável de Federação, supõem, erroneamente, que ela, aqui e alhures, tem forma única, geométrica, recortada de acordo com o molde inflexível. Para estes, os Estados quando se ajustam, como verdadeiras luvas, nos ‘arquetipos eternos’, cujas origens e contornos lutam por precisar. Mas,

⁶¹ O Ministro Sepúlveda Pertence, ao cuidar da cláusula pétrea da forma federativa de Estado, observou que esta “não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou, e como o adotou” (ADI n. 2.024-2, liminar, DJU 1.12.2000).

normalmente, são os Estados Unidos da América do Norte tomados pelos estudiosos como exemplo consumado de federação⁶².

A evolução das constituições brasileiras ensina que a Federação, não obstante o berço histórico nos Estados Unidos da América, deve ser vista e compreendida segundo a realidade histórica e cultural do país, que acolhe, a partir de decisão política soberana, determinado modelo de aliança política, algumas vezes análogo, mas nunca idêntico, a outros pré-existentes, de modo a melhor dispor, segundo suas necessidades e exigências territoriais, sobre a organização e coordenação das forças atuantes.

Não deve o intérprete, ao cuidar da dimensão do poder estatal, segundo o desenho constitucional de repartição de competências, incidir no mesmo erro que marcou a primeira República, que é a importação de conceitos sobre a autonomia e soberania dos entes federativos noutras realidades histórico-culturais, notadamente nos Estados Unidos da América.

A análise do tema repartição de competências deve partir do arquétipo constitucional atual e vigente, sob pena de deturpar os contornos do modelo de Estado Federal concebido pelo constituinte de 1988.

d – Federação de 1988.

A Constituição de 1988 deu novos contornos ao modelo de organização político-administrativa, acentuando, logo no art. 1º, a característica da indissolubilidade do vínculo federativo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶² *Princípio federativo e tributação*, cit., p. 163/164.

Mais adiante, ao identificar os entes políticos componentes do Estado Federal brasileiro (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), dá-se ênfase à *autonomia*⁶³, ponto nuclear do sistema federativo:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

A adoção da forma federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política, pressupondo regras constitucionais que lhe atribua formatação, garantindo-se, ao mesmo tempo, a sua manutenção e a indissolubilidade.

Não há a menor dúvida que a forma federativa de Estado, tal como concebida na Constituição de 1988, constitui um dos principais vetores de interpretação das normas que integram a ordem jurídica positiva, a ponto de ser vedada deliberação de proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 60, § 4º, I⁶⁴).

Geraldo Ataliba, ao discorrer sobre a Federação e a República⁶⁵, princípios constitucionais que exercem função capitular da mais transcendental importância, ensina:

⁶³ Autonomia significa capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano.

⁶⁴ Art. 60, § 4º, da CF – “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

⁶⁵ Vale anotar a mudança de orientação de José Afonso da Silva, por ocasião da Constituição de 1988, a qual, diferente das anteriores, não incluiu a República expressamente no rol das matérias imodificáveis por emenda. Diz o constitucionalista: “Não o fez, porque previu o plebiscito para que o povo decidisse sobre a forma de governo: República ou Monarquia constitucional. O povo, por votação direta, optou por maioria esmagadora pela República, legitimando-a de uma vez por todas, já que a sua proclamação não contou com sua participação. Assim, popularmente consolidada, é de se perguntar se, não estando ela expressamente no rol das cláusulas intangíveis, pode ser objeto de emenda a sua abolição com instauração da forma monárquica de governo. Inicialmente tive dúvidas e cheguei mesmo a escrever, nas edições anteriores deste manual, que, por não ser vedada emenda tendente a abolir a República, ficava reconhecido o direito de formação de partido monarquista que atuasse no sentido de instaurar a Monarquia mediante emenda constitucional. Assim o disse, embora destacasse que a Constituição inscreve a forma republicana como um princípio constitucional a ser assegurado e observado (art. 34, II, a), o que significa dizer, por um lado, que certos elementos do conceito de República, como a periodicidade de mandato, devem ser assegurados e observados. Ora, meditando sobre a questão, verifiquei que meu texto,

“No que respeita, porém, a esses dois princípios, pode-se dizer que nossa Constituição é rigidíssima. Não há possibilidade de ser alterada quanto a essas matérias, nem mesmo por meio de emendas. Nesse ponto, ela é inalterável. Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer projeto tendente (que abrigue tendência; que leve; que conduza; que encaminhe; que facilite; que possibilite, mesmo indiretamente) a abolição dos dois princípios, reputados tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em tabus jurídicos. Intocáveis, na plena extensão do significado da palavra. Relativamente a eles, tudo o mais é secundário, é mutável, por via de emenda. Eles são perenes, eternos, imutáveis (juridicamente). Quer isto dizer que só por via revolucionária, só mediante quebra da ordem jurídica podem eles ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados”⁶⁶.

Para compreender a real dimensão do Estado Federal de 1988, a análise deve partir da identificação de seus elementos conceituais (José Afonso da Silva) ou núcleo essencial (Jorge Miranda), cuja modificação ou supressão, segundo o art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal, é vedada ao constituinte derivado.

Jorge Miranda diz que a cláusula pétrea não tem por escopo proteger os dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados⁶⁷. Desde que preservado o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, elementos ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos.

Flávio Novelli enfatiza que “a mais categorizada doutrina rejeita hoje, incisivamente, uma apriorística identificação entre inviolável e inemendável ou irrevisível”. No sentir do autor, a violação existiria apenas quando transgredidos os limites do poder de emenda. Esses limites não seriam transgredidos tão-só por dar às matérias postas sob a proteção de cláusula pétrea uma nova disciplina, mas o seriam quando a modificação tocasse – suprimindo ou aniquilando – um princípio

naqueles termos, era contraditório. Se a forma republicana constitui um princípio constitucional que tem que ser assegurado, como admitir que emenda possa aboli-lo? Os fundamentos que justificam a inclusão da República entre as cláusulas intangíveis continuam presentes na Constituição, que só os afastou por um momento, a fim de que o povo decidisse sobre ela. Como o povo o fez no sentido de sua preservação, todos aqueles fundamentos readquiriram plena eficácia de cláusulas intocáveis por via de emenda constitucional. Não se trata, no caso, de simples limitação implícita, mas de limitação que encontra no contexto constitucional seus fundamentos, tanto quanto o encontraria se a limitação fosse expressa (*Curso de direito constitucional positivo*, cit. p. 66/67).

⁶⁶ *Regime constitucional e leis nacionais e federais*, cit., p. 59.

⁶⁷ *Manual de direito constitucional*, cit., p. 155.

estrutural da Constituição. Aí sim, a obra do poder constituinte originário ficaria desfigurada, por haver ferido o conteúdo essencial dos interesses, valores e princípios que as cláusulas pétreas querem proteger. Para Novelli, a Lei Maior “repele, não toda a emenda capaz de afetá-los, mas tão-somente a que intente suprimi-los ou (o que dá no mesmo) alterá-los substancialmente, afetá-los no seu conteúdo essencial”. Esse conteúdo essencial seria “aquilo que neles (nos princípios estruturais) constitui a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes”⁶⁸.

Embora essa concepção – núcleo essencial - pareça ter sintonia com a orientação do Supremo Tribunal Federal⁶⁹, José Afonso da Silva defende idéia mais restritiva, que me parece afinada com o espírito do texto constitucional, quando cuida de temas estruturais e essências à higidez plena do texto político-ideológico.

Diz o constitucionalista:

“É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou forma federativa de Estado, ‘fica abolido o voto direto ...’. ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação ..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança ...’. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas *tendentes*, diz o texto) para sua abolição”.

⁶⁸ *Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional n. 03/93*, cit., p. 41.

⁶⁹ MS 20.257/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. out/1980: Nesse caso, o STF discutiu se uma emenda constitucional, que prorroga o mandato de prefeito de dois para quatro anos, afetava a cláusula pétreia do princípio republicano, consagrado na Constituição da época. Entendeu-se que nem toda modificação do tema da duração do mandato está vedada, desde que não se afete o núcleo essencial da temporariedade, que tem a ver com a possibilidade de, em intervalos razoáveis, o povo eleger os seus representantes em cargos políticos. No MS 23.047, o relator, Min. Sepúlveda Pertence (DJU 14.11.2003), adere à tese de que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição Originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.

Daí porque, encampando a lição de José Afonso da Silva, discordamos de Paulo Gustavo Gonet Branco, quando diz que “a repartição de competências é crucial para a caracterização do Estado Federal, mas não deve ser considerada insuscetível de alterações. Não há obstáculo à transferência de competências de uma esfera da Federação para outra, desde que resguardado certo grau de autonomia de cada qual”⁷⁰. Seria possível, segundo o autor, intercâmbio entre as competências atribuídas aos entes federativos, desde que preservado *certo grau de autonomia de cada qual*.

Como visto, é vedada a *discussão (deliberação)*, diz o § 4º, do art. 60, da CF) de emenda constitucional *tendente* à abolição de um dos elementos conceituais da forma federativa de Estado. Desse modo, sendo a *autonomia* dos entes políticos um dos elementos conceituais da Federação - *o mais relevante por sinal* - a proposta de emenda constitucional que modifique ou retire alguma matéria do rol de competências arquitetado pelo constituinte originário de 1988 incorrerá em vício da inconstitucionalidade.

Este é, justamente, o exemplo de José Afonso da Silva, que pela pertinência transcrevo:

“Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de auto-governo e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência de abolir a forma federativa de Estado”⁷¹.

Não se pode olvidar, também, que a Federação se assenta na idéia de união de coletividades regionais autônomas, denominados de Estados Federados, que em determinado momento histórico, ao disporem, soberanamente, sobre o

⁷⁰ No texto, há citação da lição de Nelson Sampaio, nos seguintes termos: “De certo (o poder reformador) poderá, gradativamente, ou de um só golpe, privar os Estados-membros de muitas de suas competências. Mas será obrigado a parar se tentar retirar-lhes a faculdade de fazerem suas constituições (poder de auto-organização), a de possuírem poderes executivos e legislativo próprios (auto-governo) ou de organizarem e gerirem, com recursos próprios, seus serviços públicos (auto-administração). Até quando se respeitem essas prerrogativas aos Estados-membros, poderemos falar de federação brasileira” (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 212).

⁷¹ *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 67.

modelo político-administrativo, firmam uma *aliança* e um *pacto*, de caráter indissolúvel, cuja modificação, ainda que ligeira, neste ou naquele elemento conceitual, poderá significar o seu rompimento, desfazendo-se a estrutura e o arcabouço ideológico que o constituinte originário *pretende* e *exige* imutável.

Não existe o modelo *necessário, ideal, pronto* e *final* de Estado Federal. Cada um tem suas peculiaridades⁷², segundo o conteúdo histórico e cultural da nação, sofrendo sensíveis alterações no curso da sua existência. Daí porque a análise dos elementos conceituais – insisto - deve concentrar-se no modelo de 1988.

Nesse sentido, a principal e mais marcante característica da Federação é a autonomia dos entes componentes. A autonomia implica, necessariamente, em descentralização de poder. Descentralizar, segundo Michel Temer, implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser própria do novo centro. A centralização política – prossegue o autor – importa a existência de centro único emanador de comandos normativos e, por isso

⁷² Veja-se que o Município é ente integrante do Estado Federal brasileiro, tal qual a União, os Estados e o Distrito Federal. Nesse sentido, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior: “Com efeito, o Município recebe competências próprias, tem autonomia e pode auto-organizar-se por meio de lei orgânica. De todos os característicos comuns do federalismo, o Município só não possui a faculdade de fazer-se representar junto ao Senado Federal, mas tal traço não pode afastá-lo da integração federativa” (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 270). No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles: “Agora, a nossa Federação compreende a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, que também são entidades estatais, com autonomia política reconhecida pela Constituição da República” (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 57). Em sentido contrário, José Afonso da Silva: “Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes do Município. Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois, não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de Municípios que forma a federação. Se houvesse uma federação de Municípios, estes assumiriam a natureza de Estados-membros, mas poderiam ser Estados-membros (de segunda classe) dentro dos Estados Federados? Onde estaria a autonomia federativa de uns ou de outros, pois esta pressupõe território próprio não compartilhado? Dizer que a República Federativa do Brasil é formada de união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal (...)” (*Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 474).

mesmo, de sede exclusiva de competências. A descentralização política significa a realidade de várias pessoas (entendidas como centros de imputação de direitos e deveres) investidas da função de dizer, por meio de regras gerais e abstratas, sobre tudo o que importa a uma coletividade e que configura as suas competências. Quer dizer: os comandos reguladores da atividade de uma pessoa não vêm de fora dela, mas dela própria. Ser capaz politicamente é, em síntese, ter capacidade legislativa⁷³.

A descentralização política conduz a uma distribuição ou repartição de competência⁷⁴, que, em regra, enumera as de ordem central, reservando às ordens parciais as competências restantes (tema que será abordado no capítulo seguinte)⁷⁵. Outro traço característico da descentralização política é a possibilidade de auto-organização do Estado-membro. O art. 25 da Constituição Federal, combinado com o art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conferiu aos Estados-membros poder de auto-organização por meio de Constituições Estaduais, assegurando às vontades parciais autodeterminação em matéria organizativa. Essa autodeterminação, contudo, não é absoluta, uma vez que as Constituições Estaduais estão limitadas pela compulsória observância dos princípios estabelecidos na Carta Federal⁷⁶.

⁷³ *Elementos de direito constitucional*, cit., p. 60.

⁷⁴ “Por isso, a repartição de competências é tema central da organização federal. Na avaliação dos publicistas que lidam diuturnamente com o tema, ora a repartição de competências é qualificada de *la grande affaire du federalisme*, ora de *key to the interfederal power structure*, evidenciando a essencialidade da repartição de competência e a razão de sua localização direta no documento constitucional, como parte ineliminável da Constituição Federal material” (Raul Horta Machado, *Repartição de competências na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 55).

⁷⁵ “A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado Federal. São notórias as dificuldades quanto a saber que matérias devem ser entregues à competência da União, quais as que competirão aos Estados e quais as que se indicarão aos Municípios” (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 477).

⁷⁶ “Podemos, diante do exposto, afirmar que a auto-organização passa pela criação e disciplina de um Poder Executivo, com governantes próprios, eleitos pelo povo, um Poder Legislativo próprio, escolhido pelo povo, para legislar sobre as competências próprias e, por fim, um Poder Judiciário, com competências para dizer o direito sobre matéria pertinentes às competências do Estado” (Luiz Alberto David Araújo. *Característicos comuns do federalismo*, cit., p. 44).

O pacto federativo deve sempre estar alicerçado em uma Constituição rígida⁷⁷, segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“É que seria impensável a existência de autonomia e, em especial, de repartição de competências, se essas não viessem escritas em uma Constituição rígida. Com efeito, se a mera elaboração legislativa da ordem central fosse capaz de modificar as competências ou de retirar a autonomia das ordens federativas, não se poderia falar, com propriedade, em Federação, pois o pacto a ela subjacente estaria de tal modo fragilizado que, a qualquer momento, poderia ser violado por vontade da ordem central”⁷⁸.

Ao lado da repartição constitucional de competências de suma relevância é a necessidade dos entes componentes da federação serem dotados de rendas próprias. Ao receber competências, inclusive o poder de auto-organização, imperioso que a Constituição propicie aos entes federativos os meios econômicos para sua existência e realização dessas competências. A existência real da autonomia - diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho - depende da previsão de recursos, suficientes e não sujeitos a condições, para que os Estados possam desempenhar suas atribuições. Claro que tais recursos não de ser correlativos à extensão dessas atribuições. Se insuficientes ou sujeitos a condições, a autonomia dos Estados-membros só existirá no papel em que estiver escrita a Constituição. Daí o chamado problema de repartição de rendas⁷⁹.

A participação da vontade das ordens parciais na elaboração da norma geral é outra característica dos Estados federados⁸⁰, que se dá, historicamente, no Senado Federal, com representação paritária, em homenagem ao princípio da igualdade jurídica dos Estados-membros⁸¹.

⁷⁷ Aliás, a base jurídica – Constituição e Tratado – constitui em dos elementos que diferenciam a Federação e a Confederação.

⁷⁸ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 279.

⁷⁹ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 44.

⁸⁰ Importante lembrar, também, que os Estados, mais da metade deles, manifestando-se as Assembléias pela maioria relativa de seus membros, poderão formular proposta de emenda à Constituição Federal (art. 60, III, da CF).

⁸¹ “... o Senado é uma corporação de embaixadores dos Estados ...” – João C. Barbalho, *Constituição Federal brasileira - comentários*, F. Briguiet e Cia. Ed., Rio, 2ª ed., 1994, p. 16.

A Constituição Federal erigiu o Supremo Tribunal Federal à condição de guardião da Constituição, cabendo-lhe controlar a repartição de competências e a manutenção do pacto federativo. Trata-se de órgão do Poder Judiciário capaz de dizer a adequação e a compatibilidade da normatividade infraconstitucional mediante controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Sobre a necessidade de um órgão neutral para manutenção do pacto federativo, discorre Norberto Bobbio:

“Sendo que o modelo federal exerce uma verdadeira divisão do poder soberano de base territorial, o equilíbrio constitucional não pode se manter sem a primazia da Constituição em todos os seus poderes. Com efeito, a autonomia desse modelo se traduz no fato de que o poder de decidir concretamente, em caso de conflito, quais sejam os limites que a duas ordens de poderes soberanos não podem ultrapassar, não pertence nem ao poder central (como acontece no Estado unitário, onde as coletividades territoriais menores usufruem de uma autonomia delegada) nem aos Estados federados como acontece no sistema confederativo, que não limita a soberania absoluta dos Estados. Esse poder pertence a uma autoridade neutral, os tribunais, aos quais é conferido o poder de revisão constitucional das leis. Eles baseiam sua autonomia no equilíbrio entre o poder central e os poderes periféricos e podem desempenhar eficazmente suas funções com a condição de que nenhuma das duas ordens de poderes conflitantes prevaleça de modo decisivo. Para dar força às decisões judiciais provêm ora os Estados Federados, ora o Governo central, que as sustentam todas as vezes que convergem com os respectivos interesses. Portanto, somente em virtude das próprias decisões do poder judiciário é capaz de restabelecer o equilíbrio entre os poderes, definido pela Constituição”⁸².

A indissolubilidade do pacto é outra característica do Estado Federal (art. 1º, *caput*, da CF). Aos Estados-membros não assiste o direito de secessão, porque a soberania na Federação é una e indivisível, sendo vista de forma global e não parcelada. Em casos extremos, a tentativa de ruptura ou desagregação do pacto federativo, ensejará o decreto de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34 da CF). Nesse caso, a União Federal – segundo Luiz Alberto David Araujo - atua como mero instrumento da vontade dos outros Estados-membros que se sentem lesados com a situação existente⁸³.

⁸² *Dicionário de política*, cit., p. 481.

⁸³ *Característicos comuns do federalismo*, cit., 49.

III – Repartição de competências na Constituição de 1988.

a – Critérios e espécies.

Superando o modelo do federalismo clássico⁸⁴, onde a Constituição dos Estados Unidos adotou a técnica de especificar os poderes da União, deixando para os Estados todos os demais poderes não atribuídos ao poder central ou vedados às autoridades estaduais (décima emenda), a Constituição da República de 1988, acolhendo em grande parte anteprojeto elaborado por José Afonso da Silva⁸⁵, implementou sistema complexo de distribuição de competências aos entes federativos, onde se destacam as técnicas *horizontal* e *vertical*.

O princípio geral que norteia a repartição de competências entre os componentes do Estado Federal – relata José Afonso da Silva – é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse *geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse *regional*, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse *local*. Acontece que, no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local. Muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles. Os exemplos da Amazônia, os do polígono da seca, os do Vale do

⁸⁴ O sistema adotado pela Federação do Canadá é inverso ao modelo clássico norte-americano, ou seja, os poderes atribuídos aos Estados-membros são expressamente enumerados e os remanescentes reservados à União. Na Índia e Venezuela há exaustiva enumeração das competências das entidades federativas. Fernanda Dias Menezes de Almeida, discorrendo sobre a Constituição de 1950 da Índia, diz que, naquele documento constitucional, há três listas, uma contendo 97 matérias de competência exclusiva da União, outra relacionando 66 matérias de competência exclusiva dos Estados e uma última arrolando 47 matérias de competência concorrente. A competência residual, por seu turno, é deferida à União (*Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 36). José Afonso da Silva ressalta que a técnica de enumeração exaustiva de poderes para as entidades federativas vigora também no Brasil para a repartição de rendas tributárias, com competência residual para a União (arts. 145 a 162).

⁸⁵ O fato é relatado pelo próprio José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 477).

São Francisco e do Vale do Paraná-Uruguaí, são exemplos que se citam na Federação Brasileira⁸⁶.

A Constituição Federal, ao cuidar da repartição de competências, não se refere, tão-somente, àquelas de natureza *legislativa*. Ao lado destas, há as competências *materiais* ou *administrativas*, que atribui ao ente federativo o dever-poder de prestação de índole político-administrativa. Ao cuidar do art. 21 da Constituição Federal, que veicula extenso rol de competências *administrativa* ou *material*, Fernanda Dias Menezes de Almeida afirma que nele “confere-se competência à União para desempenhar certas atividades de cunho político, administrativo, econômico ou social que, por sua natureza, inserem-se na órbita do Poder Executivo, pressupondo o seu exercício a tomada de decisões governamentais e a utilização da máquina administrativa”⁸⁷.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a técnica *horizontal*, adotada para definição de competências privativas ou exclusivas, consiste em “separar, radicalmente, a competência dos entes federativos, por meio da atribuição a cada um deles de uma área própria, consistente em toda uma matéria (do geral ao particular ou específico), a ele privativa, a ele reservada, com exclusão absoluta da participação, no seu exercício de outro ente”⁸⁸.

Dessa maneira, cada um dos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, possui um rol próprio de competências, que, ressalvada hipótese de delegação, deve exercer com exclusividade. As competências privativas da União estão prescritas nos arts. 21 e 22⁸⁹; as estaduais no art. 25 e as municipais no art. 30⁹⁰.

⁸⁶ Idem, cit., p. 478.

⁸⁷ *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 68.

⁸⁸ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 155.

⁸⁹ José Afonso da Silva distingue a competência exclusiva e a competência privativa. Para ele, aquela é indelegável e esta é delegável. Diz o autor: “Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou a um órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte, declara-se que compete privativamente a ele a matéria indicada. Assim, no art. 22 se deu competência privativa (não exclusiva) à União para legislar sobre: (...), porque o parágrafo único

Ao lado do critério horizontal, acima referido, há o critério *vertical*, onde mais de um ente federativo partilha, simultaneamente, da mesma competência legislativa ou administrativa⁹¹. A índole da repartição vertical de competências – ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho – é a de dividir uma mesma matéria, em diferentes níveis, entre os diversos entes federativos. Assim, uma mesma matéria é atribuída concorrentemente a entes federativos diversos, sempre, porém, em níveis diferentes: a um atribui-se um estabelecimento de normas gerais, a outro o de normas particulares e específicas. Fala-se, neste caso, em competência concorrente, pois relativamente a uma só e mesma matéria concorre a competência de mais de um ente político⁹².

Aqui, no critério vertical, a Constituição Federal atribui o trato da matéria a mais de um ente federativo (condomínio legislativo⁹³). Quando especifica o nível de intervenção de cada ente estamos diante da *competência concorrente*. Quando admite que todos os entes exerçam indistintamente a competência estamos diante de *competências comuns*.

José Afonso da Silva traça a distinção entre elas ao cuidar das competências quanto à extensão:

faculta a lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nesse artigo. No art. 49, é indicada a competência exclusiva do Congresso Nacional. O art. 84 arrola a matéria de competência privativa do Presidente da República, porque seu parágrafo único permite delegar algumas atribuições ali arroladas. Mas a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto. Veja-se, por exemplo, que nos arts. 51 e 52 traz matérias de competência exclusiva, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas diz que se trata de competência privativa. Não é deste último tipo, porque são atribuições indelegáveis” (*Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 480).

⁹⁰ Vale anotar que há outras competências, legislativas ou administrativas, espalhadas no texto constitucional. Exemplificando com relação à União, confirmam-se os arts. 164 (emitir moeda); 176 (pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento de energia hidráulica); 194 (organizar a seguridade social); 48 (operações de crédito, dívida pública; fixação e modificação do efetivo das forças armadas; telecomunicações e radiodifusão; limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União, e assim por diante, nos demais incisos); 5º, VIII (prestação alternativa no caso de invocação de objeção de consciência).

⁹¹ Esta técnica foi concebida na Constituição Alemã (11.08.1919 – art. 10).

⁹² *Curso de direito constitucional*, cit., p. 189.

⁹³ Raul Machado Horta, *Estudos de direito constitucional*, cit., p. 366, item 2.

“(c) *comum, cumulativa ou paralela*, reputadas expressões sinônimas⁹⁴, que significa a faculdade de legislar ou de praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art. 23); (d) *concorrente*, cujo conceito compreende dois elementos: (d.1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e seus parágrafos); (e) *suplementar*, que é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º a 4º)”

O que nos interessa, especialmente para fins de delimitar o sentido e alcance do art. 24, XI, da Constituição Federal (“*procedimentos em matéria de processo*”), é a *competência legislativa concorrente*, que podem ser classificadas como *próprias* ou *impróprias*.

As *impróprias*⁹⁵ – ensina Luiz Alberto David Araujo – não são expressamente previstas na Constituição, mas encontram-se implícitas na definição das competências comuns. Em outras palavras, as competências concorrentes impróprias só têm lugar ante a necessidade de se dar alicerce

⁹⁴ Há, porém, quem as entenda de modo diverso. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, p. ex., vê a competência comum sob dois ângulos: (a) o “de matérias que ficam entregues à ação conjugada dos poderes federais e estaduais”, como a competência para obter empréstimos externos por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, que dependam de autorização do Senado (art. 52, V); (b) o de matérias, onde os órgãos federais são competentes para estabelecer os princípios, prescrevendo as normas gerais”, ficando os Estados encarregados de ditar disposições complementares e supletivas (*Natureza jurídica do Estado Federal*, cit., p. 77/78), mas aqui se trata de competência concorrente, não comum.

⁹⁵ André L. Borges Netto delinea alguns limites ao exercício da competência legislativa implícita, que conceitua como sendo os poderes constitucionais que se fazem necessários para que as competências privativas ou expressas possam ser plenamente atingidas: “(...) as competências implícitas se compreendem dentro de competências expressamente outorgada para as entidades federadas”; “as competências implícitas não podem ser exercidas ilimitadamente. Como sustentado por Marshall, sendo legítimo o fim a ser perseguido por intermédio da atividade legislativa e, desde que o fim a ser alcançado esteja dentro do objeto da Constituição, todos os meios que forem apropriados e claramente adequados a esse fim, não sendo proibidos, mas antes compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, serão constitucionais”; “as competências implícitas existem em relação às competências privativas de todas as entidades políticas integrantes do pacto federativo, pois a Constituição, quando impõe o alcance de determinado fim, deve colocar a disposição do legislador os meios necessários para alcançar o objetivo estipulado normativamente”; “das competências residuais dos Estados-membros não podem decorrer poderes implícitos, pois essas competências não estão expressas na Constituição, e os poderes implícitos dependem de poderes explícitos no mesmo sentido, as quais têm por finalidade preencher as lacunas” (*Competências legislativas implícitas dos Estados-Membros*, cit., p. 133).

legislativo para o exercício de competência comum, como, por exemplo, aquela indicada no art. 23, VI, da Constituição da República (“proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”). Ainda neste exemplo, discorrendo sobre as competências concorrentes impróprias, arremata a lição:

“De outro lado, a necessidade de implementação das competências materiais faz nascer as concorrentes impróprias, cujo regime jurídico indica a inexistência de limites a cada uma das ordens federativas, ou seja, cada uma delas pode legislar de maneira integral sobre as mesmas matérias. A situação regulamentada, de sua vez, ficará submetida a espectro regravativo das leis de todas as ordens da Federação. Veja-se, a pretexto da ilustração, as competências comuns de proteção do meio ambiente e preservação de florestas (incisos VI e VII do art. 23 da CF). Figure-se a hipótese de que, no exercício dessas competências comuns, leis federal, estadual e municipal disponham sobre uma faixa de proteção florestal da Mata Atlântica. Nesse exemplo, a lei federal estabelecerá a proteção da vegetação nativa a partir de 100m do nível do mar, a lei estadual a partir de 140 e a municipal de 70m do nível do mar. Qual delas deveria ser aplicada? Sem dúvida nenhuma, as três. Assim, a vegetação estaria protegida a partir de 70m do nível do mar, pois a observância da legislação mais rigorosa implicaria automaticamente a dos demais comandos normativos. Destarte, cuidando-se de competência concorrente imprópria, as três ordens federativas exercem competência ilimitada, sem que nenhuma e superponha à outra. De todo o modo, os três comandos normativos são de observância obrigatória”⁹⁶.

Já as *competências concorrentes próprias* estão designadas expressamente na Constituição Federal:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção

⁹⁶ Curso de Direito Constitucional, cit., p. 274/276. No mesmo sentido, Alaor Caffé Alves: “Nesse plano (da competência concorrente cumulativa), há o concurso de competências sob o mesmo título ou sob a mesma rubrica, porém, discriminadas sob aspectos diferentes pelo fato de cobrirem finalidades diversas. Exemplo dessa situação é a que temos na Região Metropolitana de São Paulo, pela aplicação da legislação de proteção aos mananciais. O Estado é competente, em nome do interesse metropolitano, para aplicar disposições referentes a índices urbanísticos, com o objetivo de condicionar as atividades particulares aos propósitos daquela proteção. Entretanto, essa faculdade não exclui a do município para aplicar disposições legais da mesma natureza, com objetivos diversos, inscritos em matéria de seu peculiar interesse. Em caso de discrepância entre tais dispositivos, prevalece a prescrição mais restritiva, não em razão da hierarquia das leis, que na hipótese vertente não existe, mas sim de sua eficácia, tendo em vista que o administrado está sob o influxo de duas ordens jurídicas autônomas, devendo subordinar-se a ambas” (Planejamento e federação, cit., p. 244).

ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário⁹⁷.

A Constituição Federal confere à União a prerrogativa de edição de *normas gerais*, assegurando aos Estados-membros e ao Município (art. 30, II⁹⁸) a sua suplementação. Por consequência, aos Estados-membros e aos Municípios fica reservada a edição de *normas especiais*.

Os Estados-membros, diante da ausência de exercício da competência pela União, poderão estabelecer a norma geral (*competência legislativa plena*). Com a superveniência de lei federal sobre normas gerais será suspensa a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Note-se – alerta José Afonso da Silva – o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir⁹⁹.

⁹⁷ O rol de matérias também não é taxativo. Vide art. 61, II, d, da CF, que dispõe competir ao Presidente da República a iniciativa de lei sobre normas gerais do Ministério Público dos Estados.

⁹⁸ Art. 30. Compete aos Municípios: II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber.

⁹⁹ *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 504.

b - Normas gerais e especiais.

A conceituação é bastante tormentosa. Diversas fórmulas e expressões são empregadas para designar o significado da expressão *normas gerais*: leis-quadro; normas não-exaustivas; princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores¹⁰⁰; são aquelas estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; são as normas que não entram em pormenores ou detalhes nem esgotam o assunto legislado; devem ser regras gerais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; devem referir-se a questões fundamentais e basilares; não podem violar a autonomia dos Estados. *Normas especiais*, por seu turno, são aquelas que preenchem os claros, suprem lacunas, suplementam as balizas gerais, etc.

A idéia de competência concorrente (*normas gerais e especiais*), característica do modelo de federalismo cooperativo, constitui inovação da Constituição de 1988, inspirada na Constituição de Weimar (art. 10)¹⁰¹. Esta nova técnica de repartição vertical foi anunciada em grande estilo pela doutrina.

Confira-se, a propósito, Raul Machado Horta¹⁰²:

“As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu a técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe

¹⁰⁰ Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 775. “Essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis (...) ‘Norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral” (ADI-MC 927/RS, DJ de 11.11.1994, Rel. Min. Carlos Velloso). Confira-se, também: “A lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a aperfeiçoá-las às peculiaridades locais” (Raul Horta Machado, *Repartição de competências na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 65).

¹⁰¹ Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, cit., p. 293.

¹⁰² *Estudos de direito constitucional*, cit., p. 366.

ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as normas gerais do Direito Constitucional Brasileiro”.

Inevitável que se pretenda, com a modulação desta técnica de repartição de competências, conferir uniformidade de tratamento de certas matérias, delimitando o que é essencial e homogêneo, sem restringir as peculiaridades e diversidades das unidades federadas.

Daí porque de fundamental importância a conceituação de normas *gerais* e *especiais*, pois cada um dos entes federativos, em relação à mesma matéria positivada no texto constitucional, exercerá atuação legislativa exclusiva, *sem subordinação hierárquica*.

Geraldo Ataliba discorre sobre a isonomia dos entes políticos, invocando as lições de Souto Maior Borges:

“(...) Para logo, deve-se salientar que a existência desse pressuposto não se constata, em nosso sistema federal de governo, no tocante a legislação ordinária federal, estadual e municipal. Ao contrário, a afirmação de que não há hierarquia entre leis ordinárias federais, estaduais e municipais representa, em todo rigor, um corolário do desdobramento ou inferência do princípio de isonomia das pessoas constitucionais. Mero aspecto particular da expansão desse princípio basilar. A conclusão decorre do modo de atuação do mecanismo constitucional de repartição de competências legislativas. A técnica constitucional brasileira adotou expediente de repartir, por campos privativos, a competência legislativa das pessoas constitucionais. Só excepcionalmente a competência legislativa é concorrente, posto não cumulativa (v.g., CF, art. 8º, parágrafo único). Em seguida enfatiza ‘que não há desnivelamento e, portanto, hierarquização, considerada como uma relação de supra (supremacia) e subordinação, vínculo entre normas jurídicas de graus diversos, no campo da legislação ordinária das pessoas constitucionais, mas, sim, uma repartição de competências legislativas, estabelecida na própria Constituição’. Todas as pessoas constitucionais são iguais e unicamente subordinadas à Constituição. As leis ordinárias da União, Estados-membros e Municípios tiram a sua validade da conformação com a Constituição Federal”¹⁰³.

¹⁰³ *Regime constitucional e leis nacionais e federais*, cit., p. 58/59. O tema, antigamente, gerava discordância na doutrina, que enxergava a lei federal como ato normativo superior aos preceitos estaduais e municipais. Antonio Gonçalves de Oliveira, ao pugnar que o problema não é de prevalência da lei federal, mas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis (‘primado

Não deve haver conflito entre *norma geral* e *norma especial*, pois cada um dos entes políticos, todos iguais na Federação, atuam com exclusividade no exercício da competência prescrita pela Constituição Federal, segundo a regra da preponderância do interesse. Cabe a União editar a *norma geral*, com caráter nacional, e os Estados e Distrito Federal suplementá-la, definindo os contornos e aplicabilidade para atendimento de suas peculiaridades regionais.

A isonomia jurídica dos entes componentes da federação não deixa dúvidas de que a conseqüência da invasão do espaço legislativo de um centro de poder por outro – enfatiza Fernanda Dias Menezes de Almeida - é a inconstitucionalidade da lei editada pelo invasor¹⁰⁴.

Nessa quadra, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão versando invasão de norma geral nos assuntos de interesse regional (Estados-membros e Distrito Federal), ao invés de pronunciar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, excluindo-o da ordem jurídica positiva, atribuiu-lhe interpretação conforme a Constituição, para admitir sua aplicabilidade, tão-somente, no âmbito da União, afastando, desse modo, a sua incidência na esfera dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

das competências’), colacionou o entendimento de Carvalho Santos, Aristides Milton e Clóvis Beviláqua. Confira-se: “Respeito ao assunto, Carvalho Santos, em seu Código Civil Interpretado, limita-se a repetir Rui Barbosa: ‘Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição Federal, as leis federais, as Constituições dos Estados, as leis destes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprime-lhes a hierarquia legal. Dado o antagonismo entre a primeira e 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 (...). E um notável constitucionalista, Aristides Milton, é mais incisivo: “Como a Constituição, as leis federais e os tratados são a lei suprema do nosso país, é claro que nenhuma outra, desde quando contrarie ou se oponha quer as primeiras, quer aos segundos, poderá vigorar” (...). Clóvis Beviláqua, inspirado em Amaro Cavalcanti, para quem o poder estadual é institucionalmente subordinado ao poder federal, afirmara peremptoriamente que “nos regimes federativos, como o nosso, a supremacia cabe, necessariamente, às leis federais sobre as estaduais” (*Hierarquia das leis e competência legislativa da união e dos estados*, cit., p. 22).

¹⁰⁴ *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 129. No mesmo sentido, Alexandre de Moraes: “A competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar” (*Direito constitucional*, cit., p. 293). E também Carlos Mário da Silva Velloso: “Na competência legislativa de normas gerais, diretrizes ou princípios, não poderá a União legislar sobre questões específicas, sobre particularidades. Se o fizer, cometerá inconstitucionalidade” (*Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 375).

Confira-se trecho do voto do relator¹⁰⁵:

“É que, conforme já foi dito, compete a União legislar sobre ‘normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, direta ou indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle’ (CF, art. 22, XXVII). Inconstitucionais, na citada Lei 8.666, de 21.06.93, seriam em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os dispositivos que extrapolassem o conceito de norma geral. Estes dispositivos, que extrapolassem o conceito de norma geral, seriam constitucionais em relação à União e inconstitucionais em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade deverá ser do tipo de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que decorre da interpretação conforme à Constituição (RE 1417, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 126, p. 48; ADIn 581)”.

A idéia de normas gerais foi concebida originalmente na Constituição de 1934¹⁰⁶, sendo o estudo aprofundado pela doutrina com a previsão de normas gerais de Direito Financeiro na Constituição de 1946¹⁰⁷.

Os financistas e tributaristas foram os que primeiro se debruçaram sobre o tema¹⁰⁸, trazendo importantes considerações sobre o tema, inclusive aludindo ao motivo pelo qual as *normas gerais* foram inseridas no texto constitucional, como

¹⁰⁵ ADIN 927-3/RS, liminar, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 3.11.93.

¹⁰⁶ Art 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: i) comércio exterior e interestadual, instituições de crédito; câmbio e transferência de valores para fora do País; normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público.

¹⁰⁷ Art 5º - Compete à União: XV - legislar sobre: b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário.

¹⁰⁸ Geraldo Ataliba, ao deparar-se com as normas gerais em matéria tributária e financeira, anunciou a existência de *leis nacionais*, leis brasileiras, ao lado das leis federais, estaduais e municipais. Dizia o mestre: “(...) Praticamente, entretanto, problemas surgem em matéria tributária e financeira, em razão da circunstância de se confundirem na competência do Congresso Nacional as atribuições de editar normas gerais e a lei simplesmente federal nestas matérias, por reunir o Congresso a dupla qualidade de Legislativo federal e Legislativo Nacional. Com efeito, ao Congresso Nacional incumbe editar leis nacionais e lei federais, cumulativamente. Embora sejam estas essencialmente distintas e inconfundíveis, dotadas que são de natureza jurídicas diversas – o que as coloca em campos e níveis diferentes – difícil parece, muita vês, discerni-las, principalmente em razão da circunstância de formalmente se assemelharem e, sobretudo, originarem-se, por processos semelhantes, do mesmo órgão (...). Há leis federais (ou da União), estaduais (ou dos Estados) e municipais (ou dos Municípios), dirigidas às pessoas na qualidade de administrados da União, dos Estados e dos Municípios e emanadas dos Legislativos dessas entidades políticas, respectivamente. E há leis nacionais, leis brasileiras, voltadas para todos os brasileiros, indistintamente, abstração feita da circunstância de serem eles súditos desta ou daquela pessoa política (...)” – *Regime constitucional e leis nacionais e federais*, cit., p. 62.

se vê nas palavras de Rubens Gomes de Souza, membro da comissão encarregada de elaborar o projeto de Código Tributário Nacional:

“Mas, para prosseguir nesta linha de pensamento quanto à delimitação do próprio conceito de normas gerais, a Comissão, de início, encontrou-se numa situação de impasse, porque é sabido que a origem do dispositivo é devida ao então Deputado Aliomar Baleeiro que, segundo sua própria confissão, encontrou uma fórmula verbal para vencer uma resistência política. Eu teria que verificar esta afirmativa, mas creio que esta confissão não ficou nos limites do confessional. Algo existe naquele livrinho *Andaimas da Constituição*, em que ele confessa que sua primeira idéia, primeira e última, era atribuir à União competência para legislar sobre direito tributário, amplamente e sem a limitação contida no conceito de normas gerais, desde que esta legislação tivesse a feição de uma lei nacional, de preceitos endereçados ao legislador ordinário dos três poderes tributantes: União, Estados e Municípios. A única limitação, que ele próprio enxergava, era a de se tratar de preceitos comuns aos três legisladores. Afora isso, ele não via e não achava necessário delimitar, de outra maneira, a competência que queria fosse atribuída ao Legislativo da União, que já então ele concebia, neste setor e em outros paralelos, não como federal, mas sim nacional. Entretanto, ele encontrou resistência política, de se esperar e muito forte, em nome da autonomia dos Estados e da autonomia dos Municípios, em nome de temores, justificados ou não, de se abrir uma porta, pela qual se introduzisse o fantasma da centralização legislativa. Falou-se nada menos do que na própria destruição do regime federativo, todos os exageros verbais, que o calor do debate político comporta e o próprio Aliomar encontrou uma solução de compromisso, que foi a de delimitar-se essa competência, que ele queria ampla, pelas normas gerais, expressão que, perguntado por mim quanto ao sentido que ele lhe dava, no intuito de ter uma forma de interpretação autêntica, ele me confessou que não tinha nenhuma, que nada mais fora do que um *compromisso político*, que lhe havia ocorrido e que tinha dado certo. O importante era introduzir na Constituição a idéia; a maneira de vestir a idéia, a sua roupagem era menos importante do que o seu recebimento no texto constitucional e o preço deste recebimento foi a expressão normas gerais, delimitativa, sem dúvida, do âmbito da competência atribuída, mas em termos que nem ele próprio, Aliomar, elaborara ou raciocinara. Era um puro compromisso político. E partir dessa política, juridicamente espúria, nós tivemos uma enorme produção bibliográfica, que até hoje continua a respeito do que sejam normas gerais”¹⁰⁹.

Feito este compromisso político – inclusão da expressão *norma gerais* no texto constitucional – conceitos e mais conceitos foram reproduzidos pela doutrina, mas todos, sem exceção, carregam grande dose de subjetivismo, alargando o

¹⁰⁹ *Normas gerais de direito financeiro*, cit., p. 21/34.

espectro de conflitos de competências, onde avulta a importância da atuação do Supremo Tribunal Federal e sua jurisprudência¹¹⁰.

Carlos Alberto de Carvalho Pinto – citado como pioneiro no assunto por Tércio Sampaio Ferraz Junior¹¹¹ - apresentou na III Conferência de Técnicos de Contabilidade e Assuntos Fazendários, os seguintes critérios excludentes para se chegar a identificação das normas gerais: a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas; b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie; c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores e detalhes.

Pontes de Miranda diz que normas gerais são normas fundamentais, restritas a estabelecer diretrizes, sem possibilidade de codificação exaustiva¹¹².

Carlos Ari Sundfeld afirma que “o conceito de normas gerais, que define os limites da competência legislativa federal, é de difícil determinação. Não obstante, a lógica impõe a constatação de que na competência da União não se inclui o tratamento de aspectos particulares, de detalhes de organização, de questões contingentes. As normas gerais contêm apenas os princípios de regulamentação da matéria, os deveres básicos dos indivíduos e do Estado e os instrumentos a serem utilizados pela Administração. São impróprios para as normas gerais problemas como: a fixação de prazos, a definição das autoridades competentes

¹¹⁰ Cuidando de conflito entre entidades federativas, veja-se a observação do Min. Celso de Mello no mandado de segurança n. 21.041/RO: “Não tivesse o Supremo Tribunal Federal como juiz natural desse conflito de interesses impor-se-ia a submissão de um certo Estado-membro à jurisdição do outro, como na hipótese de mandado de segurança impetrado por uma unidade da Federação perante o Tribunal de Justiça de outra, num inqualificável rompimento da igualdade político-jurídica que é corolário necessário do federalismo de equilíbrio institucionalizado, e sucessivamente reafirmado, por nosso constitucionalismo republicano”.

¹¹¹ *Normas gerais e competência concorrente*, cit., p. 245.

¹¹² *Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 166.

para tal ou qual ato, o estabelecimento de valores exatos de multas, o detalhamento dos procedimentos administrativos, e assim por diante”¹¹³.

Cláudio Pacheco também aborda o problema das normas gerais¹¹⁴:

“Surge logo a dificuldade de estabelecer um conceito apriorístico e uniforme das normas gerais, que sirva de chave ou de equação para selecionar, entre as numerosas preceituações que as matérias comportam, quais as que podem ser retidas, como ‘gerais’, na competência superior da União. Pode-se dizer, por exemplo, em pleno âmbito das expressões imprecisas, que as normas gerais serão os lineamentos da matéria, serão as estipulações que apenas darão estrutura, plano e orientação. Pode-se conceituar, ainda, pelo efeito indireto e fracionário de negativas, que serão aquelas que não especificarão, que não aplicarão soluções optativas, que não concretizarão procedimentos, que não criarão direções e serviços, que não selecionarão e discriminarão atividades, que não preceituarão para a emergência, para a oportunidade, a modalidade especial e para o caso ocorrente, que não acondicionarão a aplicabilidade e adaptabilidade, que não descerão a minúcias e requisitos. Mas em nada disto estará um conceito compacto, previdente e seletivo, que possa servir de critério único para decidir entre o que sejam normas gerais e o que sejam normas especiais ou específicas”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, destacando a dificuldade de definição das normas gerais sob o ângulo positivo, ensina:

“Não é fácil conceituar ‘normas gerais’ pelo ângulo positivo. Pode-se afirmar, e corretamente, que ‘normas gerais’ são princípios, bases, diretrizes que hão de se presidir todo um subsistema jurídico. Sempre haverá, no entanto, em face dos casos concretos, dúvida até onde a norma será efetivamente geral, a partir de onde ela estará particularizando. Mais fácil é determinar o que sejam ‘normas gerais’, pelo ângulo negativo. Quer dizer, indicar os caracteres de uma norma que não é ‘geral’; é, conseqüentemente, específica, particularizante, complementar. Realmente são particularizantes as normas que visem adaptar princípios, bases, diretrizes a ‘necessidades e peculiaridades regionais’, como está na parte final do art. 24, § 3º”¹¹⁵.

Adilson Abreu Dallari considera normas gerais as que sejam uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos e todas as situações jurídicas da mesma espécie, que se refiram a questões fundamentais básicas e que não se estendam

¹¹³ *Sistema constitucional de competências*, cit., p. 276.

¹¹⁴ *Novo tratado das Constituições brasileiras*, cit., p. 117.

¹¹⁵ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 195/196.

até o ponto em que isso possa ferir princípios ou atributos inerentes à autonomia dos Estados e Municípios¹¹⁶.

José Cretella Jr. trás interessante contribuição à investigação do alcance das normas gerais. Para o professor, dada a vagueza da expressão constitucional, normas gerais são todos os preceitos que a União entender como tais¹¹⁷.

Confira-se:

“Para que uma norma seja classificada como ‘geral’ é preciso atender a dois requisitos: a) que assim o diga a Constituição; b) que incida apenas sobre as matérias determinadas pela Constituição. Não interessa, assim, que a norma seja fundamental ou geral, pela análise intrínseca dos dispositivos que a integram. Se, em 1990, obedecendo o artigo 22, XXI, a União legislar sobre ‘organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpo de bombeiros’, *a priori*, a lei promulgada se classificará como norma geral, mesmo que, em si e por si, a uma análise objetiva de seus dispositivos, uma a um, não o seja. E por quê? Porque tal competência é, somente, da União, por ‘determinação constitucional’ e ‘pelo conteúdo’ que o texto expresso menciona. (...) Se o Santo Padre falar *ex cathedra* sobre matéria religiosa, o que ele disser é verdade para toda a cristandade, mesmo que intrinsecamente não o seja. Normas gerais são leis federais que o legislador entender como tais, discricionariamente, desde que assim rotuladas taxativamente pela Constituição e, em especial, sobre as matérias do artigo 22, incisos XXI e XXVIII. Qualquer lei federal sobre ‘licitação e contratação’ é, com princípio’, pela origem’ e ‘pela matéria’, norma geral, nem que desça a todas as minúcias possíveis e imagináveis, do modo mais exaustivo possível. Os dois pressupostos, a ‘origem’ e o ‘conteúdo explícito constitucional’, permitem a classificação da norma, antes mesmo de ser promulgado, em projeto ou em discussão”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, enquadrando as normas gerais como terceiro gênero normativo, entre as normas-princípios e as normas particularizantes, oferece o seguinte conceito:

“Normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura de suas legislações, através de normas específicas e particularizantes que a detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente,

¹¹⁶ Aspectos jurídicos da licitação, cit., p. 17/18.

¹¹⁷ Comentários à Constituição de 1988, cit., p. 1581.

às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos”¹¹⁸.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior analisa as normas gerais a partir do ponto de vista lógico (destinatários) e teleológico (interesse prevalente na organização federativa)¹¹⁹:

“Assim, em princípio, do ponto de vista lógico, quando o texto constitucional atribui à União competência para legislar sobre ‘normas gerais’, a linguagem constitucional pode estar tratando de normas pelo conteúdo, ou de normas universais, isto é, gerais pelo destinatário, cabendo aos Estados e Distrito Federal, correspondentemente, a competência para o estabelecimento de normas especiais e individuais (conforme o destinatário) ou particulares e singulares (conforme o conteúdo). A lógica, porém, ajuda, mas não resolve inteiramente a questão interpretativa. A expressão constitucional – normas gerais – exige também uma hermenêutica teleológica. Sob o aspecto lógico sempre será possível dizer que, por exemplo, quanto ao conteúdo, normas gerais prescrevem princípios, diretrizes sistemáticas, temas que se referem a uma espécie inteira e não a alguns aspectos, mas isto é insuficiente para reconhecer quando estamos diante de uma norma geral ou particular. Sempre restarão dúvidas, no caso concreto, para aplicar o critério estritamente lógico-formal. Deste modo, para o intérprete, a necessidade de se analisar o conteúdo num contexto finalístico se impõe. Assim, do ângulo teleológico, a distinção há de se reportar ao interesse prevalecente na organização federativa. A federação brasileira, já pelo disposto no caput do art. 1º, já pela ênfase da solidariedade, na redução das desigualdades regionais, na garantia de um desenvolvimento nacional (art. 3º), aponta muito mais para um federalismo do tipo cooperativo, que exige colaboração dos entes federativos e confere, correspondentemente, menor importância à separação e independência recíproca entre eles. Até formalmente, a mudança da expressão “Estados Unidos do Brasil”, usada ainda em 1946, para “República Federativa do Brasil”, mostra, historicamente, esse objetivo. Ora, o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses o ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral”.

Lucia Valle Figueiredo apresenta a seguinte sistematização dos elementos caracterizadores das normas gerais: “a) disciplinam de forma homogênea, para as pessoas políticas federativas, nas matérias constitucionalmente permitidas, para

¹¹⁸ *Competência concorrente limitada*, cit., p. 159.

¹¹⁹ *Normas gerais e competência concorrente*, cit., p. 250/251.

garantia da segurança e certeza jurídicas; b) não podem ter conteúdo particularizante que afete a autonomia dos entes federados, assim não podem dispor de maneira a ofender o conteúdo da Federação, qual seja, não podem se imiscuir em assuntos que devam ser tratados exclusivamente pelos Estados e Municípios; c) estabelecem diretrizes sobre o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos¹²⁰.

Com se vê, a doutrina tem se debruçado ao longo de vários anos sobre o tema de conceituação de normas gerais, trazendo relevantes contribuições e subsídios técnicos para compreensão do fenômeno.

Todavia, nas proposições acima formuladas, que se traduzem em problemas eminentemente jurídicos, inevitável deparar-se com grande carga de subjetividade, que remeterá a solução de intrincada questão ao exegeta.

Caberá ao intérprete, na apreciação da situação em concreto, equacionar o conflito de interpretação, que sugere problema de determinação de conceitos fluídos ou indeterminados¹²¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar de conceitos imprecisos, de alguma fluidez e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos, nos aponta o modo de abordagem deste problema:

“É que mesmo estes conceitos chamados fluídos possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma

¹²⁰ *Direito: competências administrativas dos Estados e Municípios*, cit., p. 240.

¹²¹ “Conceitos indeterminados são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das conseqüências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma explícita determinação. (...) São conceitos indeterminados, por exemplo, "repouso noturno", "ruído excessivo", "perigo iminente" etc., mas também alguns estritamente jurídicos como "antijuridicidade", "ato administrativo" etc. Os conceitos normativos também pedem do decididor uma co-participação na determinação do seu sentido, porque são indeterminados como os anteriores e, além disso, constituem, de per si valoração de comportamento cujos limites serão especificados na decisão. Assim o são, por exemplo, o conceito de "mulher honesta", "dignidade", "honra" etc” (Tercio Ferraz Sampaio Júnior. *A ciência do direito*, cit., p. 96).

zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito”¹²².

E o intérprete maior, na solução de conflitos entre os entes federativos (art. 102 da Constituição Federal), é o Supremo Tribunal Federal, cuja tendência, reflexo da característica centralizadora da Constituição de 1988, caminha no sentido da uniformidade de tratamento das matérias¹²³.

A propósito da atuação jurisdicional da Corte Suprema, pertinente a observação de Cappelletti¹²⁴:

“Quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”.

c – Competência suplementar (complementar e supletiva).

Se à União é reservada a edição de normas gerais, aos Estados e ao Distrito Federal a Constituição confere a competência suplementar, expressão empregada no § 2º, do art. 24: “A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”¹²⁵.

Com a introdução da idéia de repartição de competência vertical nas Constituições de 1934 e 1946, onde a competência legislativa da União sobre as

¹²² *Curso de direito administrativo*, cit., p. 940.

¹²³ ADIN 826-0/AP; ADIN 476-0/BA; ADIN 1919-9/SP; ADIN 2.052-0/BA; ADIN 2.257-1/SP; ADIN 2.396-9/MS; ADIN 1628-8/SC; ADIN 1807-5/MT; ADIN 1.916-9/MS; ADIN 2.667-4/DF; ADIN 4.161-4/AL; HC 88.914-0/SP; HC 72.582-1/PA e RE 292.296-0/RN. Em sentido contrário, reconhecendo válida a competência legislativa dos Estados-membros: ADIN 1.980-5/PA; ADIN 903-6/MG e ADIN 47-1/SP.

¹²⁴ *Juízes legisladores?*, cit., p. 42.

¹²⁵ Curioso notar que a União, ao legislar sobre a atividade administrativa federal, poderá produzir também normas suplementares (especiais), desde que exclusivamente para reger sua atuação própria. Confira-se a lição de Carlos Ari Sundfeld: “Pode-se afirmar assim que, nos temas de competência concorrente, a União edita tanto normas gerais como normas suplementares. Porém, só as normas gerais são nacionais – vinculando o Poder Público federal, estadual e municipal -, enquanto suas normas suplementares têm caráter apenas federal – vinculando a União, não os Estados e os Municípios” (*Sistema constitucional de competências*, Revista Trimestral de Direito Público 1/1993, p. 277).

matérias não excluía a legislação estadual, a doutrina suscitou dúvida sobre o significado e abrangência das expressões *complementar* e *supletiva*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que “quem supre complementa. A norma que vem suprir em branco, evidentemente complementa o ordenamento. Da mesma forma, quem complementa de certo modo supre, já que fecha um claro ao desdobrar a norma geral. Dessa correlação nasce o emprego impróprio das expressões competência *complementar* e competência *supletiva*, em que incidem, por vezes, os próprios textos constitucionais (como era o caso do art. 8º, parágrafo único, da Constituição anterior)”¹²⁶.

Sem embargo da controvérsia instalada naquela época pela doutrina, que caminhou no sentido de admitir que a competência supletiva, não empregada no seu sentido próprio, mas com significado mais abrangente, compreendendo também a competência complementar, a Constituição de 1988 preferiu utilizar nova expressão: “*competência suplementar dos Estados*”.

E esta expressão, tal qual anteriormente, significa tanto *complementar* quanto *suprir*. Na hipótese do § 2º, do art. 24, os Estados e o Distrito Federal exercerão competência *complementar*, detalhando a aplicabilidade das normas gerais. E, na hipótese do § 3º, do art. 24, quando ausente lei federal sobre norma geral, a competência será *supletiva*, pois legislarão plenamente, para atender suas peculiaridades¹²⁷.

Veja-se que a competência supletiva dos Estados e Distrito Federal se dá no caso de *omissão*, *lacuna* ou *anomia* da legislação federal, desde que impossível a integração do direito federal pela analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

¹²⁶ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 136.

¹²⁷ Não é demais dizer que as normas gerais editadas pelos Estados e Distrito Federal terão vigência e aplicabilidade apenas nos limites territoriais do respectivo ente político. Não pode o Estado ou Distrito Federal legislar nacionalmente.

A questão é abordada por Pontes de Miranda¹²⁸:

“A questão da existência, ou não, da legislação federal é resolvida segundo o método de fontes e interpretação do direito federal. Aí é que se tem de dizer se há lacuna preenchível com os próprios elementos do direito federal, ou se há verdadeiras lacunas, no sentido de não haver legislação sobre a matéria (...). Muitas vezes, a legislação federal o encheu (o vácuo) com regras jurídicas não-explicítas, com elementos reveláveis pela analogia ou pelos costumes ou pelos princípios gerais de direito. Em qualquer dessas hipóteses, houve legislação federal, entrou no branco o direito federal. Outra coisa é não ter a legislação federal regulado a matéria, ou ter sido omissa”.

Ao Município, ente político elevado à categoria de componente do Estado Federal, também é assegurada a competência de *suplementar* a legislação federal e estadual *no que couber* (art. 30, II, da CF).

A permissão concedida aos Municípios para suplementar a legislação federal e estadual não é plena e irrestrita, devendo ser observado o princípio geral que norteia a repartição de competências entre os componentes da Federação: a *predominância do interesse*.

Somente caberá a suplementação em relação a assuntos que digam respeito a assuntos de preponderante interesse local. É evidente – discorre Celso Bastos – que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce ao este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais¹²⁹.

¹²⁸ *Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 172.

¹²⁹ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 277.

Desse modo, presente o preponderante interesse local, poderá o Município suplementar (*complementar* ou *suprir*) a legislação federal ou estadual para fazer atuar competências privativas ou comuns.

Parece-nos – ensina Fernanda Dias Menezes de Almeida – que a competência conferida aos Estados para complementarem as normas gerais da União não exclui a competência do Município de fazê-lo também. Mas o Município não poderá contrariar nem as normas gerais da União, o que é óbvio, nem as normas gerais estaduais de complementação, embora possa também detalhar estas últimas, modelando-as mais adequadamente às particularidades locais. Da mesma forma, inexistindo as normas gerais da União, aos Municípios, tanto quanto aos Estados, se abre a possibilidade de suprir a lacuna, editando normas gerais para atender suas peculiaridades. Porém, se o Estado tiver expedido normas gerais, substituindo-se à União, o Município as haverá de respeitar, podendo ainda complementá-las. Não havendo normas estaduais supletivas, é livre então ao Município para estabelecer as que entender necessárias para o exercício da competência comum. Mas a superveniência de normas gerais, postas pela União diretamente, ou pelos Estados supletivamente, importará a suspensão a suspensão da eficácia das normas municipais colidentes¹³⁰.

Assim, examinando a questão sob o prisma da preponderância do interesse, não poderá o Município, na hipótese de inércia da União ou do Estado-membro, exercitar a competência legislativa em matéria de processo ou procedimento, em caráter supletivo ou complementar.

¹³⁰ *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 140/141. Tércio Sampaio Ferraz Junior não nega a atuação do Município na falta de norma gerais, federal ou estadual, mas propõe solução diversa: “O problema, aqui não resolvido, é o que deve fazer o Município em caso de inexistência de normas gerais, da União ou do Estado. Se ele na pode exercer competência plena com função colmatadora, pode, não obstante, editar as suas normas particularizantes? Por exemplo, na ausência de legislação estadual, pode ele criar, organizar e suprimir distritos (art. 30 – IV) ? A nosso ver sim, mas não por intermédio da edição de norma geral que lhe falta (exercício de competência plena com função colmatadora) e sim por meio de outros instrumentos de preenchimento de lacuna (analogia, princípios gerais de direito, costume). Agir como se legislador (estadual) fosse, isto lhe é vedado” (*Normas gerais e competência concorrente*, cit., p. 251).

Noutras palavras, a edição de leis especiais, no exercício de competência concorrente, pelos Estados-membros e Distrito Federal, e aqui se inclui os *procedimentos em matéria processual*, deve guardar estreita relação ao requisito do atendimento das peculiaridades regionais.

Esta foi uma das razões que levou o Supremo Tribunal Federal a pronunciar a inconstitucionalidade da Lei n. 2.921, do Distrito Federal, que dispunha sobre a emissão de certificado de conclusão do ensino médio, em favor de alunos da terceira série do ensino médio, independente do número de aulas por eles freqüentadas, mediante comprovação de aprovação em vestibular em curso de nível superior.

Assentou o relator, Min. Celso de Mello:

“Não vejo como identificar, na edição do diploma legislativo ora questionado, a existência de razões que pudessem justificar a necessidade de atendimento a peculiaridades locais (que, curiosamente, somente existem na capital da República!!), em ordem a autorizar o Distrito Federal a conceder, no plano normativo, aos alunos que aqui estudam, benefício extraordinário a que não teriam acesso, em outros pontos do território brasileiro, os demais alunos domiciliados em unidades federadas diversas” (ADIN 2.667-MC/DF).

IV – Normas de processo e de procedimento.

a – A problemática.

Fixadas as linhas gerais da repartição de competências na federação de 1988, cabe-nos compatibilizar duas competências, a de legislar em matéria de processo e procedimento.

Diz o art. 22, I, da Constituição Federal que cabe à União legislar privativamente sobre *direito processual*. Nesse caso, lei complementar poderá autorizar aos Estados e Distrito Federal a legislar sobre questões específicas de direito processual (parágrafo único, do art. 22, da CF).

O art. 24, XI, da Constituição Federal diz que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre *procedimento em matéria processual*. A União – como acima abordado – caberá a edição de normas gerais, enquanto aos Estados e Distrito Federal é assegurada a competência *suplementar* (normas especiais), para atendimento de suas peculiaridades (§ 2º, do art. 24). Não existindo lei federal sobre normas gerais, a competência legislativa dos Estados e Distrito Federal será plena (§ 3º, do art. 24).

A distinção entre *processo* e *procedimento* não tinha relevância no campo legislativo até o advento da Constituição de 1998, que, inovando substancialmente, cuidou da matéria separadamente (embora ainda vista por muitos como indissociável¹³¹), conferindo *dever-poder* normativo a entes políticos diversos.

Frustrada a experiência inaugurada na Constituição de 1891, que permitiu aos Estados e Distrito Federal a edição de *Códigos Processuais Estaduais* (art. 34, 23º, c.c. art. 65, § 2º), a União, a partir da Constituição de 1934 (art. 5º, XIX, a), passou a legislar privativamente sobre direito processual.

E isto se repetiu nas Constituições posteriores, até que, em 1988, o constituinte resolveu distinguir, para fins legislativos, as normas de *processo* e de *procedimento*.

Desde então, a doutrina, que evoluiu a distinção conceitual destes grandes temas, não tem suscitado debate da matéria no plano legislativo, ressalvadas algumas situações pontuais, como, por exemplo, a criação e funcionamento do

¹³¹ “É competência concorrente da União e dos Estados legislar sobre procedimentos em matéria de processual (art. 24, XI), devendo entender-se ‘procedimentos em matéria processual’ os procedimentos administrativos de apoio ao processo e não ‘procedimento’, que é indissociável do direito processual” (*Vicente Grecco Filho*, cit., p. 70).

Juizado Especial, o cabimento da reclamação nos regimentos dos Tribunais e, mais recentemente, o interrogatório por vídeo conferência.

No tocante ao Juizado Especial, houve intensa discussão sobre a possibilidade dos Estados e Distrito Federal, em face da omissão da União, legislar sobre a sua criação e funcionamento¹³².

A controvérsia se estabelecia em razão do disposto no art. 24, X, a, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: X - criação, funcionamento e *processo do juizado de pequenas causas*”.

Desse modo, para justificar a possibilidade de criação dos Juizados Especiais pelos Estados a doutrina passou a afirmar a identidade destes com juizado de pequenas causas, que já tinha regulamentação, recepcionada pela CF de 1988, na Lei n. 7.244/84.

Confira-se a lição de Edson Ribas Malachini¹³³:

“A nosso ver tal identificação pode ser feita, adotando-se, como sempre se deve fazer, interpretação teleológica das disposições constitucionais aludidas. A expressão ‘pequenas causas’ é um tanto vaga, e aliás não é muito feliz, já tendo sido criticada por identificar causas de pequeno valor econômico com causas pequenas quando esse critério puramente patrimonial – que estaria baseado na prevalência do ter sobre o ser, infelizmente ainda francamente vigente na sociedade – não deve servir de base para a classificação de causas judiciais em ‘grandes’ ou ‘pequenas’. Já se tem lembrado, e logo ocorre, que, para a pessoa de modestas condições econômicas, a sua ‘causa’, o seu interesse em conflito, o seu direito ao bem da vida ameaçado ou violado, embora de pequeno valor do ponto-de-vista macroeconômico, é para ela, individualmente, causa de grande, e não de pequeno valor. Assim, deve-

¹³² Art. 98 da CF. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

¹³³ *A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos*, cit., p. 49/50.

se dar à expressão *pequenas causas* – já que consagrada em nossa lei constitucional – sentido mais amplo, concernente não apenas às questões jurídicas de reduzido valor patrimonial mas, de modo geral, àquelas, de natureza cível, ‘de menor complexidade’, ou, de natureza criminal, relativas a ‘infrações penais de menor potencial ofensivo’, para aproveitar também as expressões constitucionais do art. 98, I. (...). Mas tal conclusão traz, como de início assinalado, consequência da maior relevância: a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal legislarem, concorrentemente com a União, não só sobre os procedimentos respectivos, mas, de modo mais amplo e geral, sobre o próprio processo afeto a esses Juizados Especiais”.

Luiz Flávio Gomes, enaltecendo as iniciativas dos Estados do Mato Grosso (Lei n. 6.176/93) e do Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.071/90), foi mais além. Disse o penalista que caberia exclusivamente aos Estados legislar sobre os Juizados Especiais¹³⁴:

“Há quem vislumbre nessa excepcional autorização mais uma hipótese de competência concorrente (cuja disciplina está contida no art. 24 da CF). Não é o caso! Temos no art. 98, I (tal como nos artigos antes citados: 30, I e 125 § 1º), uma autorização legislativa excepcional (“privativa”) dos Estados. Assim, estes, e somente eles, é que podem e devem (urgentemente) legislar sobre juizados especiais. Não é correto, s.m.j., o ponto de vista que sustenta que a União deve dar sobre o assunto as regras gerais. Estas já foram dadas pelo legislador constituinte. O mais, deve ser concretizado na legislação estadual pertinente”.

¹³⁴ *Podem os Estados legislar sobre o Juizados Especiais*, cit., p. 286. Em sentido contrário: “(..) ao simples confronto de ambos, sente-se que uma coisa é o Juizado de Pequenas Causas, já criado pela Lei n. 7.244, a qual, pelo princípio da recepção, continua em plena vigência e o outro são os Juizados Especiais referidos pelo art. 98. Isso deferi de várias circunstâncias. Em primeiro lugar porque, no caso do art. 24, a competência é concorrente e, no art. 98, ela não é. Além do mais, o critério para determinação da competência dos Juizados de Pequenas Causas e o critério para determinação desse Juizados Especiais do art. 98 são diferentes” (Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, *Constituição da República e os procedimentos alternativos. Processo penal e a Constituição Federal*, cit., p. 136). No mesmo sentido, Arruda Alvim: “Os arts. 24, X, e 98, I, ambos da Constituição Federal de 1988, indicam duas realidades distintas. No art. 24, X, citado, verifica-se que o legislador constitucional assumiu a existência dos juizados de pequenas causas; já tendo em vista o disposto no art. 98, I, citado, constatando-se que, nesta hipótese, refere-se o texto a causas cíveis de menor complexidade. Estas, como se percebe, não são aquelas (ou, ao menos, não devem ser aquelas) que dizem respeito ao juizado de pequenas causas. No entanto, com a edição da Lei n. 9.099/95, ao que tudo indica, acabaram de ser unificadas, claramente, as sistemáticas dos juizados de pequenas causas e a dos juizados especiais de causa de menor complexidade, ao menos naquelas relacionadas a matéria cível, isto porque foi revogada expressamente a Lei n. 7.244/84 (Lei n. 9.099/95, art. 97) que regulava o processamento perante os juizados de pequenas causas” (*Manual de direito processual civil*, cit., p. 134). Em abono a esta idéia, o art. 54, VIII e IX, da Constituição do Estado de São Paulo, que trata os dois institutos, *juizado especial e juizado de pequenas causas*, distintamente”.

Prevaleceu, contudo, a tese de que somente a União poderia legislar sobre a criação, funcionamento e processo dos Juizados Especiais, pois, além de estabelecer normas de natureza penal (transação e seus efeitos, por exemplo), onde atua privativamente, com exclusão dos demais entes políticos, era necessária a edição de *normas processuais* (art. 22, I, da CF), sem as quais – afirmava-se na época - impossível a atuação dos Estados-membros no campo dos procedimentos, ainda que supletivamente¹³⁵.

Aqui reside intrincada questão, que é a ausência de normas *processuais* (por exemplo, no caso do Juizado Especial), inviabilizando, por conseguinte, o exercício da competência suplementar, no campo do *procedimento*, pelos Estados-membros e Distrito Federal.

Ou seja, só se pode regular procedimento de um processo existente, sendo intuitivo, portanto, que o exercício da competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual tenha por pressuposto o anterior exercício da competência para legislar sobre processo.

Esta relação de interdependência entre as normas de *processo* e *procedimento* foi observada por Arruda Alvim:

“A CF/88, como já se disse, modificou o sistema de legislação sobre processo civil, se for entendida esta expressão *stricto sensu* e *lato sensu*. Em sentido estrito não se entende as *normas de processo*, ou as *normas processuais*. *Lato sensu*, devem ser compreendidas, tanto as *normas de processo*, quanto as respectivas *regras procedimentais*. À luz desta distinção, deve-se considerar que toda a *norma de processo* demanda *norma procedimental respectiva*, no sentido de que esta constitui uma *condição essencial* da funcionalidade daquela (...). Entretanto, toda norma de *processo*, em sentido estrito, reclama uma *norma procedimental*

¹³⁵ A idéia repousa na exposição de motivos do projeto de lei n. 1.480/99, de autoria do deputado Michel Temer (âmbito penal), que deu origem, junto de outro de autoria do deputado Nelson Jobim (âmbito cível), à Lei n. 9.099/95. O entendimento foi perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu que a criação dos Juizados Criminais pelos Estados dependia de lei federal, sendo inconstitucional a norma estadual que outorgara competência penal a Juizados Especiais (ADIN 1.807-5/MT, HC 71713/PB, HC 72582/PB). Confira-se, também, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes (*Juizados Especiais criminais*, cit., p. 25/28).

(que também é norma de processo, *lato sensu*), pois esta, em regra, consubstancia em condição essencial à funcionalidade daquela. Nada impede – e, esta tem sido a regra geral – que uma e outra se encontrem *amalgamadas* no mesmo texto”¹³⁶.

Desta questão cuidou Carlos Ari Sundfeld, que apregoa, a meu ver com razão, o *dever-poder* dos Estados-membros e do Distrito Federal, na hipótese de omissão legislativa da União no que tange às normas *processuais*, de editá-las, supletivamente, estabelecendo, inclusive, o *procedimento* correlato, com fundamento no art. 24, § 3º, da Constituição Federal:

“De outro lado, a colmatção, pela lei estadual, da lacuna existente na hipótese, encontra amparo no § 3º do art. 24 da CF. Como apontei acima, as normas de processo estão para as normas de procedimento em matéria processual como as regras gerais para as suplementares: as segundas pressupõem as primeiras. As normas suplementares de procedimento são construídas sobre a base das normas gerais e estas a partir de normas de processo. Há aí um elo necessário, indispensável. Conclui-se, então, que se os Estados podem, no caso de omissão federal, exercer ‘competência legislativa plena’ em tema de procedimentos (art. 24, XI, c.c. § 3º), a concomitante omissão federal na regulação do processo os conduz a supri-la; caso contrário, não estariam desfrutando de competência legislativa plena, mas sim impedidos de exercer qualquer competência na matéria”¹³⁷.

Do *dever-poder* de legislar em matéria de *procedimento* tratou o constituinte paulista, no art. 2º, ao assentar que “a lei estabelecerá procedimentos judiciários abreviados e de custos reduzidos para as ações cujo objeto principal seja a salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais”.

No tocante a *reclamação*, prevaleceu a tese, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de que não se trata propriamente de recurso. Se recurso fosse, a sua adoção, pelo Estado-membro, pela via legislativa local, implicaria invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF)¹³⁸.

¹³⁶ *Manual de direito processual civil*, cit., p. 126 e 137.

¹³⁷ *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*. cit., p. 36.

¹³⁸ Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a instituição de reclamação pelo regimento interno do Tribunal do Estado do Ceará (ADIN 2.212, Tribunal Pleno, j. 02.10.03, rel. Min. Elie Gracie): “A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição

As hipóteses de admissibilidade da reclamação – diz Cândido Rangel Dinamarco – mostram que, quando acolhida esta, o tribunal cuja autoridade fora de algum modo molestada pela decisão inferior condena o ato à ineficácia total, sem reformá-lo e mesmo sem anulá-lo, para que outro seja proferido. A procedência da reclamação contra ato judicial importa negação do poder do órgão inferior para realizá-lo – poder que ele não tem porque a competência é de um tribunal de nível superior ao do órgão prolator, ou porque a matéria já fora superiormente decidida pelo tribunal competente. Daí a confirmação de que as reclamações previstas constitucionalmente, sendo embora um enérgico remédio processual à disposição do sujeito interessado, recurso não é. Não há recurso sem substituição do ato recorrido e, ao mesmo tempo, sem restituição ao juízo de origem para que outro seja proferido¹³⁹.

Outro tema que agitou a matéria foi a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade do interrogatório judicial por meio de vídeoconferência, modo especial da prática de ato processual introduzida no Estado de São Paulo pela Lei n. 11.819/05¹⁴⁰.

Num primeiro momento, ao julgar o HC n. 88.914-0/SP (14.08.2007), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, acompanhando voto do relator, o Ministro Cezar Peluso, não enfrentou a questão sob a ótica da competência legislativa dos Estados-membros em matéria de *procedimento*. Afirmou-se, na ocasião, que o meio – vídeoconferência – é ofensivo ao devido processo legal, não sendo previsto no ordenamento jurídico.

Confira-se:

previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal. Em conseqüência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF)".

¹³⁹ *Nova era do processo civil*, cit., p. 207.

¹⁴⁰ Art. 1º. Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de vídeoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas das garantias processuais.

“Ação Penal. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Ofensa as cláusulas do justo processo da lei (*due process of law*). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a auto-defesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma de ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LVI, LV, LVII, XXXVII e LII, da CF e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu”.

Algum tempo depois (30.10.2008), o plenário do Supremo Tribunal Federal, reunido para julgar o HC 90.900, assentou, por expressiva maioria de votos, a inconstitucionalidade formal da Lei Estadual n. 11.819/05, por entender que houve ofensa ao inciso I, do art. 22, da Constituição Federal, na medida em que a lei paulista cuidou de matéria de *Direito Processual*¹⁴¹.

Assim se manifestou, resumidamente, a maioria:

“(...) o ato interrogatório, para mim, com o devido respeito, não é apenas um modo que entra na classe genérica do procedimento. Interrogatório é ato típico de defesa, que corresponde exatamente à autodefesa, isto é, à defesa exercida pessoalmente pelo réu em vários momentos do processo, mas particularmente no interrogatório, e por isso é objeto da garantia constitucional da ampla defesa. Na medida em que de qualquer modo a lei restringe, atenua esse ato ou, enfim, o desveste das garantias todas que devem cercá-lo, a mim me parece que há ofensa constitucional, e essa é a razão a mais por que a lei paulista não poderia ter disciplinado a matéria (...)” (Min. Cezar Peluso).

“(...) Eu considero que processo é meio e procedimento é modo. Trata-se de meio, do processo pelo qual se chega a um determinado objetivo. Portanto, para mim, isso é matéria processual não expugnável pela via da legislação estadual, porque contrariaria exatamente o art. 22, I (...)” (Min. Cármen Lúcia).

“(...) Entendo, em primeiro lugar, que a lei estadual viola flagrantemente a disciplina do art. 22, I, da Constituição da República. Não se trata, pelo menos na minha compreensão, de procedimento, mas sim de processo. Tanto isso é verdade que a matéria está explicitamente regulada no art. 185 do Código de Processo Penal. E, com isso, insisto, pelo menos no

¹⁴¹ O entendimento foi reiterado no HC 91.859-0/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 04.11.2008.

meu entender, a matéria é de processo, e, sendo de processo, a União detém o monopólio, a exclusividade para estabelecer a disciplina legal da matéria (...)" (Min. Menezes Direito, *quem inaugurou a divergência*).

"(...) Entendo que, segundo a doutrina e jurisprudência, o interrogatório é simultaneamente um meio de prova e um meio de defesa e, nesse sentido, integra-se ao *due process of law*, no devido processo legal, garantido constitucionalmente (...)" (Min. Ricardo Lewandowski).

Dois julgadores, Ellen Gracie e Carlos Aires Britto, afirmaram a constitucionalidade formal da lei paulista, ao argumento que a matéria – interrogatório judicial por videoconferência – tratava de *procedimento em matéria processual*; portanto, de competência legislativa dos Estados e Distrito Federal (art. 24, XI, da CF).

Por conter ensinamentos relevantes, destaco os respectivos trechos do v. acórdão:

"O tema envolve procedimento, e não processo penal e, por isso, autoriza a edição de lei estadual ou distrital para regulá-lo (CF, art. 24, XI). Processo é o conjunto dos atos processuais interligados pelos vínculos da relação jurídico-processual, ao passo que o procedimento consiste na ordem, forma e sucessão de tais atos. Como registra a doutrina, 'sendo a noção de processo eminentemente teleológica, voltada para o resultado a obter-se, e noção de procedimento, ao invés, eminentemente formal, deve o legislador adequá-lo e apropriá-lo a uma perfeita discussão da causa, de modo a permitir ao Estado-juiz a resolução justa do litígio, com a razoável celeridade' (Fernando da Costa Tourinho Filho. Manual de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 561). No caso do interrogatório por intermédio de videoconferência, não há qualquer modificação da natureza do ato processual, e sim tão somente a forma de sua concretização e realização com o emprego de meio tecnológico capaz de proporcionar maior celeridade e economia à instrução criminal, além de viabilizar o atendimento a interesses coletivos como a segurança pública. Assim, o Estado de São Paulo, ao editar a Lei n. 11.819/05, não legislou sobre processo, e sim sobre procedimento, o que é perfeitamente legítimo no direito brasileiro (CF, art. 24, XI). Nesse sentido, não há inconstitucionalidade formal na regra que possibilitou a realização de interrogatório por videoconferência" (Min. Ellen Gracie).

"Entendo que não há inconstitucionalidade formal. Vejo que a lei paulista atuou no campo do *modus procedendi*, vale dizer, ela não dispôs sobre o instituto do interrogatório em si; se cabe ou não o interrogatório, quando será feito ou não o interrogatório, simplesmente dispôs sobre o interrogatório por modo virtual e não por modo físico, presencial. E, aí, não me parece que atuou no campo do processo propriamente dito, mas do procedimento. Eu tenho um estudo sobre a diferença entre processo e procedimento, estudo já antigo, acho que é de 1988 e está no meu livro 'O

Perfil Constitucional da Licitação'. Disse no livro o seguinte: '(...) o espaço insito ao procedimento está na retomada daquele quarto elemento, que é o modo de realização de cada um dos atos do processo. Tem a ver com o aporte de mais uma regulação' – isso é o que interessa – 'quanto à maneira de praticar os atos processuais, sem interferência na determinação quantitativa deles, respectivos autores e ordem temporal em que deverão vir à tona. E sem contrariedade, claro, ao *modus procedendi* já estabelecido pelas normas de processo'. O *modus procedendi*, aqui, é simplesmente quanto a maneira de se fazer o interrogatório, não indicando o número das perguntas, os pressupostos, os requisitos, simplesmente dizendo que o interrogatório do réu será feito por 'videoconferência'. Na verdade, eu não gosto nem dessa expressão 'videoconferência', porque me parece próprio para quem faz uma conferência, naturalmente, dá uma aula, faz uma exposição. E um vídeointerrogatório quando se trata, conforme o caso, do réu; ou videoinquirição quando se trata de testemunhas. Porém, nem sempre o legislador homenageia o sentido lógico das palavras" (*Min. Carlos Aires Britto*).

Outros temas, envolvendo repartição de competência em matéria de processo e procedimento, também já foram tratados pela Corte Suprema: ADIN 4161-4/AL (depósito recursal prévio no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis); ADIN 2.052/BA (valor da causa); ADIN 2.655/MS (valor da causa); ADIN 2.257-1/SP (aplicação do art. 28 do CPP no Juizado Especial Criminal); ADIN 1.916-9/MS (legitimidade para propositura de ação civil pública); ADIN 1.1919-9/SP (destruição de processos arquivados); ADIN 47-1/SP (ordem de pagamento de precatório); ADIN 1.628-8/SC (crimes de responsabilidade e regulamentação do processo e julgamento)¹⁴²; RE 223.037/SE (legitimidade para execução da condenação do Tribunal de Contas); AI-AgR 210.068-1/SC (criação de recurso), etc¹⁴³.

Em todos estes julgados, onde pronunciada a (in) validade da norma local em face da Constituição Federal, não se vê a formulação de orientação *objetiva e específica* acerca da real distinção do exercício da competência legislativa em matéria de *processo e procedimento*.

¹⁴² STF 722.

¹⁴³ Intrigante a observação de Fernando da Fonseca Gajardoni, dando conta que no Supremo Tribunal Federal "não se encontram julgados que tenham pronunciado o excesso cometido pela União no tocante às normas procedimentais não gerais por si editadas, algo que, conforme já demonstramos, não é incomum" (*Flexibilização procedimental*, cit., p. 51).

A exata delimitação destes conceitos para fins legislativos dará ensejo – segundo Cassio Scarpinella Bueno – a “uma verdadeira revolução no direito processual civil brasileiro, já que permite que as regras relativas ao *procedimento* sejam elaboradas pelos Estados-membros, deixando-se as leis federais sobre procedimento como guia necessário para os Estados que não editarem suas próprias regras procedimentais e para reger os procedimentos que terão em curso perante a Justiça Federal. De forma mais direta: o art. 24, XI, da Constituição Federal autoriza que cada Estado-membro crie regras procedimentais para regular a forma pela qual será exercida, concretamente, a função jurisdicional perante suas próprias ‘justiças’, as chamadas ‘justiças estaduais’, isto é, de que maneira o ‘seu’ Estado-juiz exercerá a sua função jurisdicional, de que maneira ele atuará, portanto, processualmente”¹⁴⁴.

b – Evolução da ciência processual.

Foram dois os grandes marcos do desenvolvimento da ciência processual.

Em 1856 houve famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernardo Windscheid, catedrático de Greifswald, e Teodoro Muther, professor de Konisberga, a respeito da *actio* romana.

Para Windscheid – diz José Roberto dos Santos Bedaque – ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa, todavia, a noção do direito romano, pois o *Corpus Iuris* previa inúmeras *actiones*, que pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão

¹⁴⁴ *Curso sistematizado de direito processual Civil*, cit., p. 454, vol. I. A matéria tem relevância inclusive no campo das medidas provisórias, pois “é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil” (art. 62, § 1º, b, da CF).

precisava estar amparada por *actio* dada pelo magistrado que exercia jurisdição¹⁴⁵.

Segundo Muther – prossegue o autor – o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele o direito subjetivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao *ius civile*, lhe era equivalente. Conclui haver coincidência entre a *actio* romana e a ação moderna¹⁴⁶.

A partir dessa polêmica, passaram os juristas a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a tutela jurisdicional do Estado. Nasceu, então, o conceito moderno de ação¹⁴⁷.

Outro evento de grande importância para o desenvolvimento da ciência processual ocorreu em 1868, também na Alemanha, com a obra de von Bulow sobre as exceções e pressupostos processuais¹⁴⁸.

Nela, o autor demonstrou a autonomia da relação processual e material¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *Direito e processo*, cit., p. 22.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 22.

¹⁴⁷ A obra de Windscheid – é a opinião de Dinamarco – gozou muito mais do favor do público, do que a de seu adversário. Influíram nisso, certamente, vários fatores extrínsecos, entre os quais se apontavam o maior prestígio de que já gozava o professor de Greifswald à época da polêmica. Ele tinha já trinta e nove anos de idade, em seu ativo constavam diversas obras e era catedrático há dez anos – ao contrário de Muther, que contava apenas trinta anos de idade, antes havia escrito pouco e só recentemente subira à cátedra. Sua oposição a Windscheid foi também prejudicada pelo antipático tom irônico de que se revestiu. Além disso, Windscheid haveria de continuar brilhantemente a carreira de romanista, chegando a escrever as famosas *Pandecta* (*Lehrbuch des Pandektenrechts*), ao contrário de Muther, que passou a interessar-se por outras diferentes pesquisas jurídicas. E a teoria de Windscheid acabou consagrada em lei (§ 194 do BGB, do Código Civil Alemão, na redação cujo projeto ele veio a colaborar) – *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 43.

¹⁴⁸ Confira-se, também, Humberto Theodoro Júnior: “De fato, porém, a concepção que permitiu a elaboração científica do direito processual moderno foi, inquestionavelmente, a do processo como relação jurídica de direito público, distinta da relação de direito material, que constitui o seu objeto, e que continua sendo a que, para fins didáticos, melhor serve à compreensão do processo como instrumento de atuação do Estado na composição dos litígios” (*Curso de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 51).

¹⁴⁹ Conveniente anotar, como faz Cândido Rangel Dinamarco, que Von Bulow não foi o primeiro a intuir a existência dessa relação jurídica processual. Antes dele, já tinha sido feita uma referência a

Sobre a importância da obra, discorre Cândido Rangel Dinamarco:

“A ciência do Direito Processual teve assento de *nascimento* na obra de von Bulow sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada na Alemanha em 1868. Antes dela, as normas de processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudadas pelo critério meramente exegético, à moda dos velhos praxistas, não havendo construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles, os quais eram geralmente tratados como romanistas e civilistas – o que bem indica como a consciência dos juristas de então não transparecia ainda a luz da distinção, hoje muito nítida, entre direito substancial e processo; não havia maturidade suficiente dos estudos, para compreender que não são de direito material institutos como o da coisa julgada, da hipoteca, da prova, da responsabilidade executiva, da ação. Desta, dizia Savigny que é um direito nascido da violação do direito subjetivo, enquanto o *slogan* francês proclamava que ela é o próprio direito encouraçado e armado para a guerra. Tudo isso era natural naquela quadra tão individualista que o mundo viveu no século XIX, a qual equacionava as relações entre Estado e indivíduo em termos tais que o princípio da autoridade vinha diluído entre exageradas aplicações do princípio da liberdade e para o qual a igualdade jurídica, mãe de tantas injustiças, era um animal sagrado em que não se devia tocar. Naquele mundo ultraliberal, era natural também que o processo fosse visto como o campo onde os particulares travam o duelo de seus interesses substanciais e não um dos possíveis instrumentos para a realização publicística dos preceitos materiais contidos no ordenamento jurídico; era natural que se acreditasse ser escopo do processo a tutela jurídica de direitos e de interesses privados; e era natural afirmar que a ação é um direito que se exerce contra o adversário, não perante o Estado”.

“A obra de von Bulow foi uma revolução. Dava-se então excessivo peso ao sentido etimológico da palavra processo e à observação, meramente formal, daquilo que o processo tem de mais visível – ou seja, seu caráter evolutivo, a marcha, o progresso. E então era ele entendido como mero procedimento, que caminhava avante, ao longo do arco que vai de um ato de iniciativa ao ato final. Von Bulow abriu os olhos dos estudiosos para o outro lado do instituto, mostrando que há também entre o juiz e as partes uma relação, progressiva sim, mas verdadeira relação jurídica, por força da qual, de um lado, o juiz assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo; e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum. É uma relação jurídica de direito público, diversa da relação substancial litigiosa em seus sujeitos, em seu objeto e em seus requisitos constitutivos (pressupostos processuais)”¹⁵⁰.

esta na obra de Bethmann-Hollweg, que ele próprio cita. Seu mérito indiscutível foi o de apresentar sistematicamente a teoria da relação processual, que antes foram objeto de um simples aceno. Vieram depois sérias disputas a respeito (a relação é linear, angular ou triangular?) e até se contestou a validade da descoberta, mas é uma verdade reconhecida pelos processualistas de hoje que a teoria da relação jurídica processual foi o marco inicial da independência do direito processual como ramo autônomo da árvore do direito. Só a partir daí é que foi possível o desenvolvimento científico do direito processual e o encaminhamento da solução de suas questões fundamentais (especialmente aquelas referentes a seus institutos básicos: jurisdição, ação, defesa e processo (*Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 41/42).

¹⁵⁰ *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 40/41.

Assim como a existência do direito material não era pressuposto para a ação - segundo Luiz Guilherme Marinoni – demonstrou-se que ele também não era imprescindível para a formação do processo e da relação processual. Porém, Bulow não se limitou a tratar a relação jurídica processual apontando para os argumentos comumente utilizados para demonstrar a distinção entre os planos do direito privado e do direito processual, mas teve o mérito de demonstrar que no processo estariam presentes os elementos identificadores de uma relação jurídica. A relação jurídica processual teria sujeitos (juiz, autor e réu), objeto (prestação jurisdicional) e pressuposto próprios (propositura da ação, capacidade para ser parte e investidura na jurisdição daquele a quem a ação é dirigida). Segundo a doutrina, que aceitou essa tese, a partir da propositura da ação formam-se vínculos jurídicos entre as partes e o Estado-juiz, os quais passam a ter poderes, direitos, faculdades e os correlatos deveres, obrigações, sujeições e ônus. Isto caracterizaria a relação jurídica processual¹⁵¹.

A partir destes dois grandes marcos da ciência processual, a doutrina evoluiu significativamente na delimitação conceitual do *processo* e *procedimento*.

Até aquele momento, o processo era entendido como mera seqüência de atos coordenados na cadeia fechada entre a demanda e a sentença¹⁵².

Com a proclamação da independência da relação jurídica processual e a proscrição científica do procedimento, os processualistas, impulsionados por von

¹⁵¹ *Teoria geral do processo*, cit., p. 402.

¹⁵² “Antes de a doutrina delinear a autonomia do direito processual, o processo nada mais era do que um procedimento ou um rito, visto como mera seqüência de atos, destinado a permitir a aplicação do direito material violado. O processo constituía uma série de atos de deveriam ser praticados como consequência da litigiosidade da relação de direito privado. Melhor: a relação privada, ao se tornar litigiosa, dava origem à necessidade da prática de uma seqüência de atos que faziam parte do rito judicial de aplicação do direito material que se tornara litigioso. Se o direito material não se distinguia do direito de ação, obviamente não se poderia atribuir ao procedimento natureza diversa da de um rito instituído em nome da aplicação judicial do direito material. Tratava-se de uma consequência lógica da indistinção entre o direito processual e o direito material. Não havia como enxergar no procedimento outro fim que não o de servir ao direito material violado” (Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, cit., p. 399).

Bulow, chegaram a pensar que procedimento e o processo fossem entidades distintas, conceitual e funcionalmente¹⁵³.

Ao mesmo tempo em que se florescia teorias sobre o processo, o *procedimento* perdia espaço entre os processualistas, que se referiram a ele empregando o adjetivo *mero*: *mero procedimento*¹⁵⁴.

Na mesma medida, crescia o pensamento de que a processualidade era restrita à função jurisdicional. Isto tinha algumas justificativas, entre elas “a própria antecedência histórica dos estudos, pesquisas e aplicação das noções fundamentais do processo, no âmbito do processo jurisdicional, que é, então, seu

¹⁵³ Dinamarco discorre sobre o pensamento que tomou conta da doutrina na época: “O procedimento é a soma dos atos que se realizam para a composição do litígio e o procedimento a ordem e sucessão de sua realização, disse José Frederico Marques, nessa postura ora criticada (Instituições de direito processual civil, II, n. 288, p. 60); apoiou com isso Carnelutti (v. Sistema di diritto processuale civile, III, n. 614, p. 4), o qual reconhece que a distinção é tênue. Poder-se-ia pensar que o professor paulista entendesse como processo todo movimento na direção do provimento jurisdicional, ou seja, todos os movimentos assim empiricamente que se possam colher; e como procedimento exclusivamente o modo desse movimento, ou seja, o plano traçado nos modelos procedimentais legais (ele cita João Mendes Jr., com pensamento aparentemente assim). Depois, todavia, faz afirmações que desencorajam essa interpretação, v.g.:a) ‘é pelo procedimento que se revela o processo, através dos vários atos entre si coordenados’ (ib., p. 61 – mas como revelar-se empiricamente o processo mediante o procedimento, quando ele fosse apenas o modelo?); b) ‘o procedimento, segundo assinalou Calamandrei, é o ‘aspecto exterior do fenômeno processual’ (ib., - mas como é o aspecto exterior, se o movimento está no processo e o procedimento é apenas a fórmula de movimento?); c) ‘o processo é privativo da função jurisdicional’ e ‘constitui erro metodológico, por isso mesmo, falar-se em processo administrativo, pois o que existe é o procedimento administrativo’ (ib., pp. 61-62 – mas como, se o movimento é que caracteriza o processo? e qual seria a natureza do movimento, em sede administrativa?). Na realidade, José Frederico Marques expressava o pensamento dominante no tempo em que escreveu, quando a doutrina não havia ainda chegado a idéias claras sobre o processo: como ele, v. também Amaral dos Santos, Primeiras Linhas, II, n. 368, pp. 67 ss, também invocando a lição tomista de João Mendes Jr.. E as idéias claras só vieram a partir de quando, com Benvenuto, passou-se a perceber que o processo é uma entidade complexa, onde o procedimento é visto como algo sensível, atrás do qual estão as posições jurídicas e ativas integrantes da relação jurídica processual; processo é, assim, o procedimento animado pelo relação jurídica processual” (*Instrumentalidade do processo*, cit., p. 149/150).

¹⁵⁴ “Nos confrontos entre processo e procedimento, realizados como o intuito de distingui-los, o procedimento aparecia em posição desprestigiada; tornou-se até habitual o uso da expressão *mero procedimento*, sobretudo quando se pretendia designar a sucessão de atos do processo, a jurisdição voluntária e o processo administrativo” (Odete Medauar. *A Processualidade no direito administrativo*, cit., p. 39). No mesmo sentido, Dinamarco: “O processualista tem o hábito de considerá-lo exclusividade sua, deixando à jurisdição voluntária e ao direito administrativo, não sem desdém, o uso do nome procedimento (frequentemente acompanhado do adjetivo *mero*: *mero procedimento*), como se o processo não fosse também, antes de tudo e substancialmente, um procedimento” (*Instrumentalidade do processo*, cit., p. 82).

arquétipo. Esta precedência – continua Odete Medauar – levou ao enraizamento da idéia de processo monopolizada na função jurisdicional. Em segundo lugar, o domínio, até meados do século XIX, da concepção privatista do processo, em que este e a jurisdição destinavam-se somente à tutela dos direitos subjetivos; o vínculo ao direito privado, ao atrelamento aos direitos subjetivos não propiciavam visão extensiva da processualidade. Em terceiro lugar, a preocupação com a afirmação científica do direito processual, marcada pela construção das grandes teorias, acarretava, como é lógico, uma ótica precipuamente interna, com prevalência de tratamento técnico dos temas principais; tal estágio dificultava a indagação a respeito de pontos comuns do processo jurisdicional com esquemas de atuação de outros poderes estatais”¹⁵⁵.

Com tempo, percebeu a doutrina que *processo e procedimento* não dizem respeito a objetos distintos, mas sim a aspectos diversos do mesmo objeto, ampliando-se o espectro de abrangência do Direito Processual, para abranger todas as funções do Estado, não só a jurisdicional.

Aos poucos, os processualistas passaram a enxergar um núcleo processual fora do âmbito jurisdicional.

Carnelutti, em *Sistema de derecho procesal civil*, afirma a existência de processo legislativo e administrativo, como uma série de atos para a formação de uma lei e de um decreto.

Couture, em *Introdução ao estudo do processo*, sugere a unidade processual na atuação dos três poderes estatais:

“Vistos do ponto de vista de sua estrutura, existe unidade entre o processo parlamentar, o processo administrativo e o processo judicial. Todos eles se apóiam, dentro desse ponto de vista, na necessidade do debate e na conveniência derivada da exposição de idéias opostas, para que se chegue a verdade”.

¹⁵⁵ A *Processualidade no direito administrativo*, cit., p. 17.

Elio Fazzalari, em *Instituzino di diritto processuale*, diz que “se o processo é o modelo eletivo das atividades jurisdicionais, estas últimas não detêm sua exclusividade, esse modelo vem utilizado também na realização de outras atividades fundamentais do Estado distintas da jurisdição: assim a atividade administrativa (...). O processo é uma estrutura na qual se desenvolvem numerosas atividades do direito público (em especial, mas não somente, funções fundamentais do Estado) ... O direito público não se limita a disciplinar o ato, por assim dizer, final. Também exige uma série de atividades preparatórias quanto ao ato; há processos nos quais se desenvolve a atividade dos órgãos estatais que formam a Administração Pública”.

Bartolomé Fiorini afirma que há muito está superada a idéia de que as noções de processo e procedimento são próprias da órbita judicial. Aplicam-se a todas as funções do Estado¹⁵⁶.

Estes ensinamentos, que tem assento na Constituição Federal¹⁵⁷, encontraram respaldo na doutrina pátria.

Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra ensinam que “processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo)”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Procedimiento administrativo y recurso hierárquico, cit., p. 14.

¹⁵⁷ Art. 5º, LV – “Aos litigantes, em *processo judicial ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; Art. 27, § 4º - “A lei disporá sobre a iniciativa popular no *processo legislativo* estadual”; Art. 37, XXI – “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”; Art. 59 – “O *processo legislativo* compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções”. Art. 41, § 1º - “O servidor público estável só perderá o cargo: II – mediante *processo administrativo* em que lhe seja assegurada ampla defesa”.

¹⁵⁸ *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 296.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho pontua que “não há como negar, o fenômeno processo como procedimento é comum a todas as funções estatais, não se limitando apenas às indicações jurisdicionais-judiciárias; o processo administrativo é espécie de processo em geral”¹⁵⁹.

Carlos Ari Sundfeld afirma que “o fenômeno processual não é exclusivo da jurisdição, antes é característico das várias funções do Estado e do tipo de vontade que elas expressam”¹⁶⁰.

Didaticamente, em *Elementos de direito público*¹⁶¹, o autor expõe:

“Com o direito público é o inverso que ocorre. No Estado Democrático de Direito, o exercício de diferentes funções estatais – e, em consequência, a produção de atos de direito público – exige a observância do processo perfeitamente regulado pelas normas jurídicas. Lembre-se que a Administração Pública, antes de adquirir veículo, promove licitação, publica edital convocando possíveis interessados, recebe as propostas no dia marcado, abre-as em sessão pública, e assim por diante. O juiz não pode, repentinamente, ditar uma sentença. Alguém há de ajuizar uma ação; o réu será citado, tomando conhecimento do pedido; apresentar-se-á a contestação; em audiência, serão ouvidas testemunhas; as partes oferecerão razões finais, etc. O mesmo se passa com a edição de lei: inicialmente, propõe-se um projeto; oferecem-se emendas; colhem-se pareceres de diversas comissões; procede-se à discussão e votação; envia-se o projeto à sanção ou veto do Chefe do Executivo; aprecia-se o veto; faz-se a promulgação. Em suma, os atos estatais são precedidos de processo, isto é, de uma série de atos e fatos encadeados em seqüência; há o *processo legislativo* para as leis, o *processo judicial* para as sentenças e o *processo administrativo* para os atos administrativos.

¹⁵⁹ *Introdução ao direito processual administrativo*, cit., p. 97 e 107. Não há como negar – afirma Celso Antônio Bandeira de Mello – que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é procedimento, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomen juris* processo para casos contenciosos, a serem solucionados por um ‘juízo administrativo’, como ocorre no ‘processo tributário’ ou nos ‘processos disciplinares dos servidores públicos’. Não é o caso de armar-se um ‘cavalo de batalha’ em torno de rótulos. Sem embargo, cremos que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é ‘processo’, sendo ‘procedimento’ a modalidade ritual de cada processo. É provável, ou não menos muito possível, que a partir da lei federal, em sintonia com ela, comece a se disseminar no País a linguagem ‘processo’. Quanto a todos nós, tendo em vista que não há especificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (‘procedimento’) e em favor de outra a recente terminologia legal (‘processo’), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 425).

¹⁶⁰ *Considerações sobre o processo administrativo*, cit., p. 37.

¹⁶¹ Cit., p. 91.

Constatamos, de conseguinte, que o processo é o modo normal de agir do Estado”¹⁶².

Celso Antônio Bandeira de Mello também examinou a questão, concluindo que o processo e procedimento não são monopólios da função jurisdicional:

“O reconhecimento de que haverá sempre um *iter* – inclusive do começo, meio e fim – necessário, de direito, para o despertar e o concluir das manifestações estatais levou autores da maior qualificação intelectual a reconhecerem que o processo e procedimento não são patrimônio exclusivo, monopólio (para referirmo-nos às expressões usualmente utilizadas) da função jurisdicional. Existem também nas funções legislativa e administrativa, permitindo até que se fale, hoje, em um Direito Processual Administrativo”¹⁶³.

No mesmo sentido, Odete Medauar, em obra específica sobre o tema no âmbito do Direito Administrativo¹⁶⁴:

“Utilizar a expressão processo administrativo significa, portanto, afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública. E todos os elementos do núcleo comum da processualidade podem ser detectados no processo administrativo, assim: a) os elementos *in fieri* e pertinência ao exercício do poder estão presentes, pois o processo administrativo representa transformação de poderes administrativos em ato; b) o processo administrativo implica sucessão encadeada e necessária de atos; c) é figura jurídica diversa do ato; quer dizer, o estudo do processo administrativo não se confunde

¹⁶² No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno: “Ao contrário do que muitas vezes se sustenta, o ‘processo’ não é exclusivo do direito processual civil (ou, no máximo, do processo penal ou do processo trabalhista). O processo não é fenômeno inerente ou exclusivo do exercício da jurisdição, assim compreendida a atuação do Poder Judiciário, a atuação do Estado-juiz. O processo, aceitando o acerto das considerações anteriores, é característica da atuação do Estado como um todo, assim entendidas as diversas funções do Estado. Também o ‘Estado-legislador’ (Poder Legislativo) atua processualmente. Também o ‘Estado-administração’ (Poder Executivo) atua processualmente. Assim, tanto o Poder Judiciário emite seus atos (sentenças) mediante processo, como o Poder Legislativo emite seus atos (as leis) mediante processo. E a Administração Pública não é alheia ou arredia a este atuar regrado, este atuar ‘processualizado’. Ela também deve expedir seus atos, os ‘atos administrativos’, mediante processo” (*Curso sistematizado de direito processual*, cit., p. 373).

¹⁶³ *Curso de direito administrativo*, cit., p. 474. O autor, na obra citada, trás citação de Merkel, que empregava a terminologia ‘processo’ para denominar o itinerário seqüencial para a manifestação de vontade do Estado: “A teoria processual tradicional considerava o ‘processo’ como propriedade da Justiça, identificando-o com o procedimento judicial (...) não é sustentável esta redução, porque o ‘processo’, por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais (...). O caminho que se percorre para chegar a um ato constitui aplicação de uma norma jurídica que determina, em maior ou menor grau, não apenas a meta, mas também o próprio caminho, o qual, pelo objeto de sua normação, apresenta-se-nos como norma processual”.

¹⁶⁴ *A Processualidade no direito administrativo*, cit., p. 45.

com o estudo do ato administrativo; d) o processo administrativo mantém correlação com o ato final em que se desemboca; e) há um resultado unitário a que se direcionam as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto em esquema de contraditório”.

Cassio Scarpinela Bueno, que conceitua o processo como método de atuação do Estado, formula proposta de compreensão do fenômeno segundo a Constituição Federal, refutando a idéia, que ecoa linguagem de direito privado, de relação jurídica processual.

Diz o autor:

“É da Constituição Federal que, em primeiro lugar, deve ser extraído o modelo de Estado e verificar em que medida este modelo de Estado influencia a forma de exercício do poder. Relevante a afirmação do parágrafo anterior: o direito processual civil volta-se ao estudo de uma das funções do Estado. É inimaginável que as opções políticas reinantes sobre o modelo de Estado adotado por cada país, por cada ordenamento jurídico, não influencie, por isso mesmo, todos os temas relativos à sua atuação. É por esta razão, apenas por ela, com os olhos voltados à Constituição Federal de 1988, que se mostra absolutamente indispensável compreender que ‘processo’ é, para ordenamento jurídico vigente no Brasil de hoje, método inafastável de atuação do Estado, atuação no sentido de produzir determinado ato, de externar perante os destinatários imediatos do ato e aos mediatos (toda a sociedade), a vontade do Estado, vontade esta que, diferentemente do que se dá no campo do direito privado, não é livre, mas total e completamente regulada. Diferentemente da vontade regida pelo direito privado, a vontade no campo do direito público, a vontade do Estado, portanto, é toda ela vinculada ao atingimento de finalidades públicas. É esta a razão pela qual os publicistas referem-se a esta ‘vontade do Estado’ como a ‘vontade funcional’, uma vontade vinculada, desde o seu nascimento, a finalidades públicas (...). A noção suficiente de ‘processo’ decorre, por isso mesmo, da opção política feita pela Constituição brasileira de criar um específico modelo de Estado, um Estado Democrático de Direito e, por isto, na exata medida em que isto vigorar e prevalecer, o Estado só pode agir, só pode desempenhar as suas funções, cumprir e buscar atingir as suas finalidades se agir ‘processualmente’, isto é, se agir em consonância com e de acordo com um modelo prefixado que permita o escorreito exercício do poder, que só se legitima na exata medida em que se vise, com ele, o atingimento de um determinado dever, isto é, uma determinada finalidade”¹⁶⁵.

Ao delimitar a extensão metodológica das diversas espécies de processo, com o escopo de formular a *teoria geral do processo*, compreendido como um

¹⁶⁵ Curso sistematizado de direito processual civil, cit., p. 370.

sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual, Cândido Rangel Dinamarco diz que os processos são *estatais* e *não estatais*, conforme sirvam ao exercício do poder pelo Estado ou por outra finalidade. Entre os processos estatais, há os *jurisdicionais* e os *não jurisdicionais*. Os processos jurisdicionais, segundo o autor, comportam duas ordens de divisões, a saber: pelo critério do fundamento jurídico-substancial da pretensão deduzida (civil, penal, trabalhista) ou a partir da natureza processual do provimento postulado (cautelar ou principal, subdividido este em cognitivo ou executivo). Entre os processos não jurisdicionais, há os processos administrativos e legislativos, conforme voltados ao desempenho de outras funções estatais (administrativa e legislativa). Fora do âmbito das atividades estatais – prossegue Dinamarco – estão aquelas realizadas pelas chamadas entidades intermediárias (partidos políticos, sindicatos, associações de toda ordens, sociedades civis e comerciais), as quais *exercem poder* sobre as pessoas filiadas, mas obviamente poder distinto do estatal. Aqui, falham as notas mais intimamente ligadas aos atos e procedimentos do Estado, quais sejam a inevitabilidade (o poder estatal é exercido sem prévio acordo de vontades entre os litigantes e não há como furtar-se à eficácia imperativa do processo) e a soberania (os resultados do processo estatal não são revisíveis por entidade superior à fonte de poder que os impõe) – predicados exclusivos do poder estatal¹⁶⁶.

Nessa quadra, dada a amplitude de processualidade, que se desdobra normativamente no âmbito da função administrativa¹⁶⁷, cabe indagar de quê *direito processual* cuida o art. 22, I, da Constituição Federal e, também, de quê *procedimento em material processual* cuida o art. 24, XI.

¹⁶⁶ *Instrumentalidade do processo*, cit., p. 76/78.

¹⁶⁷ Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Lei Estadual n. 10.177/98 (São Paulo), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual.

Estar-se-ia tratando, tão-somente, da competência legislativa com relação ao processo jurisdicional (penal ou extra-penal)? Ou, também, do processo administrativo e legislativo?

Como visto, a processualidade é fenômeno comum a todas as funções estatais. Não constitui monopólio do Poder Judiciário, nem se restringe à dialética do juiz com as partes em razão de lesão ou ameaça a direito. Constitui, em verdade, o único e necessário método de atuação legítima da vontade do Estado, seja no campo jurisdicional (sentença), seja no campo legislativo (lei) ou administrativo (ato administrativo).

Desse modo, as limitações e os poderes no campo legislativo também afetam os entes políticos – União, Estados e Distrito Federal - na mesma medida e intensidade quando a matéria por eles tratada versar *processo* ou *procedimento* administrativo e legislativo.

Esta conclusão encontra apoio inclusive no texto da Constituição Federal. Ao especificar as matérias que não podem ser objeto de medida provisória, a Constituição Federal emprega expressão *particularizante*. Há determinação exata da função estatal (jurisdicional, administrativo e legislativo) e do ramo da direito (penal ou extra-penal). Ou seja, ao invés afirmar *direito processual*, tal como faz no art. 22, I, a Constituição Federal diz “*direito penal, processual penal ou civil*” (art. 62, I, *b*).

Aliás, sinalizando a uniformidade de tratamento científico do *processo* (e legislativo), concebido enquanto método de trabalho revelador do *modus operandi* do Estado, Fernão Borba Franco afirma a conveniência do exame de uma *teoria geral do processo estatal*, e não apenas jurisdicional, abrangendo o processo administrativo e, possivelmente, o processo legislativo¹⁶⁸.

¹⁶⁸ *Processo administrativo*, cit., p. 55.

A doutrina, encabeçada por Elio Fazzalari¹⁶⁹, resgatou a importância e o valor do procedimento e do contraditório na preparação do ato do Estado-juiz. É preciso que as partes tenham oportunidade de participar na preparação e formação do provimento que poderão atingir sua esfera de direitos. A participação se dá pelo contraditório, que se materializa no conjunto de atos de compõe o procedimento. Estes atos devem obedecer a determinados requisitos de forma e seqüência que a lei impõe, de modo a tornar justa e proveitosa a participação das partes, em contraditório. Este o valor do procedimento, como acentuam Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra:

“Investigações sociológicas e sócio-políticas sobre o processo levaram a doutrina a afirmar que a observância do procedimento constitui fato de legitimação do ato imperativo proferido ao final pelo juiz (provimento jurisdicional, esp. sentença de mérito). Como o juiz não decide sobre negócios seus, mas para outrem, valendo-se do poder estatal e não da autonomia da vontade (poder de auto-regulamentação de interesses, aplicável aos negócios jurídicos), é compreensível a exigência da legalidade do processo, para que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas por todos. Essa idéia é uma projeção da garantia constitucional do devido processo legal. Por outro lado, só tem sentido essa preocupação pela legalidade na medida em que a observância do procedimento constitua meio para efetivação do contraditório no processo. É assegurado às partes os caminhos para participar e meios para exigir a devida participação do juiz em diálogo que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ele necessita”¹⁷⁰.

Da mesma forma, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao assentar que “a sedimentação dessas idéias obrou para que hoje se encontre pacificado o entendimento de que o procedimento não deve ser apenas um pobre esqueleto

¹⁶⁹ “Tal é a posição de que faz brilhantemente Elio Fazzalari, já referido supra (n. 29, texto e nota 9). Assim como o Estado democrático se legitima mediante a participação do povo na determinação de suas diretrizes e decisões, também é a participação contraditória no processo, pelas formas procedimentais adequadas, que dará legitimidade ao provimento final a ser emitido. A observância do procedimento é também exigida pela Constituição Federal, integrando-se essa garantia no espectro bastante amplo, consubstanciado na fórmula *due process of law* (infra, n. 74-A)” (Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 102).

¹⁷⁰ *Teoria geral do processo*, cit., p. 288. “A idéia de legitimação pelo procedimento é vitoriosa hoje, mesmo fora do campo jurisdicional, pelo que ela tem de expressivo do ponto-de-vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social. Seria arbitrário o poder exercido sem participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo” (Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, cit., p. 155/156).

sem alma, tornando-se imprescindível o conceito de regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexas ao contraditório paritário e ainda ao fato temporal, faltamente entremear essa mesma atividade”¹⁷¹.

À luz desta visão, modernamente acolhida pela doutrina, é que se propõe a solução do problema, vale dizer: a delimitação *objetiva* e *específica* do exercício de competência legislativa em matéria de *processo* e *procedimento* no âmbito da função jurisdicional.

c – Proposta de equacionamento do problema.

A abordagem do tema - *processo* e *procedimento* -, subtraindo o enfoque legislativo, é *aparentemente* tranqüila na doutrina, não suscitando *atualmente* maiores debates ou divergências, dada à clarividência conceitual dos institutos fixada a partir das obras referidas.

Delimitando os institutos, confira-se Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra:

“Etimologicamente, processo significa ‘marcha avante’, ‘caminhada’ (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (*procedimento*), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, desde 1868, com a obra de Bulow (Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática de atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do Poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação dos atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pela qual a lei estampa os atos e fórmulas das ordens legais do processo. O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça

¹⁷¹ *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 130.

mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)¹⁷².

Bem verdade que, quanto ao *processo*, várias teorias cuidam da sua natureza jurídica¹⁷³, onde avulta o aspecto *intrínseco, teleológico e finalístico*¹⁷⁴,

¹⁷² *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 280

¹⁷³ *Processo como contrato*: “Essa teoria, em voga nos séculos XVIII e XIX, principalmente na doutrina francesa, liga-se à idéia romana do processo, invocando-se a se favor, inclusive, um texto de Ulpiano (D. XV, I, 3, 11). E Pothier, um dos principais defensores desta doutrina, colocava o pacto para o processo (litiscontestatio) no mesmo plano e com os mesmos raciocínios básicos da doutrina política do contrato social (...). Essa doutrina tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje falso, de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado (a litiscontestação). Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação”. *Processo como quase-contrato*: “Um autor francês do século XIX (Arnaut de Guenyvau) foi quem criou essa doutrina. Disse que, se o processo não era um contrato e se o delito também não podia ser, só haveria de ser um quase contrato. Tal pensamento partiria do erro metodológico fundamental consistente na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias de direito privado; e, além disso, já no próprio Código Napoleônico indicava-se uma outra fonte de obrigações, que o fundador da doutrina omitiu: a lei”. *Processo como relação jurídica* (Von Bulow): “O grande mérito de Bulow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) pelos seus sujeitos (autor, réu e o Estado-juiz); b) pelo seu objeto (a prestação jurisdicional); c) pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais)”. *Processo como situação jurídica*: “Criticando a teoria da relação jurídica processual, construiu Goldschmidt essa teoria que, embora rejeitada pela maioria dos processualistas, é rica de conceitos e observações que vieram a contribuir valiosissimamente para o desenvolvimento da ciência processual. Observa, inicialmente, o que sucede na guerra, quando o vencedor desfruta de situações vantajosas pelas simples razão da luta e da vitória, não se cogitando de que tivesse ou não direito anteriormente; depois faz um paralelo com o que ocorre através do processo. E diz que, quando o direito assume uma condição dinâmica (o que se dá através do processo), opera-se nele uma mutação estrutural: aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável). Em resumo, onde havia direito há agora meras chances (expressão utilizada por Goldschmidt para englobar todas as possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus). *Processo como procedimento em contraditório*: “Em tempos mais recentes, na Itália surgiu novo pensamento de Elio Fazzalari, repudiando a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo. Fala do ‘módulo processual’ representado pelo procedimento realizado em contraditório e propõe que, no lugar daquela, se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida” (*Teoria geral do processo*, cit., p. 281/288).

¹⁷⁴ “Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser. A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimentos. Procedimento é, destarte, sinônimo de rito do processo, ou

mas, em relação ao procedimento, não há divergência substancial, caminhando a doutrina no sentido de realçar o aspecto *extrínseco, exterior, formal e ordinatório*, “pois é por meio dele – do procedimento - que o processo se desenvolve, com toda sua complexa seqüência de atos, interligados entre si, de forma a proporcionar condições para a existência do provimento jurisdicional que ponha fim à lide”¹⁷⁵.

Processo e procedimento – diz Humberto Theodoro Júnior – são conceitos diversos e que os processualistas não confundem. Processo, como já se afirmou, é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto. O processo não se submete a uma única forma. Exterioriza-se de várias maneiras diferentes, conforme as particularidades da pretensão do autor e da defesa do réu. Uma ação de cobrança não se desenvolve, obviamente, como uma de usucapião e nem muito menos como uma possessória. O modo próprio de desenvolver-se o processo, conforme as exigências de cada caso, é exatamente o procedimento do feito, isto é, o seu rito. É o procedimento, de tal sorte, que dá exterioridade ao processo, ou à relação processual, revelando-se no *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional. Em outras palavras, é o procedimento que, nos diferentes tipos de demanda, define e ordena os diversos atos processuais necessários¹⁷⁶.

Como observa João Mendes Junior, o primeiro autor a estudar o vocábulo procedimento, “o sufixo nominal *mentum* é derivado do grego menos, que significa princípio de movimento, vida, força vital, e *to*, que é uma partícula expletiva. Como sufixo nominal, exprime o ato em seu modo de fazer e na forma em que é feito, isto é, exprime o ato regularmente formalizado (...). Assim, o processo é

seja, ‘o modo e a forma por que se movem os atos do processo’ (Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 374).

¹⁷⁵ *Curso avançado de processo civil*, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, cit., p. 156.

¹⁷⁶ *Curso de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 49/50.

movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é este movimento em sua forma extrínseca, tal como se exerce pelos nossos órgãos corporais e se revela aos nossos sentidos”¹⁷⁷.

Processo – segundo Sérgio Bermudes – é uma relação jurídica, consubstanciada numa série de atos, que se praticam do modo que a lei determina. Esse modo é consequência lógica da finalidade do processo. À vista do objetivo do processo, os atos que o constituem se haverão de praticar de um ou de outro modo. Em outras palavras, o processo se desenvolve consoante um rito que, atentam na sua finalidade que a lei estabelece. O procedimento não é, então, o processo em si, mas, sim, o modo pelo qual o processo se desenvolve. Para tornar possível o adequado desempenho da função jurisdicional, o direito determina que o processo, instrumento por meio do qual a jurisdição atua, se realize de certo modo, com exclusão de outros modos possíveis de desenvolvimento. O modo de desenvolver-se o processo é que se denomina procedimento¹⁷⁸.

Contudo, apesar da solidez e do refinamento técnico, tais ensinamentos não permitem – segundo penso - traçar a solução *concreta e objetiva* à questão, que é a exata distinção entre *processo e procedimento*¹⁷⁹ para fins do exercício da competência legislativa no âmbito da função jurisdicional (art. 22, I, c.c. art. 24, XI, da CF)¹⁸⁰.

¹⁷⁷ *Direito judiciário brasileiro*, cit., p. 264/265.

¹⁷⁸ *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*, cit., 46/50.

¹⁷⁹ Diz Fernando da Fonseca Gajardoni, que “o tormento do intérprete – e não encontramos quanto a isso trabalhos de fôlego após quase 20 anos de vigência da Constituição Federal de 1988 – é a definição, primeiro, de quais normas seriam processuais e quais seriam as normas procedimentais em matéria processual – consequentemente definindo a competência privativa da União sobre as primeiras e concorrente em relação às outras – e depois, já estabelecidas quais as normas processuais e quais são as procedimentais, saber quais destas últimas são genéricas (de competência da União) e quais são particulares (de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal)” – *Flexibilização procedimental*, cit., p. 29.

¹⁸⁰ “Como dissemos anteriormente, a discussão a respeito das diferenças entre os conceitos de processo e procedimento, durante expressivo espaço de tempo, se deu exclusivamente no campo doutrinário, sem que se pudessem dela extrair importantes repercussões no campo prático. Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa discussão assumiu novo vigor, porque a Constituição Federal definiu diferentes campos de competência, em matéria

Arruda Alvim aborda o problema no campo legislativo, sugerindo simetria ou aproximação com o direito material, de modo a assegurar uniformidade de tratamento nalguns temas em seus aspectos essenciais.

Confira-se:

“Parece-nos que os temas relacionados com o *direito de ação*, as *partes*, as *provas*, a *sentença* (= os requisitos de existência e validade da sentença), *nos seus elementos essenciais*, não poderão ser entendidos como encartáveis na idéia de *procedimento*, pois que, ontologicamente, têm de ser objeto de normas não gerais. Acentue-se, ao menos como argumento, que, na verdade, esses temas, em *escala apreciável*, encontram-se *delineados* mesmo no próprio texto da Constituição Federal de 1988. Este *argumento* demonstra que estão de tal forma permeados pela idéia de *uniformidade*, que o constituinte os colocou, em suas linhas gerias, no próprio texto constitucional. O direito de ação é o veículo configurativo do próprio retrato, *i.e.*, *da própria possível existência* do Direito material; a disciplina referente à capacidade e a legitimação das partes (sua capacidade, plena ou não), igualmente, não pode ser regulada em *norma procedimental não geral*, da mesma forma que não o pode o da *legitimação para agir* ou *processual*, porque diz respeito à titularidade do possível direito subjacente à ação. *A legitimação processual ou para agir, a seu turno, e em realidade, regular a titularidade do direito de agir, em juízo, pressuposto para o exercício do direito de ação.* Ademais, as regras de *processo devem* mesmo guardar *simetria* com as regras de direito material e, no particular, os Estados federados e o Distrito Federal não têm competência para legislar sobre o tema de direito material, *direito civil*, que está subjacente a todos esses institutos. Se não guardarem simetria, *todavia* – o que não se contesta ser possível – haverá a regra (= *norma processual*) de ser editada pelo mesmo Poder Legislativo *que pode editar a norma de direito material*, dado que, *nessa hipótese*, o sentido e a função da regra processual *se desviam dos parâmetros da regra de direito material*. Esse desvio só pode se verificar emergindo do mesmo Poder, que é o Congresso Nacional. Se assim não fosse, e se os Estados federados legislassem *nesse campo, ipso facto*, estariam obliquamente disciplinando assuntos *diferentemente* do que tivesse feito o direito civil, e cuja disciplina *desfiguraria* a deste ramo, para a qual a competência legislativa é *exclusivamente* da União (art. 22, I, da CF/88). As *provas* dizem respeito à *tradução* ou à *demonstração* do Direito material em juízo, e, pois, porque devem ser aptas a retratar o próprio Direito, se viessem a ser objeto de disciplina *procedimental*, de caráter *não geral*, estar-se-ia, *indiretamente*, podendo fazer desaparecer situações de direito material, e estas variariam de um Estado federado para outro, e entre esses e o Distrito Federal. As situações de Direito material devem, necessariamente, ter uniformidade, em relação às situações iguais; e quando o legislador federal entender que não devem ter uniformidade, a ausência de uniformidade deve decorrer *da lei material federal*, e, *ainda aqui*, haverá,

processual e em matéria procedimental, tanto para a União Federal quanto para os Estados federados e para o Distrito Federal” (Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, cit., p. 156).

certamente, de ser compatível com o princípio da igualdade de todos perante a lei, tendo em vista a gama de assuntos *exclusivamente* adjudicados à competência legislativa da União¹⁸¹.

Todavia, a adoção deste critério, que prega a uniformidade de tratamento na Federação e simetria com o direito substancial, acarreta maior embarco à resolução da questão segundo a ótica do exercício da competência legislativa, inibindo, por conseqüência, a atuação dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Isto foi o que ocorreu, em grande escala, por ocasião da criação e funcionamento dos Juizados Especiais. Dizia-se, naquela época, que a competência legislativa seria da União, pois somente ela cabia dispor sobre as normas de direito material penal¹⁸². Logo, segundo corrente doutrinária majoritária, estando atrelado com norma de direito material (penal), a criação e o funcionamento do Juizado Especial somente poderia dar-se por meio de lei federal.

Esta simetria ou aproximação da norma de direito substancial com a norma de direito processual, conquanto salutar no desempenho e exercício da função jurisdicional, não contribui à afirmação da autonomia dos entes componentes da Federação, que se vêem tolhidos de dispor sobre *normas de procedimento não gerais* por conta de disciplina outra inserida no campo das leis substanciais.

¹⁸¹ *Manual de direito processual civil*, cit., p. 138/140..

¹⁸² Este, aliás, um dos motivos invocados no anteprojeto n. 1.480/89, apresentado pelo Dep. Michel Temer, que resultou na Lei n. 9.099/95: “Para dar cumprimento à norma constitucional é necessária, antes de mais nada, a promulgação de lei federal, porquanto só a União cabe legislar em matéria penal (art. 22, I, Const.), e é indubitavelmente de natureza penal a regra que permitirá a transação e que regulará seus efeitos no campo penal (...). Deve-se ressaltar que, na falta de lei federal, a competência legislativa dos estados poderia – embora inconvenientemente – ser plena para as normas de procedimento e, eventualmente, de processo (art. 24, X e XI, e § 3º, Const.), mas não teria o condão de suprir a inexistência da norma federal em matéria de transação e seus efeitos civis e penais, bem como em outros aspectos correlatos inseridos no presente Anteprojeto, como, v.g., a ampliação dos casos de ação penal condicionada à representação, a suspensão condicional do processo e outros. E, de qualquer modo, em matéria nova e delicada como esta, é mais oportuno que a lei federal, observada a autonomia dos Estados, trace as regras gerais que deverão reger o processo e procedimento renovados”.

A principal e mais marcante característica da Federação, que é a autonomia dos entes componentes, deve refletir-se por ocasião do exercício do dever-poder de legislar. Por isso, imperiosa a separação das normas processuais e substanciais, sob pena de comprometer a arquétipo de separação de competências concebido pelo constituinte de 1988.

Creio que a solução do problema no âmbito legislativo não passa pelo acolhimento desta ou daquela teoria¹⁸³, muito menos pela vinculação ao direito material, mas, em verdade, na observação ontológica dos elementos componentes e derivados dos institutos fundamentais (estrutura) e da dinâmica (conteúdo) do *mecanismo* de que se serve o Estado-juiz para prestação da tutela jurisdicional.

Procedimento é a *forma em movimento* (tempo, lugar e modo de execução). São os elementos *sensíveis, palpáveis e exteriores* do contraditório estabelecido entre os sujeitos do processo.

Processo, por sua vez, é a estrutura fundamental do *mecanismo, método* ou *instrumento* de que se serve ao Estado-juiz à prestação da tutela jurisdicional. São os elementos *abstratos, insensíveis e interiores* do contraditório estabelecido entre os sujeitos do processo.

Diz-se (in)sensíveis, (ex)interiores, palpáveis/abstratos, porque a distinção dos institutos (*processo* e *procedimento*) repousa justamente na percepção da realidade fenomenológica aos nossos órgãos corporais, apreendidos ou não pelos sentidos.

¹⁸³ Aliás, a dificuldade do intérprete não se passa no plano teórico, mas, sim, no caso concreto, diante de um dispositivo legal específico (ou de determinada matéria em tese considerada). Trata-se de saber se estamos diante de norma de processo ou de procedimento (geral ou especial), de competência da União, Estados-membros ou Distrito Federal.

Enquanto o *processo* traduz modelo científico de atuação da jurisdição¹⁸⁴ *abstrato* e *artificial* concebido pela sociedade, desenvolvido pela doutrina e positivado pelo legislador, o *procedimento* constitui a corporificação *in concreto* de seus elementos componentes, prescrito sistematicamente de forma ordenada, coordenada e sucessiva¹⁸⁵, em obediência ao contraditório, de modo a assegurar a legitimidade do ato final daquele resultante (sentença).

A falta de um elemento do *processo* inviabiliza a existência e o desenvolvimento do *mecanismo* posto a disposição do Estado-juiz à prestação da tutela jurisdicional, ao passo que a falta de um elemento do procedimento gera a invalidade ao ato decisório, por desobediência ao *devido processo legal*¹⁸⁶.

A evolução da ciência processual resultou na identificação de seus institutos fundamentais e na elaboração de *teoria geral do processo* a respeito da *jurisdição, ação, defesa e processo*, evoluindo-se da pura técnica para a ciência, do mero procedimento para o direito processual.

A *teoria geral do processo* cuida da essência da dogmática do direito processual, nos seus quatro institutos fundamentais (*jurisdição, ação, defesa e processo*), estabelecendo o objeto material típico do exercício do poder jurisdicional.

¹⁸⁴ Especificamente no que tange ao Poder Judiciário.

¹⁸⁵ “Cada modelo procedimental é integrado por disposições que respondem às perguntas: quais atos devem ser realizados? Como se realizam? Onde? Quando? Em que ordem? Os quais, o como, o onde, o quando e o em que ordem constituem a essência da disciplina de cada procedimento abstratamente composto pela lei” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 444)

¹⁸⁶ “No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua seqüência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá a conformidade com o modelo preestabelecido: desvios e omissões quando a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do devido processo legal. No Estado-de-direito, como foi dito, não se concebe como possa o juiz, no exercício da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-la com o campo aberto para o arbítrio” (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 150).

Entre nós, apoiado em Eduardo Couture, a disciplina da teoria geral do processo foi exposta por Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁷, em colaboração com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, a despeito de algumas opiniões céticas a respeito de sua viabilidade prática¹⁸⁸.

Afirma o mestre, sobre os *quatro institutos fundamentais*, objeto da disciplina da *Teoria Geral do Processo*, que “todas as demais unidades sistemáticas que integram e dão forma ao corpo da norma processual convergem àquelas grandes categorias e, para serem corretamente compreendidas dentro do sistema, é indispensável que sempre as reportemos ao nível dos institutos fundamentais”.

E arremata:

“Não é exagero, portanto, dizer que os quatro institutos fundamentais resumem em si e exaurem toda a disciplina do direito processual”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ “Não constitui novidade a conclusão que vem de ser alcançada indicando a jurisdição, ação, defesa e processo como os institutos situados nesse nível. Existe mesmo, em doutrina, uma acentuada tendência a considerá-los assim, inclusive (em algumas obras) para o fim de distribuição sistemática da exposição da disciplina. A colocação mais nítida nesse sentido ainda é a de Eduardo Couture, cuja obra clássica estuda, nessa ordem, os quatro institutos básicos. A estrutura fundamental de seus Fundamentos del derecho procesal civil serviu de modelo ao livro didático (Teoria geral do processo) de cuja elaboração participei, em cooperação com os colegas docentes de direito processual do Largo de São Francisco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra” (*Fundamentos do direito processual civil moderno*, cit., p. 111).

¹⁸⁸ “No Brasil, é conhecida a opinião de Vidigal, cético quanto à teoria geral do processo. Já em 1974, ao prefaciar o livro em que figuro como autor ao lado de Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, destacou diversas dificuldades para a caracterização da lide no processo penal considerando tarefa ingrata a tentativa, que então fazíamos, de encontrar soluções no plano da teoria geral. Mas disse: ‘o fato inegável é que há inúmeras matérias que são comuns ao processo civil e ao processo penal’ (v. in Teoria geral do processo, pp. 3-4). Mais tarde, veio o Mestre a negar incisivamente a validade da teoria geral (sempre posta no plano exclusivamente jurisdicional, em suas considerações), a ponto de concluir: ‘é preciso abandonar de uma vez a tendência, que surgiu com Carnelutti e que muitos seguiram, de unificar o direito processual’ (cfr. ‘Por que unificar o direito processual?’, estudo que no título já revela a posição do autor). Liebman, por sua vez, sendo favorável à teoria geral do processo, manifesta temor pelas excessivas abstrações (v. nota 4). Nesse estudo, há o cuidado recomendado por Liebman. Quanto ao pensamento de Vidigal, duas observações: a) também aqui, tanto quanto nas aulas que àquele tempo ministrei sobre a matéria no curso de pós-graduação na Faculdade, buscam-se conceitos e princípios gerais, sem se alvitrar a unidade legislativa (notas 2-3); b) não se busca a unidade de soluções (mesmo em sede doutrinária), mas de raciocínio e de estruturas (v. infra, trecho que antecede a nota 43)” – *Instrumentalidade do processo*, cit., p. 67.

¹⁸⁹ Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, ob. cit., p. 114/115.

A jurisdição é manifestação de poder estatal, segundo o tríptico aspecto da *atividade* (conjunto de atos do juiz no processo), da *função* (escopo primacial de pacificar com justiça) e do *poder*¹⁹⁰ (uma das expressões do poder, que é uno e insuscetível de divisão ou pluralização).

A *ação*, traduzida no rompimento da inércia jurisdicional e o atuar ao longo de todo o processo na perspectiva de obtenção da tutela jurisdicional¹⁹¹, “tem significado de superlativa grandeza em sede de direito processual civil moderno, porque uma das características fundamentais do Estado-de-direito reside precisamente na abertura do Poder Judiciário ao exame de pretensões de toda ordem e qualquer valor e no acesso a e por qualquer pessoa, por qualquer condição social ou econômica, num crescendo que é bem uma das mais visíveis diretrizes políticas da atualidade”¹⁹².

A *defesa* consiste na faculdade de resistir ou reagir à pretensão deduzida em juízo. Embora sem o mesmo destaque que a ação ao longo da evolução histórica da ciência processual (trilogia estrutural¹⁹³), goza da mesma relevância jurídica, especialmente em razão da dialética contraditória do processo.

O *processo*, um dos institutos fundamentais, a própria gênese da relação jurídica estabelecida pelas partes e o Estado-juiz, deve ser visto, para fins de delimitação da competência legislativa, segundo a ótica do devido processo legal de que cuida a Constituição Federal.

¹⁹⁰ Capacidade de decidir imperativamente e impor decisões.

¹⁹¹ Cassio Scarpinella Bueno, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 333/335.

¹⁹² Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, ob. cit., p. 118.

¹⁹³ “Num tempo anterior, bastante prestígio desfrutou a trilogia estrutural de conceitos básicos, proposta por Ramiro Podetti e amiúde citada por José Frederico Marques – estrutura abrangente apenas da jurisdição, ação e processo, sem dar igual realce ao jus exceptionis (nessa linha, também Hélio Tornaghi). A trilogia prepondera na organização das obras sistemáticas de autores italianos do processo civil, como Chiovenda, Calamandrei, Liebman e, mais recentemente, Virgilio Mandrioli. A de Carnelutti, por conhecidas razões de ordem sistemática e metodológica, apresenta estrutura bastante diferente” (Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 112).

Nessa quadra, o *due processo of law* “é mais que uma garantia: é ‘o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício das faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao exercício da jurisdição. É também, por outro aspecto e em outras palavras, um sistema de limitações ao exercício do poder – limitações postas ao juiz como penhor da efetividade das garantias do contraditório e ampla defesa. Em sua redução mais sintética, é uma garantia de justiça e consiste no direito ao processo, ou seja, direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial de direitos e interesses”¹⁹⁴.

Estes *quatro* institutos fundamentais da ciência processual trazem em seus quadrantes e projetam sua relevância sobre diversos outros temas e objetos, que, analisados global e estruturalmente, constituem as *normas de Direito Processual* de que trata a Constituição Federal (art. 22, I).

E as projeções, corolários destes quatro temas essenciais ao Direito Processual - *ação, defesa, jurisdição e processo (due processo of law)* -, é que determinarão a característica de *norma processual*.

As normas que cuidam de jurisdição, direta ou indiretamente, tem natureza processual e, por isso mesmo, somente a União pode dispor legislativamente (art. 22, I, da CF).

Há alguns dispositivos no Código de Processo Civil que cuidam, direta e especificamente, da jurisdição. É o que se dá, por exemplo, nos seguintes dispositivos:

Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

¹⁹⁴ Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, ob. cit., p. 151.

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Noutros, a jurisdição é tratada de forma *oblíqua, indireta e mediata*.

Confira-se:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Art. 86. As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral.

Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. § 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.

Numa ou noutra forma, sempre que a norma dispor sobre o exercício da jurisdição, direta ou indiretamente, estar-se-á diante de *matéria processual*, sendo vedada a atuação legislativa dos Estados-membros e do Distrito Federal (ressalvada autorização por lei complementar para questões específicas - art. 22, parágrafo único, da CF).

São assuntos atrelados com a *jurisdição*, a competência, imparcialidade do juiz, ato atentatório à dignidade da jurisdição, deveres do juiz, espécies e forma de tutela (cognição, execução, cautelar), valor da causa, etc.

O mesmo ocorre em relação à *ação*. O poder de romper a inércia e de atuar ao longo do processo na perspectiva de obter a proteção jurisdicional está ligado diretamente às *condições da ação*, tema de abertura do Código de Processo Civil:

Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Outros assuntos, porém, têm relação indireta ou mediata com este *romper e atuar*. São eles, por exemplo, a petição inicial, os recursos, a capacidade processual, as partes, os procuradores, o litisconsórcio e assistência, a intervenção de terceiros, etc.

Veja-se:

Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para *estar em juízo*.

Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, *postular* em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem *litigar*, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão.

Art. 70. A denúncia da *lide* é obrigatória: I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta; II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o

pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu.

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. § 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexó de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. § 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

Tais dispositivos, conseguintemente, estão imunes à atuação legiferante dos Estados e Distrito Federal, porque dispõe sobre derivações de instituto fundamental do Direito Processual (*ação*).

Quando abordamos a *defesa*, outro instituto fundamental do Direito Processual, salta aos olhos temas que expressam na exata medida a idéia de reação do réu à pretensão deduzida pelo autor.

É o caso, por exemplo, da contestação, da exceção e da reconvenção, aludidas no art. 297:

Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

Outros assuntos, também tratados no Código de Processo Civil, têm implicação indireta ou mediata com a *defesa*. Isto se dá nos recursos, na revelia e seus efeitos, na nomeação de curador especial ao réu revel citado por edital, etc.

Confira-se:

Art. 9º O juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 322. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada

ato decisório. Parágrafo único O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.

Tais normas são de natureza processual, cuidam da *ossatura* do Direito Processual; por isso, restritas à atuação legislativa da União.

Assim se dá, também, com o *processo*, enquanto instituto fundamental do Direito Processual, segundo a Constituição Federal (*due process of law*), que prestigia o *contraditório* na preparação e formação do ato do Estado-juiz.

Nesse sentido, não é difícil apontar a prova como sendo um tema inerente ao *processo*. E, quando isso se verificar, estamos diante de norma a ser regulada por meio de lei federal, já que compõe o *Direito Processual* de que trata o art. 22, I, da Constituição Federal.

Exemplificando:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Outros temas também se relacionam com o *processo* e, em especial, com o *contraditório*, entendido como oportunidade das partes de participar da preparação e formação do provimento que poderá afetar sua esfera de direitos. Isto ocorre, por exemplo, na formação e suspensão do processo, no direito da parte contrapor documento novo ou fato extintivo, modificativo e impeditivo, etc.

Confira-se:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

Art. 265. Suspende-se o processo: I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador; II - pela convenção das partes; III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz; IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente; V - por motivo de força maior; VI - nos demais casos, que este Código regula.

Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.

Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

Estes dispositivos são *normas de processo*, por cuidarem de instituto fundamental do Direito Processual (art. 22, I, da CF).

De outro lado, o *procedimento*, composto por elementos *sensíveis*, *palpáveis* e *exteriores* do contraditório, pode ser visto de 02 (duas) maneiras.

A primeira - de fácil percepção¹⁹⁵ - corresponde àquilo que se denomina *rito*, *marcha* ou *sucessão* ordenada e coordenada de atos tendentes à preparação e formação do ato decisório do Estado-juiz.

Veja-se, por exemplo, o encadeamento do procedimento comum sumário:

Art. 276. Na petição inicial, o autor apresentará o rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará quesitos, podendo indicar assistente técnico.

Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. § 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. § 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir. § 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário. § 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade.

Art. 278. Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico. § 1º É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial. § 2º Havendo necessidade de produção de prova oral e não ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 329 e 330, I e II, será designada audiência de instrução e julgamento para data próxima, não excedente de trinta dias, salvo se houver determinação de perícia.

¹⁹⁵ Alguns dispositivos do Código de Processo Civil tratam *expressamente* do tema procedimento: Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV). Art. 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial. Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário. Art. 274. O procedimento ordinário reger-se-á segundo as disposições dos Livros I e II deste Código.

Art. 279. Os atos probatórios realizados em audiência poderão ser documentados mediante taquigrafia, estenotipia ou outro método hábil de documentação, fazendo-se a respectiva transcrição se a determinar o juiz. Parágrafo único. Nas comarcas ou varas em que não for possível a taquigrafia, a estenotipia ou outro método de documentação, os depoimentos serão reduzidos a termo, do qual constará apenas o essencial.

Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.

Art. 281 - Findos a instrução e os debates orais, o juiz proferirá sentença na própria audiência ou no prazo de dez dias.

A segunda – de difícil percepção – corresponde à *movimentação*¹⁹⁶ dos atos de natureza processual, que adquirem *forma* por circunstâncias de três ordens: a) lugar; b) tempo; e d) modo.

Explico.

A imparcialidade do juiz corresponde constitui tema de instituto fundamental de Direito Processual (jurisdição). Logo, *norma de processo*, somente a lei federal poderá dispor sobre as hipóteses de suspeição e impedimento (arts. 134 e 135 do CPC). Todavia, para que este ato processual, de impedimento e suspeição, adquira *forma e movimento*, deve existir um *procedimento*, um itinerário, um caminho a ser percorrido pelos sujeitos do processo, dispondo, *genericamente*, sobre o lugar, o tempo e o modo de sua execução.

E ele existe. Está descrito no art. 138, § § 1º e 2º, do Código de Processo Civil:

¹⁹⁶ Sobre o movimento e forma, afirma Sérgio Bermudes: "(...) Daí dizerem certos processualistas, com inexatidão, que procedimento é a forma de exteriorização do processo. Nada menos exato. O procedimento é modo que se faz com que o processo adquira forma, não sendo, entretanto, a forma em si mesma. Discordo da definição segundo o qual o procedimento é o 'modo e a forma por que se movem os atos do processo', pois, sendo estática a idéia de forma, não cabe dizer que algo se move de determinada forma. Há um modo de mover-se, mas não a forma de mover-se. O movimento, realizado de certo modo, é que assume uma forma. Se o procedimento é a ordem pela qual se movem os atos do processo, ele é modo de movimento e não forma de movimento" (ob. cit., p. 48).

Art. 138 § 1º A parte interessada deverá argüir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos; o juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão da causa, ouvindo o argüido no prazo de 5 (cinco) dias, facultando a prova quando necessária e julgando o pedido. § 2º Nos tribunais caberá ao relator processar e julgar o incidente.

Disse *genericamente*, porque bem reflete o exercício da competência legislativa referida no art. 24, XI, da Constituição Federal. Ou seja, o art. 138, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, constitui *norma geral de procedimento em matéria processual*, de competência legislativa da União, podendo os Estados e Distrito Federal, para atendimento de suas peculiaridades regionais¹⁹⁷, suplementá-la, editando *normas especiais de procedimento*, de vigência territorial limitada ao ente político legiferante.

A petição inicial, por seu turno, é ato que exprime o sentido de *ação*, enquanto instituto fundamental do Direito Processual. Logo, toda disciplina a ela correlata, por constituir norma de *natureza processual*, deve ser editada pela União, que o fez, *genericamente*, nos art. 282 e 283 do Código de Processo Civil, da seguinte forma:

Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

¹⁹⁷ “É intuitivo que a Constituição deferiu competência aos Estados para legislar sobre procedimentos, para que as unidades federadas possam adequar o modo pelo qual se desenvolve o processo à sua realidade – isso se justifica e se impõe, num País continental, marcado por diferenças de toda ordem. Nesse contexto, a edição de normas particulares – isto é, leis de vigência territorial limitada a Estado federado, ou mesmo a uma porção dele – só se justifica diante da existência de particularidades locais, que tornem inadequada a incidência da norma no âmbito geral” (Sérgio Bermudes, *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*, cit., p. 49).

Este ato processual – petição inicial – tem que adquirir *forma e movimento*. Por isso, a União editou, *em linhas gerais*, o procedimento que cuida do lugar, tempo e modo da (in) admissão da petição inicial.

Veja-se:

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor.

Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão. Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente.

Desse modo, possível aos Estados e ao Distrito Federal, caso exista alguma peculiaridade de cunho regional, suplementar os arts. 284, 285 e 296, do Código de Processo Civil, estabelecendo a *norma especial em matéria de procedimento* correlata, tal como faculta o § 2º, do art. 24, da Constituição Federal.

O recurso de agravo de instrumento traduz uma das expressões da reação do réu à pretensão deduzida pelo autor. Logo, vinculado à *defesa*, um dos institutos fundamentais do Código de Processo Civil, somente a lei federal pode criá-lo, dispondo sobre seus contornos e aspectos essenciais (genéricos).

Foi o que fez o legislador nacional nos seguintes dispositivos:

Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento. Art. 475-M § 3º A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

Art. 475-O II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: II – agravo. Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.

Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. § 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

As normas processuais acima referidas são estanques e abstratas. Isoladamente não têm vida nem concretude. Necessitam, portanto, de normas procedimentais, que lhes dê forma e movimento, o que foi feito, em termos gerais, nos dispositivos a seguir mencionados, dispondo sobre o lugar, o modo e o tempo de realização:

Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída: I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis. § 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais. § 2º No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.

Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso. Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos

do art. 557; II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; IV - poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial; VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Art. 528. Em prazo não superior a 30 (trinta) dias da intimação do agravado, o relator pedirá dia para julgamento.

Art. 529. Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo.

Os Estados e o Distrito Federal – repisando o anteriormente dito - poderão editar *norma especial em matéria de procedimento*, dispondo sobre o recurso de agravo de instrumento, para atendimento de alguma peculiaridade de cunho regional.

O mesmo ocorre com as provas, tema imbricado com o *contraditório* (processo), instituto fundamental do Direito Processual.

A prova testemunhal está delineada no art. 405, do CPC ¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: I - o interdito por demência; II - o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o menor de 16 (dezesesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. § 2º São impedidos: I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que

Trata-se de norma processual, editada privativamente pela União, que, para dar-lhe *vida, cor, forma e movimento*, disciplinou, logo a seguir, o lugar, o tempo e o modo de *produção da prova testemunhal* (art. 407 do CPC) ¹⁹⁹.

assistam ou tenham assistido as partes. § 3º São suspeitos: I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; II - o que, por seus costumes, não for digno de fé; III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; IV - o que tiver interesse no litígio. § 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

¹⁹⁹ Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência. Parágrafo único. É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes. Art. 411. São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função: I - o Presidente e o Vice-Presidente da República; II - o presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados; III - os ministros de Estado; IV - os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; V - o procurador-geral da República; VI - os senadores e deputados federais; VII - os governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal; VIII - os deputados estaduais; IX - os desembargadores dos Tribunais de Justiça, os juízes dos Tribunais de Alçada, os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal; X - o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil. Parágrafo único. O juiz solicitará à autoridade que designe dia, hora e local a fim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que arrolou como testemunha. Art. 412. A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento. § 1º A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente de intimação; presumindo-se, caso não compareça, que desistiu de ouvi-la. § 2º Quando figurar no rol de testemunhas funcionário público ou militar, o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir. § 3º A intimação poderá ser feita pelo correio, sob registro ou com entrega em mão própria, quando a testemunha tiver residência certa. Art. 413. O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente; primeiro as do autor e depois as do réu, providenciando de modo que uma não ouça o depoimento das outras. Art. 414. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo. § 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, argüindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentada no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4º. § 2º A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o art. 406; ouvidas as partes, o juiz decidirá de plano. Art. 415. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou oculta a verdade. Art. 416. O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento. § 1º As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias. § 2º As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer. Art. 417. O

Nesta hipótese, a norma tem natureza procedimental.

E, mais uma vez, havendo alguma peculiaridade regional, poderão os Estados e o Distrito Federal suplementá-la, estabelecendo a *norma especial em matéria de procedimento*, de vigência territorial limitada ao ente político legiferante.

Assim é que deve ser visto o *procedimento*, para fins do disposto no art. 24, XI, da Constituição Federal.

As *normas de processo* e as *normas de procedimento* são realidades distintas de um mesmo objeto, que ora se complementam (sendo fácil a observação) e ora se entrelaçam (sendo difícil a observação). As normas de processo e procedimento não têm existência independente ou autônoma. Cada qual conserva sua individualidade, conquanto não prescindam da outra, para constituir, dar forma, vida e movimento ao *mecanismo, método* ou *instrumento* de que se serve o Estado-juiz para realização de sua missão constitucional de prestação jurisdicional.

Nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni:

“Mesmo as normas puramente processuais, entretanto, não dispensam regras procedimentais respectivas, condição essencial de funcionalidade daquelas. É um erro comum e muitas vezes cometido a separação absoluta que é feita entre processo e procedimento, conseqüentemente entre normas processuais e normas procedimentais, como se o ato processual pudesse sobreviver sem procedimento que lhe dê forma. Mesmo os institutos previstos nas normas puramente processuais demandam disciplina procedimental, algo que só pode ser feito por normas procedimentais”²⁰⁰.

depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação. § 1º O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte. § 2º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei.

²⁰⁰ *Flexibilização procedimental*, cit., p. 34.

Devido a esta *intensa aproximação*, nalgumas normas de *processo*, haverá *fragmentos* concernentes ao modo de *execução* e *concreção* do mecanismo concebido para atuação da vontade do Estado-juiz.

É o que se dá, por exemplo, com relação ao *prazo* para oferecimento de contestação (art. 297, do Código de Processo Civil) ou mesmo para interposição de recurso de agravo de instrumento (art. 522, do Código de Processo Civil).

Tais *fragmentos*, dispostos segundo as três ordens de circunstâncias acima referidas (tempo, lugar e modo), constituem normas de *procedimento*, sujeitas, portanto, à disciplina legislativa prescrita na Constituição Federal (*normas gerais* = União; *normas especiais* = Estados e Distrito Federal).

Não se pretende, com isso, sugerir a abordagem do problema a partir da formulação da idéia de normas de processo puras ou impuras, perfeitas ou imperfeitas, etc.

Busca-se, unicamente, despertar a atenção do intérprete para o modo *conjugado* e *entrelaçado* de confecção das normas dispensado pelo legislador ao Código de Processo Civil, de modo a exigir, na intelecção do dispositivo, precisão cirúrgica na identificação dos *fragmentos* ou *partículas* de *processo* e *procedimento*.

d – Título V do CPC (dos atos processuais).

Como aduzimos sobre as três ordens de circunstâncias das normas procedimentais (*tempo, lugar e modo*), cabe ressaltar que o Título V do Código de Processo Civil (Dos Atos Processuais), pelo fato de aludir aos *atos em geral, atos da parte, atos do juiz, atos do escrivão e do chefe de secretaria, tempo e lugar dos atos processuais, prazos, verificação dos prazos e penalidades, comunicação dos*

atos, cartas, citações, intimações, nulidades, distribuição e registro e valor da causa, não alberga, ipso facto, normas de natureza procedimental.

A análise deve ser particularizada.

Isto é, a norma que cuida da publicidade (art. 155, do CPC, c.c. art. 93, IV, da CF); que dispõe sobre os atos do juiz (art. 162, do CPC); que trata do valor da causa (art. 258, do CPC), assim como a que prevê a da distribuição por prevenção na hipótese de conexão ou continência (art. 253, I, do CPC), por tratar de aspectos inerentes a *jurisdição*, instituto fundamental do Direito Processual, são de natureza *processual*. A citação, os seus efeitos e as suas formas (arts. 213, 219, 221, do CPC), assim como a intimação (art. 234), corolários da ação e do contraditório (processo), institutos fundamentais do Direito Processual, constituem *normas processuais*.

De outro lado, as normas que cuidam do tempo, lugar e modo pelo qual o oficial de justiça promove a citação por hora certa (arts. 227, 228 e 229 do CPC); do lugar, modo e tempo pelo qual se faz a intimação (art. 238, do CPC), o lugar, modo e tempo pelo qual se transmitirá a carta precatória (art. 207, do CPC); o lugar, modo e tempo pelo qual se faz cobrança de autos ao advogado por prazo excedido (art. 196, do CPC), por conferir forma, vida e movimento ao *mecanismo, método* ou *instrumento* denominado processo jurisdicional, são classificadas como *normas gerais em matéria de procedimento*.

De fato, ao atentar à nomenclatura do título, capítulo ou seção, surge a tentação de se tomar o *continente* pelo *conteúdo*, classificando-se este ou aquele dispositivo como norma de *processo* ou *procedimento*; todavia, como acima demonstrado, a análise deve ser individualizada, a partir da aferição da presença *in concreto* de derivação ou projeção de instituto fundamental do Direito Processual.

e – Regimento interno e norma de organização judiciária.

É necessário, ainda, tecer algumas considerações sobre 02 (duas) outras espécies normativas, que não se confundem com as de natureza *processual* e *procedimental*, sob pena incorrer no vício da inconstitucionalidade formal (invasão de competência)²⁰¹.

São as normas de organização judiciária e o regimento interno dos Tribunais.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1934 (art. 67, I²⁰²) não há dúvida que pode haver, no nosso sistema jurídico, regimentos internos nos Tribunais, com conteúdo normativo próprio.

Dispõe o art. 96, I, da Constituição Federal de 1988:

“Compete privativamente: I – aos tribunais: a – eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus *regimentos internos*, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativo”.

A norma constitucional é clara e unívoca. O regimento interno deve conformação e obediência às normas do processo e garantias processuais das partes, não podendo dispor, direta ou indiretamente, sobre algum tema, aspecto

²⁰¹ Em sentido contrário, confira-se: “Cada Tribunal tem seu regimento interno que, por sua vez, pode albergar normas de processo. Tais normas, porém, não devem contrariar normas processuais federais, que sobre as primeiras prevalecem” (Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 04).

²⁰² Na Constituição de 1937, igual preceito foi repetido no art. 93, a; e na de 1946, também se manteve tal regra, como se vê do art. 97, II. A Constituição de 1967 não se limitou a reiterar o dispositivo. Foi mais além, dando ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal amplíssimo conteúdo normativo. Sobre esta competência anômala, que não mais subsiste no ordenamento jurídico, discorre Vicente Greco Filho: “Era exceção o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que traz em seu bojo normas processuais, sendo, portanto, verdadeiro Direito Processual Paralelo ou especial em relação aos Códigos de Processo Civil e Penal, em virtude do expresse mandamento constitucional, art. 119, § 3º, c (de 1967), o qual determinava que o Regimento Interno estabelecesse “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal” (*Direito processual civil brasileiro*, cit., p. 71).

ou projeção de institutos fundamentais do Direito Processual (*ação, jurisdição, defesa e processo*).

E nem poderia ser o contrário. O regimento interno - discorre José Frederico Marques – tem como conteúdo fundamental a regulamentação da vida interna de cada Corte Judiciária, regulamentação essa afeta aos tribunais, em consequência da autonomia da magistratura²⁰³.

Trata-se, portanto, de complexo de normas que os Tribunais adotam para regular o seu funcionamento, estatuidando a ordem e o método de trabalho com que seus órgãos judiciários exercem suas atribuições constitucionais e legais, e que não pode, por isso mesmo, dispor sobre *Direito Processual* (art. 22, I, da CF).

Da mesma forma as normas de organização judiciária (art. 96, II, d, da CF), que são “aquelas que regulam o funcionamento da estrutura do Poder Judiciário mediante atribuição de funções e divisão da competência entre seus órgãos, singulares ou colegiados, e por meio do regramento de seus serviços auxiliares”²⁰⁴. Ou, ainda, “as normas de organização judiciária visam disciplinar as condições materiais para o exercício da função jurisdicional, atribuindo funções e competência aos órgãos monocráticos ou colegiados, regramento sua própria constituição, e, ainda, regulam a organização, classificação, disciplina e atribuições dos serviços auxiliares da Justiça”²⁰⁵.

Não é permitido às normas de organização judiciária imiscuir-se na competência legislativa dos entes federados em matéria de *Direito Processual* (art. 22, I, da CF) e de *procedimentos em matéria processual* (art. 24, XI, da CF).

²⁰³ Dos regimentos internos dos tribunais, Nove ensaios jurídicos, Homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça, p. 77/94.

²⁰⁴ Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *Curso avançado de processo civil*, cit., p. 84.

²⁰⁵ Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 256.

Aliás, a advertência é feita expressamente pelo art. 1.214, do Código de Processo Civil:

Art. 1.214 – Adaptar-se-ão às disposições deste Código as resoluções sobre organização judiciária e os regimentos internos dos tribunais.

Traçando a distinção e o âmbito de incidência das referidas espécies normativas, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra:

“Enquanto as leis processuais disciplinam o exercício da jurisdição, da ação e da exceção pelos sujeitos do processo, ditando as formas do procedimento e estatuidando sobre o relacionamento entre esses sujeitos, cabe às de organização judiciária estabelecer normas sobre a constituição dos órgãos encarregados do exercício da jurisdição; aquelas são normas de *atuação da justiça*, estas sobre a *administração da justiça*. Cuidam estas de tudo que se refira à administração judiciária, indicando quais e quantos são os órgãos jurisdicionais, dispondo sobre a superposição de uns a outros e sobre a estrutura de cada um, fixando requisitos para a investidura e dizendo sobre a carreira judiciária, determinando épocas para o trabalho forense, dividindo o território nacional em circunscrições para efeito de exercício da função jurisdicional. Poder-se-á dizer, então, utilizando palavras de um antigo processualista brasileiro, que organização judiciária é o *regime legal da constituição orgânica do Poder Judiciário*”²⁰⁶.

V – Breves sugestões em matéria de procedimento.

O campo de atuação legislativa em matéria de *procedimento* assegurado aos Estados e Distrito Federal (normas especiais), que sucumbiram historicamente à concentração de poder em favor da União, é vasto e fértil, podendo trazer inovações práticas interessantes em termos de *efetividade*, *simplicidade* e *celeridade* na prestação jurisdicional.

Ensina Arruda Alvim que a tarefa do processualista, no trato de sua ciência e disciplina, é essencialmente a de, aproveitando-se dos valores universais da ciência jurídica processual da atualidade, e mesmo do passado, objetivar a

²⁰⁶ *Teoria geral do processo*, cit., p. 167.

simplificação desse instrumento que “o Estado põe a disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça”. Na medida em que se atinja essa simplicidade, sem que dela decorra prejuízo para as partes litigantes, em função do amplo contraditório ao longo de todo o evoluir do processo, é que se estará dotando a Justiça de um instrumento realmente útil (= eficiente) e, portanto, digno de sua missão²⁰⁷.

Imbuído deste propósito, Fernando da Fonseca Gajardoni aponta alguns temas a serem explorados por lei estadual:

“É possível, por isto, que haja lei estadual para disciplinar, exemplificativamente: a) o local ou o horário para a prática dos atos processuais conforme as necessidades do povo local; b) serviços de protocolo e recepção de petições dirigidas ao primeiro e segundo graus, inclusive quanto à possibilidade de sua extensão em período noturno, fim de semanas, feriados, além da disciplina do recebimento de documentos por meio eletrônico; c) procedimentos especiais novos, não previstos por lei federal, mas capazes de tutelar de maneira mais adequada situações comuns no Estado: como previsão local de uma ação de imissão na posse com particularidades rituais próprias; de um novo procedimento para os executivos fiscais estaduais, com prazos e ordem de atos processuais alterados para atender a conveniências locais; de uma cautelar típica, com forma de interposição não autônoma, etc; d) a forma de cumprimento de mandados pelos oficiais de justiça; e) novas modalidades de citação e intimação, desde que observadas as garantias constitucionais mínimas do contraditório e da ampla defesa; f) a comunicação dos atos processuais em seu território (cartas precatórias e de ordem, intimação por e-mail, fax, etc); g) ampliação de prazos, mesmo que rigidamente fixados no Código de Processo Civil ou leis processuais extravagantes, conforme as particularidades locais (por exemplo, em Estado cuja extensão territorial seja muito vasta, ou em que o transporte seja precário); h) a definição do período em que os prazos processuais estarão suspensos por força de circunstâncias locais, observadas as diretrizes gerais traçadas por norma geral editada pela União; i) a inserção, no bojo de procedimentos genéricos estabelecidos pelo legislador federal, de atos processuais não constantes do *iter* geral, ou discipliná-los, quanto à organização, de maneira distinta (inserindo, por exemplo, audiência de conciliação logo no início do processo, antes da citação do demandado); j) a ordem dos processos nos tribunais, criando preferências de julgamento locais, além dos já estabelecidos pela lei federal, ou inserindo audiência de conciliação compulsoriamente nos processos entrados na segunda instância; k) criação, conforme as possibilidades e necessidades locais, de uma nova modalidade de liquidação de sentença (por institutos oficiais de pesquisa, por exemplo); l) a avaliação dos bens penhorados por oficial de justiça (art. 475, § 5, e art. 680, ambos do CPC), ou a alienação particular (art. 685-C

²⁰⁷ *Manual de direito processual civil*, vol. 1, cit., p. 104.

do CPC); m) a colheita de depoimento por via telefônica ou por teleconferência conforme a necessidade local”.

As disparidades entre os Tribunais dos entes componentes da Federação são bastante acentuadas, e foram retratadas, estatisticamente, pelo Conselho Nacional de Justiça²⁰⁸.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 2008, teve despesa de R\$ 4.597.543.991,33; auferiu, a título de custas e recolhimentos diversos, R\$ 1.256.203.449,01; para um total de 2.291 juízes (1ª e 2ª instância)²⁰⁹ e 55.727 funcionários²¹⁰; todos encarregados do processamento e julgamento de 23.059.896 de processos²¹¹.

O Tribunal de Justiça do Estado do Acre, no ano de 2008, teve despesa de R\$ 104.093.278,74; auferiu, a título de custas e recolhimentos diversos, R\$ 4.526.124,79; para um total de 42 juízes (1ª e 2ª instância)²¹² e 1.501 funcionários²¹³; todos encarregados do processamento e julgamento de 140.917 de processos²¹⁴.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no ano de 2008, teve despesa R\$ 669.058.774,67; auferiu, a título de custas e recolhimentos diversos, R\$ 92.537.323,04; para um total de 432 juízes (1ª e 2ª instância)²¹⁵ e 7.171 funcionários²¹⁶; todos encarregados do processamento e julgamento de 2.617.989 de processos²¹⁷.

²⁰⁸ http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8016&Itemid=988&numtab=3 – (acessado em 10.03.2010). Dados da Justiça em números – Série histórica 2004 a 2008 (última atualização em 16.06.2009).

²⁰⁹ 5,6 magistrados para cada 100.000 habitantes.

²¹⁰ 135,9 funcionários para cada 100.000 habitantes.

²¹¹ *Média de 10.065 processos para cada juiz paulista.*

²¹² 6,2 magistrados para cada 100.000 habitantes.

²¹³ 220,7 funcionários para cada 100.000 habitantes.

²¹⁴ *Média de 3.332 processos para cada juiz do Acre.*

²¹⁵ 7,1 magistrados para cada 100.000 habitantes.

²¹⁶ 127,5 funcionários para 100.000 habitantes.

²¹⁷ *Média de 6.037 processos para cada juiz de Santa Catarina.*

Evidente, pois, o *gigantismo* da Corte Paulista, onde o magistrado é submetido à maior carga de serviço judiciário da Federação. Isto constitui motivo mais do que bastante para se admitir tratamento diferenciado relativamente ao *instrumento* (processo) concebido pelo *legislador nacional* para cumprimento da missão constitucional de prestação jurisdicional.

A *conciliação* deve ser o meio de pacificação social buscado com primazia pelo juiz, pois otimiza os fatores da *demora* e *custos*, que estreitam o canal de acesso à Justiça²¹⁸.

O Código de Processo Civil, tal como positivado, não confere meios adequados, tampouco oportunidades suficientes, para consecução da conciliação entre as partes.

²¹⁸ “Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não jurisdicionais dos conflitos, tratados como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo e consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através de formas do processo civil, penal ou trabalhista. O processo é necessariamente formal (embora não devam ser formalistas aqueles que operam o processo), porque as suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição (princípio da legalidade, devido processo legal: Const., art. 5º, LIV). No processo as partes têm o direito de participar intensamente, pedindo, requerendo, respondendo, impugnando, provando, recorrendo; a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) inclui também o direito das partes ao diálogo com o juiz, sendo este obrigado a participar mais ou menos intensamente do processo, decidindo sobre pedidos e requerimentos das partes, tomando iniciativa da prova em certa medida, fundamentando suas decisões (Const., art. 93, inc IX). Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema. Ao lado da duração do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu custo constitui óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo. Estas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução de conflitos. Trata-se dos meios alternativos de que se cuida no presente item, representados particularmente pela conciliação e pelo arbitramento” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 26/27).

Ademais, o juiz não dispõe de instrumentos eficazes para conduzir as partes *livremente* na obtenção da conciliação, dialogando, esclarecendo e informando, sem interposição de advogado, sobre a conveniência da celebração de acordo no curso da demanda.

Um dos principais entraves à efetivação deste meio alternativo de pacificação social, como revela a praxe no foro, é a falta de consequência processual (*sanção*) em razão da ausência do autor ou réu à audiência de conciliação.

A ausência das partes é interpretada majoritariamente²¹⁹ como falta de interesse na conciliação. Nada mais; nenhuma “*sanção*” pode ser aplicada pelo juiz ao faltante²²⁰.

Ora, se o paciente não comparece à consulta agendada, o médico não vai até a casa dele, para saber o motivo de sua ausência. Suportará o paciente o ônus ou encargo do *cancelamento* do atendimento médico solicitado. Então, por que imaginar que a solenidade designada pelo Estado-juiz possa ser desprezada por aquele que bateu-lhe as portas alegando violação ou ameaça a direito?

A presença das partes deve ser *compulsória*, de modo a permitir o indispensável contato do juiz com seu jurisdicionado (e vice-versa).

²¹⁹ Nelson Nery Junior entende que a ausência do autor, no procedimento comum sumário, implica na extinção do processo, sem apreciação do mérito: “quando o autor, injustificadamente, deixa de comparecer pessoalmente à primeira audiência ou seu procurador ou preposto não tem poderes para transigir, dá-se a contumácia do autor. O princípio da isonomia (CF 5º, e CPC 125 I) determina ao juiz que dê tratamento igualitário às partes. Como a falta do réu enseja o decreto de revelia, com a presunção de veracidade dos fatos afirmados na inicial (CPC 277 § 2º), ao autor deve ser aplicada medida assemelhada, ou seja, a extinção do processo sem conhecimento do mérito. Aplica-se, por extensão, o LJE 51 I. Deixar o autor sem sanção equivale a violar o princípio constitucional da isonomia. No mesmo sentido, Marcato-Miranda, CPCI, coment. 5 CPC 277, p. 876” (*Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 544).

²²⁰ STJ - REsp 992411/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Ministra Nancy Andrichi, j. 17/04/2008.

Este contato, que pode ser apenas *visual* e *gestual*, faz com que o juiz se inteire melhor da causa que julgará, conhecendo especificamente os sujeitos da relação jurídica processual. As partes, autor e réu, terão a oportunidade de dialogar com o juiz, que intermediará a aproximação deles, objetivando solução consensual da lide.

Assim, sendo a conciliação meio de composição da lide que deve ser *incentivado* no curso processo, nada impede que o *legislador paulista*, no exercício da competência suplementar que lhe assegura o art. 24, XI, da Constituição Federal, crie norma idêntica àquela do Juizado Especial, ou seja, a falta do *autor*, a qualquer das audiências, implicará na extinção do processo, sem apreciação do mérito, ao passo que a ausência do *réu*, à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, ensejará a presunção de veracidade dos fatos afirmados na petição inicial.

Aqui estão as normas:

Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se do contrário resultar a convicção do juiz.

Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo.

Não há modificação na estrutura da *revelia*, tema vinculado *mediatamente* ao instituto fundamental da *defesa*; tampouco na espécie de *ato do juiz* (sentença), matéria vinculada ao instituto fundamental da *jurisdição*.

Ambos, como acima examinado, constituem norma de *Direito Processual*, de competência privativa da União, consoante dispõe o art. 21, I, da Constituição Federal.

O que se propõe, em verdade, é dar-lhes nova *roupagem, vida, forma e movimento*, a partir de circunstâncias de três ordens: a) lugar; b) tempo; e d) modo.

Isto é, a ausência do réu (*modo*), a qualquer das audiências (*tempo e lugar*), implicará na *extinção do processo*, sem apreciação do mérito, ao passo que a falta do réu (*modo*), a sessão de conciliação ou audiência de instrução e julgamento (*tempo e lugar*), ensejará a aplicação dos efeitos da *revelia*.

Muita vez, o litígio se acentua com a instauração da demanda, exigindo da parte, que reclama proteção jurisdicional, o dispêndio de numerário para custear advogado, custas e despesas processuais.

O *aclaramento* destas questões, assim com a sinalização sobre a conveniência da celebração de acordo, por conta de alguma questão peculiar, recomenda diálogo *direto* da parte com o juiz (sem a intermediação de advogado), tal como ocorre no procedimento da separação consensual (art. 1.120 e seguintes do CPC).

Logo, possível ao *legislador paulista*, suplementando a *lei nacional*, facultar ao juiz a oitiva *direta e informal* das partes sobre os motivos da demanda, esclarecendo-lhes, conjunta ou isoladamente, as vantagens da celebração de acordo.

Propõe-se, portanto, a seguinte redação:

“Em qualquer audiência do processo, poderá o juiz ouvir as partes, isolada ou conjuntamente, sobre os motivos da demanda, esclarecendo-lhes sobre as vantagens da celebração de acordo”.

Ainda sobre o tema *conciliação*, forçoso convir que o *juiz paulista*, submetido ao maior volume de serviço em comparação a todas as demais unidades da Federação, deve contar com incremento de auxílio humano para *boa*

e *cabal* execução das audiências de conciliação, que poderão ser efetivadas tão logo ajuizada a demanda, antes mesmo da citação do réu²²¹.

Para tanto, dada a notória dificuldade financeira na contratação de funcionários, o legislador estadual poderia autorizar ao *juiz paulista* a nomeação de alguém, de sua confiança, preferencialmente com formação no ensino superior (inclusive dentre funcionários do quadro do Poder Judiciário), para presidir as audiências de conciliação, sob sua orientação e supervisão.

Veja-se a proposta de redação:

“Antes da citação do réu, poderá o juiz designar audiência de conciliação, que será conduzida, sob sua orientação e supervisão, por pessoa nomeada, preferencialmente com formação no ensino superior, a quem incumbirá a celebração de acordo, submetendo-o à homologação judicial”.

Esta idéia, pelos mesmos motivos, poderia ser empregada na segunda instância, antes do encaminhamento do processo à sessão de julgamento, a critério do juiz relator.

Confira-se:

“Antes da sessão de julgamento, poderá juiz relator designar audiência de conciliação, que será conduzida, sob sua orientação e supervisão, por pessoa nomeada, preferencialmente com formação no ensino superior, a quem incumbirá a celebração de acordo, submetendo-o à homologação judicial”.

Estas são apenas algumas sugestões no campo específico das audiências, que poderiam ser abraçadas pela Assembléia Legislativa em favor da *Justiça Paulista*.

²²¹ Nesse ponto, confira-se o assentado pela Comissão de Anteprojeto do Código de Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, no que tange à conveniência de audiência de conciliação antes da convocação do réu a Juízo: “A Comissão privilegiou a conciliação incluindo-a como o primeiro ato de convocação do réu a juízo, porquanto nesse momento o desgaste pessoal e patrimonial das partes é diminuto e encoraja as concessões, mercê de otimizar o relacionamento social com larga margem de eficiência em relação à prestação jurisdicional, mantendo a lei esparsa da arbitragem em texto próprio”.

Outra questão, que realmente acarreta *demora* à solução do processo, dá-se na fase probatória.

Trata-se, justamente, da ordem na colheita da prova oral.

Primeiro são ouvidas as testemunhas arroladas pelo autor e, somente depois, as do réu²²².

Não entendo, sinceramente, qual o fundamento da resistência das partes à *inversão*²²³, já que vigora, no sistema processual, o princípio da comunhão das provas.

Sobre o princípio da aquisição processual ou comunhão da prova, discorre José Carlos Barbosa Moreira:

“E basta pensar o seguinte: se a prova for feita, pouco importa sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ser sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo seu adversário. A isso se chama o ‘princípio da comunhão da prova’: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. E quando digo que pouco importa sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria à outra, senão também não incluo aí a prova trazida aos autos por iniciativa do juiz”²²⁴.

²²² Art. 413 do CPC: “O juiz inquirirá as testemunhas separadamente e sucessivamente; primeiro as do autor e depois as do réu, providenciando de modo que uma não ouça o depoimento da outra”.

²²³ Estratégia de condução do processo? Ofensa ao direito de defesa? Ao contraditório? Ora, as testemunhas estão previamente arroladas nos autos pelas partes; as premissas estão fixadas na petição e contestação; portanto, os sujeitos processuais (partes e juiz) não são tomados de surpresa.

²²⁴ *O juiz e a prova*, cit., p. 181.

Ademais, o *destinatário* da prova é o juiz²²⁵, que poderá ouvir esta ou aquela testemunha, ainda que a parte manifeste sua desistência²²⁶.

A dificuldade acontece não só no caso da ausência de testemunha intimada, ensejando a designação de nova audiência, mas, especialmente, quando há expedição de carta precatória, objetivando oitiva da testemunha do autor.

Nesse caso, o processo ficará paralisado, não podendo o juiz tomar o depoimento das testemunhas arroladas pelo réu. Terá que aguardar, indefectivamente, a devolução da carta precatória, que, além de tardar, nem sempre é devolvida cumprida.

Observa-se, também, *nítido* desconforto causado à testemunha que, intimada e presente no prédio do Fórum, com prejuízo de suas atividades domésticas, familiares e profissionais, é obrigada a retornar, noutro dia e horário, porque, por insistência da parte, “*imperiosa*” a observância da ordem legal na colheita da prova oral; isso sem falar na *repetição inútil* e *sobrecarga* de atos cartorários.

Embora se entenda que a inversão na ordem da colheita da prova oral constitua nulidade relativa²²⁷, nada impede que o *legislador paulista*, impulsionado pela idéia de *comunhão das provas*, *simplicidade* e *celeridade*, formule norma de *procedimento*, prescrevendo que as testemunhas arroladas pelas partes serão ouvidas pelo juiz *separada e indistintamente*.

Eis o dispositivo:

²²⁵ Art. 131 do CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

²²⁶ É o que decorre do art. 130, do CPC. Veja-se, também, o art. 401, § 2º, c.c. art. 209, do Código de Processo Penal.

²²⁷ STJ - HC 121215 / DF, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 01/12/2009.

“O juiz inquirirá as testemunhas, separada e indistintamente, providenciando de modo que uma não ouça o depoimento da outra”.

Ainda no campo das provas, destaco uma, que não é usualmente utilizada pelos juízes, mas que pode trazer resultados e experiências valiosas ao julgamento da causa.

Trata-se da inspeção judicial, meio de prova disciplinado no art. 440 e seguintes do Código de Processo Civil.

O *juiz paulista* não se dedica a este meio probatório essencialmente por duas razões: (i) a carga de serviço a que submetido no foro não lhe permite deixar o prédio do Fórum, para comparecer no local do litígio, em data e horário previamente agendado, com toda expectativa e alvoroço criado em torno de sua presença; ademais, (ii) o juiz, que tem o dever de imparcialidade, deve primar pela *discrissão* na condução do processo; logo, o anúncio prévio às partes acerca da realização da inspeção judicial, além de comprometer a colheita *fidedigna* dos elementos fático-probatórios, inibe a atuação do magistrado, dado o *aparato* e *curiosidade* criado em torno da sua presença, o qual, obviamente, preferirá não se expor às partes e ao público em geral²²⁸.

A inspeção judicial é ato *exclusivo* do juiz, que poderá se fazer acompanhar de peritos, lavrando-se auto circunstanciado, onde mencionará “tudo quanto nele for útil ao julgamento da causa” (art. 443, do Código de Processo Civil). Como a própria expressão diz, trata-se de *inspeção do juiz*, não das partes e de seus advogados.

O anúncio prévio da diligência, além de comprometer a *fidedigna* colheita dos elementos fático-probatórios, estimulando eventual *preparação* ou *arrumação* no local do litígio, trará o *inconveniente* da assistência das partes, inibindo, por

²²⁸ Quinto mandamento do juiz, segundo Edgard de Moura Bittencourt: “Da popularidade fugirás; e da publicidade, igualmente” (*O juiz*, cit., p. 115).

conseqüência, a atuação magistrado, que deve ser *sóbria, discreta, séria e imparcial*.

Ou alguém duvida que, numa demanda versando perturbação do sossego em bar, restaurante ou boate, a presença do juiz, previamente anunciada às partes, não propiciaria a diminuição *espontânea* do volume do som, assim como o *controle* de eventual algazarra e tumulto ali nas imediações?

Numa demanda ambiental, sabendo de antemão que o juiz comparecerá no local do litígio, talvez acompanhado de perito, qual empresa não ficaria *tentada* a encetar providências para suspender ou minorar o lançamento de dejetos, detritos ou poluição no ar, rio ou mar?

As partes, em qualquer situação, não estão alijadas do contraditório, que poderá ser diferido, a critério do juiz, que decidirá motivamente. A intervenção, caso postergado o contraditório, dar-se-á nos próprios autos, onde partes farão as observações que reputarem de interesse da causa.

A inspeção judicial se presta *peculiarmente* ao convencimento do juiz, a par de tantas outras provas trazidas pela partes e produzidas no processo (art. 131, do Código de Processo Civil).

Assim, com o fito de dar melhor aproveitamento à *inspeção judicial* no Estado de São Paulo, propõe-se modificação no *modo, tempo e lugar* de sua realização, dando-lhe novo *movimento, forma e contorno* (matéria de procedimento).

Trago, então, a seguinte proposição legislativa:

“A inspeção judicial de pessoas ou coisas poderá ser realizada, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, independentemente de prévio anúncio ou assistência das partes. Parágrafo único: Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto

circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa”.

Outra questão que merece *explicitação*, dadas as constantes divergências no foro, é o estabelecimento de regra preconizando que compete ao advogado, constituído ou não, o dever de informar a parte acerca do *dia, hora e local* da prática de algum ato do processo, especialmente audiências, perícias e sessões de julgamento.

Não tem se mostrado suficiente, para assegurar o bom andamento da demanda, a norma segundo a qual as intimações dar-se-ão pela publicação dos atos no órgão oficial (art. 236, do Código de Processo Civil).

Os advogados, quando não insistem na intimação pessoal do próprio constituinte, deixam de informá-los acerca do *dia, horário e local* das audiências e perícias, acreditando, erroneamente, que isso é incumbência do Juízo.

A sugestão que se propõe guarda estrita pertinência com norma de procedimento, já que a intimação é modo de exteriorização, captado pelos sentidos, que impulsiona o instrumento denominado *processo*, até a prolação do ato final (sentença).

Propõem-se, então:

“Na falta de disposição em sentido contrário, as intimações dar-se-ão pela publicação dos atos no órgão oficial. Parágrafo único: Caberá ao advogado, constituído ou não, dar ciência à parte acerca do dia, hora e local da realização dos atos do processo, especialmente audiências, perícias e sessões de julgamento”.

Presentemente, há algumas matérias que merecem especial atenção do juiz, porque afetam bens valiosos e indispensáveis à sociedade. Um deles, não há dúvida, é o *meio ambiente*, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, “caput”, da Constituição Federal).

Outra matéria, que também assume relevância indiscutível no atual cenário nacional, refere-se às demandas de *improbidade administrativa*, cujo julgamento é postergado, em detrimento de outras tantas questões individuais, importantes sim, mas que podem ceder singelo passo na ordem de processamento e julgamento.

Difícil, bastante difícil, e a prática demonstra isso, deparar-se com o trânsito em julgado de demanda versando *improbidade administrativa*, pois os recursos são inúmeros e variados, tramitando, não raras vezes, em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Logo, possível ao legislador estadual, enaltecendo a *tutela da moralidade administrativa* no Estado de São Paulo, conferir prioridade de tramitação destas demandas, juntamente das ambientais. Caberia ao Tribunal Paulista criar mecanismo de controle da prioridade de processamento e julgamento destes processos (1ª e 2ª instância)²²⁹.

Confira-se:

“Terão prioridade de tramitação e julgamento os processos de improbidade administrativa e de meio ambiente. Parágrafo único: Caberá ao Tribunal efetivar o controle da prioridade”.

E por falar em recurso, matéria de Direito Processual (art. 22, I, da CF), possível incorporar, na sua tramitação, alguma peculiaridade, tornando-o mais simples e ágil.

Os embargos de declaração, concebido no Código de Processo Civil para aprimorar e aclarar o ato decisório, têm o seu uso comumente desvirtuado pelas

²²⁹ Medida semelhante poderia ser efetivada no processo penal, relativamente aos crimes contra a Administração Pública.

partes. Pouquíssimos são os casos de acolhimento dos declaratórios, por obscuridade, omissão ou contradição no julgado.

Conquanto exista sanção pelo intuito procrastinatório (art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil), esta se revela tímida, irrisória (1% do valor da causa), e, portanto, inócua a fim colimado.

O que se propõe não é dar nova feição ao recurso de embargos, tratando de seus efeitos ou recrudescendo sanção por litigância de má-fé. Tais temas, como exposto no presente estudo, constituem matéria imbricada com os institutos fundamentais da *defesa e ação*; logo, afeto à esfera de atuação legislativa privativa da União.

Pretende-se, dada a realidade estatística judiciária do Estado de São Paulo, conferir tratamento mais consentâneo com os ideais de *simplicidade, celeridade e efetividade*, coibindo, reflexamente, o manejo desordenado e contrário à técnica desta espécie de recurso.

Assim, propõe-se que, em caso de *rejeição total dos embargos de declaração*, caberá à parte recolher preparo em montante *duplicado* no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção.

Isto exigirá da parte mais *seriedade e ponderação* no manejo do recurso de embargos de declaração, que atravança a máquina judiciária paulista, já assoberbada.

Tanto o valor do preparo é matéria reservada à disciplina dos Estados e do Distrito Federal, que o art. 511, do Código de Processo Civil, emprega a

expressão “*legislação pertinente*”²³⁰, vigorando no Estado de São Paulo a Lei n. 11.608/03.

Eis o dispositivo:

“Em caso de rejeição total dos embargos de declaração, deverá a parte, no ato de interposição do recurso, comprovar, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, em montante duplicado, assim como porte de remessa e retorno, sob pena de deserção”.

Recentemente, o juiz tem sido aquinhado pelos órgãos superiores com diversas incumbências no que tange à realização *material e empírica* do ato decisório.

Não bastasse toda a multiplicidade de atividades a que submetido o magistrado, atos infra-legais (resoluções, instruções, portarias, etc.) cominam providências das mais variadas relativamente ao *cumprimento* de decisões judiciais.

É o que ocorre, especificamente, em relação à penhora de dinheiro (art. 655-A, do Código de Processo Civil²³¹).

O juiz, em centenas ou milhares de processos, ao proferir decisão constringendo eletronicamente as contas bancárias do devedor, deve encaminhar-se ao portal de *internet* do Banco Central do Brasil, para realizar,

²³⁰ Art. 511. “No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”.

²³¹ Art. 655-A, “caput”, do CPC. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução

material e concretamente, a decisão de penhora, cujo cumprimento, consoante dispõe o art. 143, I, do Código de Processo Civil²³², compete ao oficial de justiça.

Depois da ordem de bloqueio, o juiz fará pesquisa sobre as contas atingidas; se ocorrer a constrição, o valor terá que ser transferido pelo juiz para conta judicial; caso acolhida insurgência do devedor, o juiz terá que providenciar o desbloqueio da conta, sempre manejando o portal do Banco Central do Brasil a partir de senhas.

Isto é feito, em larga escala, todos os dias, pelo *juiz paulista*, gerando inequívoco prejuízo ao andamento do serviço judiciário (audiências, despachos, sentenças, etc.).

Não se ignora que o manejo deste moderno instrumento exige segurança e responsabilidade.

Mas isso não constitui empecilho para que se faculte ao juiz a indicação de algum funcionário encarregado da incumbência de cumprimento das decisões de penhora eletrônica de dinheiro.

Questões de ordem técnica, por mais relevantes, não podem se sobrepor ao desempenho da atividade jurisdicional, que deve primar pela *efetividade, celeridade e simplicidade*.

Aqui, então, a proposta:

“O juiz, a seu critério, poderá indicar ao Tribunal funcionário responsável pela execução das requisições eletrônicas de bens, pessoas e coisas.

²³² Art. 143 do CPC. Incumbe ao oficial de justiça: I - fazer pessoalmente as citações, prisões, penhoras, arrestos e mais diligências próprias do seu ofício, certificando no mandado o ocorrido, com menção de lugar, dia e hora. A diligência, sempre que possível, realizar-se-á na presença de duas testemunhas.

Parágrafo único: Caberá ao Tribunal cadastrar o funcionário, que operará o sistema sob sua responsabilidade”.

Como se vê, são medidas singelas e pontuais, sugestões apenas, que sinalizam campo *fértil* e *vasto* à atuação legislativa estadual em matéria de procedimento.

A despeito de alguma polêmica, as proposições anunciadas têm o condão de gerar *bons* resultados no *processo* do qual se serve o *juiz paulista* à prestação da tutela jurisdicional.

VI - Conclusão.

A experiência, curta e fracassada, dos Códigos de Processo Estaduais, resultou da implantação, com a proclamação da República, do sistema federativo, que foi importado, *pura e simplesmente*, dos Estados Unidos da América, desconsiderando as realidades históricas, culturais e sociais da sociedade brasileira.

Findo o Império, as competências dos Estados se agigantaram, com arroubos de emancipação, em detrimento do poder central.

Por motivos variados, em especial a debilidade financeira, os Estados não conseguiram desenvolver o plexo de competências que lhes fora atribuído pela Constituição, dando ensejo às intervenções da União, que foram deturpadas, ao longo do tempo, por motivos políticos.

No caso da legislação processual, os Estados que se dispuseram editar codificação própria, primaram pelo excessivo rigor técnico, inclusive com evocação de lições estrangeiras. Descuraram, *em uníssonos*, do atendimento das diversidades regionais, única razão da outorga da competência legislativa.

Mais adiante, seguindo tendência mundial (*centripetismo*), o poder central retomou, nas Constituições subseqüentes, a primazia da titularidade e exercício das competências, dentre elas a de legislar sobre o Direito Processual, dando ensejo à unificação do Código de Processo Civil, em 1939.

Assegurada da unidade de atuação normativa, a Constituição de 1988, importando técnica do direito alemão, inovou ao criar a idéia de *condomínio legislativo* (competência concorrente), na qual mais de um ente político partilha graus exclusivos de influência normativa sobre a mesma matéria. Isso foi o que ocorreu, por exemplo, em relação à competência legislativa sobre matéria de *processo e procedimento* (art. 22, I, c.c. art. 24, XI, da CF).

Assim, a partir da Constituição de 1988, a discussão sobre *processo e procedimento* não se restringia unicamente ao campo acadêmico. Entes políticos diversos, autorizados pela Carta Política, passaram a legislar sobre estes temas historicamente imbricados.

Apesar de algumas iniciativas pontuais dos Estados em matéria de *processo e procedimento* (juizado especial, interrogatório por videoconferência, etc), muitas vezes rechaçadas pela Corte Suprema, cuja orientação técnica se revelou centralizadora no campo normativo-legislativo, não houve a elaboração, pela doutrina ou jurisprudência, de critério *objetivo e específico*, apto a delimitar o espectro de competência legislativa em matéria de *processo e procedimento*.

Isto foi o quê pretendeu fazer o presente estudo, traçando singela proposta que permita ao intérprete, face à situação jurídica concreta, impregnada de conceitos *fluídos, imprecisos e vagos*, identificar, empiricamente, qual o campo de atuação legislativa dos Estados, União e Distrito Federal.

Resumidamente, concluiu o estudo que se a norma legal versar algum aspecto, direto ou indireto, dos institutos fundamentais do Direito Processual

(ação, defesa, jurisdição e processo), estar-se-ia diante de *norma de processo*, composta de elementos *abstratos, insensíveis e interiores* do contraditório, inserida, conseqüentemente, no âmbito de competência privativa da União (art. 22, I, da CF).

A *norma de procedimento*, composta por elementos *sensíveis, palpáveis e exteriores* do contraditório, deve ser enfocada de 02 (duas) maneiras. A primeira - de fácil percepção - corresponde àquilo que se denomina rito, marcha ou sucessão ordenada e coordenada de atos tendentes à preparação e formação do ato decisório do Estado-juiz. A segunda - de difícil percepção - corresponde à movimentação dos atos de natureza processual, que adquirem forma por circunstâncias de três ordens: a) lugar; b) tempo; e d) modo.

Num ou noutro caso, à União caberá a edição de *normas procedimentais gerais* (não exaustivas), ao passo que os Estado e Distrito Federal poderão suplementá-la, elaborando *normas especiais*, para atendimento de alguma peculiaridade regional.

Tais idéias - desenvolvidas no curso da dissertação -, sem a intenção de esgotar a questão, apontam um caminho, rumo ou direção ao intérprete no enfrentamento deste tormentoso problema jurídico, resgatando, em última análise, a importância dos entes políticos componentes da Federação.

Devem os Estados e o Distrito Federal concentrar esforços no desenvolvimento da competência legislativa a que alude o art. 24, XI, da Constituição Federal, de modo a permitir, não só a afirmação da relevância das *Justiças Estaduais*, evitando a opção pela *padronização* ou *standardização*, incompatível com o modelo de organização política federativo, mas, especialmente, a prestação jurisdicional *célere, simples, efetiva e econômica*, acessível a toda a população, consentânea com as diversidades e peculiaridades

regionais (histórias, sociais, econômicas e culturais), bastantes contrastantes na vastidão do território brasileiro.

Imperioso, também, que o guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, ao dirimir conflitos daí decorrentes, não sucumba à sedutora idéia de uniformidade de tratamento das matérias *relevantes* por *leis nacionais*, reconhecendo, de uma vez por todas, aos entes políticos, Estados e Distrito Federal, componentes e formadores da Federação, a autonomia legislativa que lhes é essencial.

E o caminho, que é longo, já está sendo trilhado, com a elaboração de *Anteprojeto de Lei Complementar de Código de Procedimento em Matéria Processual do Estado do São Paulo*, a cargo de grupo de estudos, sob coordenação de Cassio Scapinella Bueno.

Bibliografia

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALVES, Alaor Caffé. *Planejamento e federação*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1975, v. 6.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1 e 2.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Característicos comuns do federalismo. Por uma nova federação*. Coordenada por Celso Bastos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *Regime constitucional e leis nacionais e federais*. Revista de Direito Público, vol. 53/54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da república federativa do Brasil anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: 11. ed. Saraiva, 1989.

_____. *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1977.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERMUDES, Sérgio. *Iniciação ao estudo do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974.

_____. *Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 21, ano 1994.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 3. ed. São Paulo: Millennium, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O caminho para um federalismo de regiões*. Revista de Informação Legislativa, n. 65. Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 1980.

_____. *Do velho ao novo federalismo*. Revista de Direito Administrativo, vol. 70. São Paulo: Atlas, 1962.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 1, 2 (tomo I), 3, 4 e 5.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

_____. *Tutela antecipada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTEHA, 1944.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Princípio federativo e tributação*. Justitia, vol. 47. São Paulo: Revista do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1985.

_____. *Princípios constitucionais tributários e competência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais estaduais e federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo*. Trad. Mozart Victor Russomano, José Konfino Ed., 1951.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1, 2 e 3.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Novas perspectivas do federalismo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, vol. 99. São Paulo: Atlas, 1970.

FALCÃO, Alcino Pinto. *Aspectos da cooperação horizontal no federalismo*. Revista Forense, vol. 256. São Paulo: Revista Forense, 1976.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996, ristampa, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito: Competências administrativas dos Estados e Municípios*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 1, 2, 3 e 4.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FILHO, Vicente Greco. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1, 2 e 3.

FIORINI, Bartolomé. *Procedimiento administrativo y recurso hierárquico*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Coleção Atlas de Processo Civil – coordenação Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Podem os estados legislar sobre juizados especiais*. Revista dos Tribunais, vol. 708. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER; Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. RT, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. De Heitor de Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HORTA, Raul Machado. *Tendências do federalismo brasileiro*. Revista Forense, vol. 230. São Paulo: Forense, 1970.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Repartição de competências na Constituição Federal de 1988*. Revista Forense, vol. 315. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

OLIVIERA, Antonio Gonçalves. *Hierarquia das leis e competência legislativa da União e dos Estados*, Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Bahia: Podivm, 2008, vol. 1, 2, 3 e 4.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 1, 2 e 3.

JUNIOR, João Mendes de Almeida. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

JÚNIOR, José Cretella. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, v. 3.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Normas gerais e competência concorrente*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 90. São Paulo: USP, 1995.

_____. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

JÚNIOR, Waldemar Mariz de Oliveira. *Constituição da República e os procedimentos alternativos. Processo penal e a Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MALACHINI, Edson Ribas. *A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos*. Revista Forense, vol. 324. São Paulo: Forense, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Dos regimentos internos dos tribunais, Nove Ensaios Jurídicos, Homenagem ao centenário do Tribunal de Justiça*. São Paulo: LEX, 1975.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. *Federalismo e centralização*. Revista de Direito Público, vol. 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Natureza jurídica do Estado Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1937.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, vol. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Portugal: Coimbra, t. 2., 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, n. 35.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 5.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais*. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, n. 100, 1988.

NETTO, André Luiz Borges. *Competências legislativas implícitas dos estados-membros*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NOVELLI, Flávio Baur. *Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional n. 03/93*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACHECO, Cláudio. *Novo tratado das Constituições brasileiras*. São Paulo: Offset, 1992, vol. 6.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1, 2 e 3.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: 2008.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

SOUZA, Rubens Gomes. *Normas Gerais de Direito Financeiro*, Revista Forense, n. 155. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Competência legislativa em matéria de processo e procedimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 79, julho de 1990, vol. 657.

_____. *Considerações sobre o processo administrativo*. Revista de Direito Administrativo, n. 130. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Elementos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Sistema constitucional de competências*. Revista de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1993.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *Da democracia na América*. Trad. De Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, vol. 1.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)