



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO – DIREITO PÚBLICO**

PAULA SARNO BRAGA

**NORMA DE PROCESSO E NORMA DE PROCEDIMENTO: O
PROBLEMA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA
NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Salvador
2015

PAULA SARNO BRAGA

**NORMA DE PROCESSO E NORMA DE PROCEDIMENTO: O
PROBLEMA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA
NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como
requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Teoria do Processo e Tutela dos Direitos.

Orientador: Prof. Livre Docente Fredie Souza Didier Junior.

Salvador
2015

S243 Braga, Paula Sarno.

Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito brasileiro [manuscrito] / Paula Sarno Braga. – 2015.

467 f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Jr.

Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

1. Direito processual. 2. Processos (Direito). 3. Competência (Direito). I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Didier Jr., Fredie Souza. III. Título.

CDD 347.9

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULA SARNO BRAGA

**NORMA DE PROCESSO E NORMA DE PROCEDIMENTO: O
PROBLEMA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA
NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Ao meu pai, Aristiliano Soeiro Braga, *in memoriam*, por ser inspiração na busca por soluções simples, harmônicas e democráticas e que prezem pela coexistência de poderes e liberdades.

AGRADECIMENTOS

Esse é um trabalho feito basicamente a duas mãos, mas com a ajuda de muitas outras, todas elas guiadas por muitas cabeças e corações. Muitos foram os que trabalharam, pensaram, pesquisaram, apoiaram, vibraram ou simplesmente torceram por esse resultado e a eles devoto minha gratidão.

Aos Professores do Programa de Pós-graduação da UFBA, por seu estímulo e colaboração para a concretização do trabalho, em especial aos Professores Paulo Pimenta, Dirley Cunha e Edilton Meirelles, que proporcionaram importantes leituras e/ou colaboraram com sugestões e comentários que influíram no desenvolvimento deste trabalho.

Aos colegas e amigos conquistados no curso do Doutorado, Ana Thereza Meirelles, Vanessa Pessanha, Nadialice Francischini e Cláudia Albagli, pelos momentos de companheirismo e solidariedade, e pela convivência leve e bem-humorada. Em especial, a Marcus Seixas Souza, pela gentil tradução do resumo, e Ana Thereza Meirelles pelo apoio nas questões da metodologia.

Aos colegas do Lago & Sarno, do Pessoa & Pessoa e aos queridos alunos, funcionários e professores da FACULDADE BAIANA DE DIREITO, da UFBA e da UNIFACS, pela sua solidariedade e tolerância, dando suporte às minhas ausências.

A Aécio Souza e Ivanildes Sousa, pela sua preciosa contribuição no levantamento de material bibliográfico.

A Priscilla de Jesus, tão atenciosa e solidária, com seu apoio no dia-a-dia da academia e da advocacia e com sua disposição para ler e revisar este trabalho.

Aos meus antigos e atuais monitores, em especial Namir Gabrielle, Lorena Andrade, Amanda Barbosa, Paula Deda, Lorena Andrade, Mário Rodrigues, Priscilla de Jesus, Felipe Vieira Baptista, pela sua disponibilidade em ajudar nas pesquisas e em outros projetos acadêmicos.

A André Baptista Neves, pela preocupação e atenção na leitura do trabalho, seguida de importantes comentários e sugestões.

A Fredie Didier Jr, sempre amigo, professor e orientador, pela sua constante e marcante presença em minha jornada acadêmica, que, com tanto estímulo, paciência e dedicação, contribuiu decisivamente para a elaboração dessa tese, sempre apostando e acreditando na qualidade do seu desenvolvimento e conclusão.

Aos familiares e amigos, por seu carinho e compreensão e por me permitirem ter o melhor dos filhos. Em especial, aos meus irmãos (de sangue e de coração), Bruno, Verinha e Ricardo, por

de tudo presenciarem e compartilharem, com generosidade e ternura, e o pequeno grande Chiquinho, simplesmente por ser meu único e mais amado sobrinho e despertar o que há de melhor em mim; e à minha mãe, presente até os últimos minutos, incentivando e ajudando nas leituras e traduções, sem jamais deixar de invocar as bênçãos de nossas raízes e antepassados. A Antonio Lago Junior, meu amado, sempre companheiro e amigo, que sofreu e comemorou cada êxito e cada frustração, com todo amor que há nessa vida.

“(...) é da essência mesma do poder a exigência de sua efetividade, sem o que deixaria de existir como poder. Ele se traduz sempre em ato e é de absoluta irrelevância enquanto mero juízo ou enunciado”.

J. J. Calmon de Passos¹

¹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RESUMO

A presente tese tem como objetivo central analisar a existência de diferença entre norma de processo (ou processual em sentido estrito) e norma de procedimento (ou procedimental) que permita repartir a competência para sobre elas legislar entre União, Estados e Distrito Federal na forma dos arts. 22, I, e 24, X e XI, da Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, necessário foi enfrentar quatro questões prévias e essenciais. A primeira, o estabelecimento das premissas metodológicas necessárias para a adequada interpretação do texto dos arts. 22, I, e 24, X e XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, e seus conceitos jurídicos indeterminados (como “processo”, “direito processual” e “procedimento em matéria processual”), que pressupõem concretização por meio de atividade criativa e adscritiva, considerando haver entre esses dispositivos incompatibilidade aparente a ser conformada a partir de métodos e normas de interpretação apropriados. A segunda, a definição da natureza jurídica do processo e do procedimento, investigando a possibilidade de diferenciá-los entre si, mediante pesquisa e exame das principais teorias desenvolvidas ao longo da história do direito processual. A terceira, a distinção entre norma material e norma processual, firmando posicionamento sobre a natureza de alguns institutos considerados fronteiros (como a prova), para, só então, definir a norma processual jurisdicional e mergulhar naquelas que são consideradas suas espécies (a norma processual em sentido estrito e a norma procedimental) e a possibilidade de extremá-las entre si. A quarta, perpassa pelo estudo das técnicas de repartição de competência legislativa na federação brasileira, com foco na competência legislativa privativa da União e na competência legislativa concorrente da União, Distrito Federal e Estados-membros, bem como da possibilidade de solução hermenêutica de um conflito aparente dessas competências, à luz da identificação de competências implícitas e adequadas e do interesse predominante ou interesse peculiar (e da própria subsidiariedade). Só então, pôde proceder-se a um exame atento da possibilidade de adotar-se interpretação conciliadora do choque aparente da competência privativa da União e da competência concorrente complementar e supletiva dos Estados-membros e do Distrito Federal para legislar sobre processo e procedimento (matérias coincidentes entre si), para, enfim, propor uma adequada repartição de poderes entre esses entes federados, mediante análise de algumas iniciativas legislativas estaduais. Encerra-se o trabalho com a análise crítica das decisões do Supremo Tribunal Federal dadas no controle de constitucionalidade formal dos atos normativos estaduais sobre processo/procedimento, enquanto fontes de precedentes vinculantes, e a constatação do atendimento insatisfatório das exigências de coerência, integridade e uniformidade na construção da sua *ratio decidendi*.

Palavras-chave: Constituição Federal Brasileira; normas de interpretação constitucional; processo; procedimento; norma material; norma processual; norma procedimental; competência implícita; competência adequada; competência legislativa privativa; competência legislativa concorrente; federação; normas federais gerais; normas estaduais suplementares; normas estaduais supletivas; conflito de competência; repartição de competência; fundamentação; precedente; coerência; integridade; uniformidade.

ABSTRACT

This thesis is mainly aimed to analyze the existence of differences between process rule (or processual strictly) and procedure rule (or procedural) that allows sharing the power to legislate on them between Union, state and Federal District in the form of arts. 22, I, and 24, X and XI of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Therefore, it was needed to face four prevalent and essential issues. Firstly, the establishment of methodological assumptions necessary for proper interpretation of the text of articles. 22, I, and 24, X and XI of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, and its undefined legal concepts (such as "process", "procedural law" and "procedure in processual matters"), which implies implementation by creative and ascriptive activity considering the existence of apparent incompatibility between these provisions to be formed from appropriate methods and rules of interpretation. Secondly, the definition of the legal nature of the process and procedure, investigating the possibility to differentiate them from each other, through research and examination of the main theories developed throughout history of processual law. Thirdly, the distinction between material and processual rule, firming position on the nature of some institutes considered border (as proof), for only then set the legal processual rule and immerse those that are considered their species (the processual rule strictly and the procedural rule) and the possibility of extreme them with each other. Fourthly, it goes through the study of the techniques of division of legislative competence in the Brazilian federation, focusing on private legislative competence of the Union and the concurrent legislative competence of the Union, Federal District and the Member States, as well as the possibility of hermeneutics solution of an apparent conflict of these competences in the light of identification of implicit and appropriate competences and the prevailing interest or peculiar interest (and subsidiarity itself). Only then it could proceed to a careful examination of the possibility of adopting conciliatory interpretation of apparent shock of private competence of the Union and the concurrent additional and supplementary competence of the Member States and the Federal District to legislate on process and procedure (concomitant matters), to finally propose an appropriate division of powers between these federated entities through examination of some state legislative initiatives. This work is ended with the critical review of decisions of the Supreme Court given in the formal judicial review of state normative acts on process / procedure, as sources of binding precedents, and the finding of unsatisfactory meeting of requirements of coherence, integrity and uniformity in building its *ratio decidendi*.

Keywords: Brazilian Federal Constitution; constitutional interpretation rules; process; procedure; material rule; processual rule; procedural rule; implied competence; appropriate competence; private legislative competence; concurrent legislative competence; federation; general federal rules; additional state rules; supplementary state rules; conflict of competence; division of powers; reasoning; precedent; coherence; integrity; uniformity.

RIASSUNTO

Lo scopo centrale della presente tesi è analizzare l'esistenza di differenza tra norma di processo (o processuale in senso stretto) e norma di procedimento (o procedimentale) che permetta dividere la competenza al fine di, su queste norme, legiferare fra Governo Federale, Regioni e Distretto Federale nella forma degli artt. 22, I, e 24, X e XI, della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile. Per ottenere questo intento, ci è voluto affrontare quattro questioni prelieve e essenziali. La prima, lo stabilimento delle premesse metodologiche necessarie all'adeguata interpretazione del testo degli artt. 22, I, e 24, X e XI, della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, e i suoi concetti giuridici indeterminati (come "processo", "diritto processuale" e "procedimento in materia processuale") che presuppongono concretizzazione attraverso attività creativa e accrescitiva, considerando che c'è tra questi dispositivi un'incompatibilità apparente a essere conformata a partire di metodi e norme di interpretazione adatti. La seconda, la definizione della natura giuridica del processo e del procedimento, investigando la possibilità di differenziarli l'uno dall'altro, mediante ricerca e esame delle principali teorie sviluppate nel corso della storia del diritto processuale. La terza, la distinzione tra norma materiale e norma processuale, consolidando il posizionamento sulla natura di alcuni istituti considerati confinanti (come la prova), per, solo allora, definire la norma processuale giurisdizionale e approfondire le quali sono considerate le sue specie (la norma processuale in senso stretto e la norma procedimentale) e la possibilità di estremarle tra di loro. La quarta, passa per lo studio delle tecniche di ripartizione di competenza legislativa nella federazione brasiliana, con attenzione sulla competenza legislativa privata del Governo Federale e sulla competenza legislativa concorrente del Governo Federale, Distretto Federale e gli Stati membri, così come della possibilità di soluzione ermeneutica di un conflitto apparente di queste competenze, per mezzo dell'identificazione di competenze implicite e adatte e dell'interesse predominante o interesse peculiare (e della stessa sussidiarietà). Solo allora, si è potuto procedere a un esame attento della possibilità di addotarsi interpretazione conciliante della divergenza apparente tra la competenza privata del Governo Federale e la competenza concorrente supplementare e suppletiva degli Stati membri e del Distretto Federale al fine di legiferare su processo e procedimento (materie coincidenti tra loro), per, infine, proporre una adeguata ripartizione di poteri fra tali enti federati, mediante analisi di alcune iniziative legislative regionali. Si compie il lavoro con l'analisi critica delle decisioni del Supremo Tribunale Federale date nel controllo di costituzionalità formale degli atti normativi regionali su processo/procedimento, come fonte di precedenti vincolanti, e la constatazione della risposta insoddisfacente alle esigenze di coerenza, integrità e uniformità nella costruzione della sua *ratio decidendi*.

Parole chiavi: Costituzione Federale Brasiliana; norme di interpretazione costituzionale; processo; procedimento; norma materiale; norma processuale; norma procedimentale; competenza implicita; competenza adatta; competenza legislativa privata; competenza legislativa concorrente; Federazione; norme federali generali; norme regionali supplementari; norme regionali suppletive; conflitto di competenza; ripartizione della competenza; fondamento, precedente; coerenza; integrità, uniformità.

ZUSAMMENFASSUNG

Ziel dieser Arbeit ist es, Unterschieden zwischen den prozessualen Normen und Verfahrensnormen zu analysieren. Das ist notwendig um die Aufteilung der Kompetenz zur Gesetzgebung unter Bund, Bundesdistrikt und Ländern zu unterscheiden, nach Verfassung der Föderativen Republik Brasilien, in seinen Artikeln 22, I und 46, I. Daher war es nötig, vier vorangegangenen Fragen stellen. Erstens, die Einrichtung von methodischen Voraussetzungen für die richtige Interpretation des Textes von Artikeln 22, I, und 24, X und XI der Verfassung der Föderativen Republik Brasilien, und seine unbestimmte Rechtsbegriffe (wie "Verfahren", "Prozessrecht" und "Verfahren in Prozessrecht"), die durch kreative Tätigkeit konkretisiert sind, während die offensichtliche Inkompatibilität zwischen diesen Texten wird von Methoden und Interpretationsregeln überwunden. Zweitens, die Definition auf die Rechtsnatur des Prozesses und Verfahren, die Möglichkeit untersucht, um sie voneinander zu unterscheiden, durch Forschung der wichtigsten Theorien, die in der Geschichte des Prozessrechts entwickelt wurde. Drittens ist die Unterscheidung zwischen materiellen und prozessualen Normen; und die Natur der Institute an der Grenze zwischen den beiden (z. B. Beweis). Die Arbeit wird auch das Konzept der gerichtlichen prozessualen Normen zu prüfen und ihrer Typen (prozessuale Normen, im engeren Sinne, und Verfahrensnormen) zu untersuchen. Viertens, die Techniken der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen in der brasilianischen Föderation. Die Arbeit konzentriert sich auf die private Gesetzgebungskompetenz der Bund und der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz der Bund, den Bundesdistrikt und den Mitgliedstaaten, aber auch die Möglichkeit der hermeneutischen Lösung eines offensichtlichen Konflikts dieser Kompetenzen im Lichte der Identifizierung von impliziten und entsprechenden Kompetenzen, und vorherrschende oder besonderen Interessen (und Subsidiarität eigenen). Die Arbeit untersucht dann die Möglichkeit der Vereinbarkeit von der scheinbaren Schock der privaten Gesetzgebungskompetenz der Bund, und der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz der Bund, den Bundesdistrikt und den Mitgliedstaaten, auf Prozess und Verfahren (zusammenfallende Themen), zu erlassen, bzw. Die Arbeit schlägt vor, nach allem, eine angemessene Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen den Bund, Bundesdistrikt und Ländern, durch Untersuchung einiger staatlichen Gesetzesinitiativen. Schließt die Arbeit mit der Überprüfung von Entscheidungen des Supremo Tribunal Federal (Bundesverfassungsgericht) in der „konzentrierte Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit“ der staatlichen normativen Akten auf Prozess / Verfahren gegeben, als Quellen für verbindliche Präzedenzfälle. Schließlich zeigt die Arbeit, dass die Forderungen der Integrität, Einheitlichkeit und der Kohärenz über die Entstehung des *rationes decidendi* waren nicht erfüllt.

Schlagwörter: Brasilianische Bundesverfassung; Verfassungsauslegung Normen; Prozess; Verfahren; Materielle Normen; Prozessuale Normen; Verfahrensnormen; Implizite Kompetenz; Entsprechende Kompetenz; Privatgesetzgebungskompetenz; Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz; Verband; Generalbundesnormen; Zusätzliche Staatliche Normen; Kompetenzkonflikt; Vermeidung von Kompetenzkonflikten; Gewaltenteilung; Grundlage; Rechtsprechung; Konsistenz; Integrität; Uniformität.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

abr	Abril
ADC	Ação Declaratória Constitucional
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag	Agravo
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AL	Alagoas
AM	Amazonas
art.	Artigo
arts.	Artigos
BA	Bahia
CC	Código Civil
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Ceará
CGJ	Corregedoria Geral de Justiça
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CF	Constituição Federal
cf.	confira-se/confiram-se
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
coord.	coordenador(es)
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DF	Distrito Federal
Dje	Diário de Justiça Eletrônico
DPJ	Diário do Poder Judiciário
EC	Emenda Constitucional
ed.	Edição
EDcl	Embargos de Declaração
EREsp	Embargos de Declaração no Recurso Especial

et seq	em diante
etc.	et cetera
EUA	Estados Unidos da América
ex.	exemplo
Exmo.	Excelentíssimo
f.	Folhas
fev.	fevereiro
FPPC	Forum Permanente de Processualistas Cíveis
GO	Goiás
H	hora
HC	<i>Habeas Corpus</i>
i.e.	isto é
In	Inserido
j.	Julgado
Jan	Janeiro
Jul	Julho
jun	junho
LC	Lei Complementar
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MA	Maranhão
mar	Março
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança/Mato Grosso do Sul
MT	Mato Grosso
n.	número
nov	Novembro
org.	organizador(s)
out	Outubro
p.	página(s)
PR	Paraná
RE	Recurso Extraordinário

rel.	relator
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso no <i>Habeas Corpus</i>
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RJ	Rio de Janeiro
RN	Rio Grande do Norte
RO	Rondônia
RS	Rio Grande do Sul
S	Seção
s/a	sem ano
SC	Santa Catarina
SE	Sergipe
set	Setembro
SP	São Paulo
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t	Turma/tomo
TRF	Tribunal Regional Federal
v.	Volume

SUMÁRIO

NOTA PRÉVIA.	23
INTRODUÇÃO.	24
CAPÍTULO 1	28
PREMISSAS METODOLÓGICAS.	
1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS: ENUNCIADO, NORMA E FONTES DE DIREITO.	28
1.1. Enunciado, texto e norma.	28
1.2. Enunciados textuais abertos: cláusula geral e conceito jurídico indeterminado.	33
1.2.1. A construção dos enunciados normativos abertos: diferenças e semelhanças.	33
1.2.2. A reconstrução interpretativa dos enunciados normativos abertos. O papel do juiz.	35
1.2.3. Técnica legislativa (não-casuística) e aplicação por concreção.	37
1.2.4. O conceito jurídico indeterminado. A natureza e o alcance de sua “indeterminação”.	40
1.2.5. Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais em sua interação. Concretização e desenvolvimento judicial do direito.	44
1.3. Fontes do direito.	46
1.4. Espécies normativas.	52
1.4.1. Esclarecimento prévio.	52
1.4.2. Critérios distintivos entre princípios e regras.	53
<i>1.4.2.1. Forma de prescrição de comportamento.</i>	53
<i>1.4.2.2. Fundamentação necessária para a sua aplicação.</i>	55
<i>1.4.2.3. Modo de contribuição para decisão.</i>	57
<i>1.4.2.4. Solução do conflito normativo.</i>	59
1.4.3. Distinção adotada. Espécies distintas e articuladas (interativas).	64
1.4.4. Postulados.	66
2. INTERPRETAÇÃO.	69
2.1. Interpretação e o seu objeto.	69

2.2. Interpretação de texto normativo.	70
2.3. Teorias da interpretação.	71
2.4. Interpretação como descrição, decisão e criação	74
3. ESPÉCIES NORMATIVAS CONSTITUCIONAIS E SUA INTERPRETAÇÃO.	83
3.1. A norma constitucional e suas peculiaridades.	83
3.2. Norma constitucional organizatória.	83
3.3. Normas de interpretação constitucional.	84
3.3.1. Considerações gerais.	84
3.3.2. Unidade da constituição.	86
3.3.3. Concordância prática (máxima eficácia, força normativa da constituição e efeito integrador).	90
3.3.4. Conformidade funcional.	92
3.3.5. Interpretação conforme a constituição.	93
3.4. Interpretação evolutiva e principiológica.	94
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. A FUNÇÃO DESSAS PREMISAS METODOLÓGICAS PARA A TESE.	96
CAPÍTULO 2	
PROCESSO E PROCEDIMENTO.	98
1. OS ATOS COMPLEXOS DE FORMAÇÃO SUCESSIVA. PROCEDIMENTOS.	98
1.1. Noção introdutória	98
1.2. Principais posicionamentos doutrinários.	98
1.2.1. Posicionamento de Marcos Bernardes de Mello.	98
1.2.2. Posicionamento de Giovanni Conso - e outros.	99
1.2.3. Posicionamento de Egon Bockmann Moreira - e outros.	102
1.2.4. Posicionamento de Francesco Carnelutti.	102
1.2.5. Posicionamento de Paula Costa e Silva.	104
1.2.6. Posicionamento de Scarance Fernandes.	106
1.2.7. Posicionamento de Fazzalari.	106
1.3. Posicionamento adotado.	107
2. SITUAÇÃO JURÍDICA, RELAÇÃO JURÍDICA E PROCESSO.	109
2.1. Situação jurídica processual e suas acepções.	109
2.2. Espécies de situações jurídicas processuais: relacionais e não-relacionais.	110

2.3. Processo como situação jurídica relacional. A doutrina de Oskar Büllow.	114
2.4. Processo como situação jurídica (direito material transformado). A doutrina de James Goldschimdt.	116
2.5. O processo e as situações jurídicas. Diferentes visões doutrinárias.	118
2.6. O processo como ato (procedimental) potencialmente eficaz. O papel das situações jurídicas processuais.	122
3. PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE NORMA E DECISÃO.	125
4. PROCESSO E PROCEDIMENTO: PROCEDIMENTOS PROCESSUALIZADOS.	129
4.1. Procedimentalização das funções estatais. Uma análise histórica e crítica.	129
4.2. Processualização dos procedimentos e das funções estatais.	133
4.3. Distinção doutrinária de processo e procedimento.	137
4.3.1. Critério da complexidade (ou totalidade). Dissociação fático-eficaz.	137
4.3.2. Critério do objeto.	139
4.3.3. Critério finalístico (ou formal).	140
4.3.4. Critério da estrutura dialética.	145
5. CORRELAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO.	150
 CAPÍTULO 3	
NORMA DE PROCESSO E NORMA DE PROCEDIMENTO.	153
1. PROCESSO E DIREITO MATERIAL.	153
2. RELAÇÃO ENTRE PROCESSO E DIREITO MATERIAL.	154
3. DIREITO MATERIAL COMO OBJETO DE DECISÃO.	157
4. NORMA MATERIAL E NORMA PROCESSUAL.	159
4.1. Distinção no âmbito dos processos estatais em geral.	159
4.2. Distinção no âmbito dos processos jurisdicionais. Revisão de paradigma.	161
4.3. O Direito processual e a norma processual jurisdicional estaticamente considerada.	164
5. INSTITUTOS CONSIDERADOS “BIFRONTES”. NATUREZA DAS NORMAS DE REGÊNCIA.	164
5.1. Esclarecimentos iniciais.	164

5.2. Normas sobre responsabilidade patrimonial.	166
5.3. Normas sobre hipoteca.	170
5.4. Normas sobre fraude contra credores.	174
5.5. Normas sobre prova.	175
5.5.1. Nota introdutória.	175
5.5.2. Corrente materialista. Posicionamento adotado.	175
5.5.3. Corrente processualista. Uma análise crítica.	180
5.5.4. Algumas teorias mistas. Uma análise ainda crítica.	182
5.5.5. Colocações finais.	185
5.6. Normas sobre legitimidade <i>ad causam</i> e outras condições da ação.	186
5.6.1. Considerações gerais sobre a ação e o seu condicionamento.	186
5.6.2. Interesse de agir.	189
5.6.3. Legitimidade.	194
5.6.4. Natureza das normas sobre condições da ação.	196
5.6.4.1. <i>Corrente processualista.</i>	196
5.6.4.2. <i>Teoria da asserção.</i>	197
5.6.4.3. <i>Corrente materialista.</i>	200
5.6.4.4. <i>Visão adotada.</i>	204
6. ANÁLISE DA DOCTRINA QUE DISTINGUE NORMA DE PROCESSO E DE PROCEDIMENTO.	206
6.1. A norma processual e sua classificação.	206
6.2. Critério da dissociação fático-eficaz.	209
6.3. Critério finalístico (ou formal).	211
6.4. Critério da estrutura dialética.	218
6.5. Critério da admissibilidade da demanda e da conformidade com as normas fundamentais.	220
6.6. Critério eclético.	222
7. NORMA DE PROCESSO COMO NORMA DE PROCEDIMENTO (E VICE-VERSA).	230
8. NOTA CONCLUSIVA.	233
CAPÍTULO 4	
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.	237

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A COMPETÊNCIA.	237
1.1. Competência na Teoria Geral do Direito.	237
1.2. Princípio da prescrição normativa (tipicidade e disponibilidade).	238
1.3. Competência escrita e não escrita (explícita e implícita).	239
1.4. Competência concorrente e exclusiva.	242
1.5. Competência administrativa, jurisdicional e legislativa.	243
1.6. Competência adequada.	243
2. TÉCNICAS DE REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.	249
2.1. Federalismo e repartição de competências.	249
2.1.1. O Estado e suas formas (unitária e composta).	249
2.1.2. Estado federal e sua caracterização.	251
2.1.3. Alguns tipos de federalismo.	256
2.1.4. Sistemas de repartição de competências federativas (horizontal e vertical).	258
2.2. Sistema brasileiro. Visão crítica.	264
2.2.1. Federalismo brasileiro.	264
2.2.2. A autonomia limitada dos entes federativos.	268
2.2.3. A repartição de competências legislativas na CF/1988.	269
2.2.3.1. <i>Sistema misto e da predominância do interesse.</i>	269
2.2.3.2. <i>Quadro geral de competências legislativas explícitas e implícitas.</i>	272
2.2.3.3. <i>Entre o propósito descentralizador e a tradição centralizadora.</i>	275
3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO E CONCORRENTE DA UNIÃO E DOS ESTADOS (E DISTRITO FEDERAL) NA CF/1988.	278
3.1. Competência legislativa privativa da União.	278
3.2. Competência legislativa concorrente.	285
3.3. Identificação de normas gerais e suplementares.	289
3.3.1. Colocação do problema.	289
3.3.2. Propostas de solução. Critérios de distinção das normas gerais e suplementares.	291
3.3.2.1. <i>Critério genético e material.</i>	291
3.3.2.2. <i>Critério da extensão subjetiva e/ou objetiva.</i>	292
3.3.2.3. <i>Critério da profundidade.</i>	298
3.3.2.4. <i>Critério de excepcionalidade (ou subsidiariedade).</i>	298
3.3.2.5. <i>Critério lógico e teleológico. A dimensão do interesse a ser atendido.</i>	299

3.3.3. Critério adotado (eclético).	300
3.3.4. Opção terminológica.	303
3.4. Competência supletiva dos Estados e Distrito Federal.	305
3.5. Conflito aparente de competências legislativas (privativa e concorrente).	308

CAPÍTULO 5

NORMA PROCESSUAL E NORMA PROCEDIMENTAL E A REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.	313
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA PROCESSUAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	313
1.1. Da colônia ao império. Um Estado unitário.	313
1.2. O advento da República e o modelo federativo. A atribuição de competência legislativa sobre “direito processual” para os Estados-membros.	315
1.3. O retorno à centralização legislativa. A competência legislativa da União sobre o “direito processual”.	321
2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA PROCESSUAL NA CF/1988. ARTS. 22, I, E 24, X E XI, CF.	323
2.1. Competência para legislar sobre o “processo” nos juizados. Art. 24, X, CF.	323
2.2. Competência para legislar sobre “direito processual” e “procedimento em matéria processual”. Coincidência das matérias. Art. 22, I, e 24, XI, CF.	331
2.2.1. Observação inicial.	331
2.2.2. Competência para legislar sobre “direito processual” jurisdicional e administrativo.	332
2.2.3. Competência para legislar sobre “direito processual” jurisdicional dos juizados. A identidade com os procedimentos em matéria processual.	334
2.2.4. Conflito aparente de competência legislativa privativa da União e competência legislativa concorrente da União, Estados e DF. Visão conciliadora e principiológica.	336
2.2.5. Adequada repartição do poder entre entes federados.	343
3. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO E NORMAS PROCESSUAIS GERAIS.	345
3.1. Normas gerais de processo – em seu objeto, sujeitos e fins.	345
3.2. Regras e princípios gerais de processo. Orientação ou detalhamento.	346

3.3. Indeterminação e abertura conceitual. Consideração casuística com amplitude objetiva.	348
4. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL E NORMAS PROCESSUAIS SUPLEMENTARES.	352
4.1. Normas suplementares de processo – em seu objeto, sujeitos e fins.	352
4.2. Ainda com abertura e indeterminação. Consideração casuística com amplitude objetiva.	353
4.3. Comentários a algumas iniciativas legislativas estaduais.	359
5. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL E NORMAS PROCESSUAIS SUPLETIVAS.	366
6. CONSIDERAÇÃO CONCLUSIVA	375
CAPÍTULO 6	
PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.	377
1. NOÇÃO INTRODUTÓRIA.	377
2. PAPEL DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NA CONSTRUÇÃO DE PRECEDENTES	379
2.1. O precedente (norma geral judicial) e seus efeitos.	379
2.2. Dever geral de fundamentação da decisão e outros correlatos.	380
2.3. Função extraprocessual normativa e concretizadora da fundamentação. Cognoscibilidade e calculabilidade como garantias de segurança jurídica.	388
3. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS PRECEDENTES SOBRE A REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA DE PROCESSO E PROCEDIMENTO.	392
3.1. Noção geral.	392
3.2. Admissibilidade de atos postulatórios.	393
3.2.1. Critério de fixação do valor da causa.	393
3.2.2. Legitimidade.	395
3.2.3. Competência.	397
3.3. Forma de protocolo e distribuição.	402
3.4. Forma de comunicação de atos processuais.	403
3.5. Forma de produção de prova.	405

3.5.1. Interrogatório por videoconferência.	405
3.5.2. Dia, hora e local de oitiva de delegado de polícia.	409
3.6. Forma de julgamento.	412
3.7. Efeitos da decisão e recursos.	414
3.8. Prioridade no trâmite procedimental.	416
3.9. Procedimento de homologação judicial de acordo de alimentos.	418
3.10. Competência e prerrogativas do juiz de paz.	422
3.11. Sistema de gerenciamento de depósitos judiciais.	425
3.12. Processamento de crimes de responsabilidade.	426
3.13. Organização de composição de órgão jurisdicional.	429
4. COLOCAÇÃO FINAL.	430
CONCLUSÃO.	433
REFERÊNCIAS.	436

NOTA PRÉVIA

Registra-se, previamente, que esse trabalho foi impresso e encadernado antes da divulgação da numeração definitiva dos dispositivos do CPC-2015.

Em razão disso, foi utilizada a numeração constante no parecer, de relatoria do Senador Vital do Rêgo, da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 166, de 2010, cujo conteúdo corresponde ao aprovado em definitivo no Congresso Nacional – ressalvados os destaques que não interferiram no objeto desse trabalho.

INTRODUÇÃO

O artigo 22, I, CF, confere *competência privativa à União para legislar sobre “direito processual”*. Mas a grande extensão territorial da República Federativa Brasileira, somada às diferenças regionais, fez surgir a necessidade de atribuir-se aos seus Estados-membros (e ao Distrito Federal) o poder de compatibilizar a disciplina do processo jurisdicional à realidade local. Assim, prevê o art. 24, XI, CF, a *competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre “procedimentos em matéria processual”* - e sobre o “processo” nos juizados (art. 24, X, CF).

Esse regramento, à primeira vista simples e equilibrado, gera, contudo, duas grandes dificuldades para o intérprete: diferenciar normas de “direito processual” (de competência privativa da União) das normas procedimentais (de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal)¹; e, já no contexto das normas ditas procedimentais (e processuais dos juizados), identificar o que deve ser objeto de normatização geral da União, e o que deve ser suplementado (ou suprido) pelos estados federados, com normas locais.

Ambas as dificuldades são desafiantes. Mas a doutrina brasileira reconhece ser especialmente difícil, embora imprescindível, extremar normas de processo e normas de procedimento. Daí o grande esforço doutrinário para distingui-las, com a construção e/ou desenvolvimento das mais diversas teorias sobre a natureza jurídica do processo e do procedimento, em busca da delimitação do objeto das respectivas normas de regência: normas processuais e normas procedimentais.

Essa falta de consenso doutrinário contamina o Supremo Tribunal Federal, enquanto intérprete e guardião da Constituição, e faz com que se profiram decisões sobre o tema que prestigiam a competência legislativa privativa da União, inserindo-se quase tudo no contexto dito estritamente “processual”. Isso sem falar que tem sido construídas *ratione decidendi* pouco claras quanto ao posicionamento do STF, faltando-lhes a coerência, a integridade e a uniformidade delas esperadas.

Até mesmo o Legislativo e o Executivo já se desentenderam nesse particular.

O Projeto de Lei n. 3.588/1989 da Câmara de Deputados, no intuito de viabilizar a aplicação prática do art. 24, XI, CF, e delinear a esfera de atuação do legislador estadual na regência local do procedimento, dispôs, em seu artigo 1.º, que: “os processos de competência dos Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal obedecerão aos

¹ Considerando-se que as normas de “processo” nos juizados também se encontram submetidas a esse poder concorrente.

procedimentos previstos na respectiva lei de organização judiciária”, já “os recursos dirigidos a outros tribunais rege-se-ão exclusivamente pela lei federal”, considerando-se passível de disciplina por lei local outras formas de citação, intimação, carta precatória, carta de ordem, respeitado o contraditório.

O Senado manifestou-se pela sua aprovação. Entretanto, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso vetou o projeto de lei, sob o fundamento de que trataria de matéria de Direito processual, e que a normatização de origem estadual usurparia competência privativa da União².

Provavelmente por isso sejam tão escassas e pouco representativas as leis estaduais de procedimento de que se tem conhecimento, não existindo sequer uma codificação estadual de “procedimento” em vigor. Na melhor das hipóteses, encontram-se iniciativas legislativas codificadas conservadoras nos Estados de São Paulo³ e Pernambuco⁴, que adotam postura cautelosa, distinguindo processo e procedimento, como exige o Constituinte, mas considerando e inserindo a maior parte da temática passível de regramento como objeto da chamada “norma processual”, considerada de produção exclusiva da União.

Assim, se parece certa a necessidade de que os estados federados tenham competência para produzir leis estaduais que afeiçoem o “procedimento em matéria processual” às particularidades locais, incerta é a viabilidade de divisar de forma minimamente segura e precisa aquilo que, sem ser processual, é meramente procedimental.

É desse quadro legislativo, doutrinário e jurisprudencial que exsurge a questão central desse trabalho: é possível distinguir normas de processo e normas de procedimento para fins de repartição da competência para legislar entre União, Estados e Distrito Federal? Não sendo, prevaleceria a competência privativa da União ou a competência concorrente com outros entes federados (Estados-membros e Distrito Federal)? Como compatibilizar essas regras constitucionais de competência?

Orbitam, ainda, no seu entorno, inúmeras outras questões que não poderão passar sem atenta investigação, que resultam nas seguintes indagações: quais são os métodos

² Ressalvando, contudo, a possibilidade de lei complementar autorizar o Estado a sobre elas legislar (art. 22, parágrafo único, CF) e ser dispensável um projeto de lei desta ordem, porquanto o art. 24, XI, CF, seja auto-aplicável (Veto do Presidente ao Projeto de Lei n. 95/93, Mensagem n. 644, de 14.06.1995, DJU 16.06.1995. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/1995/Mv644-95.htm>. Acesso em 21 set 2014).

³ Projeto de Lei n. 1258/2009. Disponível em < <http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014.

⁴ Projeto de Lei n. 1733/2013. Disponível em < <http://www.alepe.pe.gov.br/paginas/?id=3598&legislatura=&doc=685C4FC708FA41B203257D32004CC69F&paginapai=3576>>. Acesso em 29 set 2014.

e as normas adequadas para interpretação desses dispositivos constitucionais permeados por conceitos jurídicos indeterminados (como “direito processual” e “procedimento em matéria processual”) e potencialmente conflitantes entre si? Existe diferença entre processo e procedimento? Qual seria o objeto da norma processual e do “direito processual”? Seria a “norma processual” passível de classificação e subdivisão, desdobrando-se em norma processual em sentido estrito e norma procedimental? É possível falar em uma competência legislativa implícita e adequada dos Estados-membros (e do Distrito Federal) para disciplinar o “direito processual” local? Qual seria o objeto da normatização suplementar e supletiva estadual? O controle de constitucionalidade formal do Supremo Tribunal Federal sobre os poucos atos normativos estaduais existentes em torno do tema tem conduzido a precedentes coerentes, consistentes e uniformes?

A busca por respostas a esses questionamentos conduziu à estruturação dessa tese em seis diferentes capítulos.

O primeiro capítulo é voltado ao estabelecimento de premissas metodológicas apropriadas para a interpretação do texto dos arts. 22, I, e 24, X e XI, da Constituição da República Federativa do Brasil. Visa à definição e à compreensão do enunciado normativo, da norma (em seu conceito e espécies), das fontes do Direito e da interpretação (sobretudo da Constituição), com especial preocupação com a criatividade necessária para a concretização de enunciados normativos vagos utilizados na proposição normativa constitucional (como “processo”, “direito processual” e “procedimento em matéria processual”) e com os mecanismos necessários para lidar e conformar os dispositivos constitucionais aparentemente em conflito.

O segundo e o terceiro capítulos são os pilares de sustentação da tese. Propõem-se a investigar a natureza jurídica do processo e do procedimento, à luz das mais diversas teorias historicamente consideradas, analisando criticamente aquelas que se predispõem a diferenciá-los entre si, o que serve de base para definir o objeto da “norma processual” (isolando-o da norma material) e demonstrar a inviabilidade de extremá-la da “norma procedimental”.

Passa-se, então, para o quarto capítulo, em que se expõe o sistema misto de repartição de competência legislativa na federação brasileira, com destaque para a competência privativa da União e a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, à luz do chamado *princípio da predominância do interesse* (ou *peculiar interesse*), segundo o qual se atribui à União a competência para tratar de temas sobre os quais prevaleça interesse nacional, reservando-se aos Estados a tarefa de reger aquilo em que

prevaleça o interesse regional. No contexto da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, encara-se a difícil tarefa de conceituar e diferenciar as leis federais gerais e as leis estaduais suplementares e supletivas. Vislumbra-se, enfim, a possibilidade de uma incompatibilidade aparente dessas competências legislativas (privativa e concorrente), propondo-se que seja harmonizada mediante a identificação de competências implícitas e adequadas, bem como do interesse predominante ou interesse peculiar (e da própria subsidiariedade) na disciplina da temática em questão.

O quinto capítulo contém abordagem do ponto crucial da pesquisa. Ali se intenta firmar uma interpretação dos arts. 22, I, e 24, X e XI, CF, que concilie o choque aparente da competência privativa da União e da competência concorrente suplementar e supletiva dos Estados-membros e do Distrito Federal para legislar sobre *processo e procedimento* (matérias consideradas coincidentes entre si), com uma proposta de repartição de poderes entre esses entes federados. Apresenta-se, ainda, um levantamento das principais leis estaduais produzidas sobre o tema, analisando-as com base nas premissas teóricas até então fincadas.

Em desfecho, no sexto e último capítulo, promove-se um exame crítico das decisões do Supremo Tribunal Federal dadas no controle concentrado e difuso de constitucionalidade formal dos atos normativos estaduais sobre processo/procedimento, na condição de fontes de precedentes vinculantes. Será demonstrada a tendência do STF de reconhecer a inconstitucionalidade das leis estaduais sobre a matéria, sob o argumento de que conteriam enunciados normativos processuais, não obstante muitas vezes não se observem, na construção da respectiva *ratio decidendi*, as exigências de coerência, integridade e uniformidade⁵.

É nesses termos que se espera construir uma solução simples, harmônica e democrática para o problema, que garanta a efetividade do poder dos Estados-membros (e do Distrito Federal) de adequar o processo jurisdicional às necessidades regionais, sem atentar contra a uniformidade legislativa federal esperada da União - sobretudo no há que de geral sobre a matéria. Ou seja, que se assegure, de fato, um federalismo de equilíbrio, em que haja uma dosagem equânime dos poderes federais e estaduais de legislar sobre o Direito processual.

⁵ O julgado decorrente da ADI n. 4414/AL (STF, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. em 31.05.2012, por decisão publicada em 17.06.2012), comentado no capítulo derradeiro, pode ser considerado exemplo emblemático da inconsistência dessas decisões.

CAPÍTULO 1

PREMISSAS METODOLÓGICAS.

1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS: ENUNCIADO, NORMA E FONTES DO DIREITO.

1.1 Enunciado, texto e norma.

Não é difícil identificar confusões na literatura jurídica entre enunciado, texto e documento normativo, noções que, em alguns casos, chegam a ser vistas como indistinguíveis⁶. Até mesmo as mais difundidas concepções demandam alguma ponderação e releitura.

Basta tomar em consideração a definição, consideravelmente difundida de Guastini, de que o *texto* normativo é conjunto de *enunciados* normativos (ou “disposições”), construídos a partir de um discurso (“prescritivo”) desenvolvido no intuito de determinar a conduta humana; seria *documento* elaborado por autoridade investida no poder de produzi-lo, de modo a que seja reconhecido de pronto como fonte do direito em determinado sistema jurídico⁷.

Assim, dissecando a colocação do autor, pode-se visualizar que: i) *formalmente*, haveria um documento⁸ (a fonte de direito); ii) *objetivamente*, o conteúdo que ele representa (enunciado ou disposição normativa prescritiva); e iii) *subjetivamente*, a autoria humana, que deve ser atribuída à autoridade devidamente investida no poder de elaborá-lo.

Cabem, contudo, algumas ressalvas.

Sob o ponto de vista *subjetivo*, de fato, há que se reconhecer a indispensável presença de autoria humana, produto cultural e linguístico que é o direito. Também se deve admitir que a autoria seja de uma autoridade competente para tanto, desde que se saliente que essa “autoridade” (ou ente) pode ser pública ou particular, e das mais diversas esferas e origens (ex.: legislativa, judicial, negocial, consuetudinária etc.)⁹.

⁶ Com tom diverso, comenta a confusão FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 208.

⁷ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 23-25.

⁸ Cabendo lembrar que o documento é toda coisa que, através de símbolos (ex.: palavra, imagem etc.), represente fato ou ideia por obra de atividade humana (Cf., CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 190).

⁹ Basta pensar, por exemplo, no precedente judicial. Trata-se de um enunciado textual elaborado pelo julgador, que, devidamente interpretado, permite a extração de norma geral a ser utilizada em casos futuros e semelhantes àquele.

Já em *termos objetivos*, deve-se simplesmente acatar que se tem como conteúdo enunciado ou composição de enunciados normativos, de caráter prescritivo, cuja função é regular a conduta humana, inclusive aquela voltada à produção de outros enunciados de norma (como as adotadas em processos legislativos, jurisdicionais, negociais etc.).

Pode-se dizer, ainda, em outras palavras, tratar-se de enunciado prescritivo hipotético, que prevê que, observada dada circunstância (*fattispecie* ou pressuposto fático), ter-se-á dado efeito jurídico como consequência¹⁰ (uma situação jurídica). A conduta humana prevista no consequente deve ser considerada prescrita (permitida, proibida ou obrigatória)¹¹.

Também quando se trata de enunciado de norma que cuida da forma de produção de outras disposições normativas (processos), assim atuará, em caráter prescritivo e condicional. A diferença é que a previsão será de vários fatos e respectivos efeitos seriados, enlaçados e voltados para a produção do ato culminante e final (norma jurídica produzida)¹².

Entretanto, é no *aspecto formal* que reside o verdadeiro e significativo problema. Isso porque, a rigor, nem todo enunciado normativo (ou reunião de enunciados) é representado em documento ou um texto documentado – i.e., em uma coisa. O enunciado não é, necessariamente, sequer textual, muito menos documentado. Pode consistir, por exemplo, em simples conteúdo prescritivo de um *ato* linguístico, de natureza consuetudinária ou negocial, selado gestualmente (ex.: quando se toma um ônibus ou se compra um refrigerante em máquina eletrônica)¹³.

Fincadas tais premissas, já se pode concluir que o *enunciado normativo é manifestação linguística de natureza prescritiva, emanada de sujeito competente, que se exterioriza por símbolos fonético-visuais* – podendo ou não ser textualizada/documentada¹⁴.

¹⁰ GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 2.

¹¹ Cf. sobre o tema, VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 69, 70, 103 e 104; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, 1 t, p. 50, 63 e 64; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano de existência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32 ss. Existem, contudo, divergências em doutrina sobre a estrutura lógica da norma jurídica que fogem ao escopo desse trabalho. Sobre o tema, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano de existência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32 ss.

¹² Para um maior aprofundamento no tema, sugere-se consultar os capítulos 2 e 3.

¹³ E, nesse particular, indispensável observar que este ato normativo não se trata de ato singular e autônomo, mas, sim, do resultado de uma sequência de atos e comportamentos encadeados e integrantes de procedimento que conduzem à sua produção. É o processo de produção jurídica. Em que pese entenda que o procedimento não é necessário e o seu resultado, ao invés de um ato, é um texto ou documento normativo (enquanto conjunto de enunciados prescritivos ou disposições), sugere-se consultar, GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 5. O tema já foi examinado em outro contexto: BRAGA, Paula Sarno. *Devido Processo Legal nas Relações Privadas*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

¹⁴ Diz Guastini que o enunciado pode conter uma ou mais proposições - considerada aqui proposição como conjunto de palavras, gestos ou signos que possuem sentido enquanto um todo -, em que pese nem toda proposição seja objeto de enunciado: “Um enunciado pode ser alternativamente: (a) ou uma ‘frase simples’, isto é, uma proposição independente; (b) ou uma ‘frase complexa’, isto é, um agregado independente de proposições, constituído por uma proposição principal e por uma ou mais proposições a esta subordinadas”. (GUASTINI,

Mas a *norma* não se confunde com o enunciado normativo. A norma é o significado de um enunciado normativo (enquanto signo), o sentido que a ele pode ser atribuído, como resultado da sua interpretação¹⁵.

De um lado, tem-se o “enunciado” (signo) relativo a uma fonte normativa (ato legal, negocial etc.). De outro, a “norma”, enquanto seu sentido atribuído interpretativamente (significado). O intérprete funciona como a “ponte” que promove as associações e conexões necessárias entre ambos, de modo a atribuir ao signo (enunciado) aquele seu significado¹⁶ normativo (norma dali extraída).

Mas nada disso quer ou pode denotar que o enunciado (sobretudo o textual) não tenha uma consistência mínima ou sentido normativo que preceda sua interpretação.

Aquele que cria o enunciado lhe confere um sentido que deve determinar a atividade daquele que o interpreta. O enunciado legislativo, por exemplo, carrega consigo um significado pré-concebido pelo legislador, assim como o conteúdo da sentença do juiz e do

Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 25). Na visão de Bobbio, o enunciado é forma (expressão) e a proposição o seu significado normativo (a norma): “Por *enunciado* entendemos a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas. Uma mesma proposição pode ser expressa por enunciados diversos quando se altera a forma gramatical. Por exemplo: ‘Mário ama Maria’ e ‘Maria é amada por Mário’, o significado é idêntico e o que muda é apenas a expressão; ou ainda na passagem do mesmo significado de uma expressão numa língua para o seu equivalente em outra” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 73; assim, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 208). Já Kelsen entende que as proposições ou enunciados, produzidos pela ciência jurídica, são descritivos, e tem caráter instrutivo (de ensinamento), não se confundindo com a norma, que é mandamento (comando/imperativo/permisso/atribuição). Mas não nega que normas são expressas por enunciados/proposições. E o que se destaca na distinção entre proposição e norma é a função desempenhada no âmbito de cada uma (conhecimento/descrição do Direito ou produção do Direito, respectivamente). (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 80 e 81). Mais apuro e precisão revela a opinião de Lourival Vilanova, que admite que a proposição ou juízo pode ser descritiva ou prescritiva (normativa), utilizando-a como sinônimo de enunciado ao longo de sua obra. E pode ser expressa linguisticamente por símbolos fonético-visuais, ou seja, verbalmente ou por escrito, em idiomas diversos, por gestos, placas de trânsito, desenhos, como ora se imagina. (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 37 ss.). E, acrescente-se, é da interpretação desse enunciado prescritivo que surge a norma, i.e., a estes símbolos/signos é atribuído significado normativo.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53 e 54; BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 73 e 74; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8 e 9; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 233; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26 e 27. Daí Ricardo Guastini, partindo da premissa de que a “disposição” é o enunciado normativo documentado, afirmar que “a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado”. (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005, p. 25 e 26). Falando da norma como sentido construído, ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais - Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177.

¹⁶ Cf., apesar de partir de aceção deveras mais ampla de significado preceptivo e de regra, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 209, 213 e 396.

contrato selado entre suas partes. Não é só ao final do processo de interpretação que surge a norma jurídica, há um sentido normativo prévio a ser considerado e reconstruído.

Cabe, assim, questionar se só há, de fato, norma (enquanto significado) após a interpretação. Ora, o enunciado não é de todo independente do seu significado, nem o significado um dado autônomo e desprendido de sua origem (enunciado), que seja totalmente anterior ou totalmente posterior à interpretação. O significado dá-se em parte antes e em parte depois da atividade interpretativa¹⁷. Há algo que preexiste e limita o intérprete e algo que só depois se constrói e o liberta. Por isso, cai bem dizer que a interpretação reconstrói, dentro de limites preexistentes.

Por exemplo, um enunciado que prescreva que é “proibido fumar”. Se colocado no corredor de determinado andar de um hotel, pode ter vários significados, como:

i) é proibido unicamente aspirar fumo picado e enrolado em papel fino;

ii) é proibido aspirar qualquer produto que produza fumaça (charuto, cachimbo etc.);

iii) é proibido acender qualquer produto que gere fumaça (inclusive incensos ou queimar papel).

Entretanto, o enunciado tem uma margem mínima de sentido próprio que jamais permitiria que dele decorresse a proibição de ingestão de bebida alcoólica, por exemplo. A não ser que essa interpretação fosse promovida por destinatário que não conhece a língua que nele se expressa – quando os símbolos, juntos, não teriam significação alguma – ou que tivesse comprometida sua capacidade mental e intelectual por distúrbio de qualquer ordem¹⁸.

Esse esclarecimento é especialmente relevante no contexto da atividade judicial de interpretação e aplicação da lei. Isso porque há que se reconhecer a existência de um enunciado legislativo prévio (e norma prévia) que limita e subordina a atividade do juiz; mas como o juiz não é totalmente por ele limitado e subordinado goza de certa dose de liberdade interpretativa na reformulação do seu sentido e criação da norma do caso.

¹⁷ Cf. BECCHI, Paulo. Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. In COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org). **Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica**. G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014, p. 5 ss.

¹⁸ Cf. outros exemplos de BECCHI, Paulo. Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. In COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org). **Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica**. G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014, p. 5.

É o que se impõe em nome do equilíbrio democrático das funções estatais de legislar e “jurisdizer”, que implicam papéis próprios para legislador e juiz, porém articulados entre si, afinal:

se a norma jurídica só surgisse no final do processo de concretização, os juízes e órgãos de interpretação-aplicação em geral não estariam subordinados a nenhuma norma jurídica em sua atividade de concretização do direito; a dupla contingência entre a instância institucional da produção normativa (legislador em sentido amplo) e a instância de construção hermenêutica vinculante da norma (juiz no sentido amplo) implica remissão recíproca na dação de sentido (alter: ‘eu digo que tu dirás isso’; ego: ‘eu digo que tu disseste isso’). O órgão de interpretação-aplicação normativa não pode romper com essa dupla contingência, desconhecendo o órgão de produção institucional do direito¹⁹.

Isso não infirma, contudo, a conclusão de que o enunciado ou disposição normativa é objeto da interpretação e a norma, o seu resultado. Desse modo, se o enunciado é manifestação linguística sujeita a interpretação e ainda a ser interpretada, a norma é, por sua vez, o enunciado já interpretado e *reformulado* pelo intérprete, transformando-se no enunciado de linguagem do intérprete²⁰.

Todo enunciado interpretado resulta em norma que também é enunciada. Daí se dizer que a produção normativa é cíclica. Por exemplo, o enunciado legislativo ou contratual interpretado pelo juiz resulta na norma que se manifestará em enunciado jurisdicional. O enunciado jurisdicional, por sua vez, pode ser objeto de interpretação por outro juiz que o tome como precedente para julgar um novo caso semelhante àquele originário, produzindo nova norma que se exteriorizará em outro enunciado jurisdicional. E assim sucessivamente.

E como não há correspondência exata entre disposição (enunciado) e norma, admite-se que:

i) de uma disposição (complexa ou ambígua) se extraia mais de uma norma (ex.: quando o STF reconhece a inconstitucionalidade de alguns dos sentidos que podem ser identificados na disposição da norma, preservando outros), considerando, inclusive, variações interpretativas no tempo, no espaço, de acordo com o intérprete e as circunstâncias vigentes²¹;

ii) de mais de uma disposição resulte uma mesma norma (como as disposições sinônimas, i.e., disposições que, não sendo idênticas, possuem o mesmo sentido, ou aquelas consideradas sistematicamente);

¹⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 126.

²⁰ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 17 e 18.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 210 e 211.

iii) haja *norma sem disposição* ou enunciado preciso e referente à dada fonte normativa, como aquelas implícitas, não expressas²²;

iv) bem como um dispositivo textualizado, por exemplo, do qual não decorra *nenhuma norma*²³.

Nesse contexto, pode-se dizer que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro”²⁴.

Feitas as devidas diferenciações e definições, prossegue-se com foco nos enunciados normativos textualizados (escritos e documentados), de origem legislativa – em especial aqueles de textura aberta e indeterminada –, vez que são disposições dessa natureza que serão inicialmente aqui analisadas e interpretadas.

1.2 Enunciados textuais abertos: cláusula geral e conceito jurídico indeterminado.

1.2.1 A construção dos enunciados normativos abertos: diferenças e semelhanças.

O fenômeno da textualização normativa aberta vem atender à necessidade de construção de enunciados normativos de tipicidade e alcance amplo e flexível, que se amoldem mais facilmente ao caso concreto e acompanhem as inevitáveis evoluções sócio-axiológicas que se dão com o passar do tempo.

²² GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 18-22. É o caso da chamada atribuição indireta da norma a dispositivos normativos ou, pior, a um diploma normativo como um todo – sobretudo quando se encara um princípio constitucional implícito como derivação de um, alguns, ou todos os dispositivos constitucionais. Basta pensar que nos enunciados constitucionais relativos ao Estado de direito, em que se podem deitar as raízes das mais variadas regras e princípios, ou no fato de o princípio da razoabilidade decorrer de um todo constitucional sem individualização de um ou de alguns dispositivos – em que pese o STF identifique como sua sede o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF). (BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Jus Podivm, p. 188-190). Isso evidenciaria a frouxidão do vínculo entre norma e dispositivo (no caso, constitucional) e a preocupação com a definição de limites a essa atribuição indireta de normas em especial, princípios, ao texto constitucional (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 90 e 91). Assim, um princípio não pode ser extraído indiretamente da Constituição de modo arbitrário, ou ao simples alvedrio do intérprete. É necessário que se justifique sua compatibilidade com o todo constitucional mediante carga extra de argumentação, para que não destoe e coloque em xeque a coerência do sistema (ex.: é incompatível a segregação racial ou de outra natureza em um Estado democrático de direito). Tudo isso é indispensável para o equilibrado funcionamento da ordem jurídica (especialmente a constitucional), mediante interação harmônica do legislador e juiz, na dinâmica entre regras e princípios, diante da complexidade do contexto social. (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 92-94).

²³ É o que se fala do preâmbulo da Constituição ao dispor que a sua promulgação se dá “sob a proteção de Deus”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23).

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22 e 23.

Há um ganho normativo em termos de durabilidade, adaptabilidade, justiça e coesão do sistema jurídico²⁵.

Manifesta-se, linguisticamente, em duas diferentes categorias: a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado.

Ambos caracterizam-se pela indeterminação *textual*, no conteúdo da disposição normativa (no suporte fático), a ser preenchida mediante atividade interpretativa.

Mas existe diferença. Por meio da cláusula geral, o legislador confere ao juiz o poder de determinar os efeitos jurídicos que decorrerão do enquadramento fático na hipótese normativa (ex.: efeitos que podem decorrer da quebra da cláusula da boa-fé)²⁶. Já com o conceito jurídico indeterminado não lhe é concedido semelhante poder, visto que tais efeitos estão pré-definidos no ordenamento, e com base neles o magistrado irá julgar (ex.: a invalidade da arrematação é o efeito de lei quando preenchido o conceito indeterminado de “preço vil”, cf. art. 901, §1.º, I, CPC).

A cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado são técnicas de redação de texto normativo. Especificamente o conceito juridicamente indeterminado é termo ou expressão (vago ou aberto) empregado na redação de texto normativo, que pode constar no conteúdo de uma cláusula geral (sendo constante e útil na sua elaboração), mas também de outros tipos de enunciado²⁷.

Em outras palavras. Em uma cláusula geral, pode haver conceitos indeterminados. Cláusula geral é o enunciado normativo; conceito indeterminado pode ser uma parte desse enunciado, ou de um enunciado normativo que não seja cláusula geral. Essa é

²⁵ Cf., nos seus próprios termos, ROSELLI, Federico. *Clauseole generale: l'uso giudiziario. Política del diritto*, Bologna, n. 4, 1988, p. 670-672.

²⁶ Cláudia Lima Marques ressalta que é possível que uma cláusula geral tenha consequência jurídica prevista em lei, sem excluir a liberdade do julgador de lhe atribuir outros efeitos: “(...) não se pode afirmar que uma norma contendo um conceito indeterminado (como o art. 51, IV, do CDC (LGL\1990\40), o § 138 ou o § 826 do BGB), por indicar a nulidade (§ 138 do BGB) ou a indenização (§ 826 do BGB) como sanção, jamais poderiam ser cláusula geral; ao contrário, a evolução da jurisprudência comprovou que, muitas vezes, são as mais importantes e eficientes das cláusulas gerais!” (ex.: art. 51, IV, CDC). (MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, 2002, p. 229 ss.). De fato, a quebra da boa-fé, por exemplo, pode conduzir a indenização e multas dos arts. 77, §2.º, 79, 81, CPC, sem exclusão de outras consequências atribuídas pelo juiz (como, por exemplo, a nulidade de um ato contraditório de arguir a impenhorabilidade de bem indicado pelo próprio devedor).

²⁷ REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 43. Considerando conceitos jurídicos indeterminados também como técnica legislativa, LAGO JR., Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção**. 2013. 393 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13864/1/Texto%20completo.%20Vers%C3%A3o%20dep%C3%B3sit o.pdf>>. Acesso em 15 jun 2014, p. 125.

a diferença. Rigorosamente, os dois não poderiam ser distinguidos por terem uma natureza diversa.

Distinguem-se “pela margem de liberdade do aplicador e pelos efeitos jurídicos”, conclui Ávila²⁸. Nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha de conteúdo e de efeitos²⁹, já nos conceitos indeterminados só há escolha substancial, de conteúdo³⁰. Mas sempre há abertura e vagueza linguística e semântica – ainda que assim não seja no âmbito eficaz.

Daí poder-se afirmar que qualquer das duas espécies apontadas deve ser interpretada com muita atenção, sobretudo por aquele que é o intérprete por excelência, o juiz³¹.

1.2.2 A reconstrução interpretativa dos enunciados normativos abertos. O papel do juiz.

Ao construir e fundamentar uma norma de decisão, não pode o magistrado se contentar em transcrever o enunciado de lei e suas expressões normativas abertas, *ipsis literis*, aspeadas, e afirmar imperativamente que se aplicam ao caso. Seria simplesmente dizer o que já foi dito, em abstrato, pelo seu verdadeiro autor: o legislador.

O papel do juiz é outro; a obra que reclama sua autoria é diversa. Espera-se que enfrente essa indeterminação conceitual abstratamente observada, de modo a determinar o seu conteúdo no caso concreto em apreciação³²⁻³³.

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 436.

²⁹ Reconhece aí atitude discricionária MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1190-1192. Heinemann não só a reconhece, como também diz que existiria diante de preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados. (HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 37, 2009, p. 24). Negam essa discricionariedade judicial, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299; COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179/180, 1990, p. 53; ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 435.

³⁰ ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 436.

³¹ Se qualquer operador do direito pode interpretar, só um grupo específico deles está autorizado a realizar a interpretação em sua plenitude, de modo a concretizar o direito e construir a chamada “norma de decisão”, em caráter definitivo: os juizes. (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24 e 25). Segundo Kelsen, é o chamado “intérprete autêntico”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 394). Já na visão de Wróblewski, o legislador é o intérprete autêntico. (WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 2001, p. 27 e 28).

Para além de revelar o que compreende daquela noção vaga, considerando dados sistemáticos (ex.: precedentes, outros dispositivos de lei correlacionados, ditames principiológicos) e extra-sistemáticos (ex.: usos, *standards*³⁴, padrões valorativos)³⁵, deve-se indicar as razões concretas que justificam sua aplicação ao caso.

Cria-se, assim, norma que pode ser recriada com o passar do tempo, na medida em que novos dados venham a emergir no contexto e na época em que se encontra, garantindo-se a justiça pontual, casuística e situada no tempo e no espaço³⁶.

As cláusulas gerais, em especial, impõem desafio cognitivo e interpretativo mais intenso para o magistrado, exigindo criatividade mais aguçada³⁷, caso em que se reconhece o exercício de poder caracteristicamente discricionário, com a produção de decisão

³² Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *In Temas de Direito Processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120.

³³ Inclusive, o art. 486, §1.º, CPC-2015, demonstra preocupação com a fundamentação das decisões que invocam tais enunciados, dispondo que “§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (...)”.

³⁴ Os autores anglo-americanos definem o *standard* como um tipo de “norma geral” do direito que se refere a concepções e condutas do tráfico normal, que são consideradas razoáveis. Para Esser seria, contudo, uma técnica de formação de normas, que fornece um critério de decidir a partir da remissão às concepções vigentes de valor, dever ou diligência. Seria o caso dos *standards* do “comerciante ordenado”, da “lealdade no trabalho” etc., que determinam, cada um no seu âmbito, o “grau de tolerância jurídica”. (ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 123 ss.). Pode-se dizer ser o *standard* um modelo real, normal e mediano de comportamento, aceito em dado contexto social, que pode ser tomado como um padrão axiologicamente ideal, a ser invocado e concretizado no caso a julgar, quando o juiz for a ele direcionado pela ordem jurídica vigente. (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 660 e 661; cf. LAGO JR., Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção**. 2013. 393 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13864/1/Texto%20completo.%20Vers%C3%A3o%20dep%C3%B3sito.pdf>>. Acesso em 15 jun 2014, p. 39). Não deixaria de ser, também, um “argumento utilizado pelo intérprete na aplicação do Direito”, que admite um padrão comportamental como aceitável (cf. DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 187, 2010, p. 72).

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao>>. Acesso em 25 nov 2012, p. 02 e 03; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 274; ÁVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *In* MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 430 ss. Promove-se, assim, pluralismo normativo (ou de fontes) e de valores (ÁVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *In* MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 432; ROSELLI, Federico. *Clausole generale: l’uso giudiziario*. **Politica del diritto**, Bologna, n. 4, 1988, p. 670 e 671).

³⁶ Daí Canaris dizer serem as cláusulas gerais, em especial, “pontos de erupção de equidade”, que fogem à generalidade rígida para permitir a justiça do caso concreto (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 142 e 240).

³⁷ MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. *In* DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 34; DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 187, 2010, p. 73.

que se tem chamado de “determinativa”³⁸ – e que exige uma fundamentação muito cuidadosa do magistrado.

Afinal, em decisões desse estilo, o julgador, como intérprete e aplicador, irá deparar-se com texto de linguagem extremamente aberta e vaga, que não define pontualmente a hipótese, tampouco suas consequências, e que comporta, pois, não só uma vastidão de significados como também variedade de efeitos.

1.2.3 Técnica legislativa (não-casuística) e aplicação por concreção.

A técnica *casuística* (ou da regulamentação por *fattispecie*) é aquela em que o legislador estabelece da forma mais precisa e determinada possível os pressupostos e elementos de incidência normativa, com tipo cerrado³⁹, razão pela qual se diz que sua aplicação se dá pela *subsunção*⁴⁰.

A técnica *não-casuística* é aquela empregada na construção de enunciados normativos de textura aberta, em cujo suporte fático predomina a indeterminação semântica e linguística, o que justifica dizer-se que sua aplicação se dê por *concreção*⁴¹.

A concreção é atividade de preenchimento valorativo da disposição normativa aberta e vaga, cujo sentido (e, eventualmente, eficácia) é dado *in concreto*⁴². Implica que o juiz, para além de generalizar, tenha que individualizar o caso, visto em toda sua

³⁸ ARAGÃO, Paulo Cezar. Reflexões sobre as sentenças determinativas. **Revista de processo**, São Paulo, n. 2, 1976, p. 159-160.

³⁹ English sustenta que a casuística é a determinabilidade normativa, com tratamento delimitador e específico de casos bem descritos – evitando abertura das cláusulas gerais. (ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Tradução de Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Editora da Universidade de Navarra, 1968, p. 179 e 180).

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao>>. Acesso: em 25 nov 2012, p. 03; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 297; MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 107, 2004, p. 06. Humberto Bergmman Ávila critica essa visão, identificando problemas metodológicos não solucionados pela subsunção e a necessidade de reconhecimento de que há atividade valorativa de concreção no processo de aplicação de todas as normas – em que pese em maior medida naquelas de textura aberta. (ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 425, 426, 427 e 449).

⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 01, 30 e 31.

⁴² ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 429 ss.; DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 187, 2010, p. 73.

potencialidade – mediante processo de indução e dedução -, em busca da criação do critério específico de regulamentação⁴³, do direito do caso concreto⁴⁴.

Interessante notar que o generalizar e o individualizar citados definem o direito do caso. Mas, secundariamente, pode-se partir para um novo processo de generalização desse critério jurídico concreto, que poderá transcender este caso e ser usado na solução de situações futuras e similares (sobretudo pela via dos precedentes judiciais). É a função generalizadora (e secundária) que caracteriza a cláusula geral⁴⁵ e, também, os conceitos indeterminados.

Além disso, na tarefa de concretização são observados: *i)* o fim concreto da norma, em termos teleológicos; *ii)* o contexto normativo em que ela se encontra, em termos sistemáticos; *iii)* a “pré-compreensão do aplicador”, vez que seus valores são decisivos na análise dos fatos e na escolha das normas, que seleciona e qualifica⁴⁶; *iv)* o “consenso social”⁴⁷ que existe sobre dados a serem por ele avaliados (como standards); e *v)* a necessidade de controle judicial posterior da decisão, em sua justiça e validade (se não devidamente fundamentada)⁴⁸.

⁴³ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150; MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 107, 2004, p. 6 e 7.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao>>. Acesso em 25 nov 2012, p. 06; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao>>. Acesso em 25 nov 2012, p. 06.

⁴⁶ Sobre a pré-compreensão, como antecipação de sentido, Judith Martins-Costa, MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 371. Indo mais fundo, mencione-se a pré-compreensão trabalhada por Gadamer (de fundo heideggeriano) e por Larenz, como prévio entendimento do intérprete determinado por aquilo que já viveu, experimentou, conheceu, bem como por aquilo que acredita e pela sua própria sua linguagem. Gadamer fala dos “preconceitos e opiniões prévias”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 354 ss.; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 288 ss.).

⁴⁷ Para o debate travado em juízo, é dada uma decisão judicial mais próxima e afeiçoada ao que é tomado como consenso, daquilo que é tido como tradição – desde que dentro dos limites dos dados fáticos e do substrato normativo aplicável -, e isso confere certa legitimidade ao que foi decidido, desde que reconhecido que só se pode falar em legitimação total da decisão, quando estiver de acordo com o sistema jurídico. Demais disso, em ambiente social plural, este consenso é difícil, sendo, por isso, considerada a relatividade e equivocidade dos valores e pontos de vista que o determinaram. (ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 43 e 44).

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 439 ss.; DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 187, 2010, p. 75-78.

Mas as técnicas casuística e não-casuística não se excluem. Podem ser perfeitamente combinadas no tratamento de dada matéria jurídica, inclusive quando se faz uso do método exemplificativo⁴⁹. De fato, é uma opção. Basta pensar no art. 5.º, CPC-2015, que combina uma cláusula geral de boa-fé, com casos específicos ao longo da legislação processual em que ela se considera violada (em hipóteses que são meramente exemplificativas, registre-se), como, por exemplo, nos incisos do art. 77 e art. 80, CPC, e no caso de adoção de comportamento contraditório (ex.: art. 997, CPC)⁵⁰.

Convivem, assim, lado a lado, a técnica casuística e não-casuística⁵¹. Mas no emprego da técnica não-casuística, ainda que não se possa falar em cláusula geral, podem ser construídos enunciados normativos permeados por conceitos jurídicos indeterminados⁵².

É o caso do art. 113, §1.º, CPC: “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença”. Não há uma cláusula geral, mas só um suporte fático, permeado por conceitos indeterminados (ex.: “número de litigantes” e “comprometer a rápida solução do litígio”), que prevê uma só consequência jurídica: o desmembramento do litisconsórcio.

⁴⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 228-231.

⁵⁰ Inclusive, inadequada é a postura de opor à técnica casuística à “técnica de legislar mediante normas dotadas de vagueza socialmente típica”, considerando nesta última abrangidos também os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 333). Ora, os princípios e conceitos jurídicos indeterminados não são técnicas legislativas (a serem qualificadas de não-casuística). O conceito jurídico indeterminado é texto normativo e o princípio uma espécie normativa que pode ser extraída da interpretação de um texto, inclusive daqueles redigidos sob a técnica da cláusula geral. Daí Fredie Didier ressaltar que também não se pode confundir cláusula geral (técnica) com princípio (norma). (DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 67). Acrescente-se que o princípio pode encontrar-se implícito no ordenamento, enquanto a cláusula geral é técnica cujo emprego deve ser explicitado textualmente, diz Antonio Lago Jr. - assim como a textualização de conceito jurídico indeterminado, acrescente-se. (LAGO JR., Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção**. 2013. 393 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013, p. 128).

⁵¹ “Então, delinear o traço característico essencial da cláusula geral acaba sendo pela negativa, quer dizer: legislar por meio de cláusulas gerais significa não legislar casuisticamente”. (LAGO JR., Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção**. 2013. 393 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13864/1/Texto%20completo.%20Vers%C3%A3o%20dep%C3%B3sito.pdf>>. Acesso em 15 jun 2014, p. 115).

⁵² Karl Engisch não visualiza especificamente na cláusula geral, enquanto técnica legislativa, uma estrutura peculiar em relação aos conceitos jurídicos indeterminados que diferencie seu processo de interpretação daquele exigido para estes conceitos (indeterminados). (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 233).

1.2.4 O conceito jurídico indeterminado. A natureza e o alcance da sua “indeterminação”.

Viu-se que o conceito jurídico indeterminado é termo ou expressão marcado pela abertura linguística e semântica. É, pois, aquele que não é substancialmente preciso, não permitindo “comunicações claras quanto ao seu conteúdo”, o que poderia decorrer, segundo Menezes de Cordeiro, de uma polissemia (quando tem variados sentidos), vagueza (se comporta ampla extensão de sentido), ambiguidade (caso seja equívoco seu sentido, por ser equívoca sua posição e função na sentença em que inserido), porosidade (quando passou por mudanças semânticas a serem consideradas) ou esvaziamento de sentido útil⁵³.

Ressalte-se, contudo, que não é qualquer incerteza ou indeterminação do conceito que o qualifica como conceito jurídico indeterminado. Inserem-se nesse contexto aqueles conceitos que, por opção legislativa e, não, por falha legislativa (ex.: expressões ambíguas, polissêmicas ou vazias de sentido), são vagos e imprecisos, no intuito de permitir que o ordenamento jurídico seja funcional e duradouro, atendendo a uma ampla gama de situações, adaptando-se a novas realidades que surjam com o passar do tempo, bem como absorvendo aquelas já existentes que o legislador não pôde prever (suprindo a incompletude normativa)⁵⁴.

Discute-se, ainda assim, se essa sua “indeterminação” recairia sobre o termo/expressão empregado (signo) ou sobre o conceito dali extraído (significado).

Eros Roberto Grau sustenta que é indeterminada a expressão utilizada (o signo), pois um conceito indeterminado seria uma contradição em si mesmo, afinal o conceito é a concepção que se tem de algo (expressa “suma de ideias”) e, se assim não for, não pode ser considerado um conceito⁵⁵.

Entretanto, na visão de Celso Antonio Bandeira de Mello, é indeterminado o conceito dali extraído (significado), defendendo que, caso a expressão fosse indeterminada, bastaria substituí-la por outra com mais precisão linguística – sendo que há conceitos que são indeterminados independentemente do termo utilizado para representá-lo (ex.: urgência)⁵⁶.

⁵³ MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1176 e 1177.

⁵⁴ Cf. HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 37, 2009, p. 17 e 18; REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 41.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 193-196.

⁵⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 20 e 21; também assim, FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinicius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 106 ss.; REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 36.

Não se visualiza nenhum empecilho para que um conceito (como significado) seja vago. Não deixa de ser, por isso, um conceito (uma elaboração intelectual ou uma concepção de algo). Até porque o conceito jurídico indeterminado tem, como se verá, um significado mínimo, produto da pré-compreensão do intérprete, que lhe confere consistência representativa palpável e preserva a sua natureza conceitual (antes mesmo de seu preenchimento em concreto).

Daí o próprio Celso Antonio Bandeira de Mello, em passagem de sua obra, sustentar que:

com efeito, em primeiro lugar, tem-se que aceitar logicamente, por uma irrefragável imposição racional, que mesmo que os conceitos versados na hipótese da norma ou que em sua finalidade sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim têm *algum conteúdo determinável*, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras. Deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria ruído⁵⁷.

Mas o conceito (significado) é abstratamente impreciso, exatamente porque as palavras que o representam (signo), também em abstrato, são imprecisas. E essa é uma opção do legislador, que poderia ter escolhido palavras mais precisas para conduzir a ideias mais precisas.

Por exemplo, o legislador que opta por eleger como pressuposto para concessão de tutela provisória de urgência o “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 298, CPC), vale-se de intensa vagueza terminológica que conduz à também intensa vagueza conceitual - em que pese a consistência conceitual mínima permita imaginar que não estaria aí abrangido o pagamento de uma dívida pela aquisição de um produto de consumo de luxo, mas estaria o pagamento imediato de uma pensão indenizatória indispensável para subsistência do interessado.

O legislador poderia, contudo, ter preferido texto mais preciso que representasse ideia (conceito) mais precisa, ainda que nesse mesmo contexto. Por exemplo, poderia colocar como pressuposto da medida provisória urgente “a existência de obrigação de dar quantia indispensável para subsistência digna do requerente”.

⁵⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28 e 29; nesse sentido, MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. **Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados: estudos em face de um paradigma constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 62; e CONCEIÇÃO, Márcia Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na constituição: requisitos da relevância e da urgência (art. 62 da CF)**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – Celso Bastos Editor, 1999, p. 48.

Na verdade, é a opção linguística (signo) inexata, que determina a significação inexata. Assim, o enunciado é indeterminado e, por isso, em abstrato, só tem uma significação mínima, que será precisamente determinada em concreto.

Todo conceito indeterminado, em que pese tenha sua substância e alcance com alto grau de incerteza, é marcado por um núcleo conceitual (centro de sentido essencial do termo) e um halo conceitual (margens de sentido vago)⁵⁸.

O halo conceitual equivale a um intervalo entre zonas de certeza⁵⁹, tal como uma fronteira nebulosa entre elas.

Por exemplo, quando o legislador determina que “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença” (art. 113, §1.º, CPC), consagra enunciado normativo aberto, pois não fica definido qual o “número de litigantes” que pode comprometer a “rápida solução do litígio” ou o “dificultar a defesa”. Há, contudo, aí, um núcleo conceitual que nos permite identificar que um litisconsórcio de milhares ou milhões de litigantes se enquadra na hipótese normativa (ex.: titulares dos expurgos inflacionários), já um litisconsórcio de dois (ex.: vítimas de um mesmo acidente de veículo) nela não se subsumiria. Entretanto, há uma fronteira nebulosa entre essas zonas de certeza que faz o intérprete se perguntar se o litisconsórcio de cinco, dez ou trinta pessoas necessariamente aí se encaixaria (ex.: servidores que querem ser indenizados por desvio de função), o que só se pode definir a cada caso concreto.

Os conceitos indeterminados podem ser descritivos (de uma realidade captada, inclusive por sentidos) ou normativos. Sugere-se que o conceito indeterminado normativo pode ser considerado aquele que só tem sentido e é compreensível no mundo jurídico (ex.: processo, procedimento, preclusão), ou aquele que exige um juízo de valor para que possa

⁵⁸ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 208 e 209. Canaris sustenta que a concretização da valoração e extração de significado só pode se dar em concreto e, por isso, trata-se de normas “de antemão, de dogmatização inviável”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 44). Entretanto, mesmo em abstrato, é possível definir um núcleo conceitual, aquele centro de sentido mínimo do que consta no texto, em que pese haja a margem de sentido vago que só se precise em concreto.

⁵⁹ Reconhece Bandeira de Mello a “*zona de certeza positiva*, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrangida. As dúvidas só têm cabimento no intervalo entre ambas”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28 e 29). As ditas dúvidas estariam no contexto do que Judith Martins-Costa chama de “casos-limite” que existem além das “hipóteses centrais e não-controversas”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 308).

incidir em situação concreta (ex.: é necessário valorar o termo “processo” para definir se nele se encaixa um inquérito civil ou penal)⁶⁰.

Entretanto, há que se ressaltar que também conceitos ditos “descritivos” implicam juízo de valor⁶¹. Basta pensar que se deve previamente valorar e definir o que significa o conceito de livro para verificar se aquele objeto percebido é, de fato, um livro ou uma agenda ou um periódico (de artigos) ou uma dissertação de mestrado etc.

Na verdade, o conceito “normativo” deve ser considerado como aquele que compõe um enunciado normativo, independente de corresponder a um objeto ou elemento do mundo real ou não, perceptível ou não – i.e., independentemente de ser, também, um conceito “descritivo”. Por exemplo, o conceito de preclusão é estritamente normativo, já o conceito de “extensa área” de terra é descritivo e normativo (cf. art. 1228, §4.º, CC)⁶².

Conclui-se, assim, que o *conceito jurídico indeterminado é expressão textualizada, integrante de enunciado normativo, semanticamente aberta, mas composta por um centro de sentido essencial (mínimo), que pode ser estudado e definido teórica e abstratamente, e margens de sentido vago a ser determinado e concretizado pelo intérprete e aplicador da norma, a cada caso concreto*⁶³, *atribuindo-lhe, sempre, significado consoante aquele socialmente reconhecido, naquele tempo e lugar (o “consenso social”)*⁶⁴, *e definido à luz de todo o quadro normativo existente*⁶⁵ *e dos fins inerentes à norma.*

⁶⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 210-213. Engisch manifesta, contudo, sua preferência pela segunda definição (considerando-os conceito de preenchimento valorativo).

⁶¹ É o que pensa Menezes de Cordeiro, que só traz a pertinente ressalva de que enquanto o conceito descritivo se vale de linguagem comum, o conceito normativo pressupõe linguagem técnica, que exige uma valoração mais específica. (MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1179).

⁶² “Vai-se mesmo mais longe: a consciência hermenêutica da relevância do pré-entendimento demonstra que o aplicador, quando valora um conceito fático, fá-lo tendo em mira uma decisão pré-encontrada, jogando, em simultâneo, com a valoração de conceitos normativos e com todas as apreciações que as facetas do caso concitem”. (MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1179).

⁶³ Cf. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 137 ss.; que serviu de base para CONCEIÇÃO, Marcia Domingues Nigro. **Conceitos indeterminados na constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 CF)**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – Celso Bastos Editor, 1999, p. 47 e 53; REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 42.

⁶⁴ Engisch falar da necessidade de consideração dos valores sociais, sem excluir a participação da valoração pessoal do juiz, como “uma parte integrante do material de conhecimento, e não o último critério de conhecimento”. (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 236-239).

⁶⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 29 e 30.

1.2.5 Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais em sua interação. Concretização e desenvolvimento judicial do direito.

É chegado o momento de, em boa síntese, concluir que a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado têm pontos de distanciamento e de aproximação.

Distanciam-se pelo seu grau de indeterminação. A cláusula geral é técnica legislativa não-casuística de alto grau de indeterminação que atinge a hipótese fática e as consequências normativas (e autoriza discricionariedade judicial). Já o conceito jurídico indeterminado é dotado de menor grau de indeterminação, vez que só acomete o suporte fático do enunciado normativo em que se insere (o que, por si só, não autoriza atitude discricionária, salvo se tratar-se de cláusula geral)⁶⁶.

Aproximam-se, porém, por integrarem uma *mesma categoria* jurídica (o fenômeno da linguagem e normatividade vaga), que vem atender a uma *mesma finalidade* (conferir maior flexibilidade, longevidade⁶⁷, mobilidade⁶⁸ e abertura ao sistema), mediante aplicação que se dá por um mesmo método, a *concreção*⁶⁹.

E o operador por excelência dessas técnicas, métodos e estruturas linguísticas de abertura normativa é o juiz. Os juízes e tribunais, com seus precedentes, jurisprudência e súmulas, desempenham papel crucial na interpretação e aplicação da cláusula geral e/ou do conceito jurídico indeterminado, de modo a criar, modificar, elastecer, difundir e, enfim, desenvolver o seu significado concreto⁷⁰.

⁶⁶ Mas ambos são acometidos de “alto grau de vagueza semântica”, pressupondo “o reenvio a *standards* valorativos extra-sistemáticos”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 325).

⁶⁷ Cf. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 546.

⁶⁸ Na medida em que a sua interpretação não fica presa e engessada aos estritos termos da lei. É receptiva e aberta a dados jurídicos e extrajurídicos.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413, 430 e 436.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299). Percebe-se, inclusive, que esses enunciados normativos abertos seriam brechas que abrem o sistema cerrado para tópicos extra-sistemáticos, considerados e incorporados *jurisprudencialmente*. (ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 67 e 68). Ávila, afirmando não ser obrigatória a observância de precedente em casos futuros, ressalta, contudo, que o precedente seria “mais do que um guia informativo: serve para transformar fatores metajurídicos em elementos jurídicos, já que o julgador tem que recorrer a princípios extra-sistemáticos para definir o sentido das normas de mínima tipicidade”. (ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 441). Não se pode negar o contraponto dessa visão – especialmente no que se refere às cláusulas gerais –, que é o fato de que “em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político (...) possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as avaliações

Observe-se que, a rigor, os precedentes judiciais podem nascer da interpretação e aplicação de enunciados normativos abertos, bem como podem determinar o surgimento ou a disseminação daquela ou de novas interpretações e aplicações em torno deles⁷¹.

De um lado, o seu preenchimento por ato de juiz contribui para a construção de uma *ratio decidendi*, um critério jurídico de solução do caso, que pode ser generalizado e invocado como precedente no julgamento de casos futuros e similares, o que enfatiza a função criativa e normativa dos tribunais.

Mas, de outro, vê-se que sua reiteração em decisões subsequentes contribui para a definição (mínima e ainda fluida) e desenvolvimento do conteúdo e significado normativo daquela disposição vaga⁷². Inclusive, é possível que nestas decisões subsequentes, seja feito um confronto (*distinguishing*) do caso concreto com aqueles tratados nos precedentes invocados (casos paradigmas), para concluir-se que se inserem numa mesma classe ou categoria abrangida pelo texto normativo aberto, dando-se à *ratio decidendi* uma interpretação ampliativa - para operar-se um *ampliative distinguishing*⁷³.

Tudo isso contribui para a construção (e reconstrução), uniformidade e continuidade da jurisprudência.

Voltando os olhos para o epicentro desse trabalho, deve-se observar que os artigos 22, I, e 24, X e XI, CF, ao falarem da competência para legislar sobre processo e procedimento, valem-se de conceitos jurídicos indeterminados (“direito processual”,

personais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica”. Daí a importância de emprego de uma “técnica reflectida” para que predomine o seu uso adequado (Cf. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 546 e 547). Larenz reconhece o problema, mas sustenta que, na maior parte dos casos, a observância de precedentes existentes sobre a matéria confere certa margem de segurança e igualdade de tratamento (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 411-413).

⁷¹ Comentando a importância do precedente no processo de concretização de enunciados abertos, ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 37. DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 38-39. “As cláusulas gerais só são funcionais a partir do uso dos precedentes. Com efeito, elas, por si só, não significam nada, ou significam muito pouco, podendo dar ensejo a várias normas, inclusive contraditórias, dependendo da concretização. Enquanto os tribunais não dialogarem com seus precedentes será muito difícil trabalhar com o devido processo legal”, que é exemplo de cláusula geral” (MACÊDO, Lucas Buriel de. “A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, n. 216, p. 394.)

⁷² DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 187, 2010, p.75.

⁷³ Comenta essa atividade, TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174; adotando essa nomenclatura, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, 2 v, p. 403; MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao>>. Acesso: em 25 nov 2012, p. 06.

“processo” e “procedimentos em material processual”), estritamente técnicos e normativos, que têm um sentido essencial (mínimo) que pode ser objeto de estudo teórico.

Mas encontram, em seu entorno, margens de sentido vago, que devem ser gradativamente definidas e concretizadas pelos precedentes e jurisprudência de nossos tribunais superiores, especialmente do STF – que serão detidamente analisados no capítulo derradeiro da presente pesquisa.

Assim, além da ótica do intérprete-jurista e do olhar abstrato e teórico que pode lançar sobre o tema, será, também, considerada a ótica do intérprete-julgador (concreta e empírica), representada no direito judicial, jurisprudencial e sumulado construído pela corte de hierarquia máxima. Mas não sem antes investigar seu valor normativo (do precedente, jurisprudência e súmula), como fontes do direito, bem como os critérios e diretrizes a serem observadas na atividade interpretativa necessária para sua construção.

1.3 Fontes do direito.

Em linguagem comum, o termo “fonte” significa origem, procedência, proveniência.

Ao falar-se em “fonte do direito”, pretende-se definir o nascedouro, onde se constitui e se revela o direito, expressão que pode ter, naturalmente, conotações diversas. Afinal, a busca pode ser *substancial*, mais especificamente pela gênese histórica, econômica, política, sociológica, cultural etc. do direito, ou *processual* (formal), i.e., do seu modo de formação⁷⁴.

Daí a referência comum em doutrina a fontes substanciais e formais do direito.

As fontes substanciais (ou reais) seriam todos esses dados materiais (econômicos, ideológicos, políticos, sociológicos, históricos etc.) que determinam o nascimento do enunciado normativo.

As fontes formais (ou de produção⁷⁵) do direito seriam os canais de exteriorização e inserção da disposição normativa em um ordenamento jurídico. A forma ou modo como se manifestam tais enunciados, necessariamente decorrentes da vontade do ente

⁷⁴ Essa ambiguidade é notada por Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao dizer que: “As discussões sobre o assunto (...) revelam que muitas das disputas resultam daquela ambiguidade, posto que por *fonte* quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento, sua justificação”. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 225).

⁷⁵ Terminologia de GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 01.

detentor do poder de produzi-los⁷⁶ (em ambiente público ou privado), e voltados para o regramento de condutas humanas⁷⁷. Correspondem a todos os atos e fatos que produzem ou são idôneos a produzir o direito⁷⁸. A exteriorização dos enunciados normativos dá-se, assim, por esses atos jurídicos, como a lei, o precedente e o negócio jurídico, atos jurídicos normativos que são, e o costume que se consolida por sucessão de atos reiterados no tempo (ainda que materiais, informais) que resultam nesse comando normativo consuetudinário.

Essa origem descentrada do direito, a partir de fontes de naturezas variadas (formais e materiais), compromete a unidade genética porventura visada em nome da certeza e da segurança jurídica. E permite que se vivam situações em que o direito tenha fonte formalmente definida (ex.: lei), mas que, substancialmente, não o é de modo adequado (ex.: lei que formalize ditame contrário aos anseios populares)⁷⁹.

Por essa razão, a doutrina adota posturas divergentes em torno do papel e importância desses dois tipos de fonte: seja subestimando a fonte formal, que se limitaria a externar o direito, cuja verdadeira fonte seria material; seja desdenhando da fonte substancial, pois não haveria dado material geneticamente relevante se o direito não é trazido à tona, revelado por fonte formal⁸⁰.

Há quem sustente que a fonte do direito só pode ser formal, pois a fonte material não se insere no âmbito da Ciência do Direito, sendo questão afeta a outras formas de compreensão do fenômeno jurídico, como a Política do Direito, a História do Direito e a

⁷⁶ “(...) o que equivale a dizer um *poder de optar* entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória, quer *erga omnes*, como ocorre na hipótese de fonte legal e da consuetudinária, que *inter partes*, como se dá no caso da fonte jurisprudencial ou na *fonte negociada*”. (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11).

⁷⁷ Inclusive aquelas voltadas à produção de outras prescrições normativas (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 45). O direito há que disciplinar também a sua própria gênese (as suas fontes). Daí dizer-se que, ao lado das normas de conduta subsistem, igualmente, as normas sobre as próprias fontes do direito – que se desdobram em normas sobre a produção jurídica (regem a competência normativa e seu exercício), sobre a eficácia da norma e o conflito entre normas. (GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 29 ss.). Miguel Reale prefere dizer ser a fonte uma “estrutura normativa que processa e formaliza (...) determinadas diretrizes de conduta (em se tratando de relações privadas) ou determinadas esferas de competência, em se tratando sobretudo de Direito Público” (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 2). Entretanto, sua opção não é apta a alcançar todo o conteúdo do fenômeno normativo, afinal também são regradas condutas no âmbito dito, *a priori*, público, como aquelas referentes às partes de um processo jurisdicional estatal, bem como podem ser delimitadas esferas de competência no contexto privado (ex.: definição do órgão competente para impor sanção estatutária, no próprio estatuto da associação, negócio jurídico de direito privado que é).

⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 01; BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 45; FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 397 e 398.

⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 224 e 225.

⁸⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 224 e 225.

Sociologia Jurídica – pressupondo a análise de fatores sociológicos, econômicos, psicológicos que determinam essa decisão de poder. Só interessaria o estudo daquilo que foi editado e formalizado em lei, costume, decisão judicial (ou administrativa, acrescente-se) ou negócio (as fontes por excelência)⁸¹. E, considerando o foco do presente trabalho, são, de fato, as fontes formais de direito que merecem atenção.

Comum é considerar o aspecto formal da gênese normativa, contemplando, aí, não só as fontes de produção (ou formais), como também as “fontes de cognição”. As fontes de produção, como até então visto, são os *atos* ou *atos* de exteriorização do direito. Já as “fontes de cognição” aí sugeridas seriam os *documentos* e publicações oficiais que permitem se tenha conhecimento do direito (já preexistente).

Entretanto, ressalvados os costumes (que independem de documentação⁸²)⁸³, afirma-se que, nos demais casos, é difícil diferenciar o ato (ou fato) produtor de direito, do

⁸¹ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 2. A doutrina não seria fonte de direito, pois não “prescreve”, só interpreta e descreve significados das prescrições. (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12). Tércio Sampaio Ferraz diz, com bastante propriedade, não ser a doutrina fonte em sentido estrito, mas que funcionaria mediatamente como tal, na medida em que goza de autoridade na atividade interpretativa do direito - em que pese não vincule os tribunais. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 247). A doutrina produz conhecimento objetivo e descritivo sobre o direito, que induz e determina comportamentos humanos, logo, ao menos em caráter mediato, é fonte, visto que os operadores do direito a entendem e aceitam como fundamento de sua atuação. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 259).

⁸² Nos autos do Recurso Especial n. 877.074/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a 3ª T. reconheceu, por unanimidade, o costume documentado e não-documentado (provado por oitiva de testemunhas), como fonte de direito, considerando, em sede de *obiter dictum*, a possibilidade de costume *contra legem* como fonte de direito. Trata-se de ação proposta por empresa contratada para prestação de serviços de transporte rodoviário de carga agrícola, com pedido de condenação da empresa contratante ao pagamento de indenização devida em razão de despesas realizadas com “sobrestadias” pagas aos seus motoristas, pelo tempo a mais de permanência que se fez necessário para descarga no porto de entrega, obrigação esta que lhe seria imputada por costume comercial, a ser demonstrado com prova testemunhal. Esgotadas as instâncias ordinárias, a parte adversa interpôs recurso especial alegando que o dito costume não existiria por não estar consolidado em regulamento ou instrumento similar, bem assim que seria *contra legem*, na medida em que os riscos do transporte recaem sobre o transportador contratado, não tendo havido culpa ou dolo da contratante. Diante dessa controvérsia, a 3ª Turma do STJ, no bojo no acórdão dado no Recurso Especial citado, registrou que a Lei n. 8934/94 (art. 8º, VI) confere competência às juntas comerciais, na condição de integrantes do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, para proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis, documentando-as. Entendeu que, em havendo o referido assento, seria prova documental “plena” do costume, que dispensaria qualquer intenção probatória adicional (o que se disse com inspiração no art. 218 do Regulamento n. 737/1850). Mas que nem sempre existiria este assentamento, que não pode ser considerado condição de defesa dos direitos da parte desprezando-se “o lento processo de desenvolvimento social da norma consuetudinária que é a ela inerente”. E, na ausência dessa prova documental, deve ser admitida a prova testemunhal, tomando-se depoimento de comerciantes conceituados e, no caso, representantes comerciais das duas partes. Por fim, em sede do que parece ser um *obiter dictum*, o julgado define não é possível afirmar “peremptoriamente e sem maiores aprimoramentos, a invalidade apriorística de todo e qualquer costume em face de qualquer dispositivo da Lei Civil, ainda que remotamente aplicável à espécie”. Admite, assim, *en passant*, a possibilidade de costume que divirja da lei (*contra legem*), embora sem solucionar a controvérsia em torno da matéria no caso. (STJ, 3ª T. REsp n. 877.074/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12.05.2009, publicado no DJe de 17.08.2009).

⁸³ Contexto em que deveriam ter sido ressalvados também, por ex., os negócios verbais.

documento que representa sua existência. O texto normativo seria ao mesmo tempo o ato/fato (fonte de produção) e o documento representativo (fonte de cognição). E, por isso, essa doutrina segue atendo-se às fontes de produção nesse duplo sentido⁸⁴.

Assim, emprega-se efetivamente o termo fonte normativa (ou de produção) no sentido de texto ou documento normativo (disposição ou conjunto de disposições normativas)⁸⁵.

Porém esse ponto de vista não pode ser seguido à risca. Rigorosamente, não se pode ignorar que nem todo ato normativo, que contém enunciado normativo, é textualizado ou documentado. A fonte pode não ser texto ou documento normativo. E isso se pode falar não só do costume, como também, por exemplo, do negócio jurídico, que não pressupõe documento (coisa) ou texto que o represente.

*Assim, fonte é o ato normativo, textualizado ou não, documentado ou não, que expressa linguisticamente (por símbolos fonético-visuais) enunciado ou disposição normativa, que, uma vez interpretado, se traduz em norma*⁸⁶.

Há algo mais a acrescentar. As fontes concretamente subsistentes em dado ordenamento são aquelas que atendem aos requisitos previstos para tanto nas leis internas (sobretudo na Constituição) e têm como conteúdo os enunciados normativos vigentes⁸⁷. E, como já prenunciado, no ordenamento brasileiro, as fontes do direito podem ser⁸⁸:

⁸⁴ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 02-04. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, 1 v, p. 399.

⁸⁵ A rigor, a fonte de produção acaba sendo utilizada em sentidos diversos: *i*) como sujeito (“autoridade”) competente para produção normativa; *ii*) como ato normativo por ele produzido – considerando procedimento que o antecede e determina (ex.: legislativo, jurisdicional, negocial); *iii*) enfim, como documento que o representa (ex.: a lei). Preocupa mais a postura daqueles que confundem norma e texto/documento, referindo-se à “norma” (em verdade, enunciado) como fonte. É o que ocorre quando se fala em “interpretação da norma” -, quanto se quer falar em “interpretação do documento normativo” (enquanto fonte) do qual se extrai norma (GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 04-06).

⁸⁶ É, pois, ato jurídico que produz o direito. E a definição daquilo que se insere nesta categoria pressupõe a definição do que se entende por direito, tema que gera muita controvérsia em doutrina, que extrapola os limites do objeto desse trabalho (GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 09 ss.).

⁸⁷ Há quem adote visão sociológica e metajurídica das fontes, admitindo que se manifestem independentemente do atendimento de qualquer requisito ou autorização de lei, sendo determinadas por elementos naturais ou “centros de interesses”, sociologicamente admitidos. Seu caráter jurídico seria atribuído por pensadores e operadores do direito (juristas e juízes), ao abraçá-las e adotá-las, aplicando-as no exercício de suas atividades. Essa não é a opção de Reale. (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13-15 e 23). Cabe ressaltar, contudo, que dados metajurídicos, advindos da esfera social, econômica ou moral (valores, standards, arquétipos etc.), devem e são considerados na construção do quadro normativo vigente (ex.: na interpretação e aplicação da lei por decisão judicial), o que revela a já comentada mobilidade do sistema. Inclusive, na própria teoria tridimensional do direito de Reale é reconhecida essa influência na produção normativa, ao definir que “a fonte do direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente”. Em que pese a segurança e certeza jurídica imponham que só seja fonte aquilo que o ordenamento reconheça como tal, o valor da liberdade (e justiça) impõe que o sistema seja aberto, móvel e flexível – desapegado de tipos e modelos

i) *legal* (em sentido lato), que decorre do exercício do poder do estado de normatizar e legislar, produzindo leis *lato sensu* e espécies normativas afins – abrangidos aqui instrumentos como a constituição, as leis das mais diversas espécies (estadual, federal, municipal, ordinária, complementar, delegada), decretos-lei, decretos, medida provisória etc.;

ii) *consuetudinária*, que se dá a partir do poder social e coletivo de estabelecer padrão normativo mediante adoção habitual e contínua de certo comportamento;

iii) *negocial*, expressão da autonomia privada, enquanto poder conferido aos atores privados de autorregramento do conteúdo e efeitos de suas relações particulares⁸⁹;

iv) *administrativa*, como a decisão administrativa, que incorpora disposição normativa, geral ou concreta, que rege uma situação específica existente entre Estado e servidor(es), entre Estado e administrado(s), ou, até mesmo, entre administrados (como nos casos das decisões das agências reguladoras) - não sendo predisposta à imutabilidade. São exemplos: a resolução do Conselho Nacional de Justiça, resolução do Banco Central (normas gerais), decreto expropriatório e solução de processo administrativo disciplinar (normas individuais).

v) *jurisdicional*, decorrência do poder jurisdicional (estatal ou arbitral) de produzir decisões que vinculam sujeitos, com aptidão para se tornar, para elas, imutável, que pode servir de precedente (obrigatório ou persuasivo) no julgamento de casos futuros e semelhantes, o que deve abranger a jurisprudência (decisões reiteradas no mesmo sentido) e o enunciado de súmula (síntese da jurisprudência dominante de um tribunal).

São, pois, fontes normativas, as leis, os atos administrativos, as decisões judiciais, os costumes e os negócios⁹⁰. Todas essas são fontes, ou seja, atos jurídicos que contém enunciado normativo do qual se extrai, mediante atividade interpretativa, normas (legais, decisórias, consuetudinárias e negociais, respectivamente).

fechados e cerrados e vistos a partir de valores subsistentes quando da sua elaboração. (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15 e 24-28).

⁸⁸ Classificação inicialmente inspirada na proposta de Miguel Reale, mas que vai além, com dados adicionais. (REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12).

⁸⁹ A *autonomia privada* é poder que se atribui aos sujeitos de direito para livremente reger suas relações jurídicas negociais, definindo seu conteúdo e seus efeitos. Trata-se de poder de estabelecimento de negócios jurídicos. É poder normativo (dispositivo) e o negócio jurídico é ato resultante do seu exercício. (Em parte, FERRI, Luigi. **L'autonomia privada**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 224 ss. e 248). Ferri defende que poder de disposição e autonomia privada são sinônimos e que o negócio jurídico é, por sua natureza, dispositivo/disposição (na verdade, ato de exercício do poder de disposição). Disposição é, também, comando, enunciado de norma. Assim, poder de disposição é poder de ditar normas. Inclusive, pontua, incidentalmente, que importantes doutrinadores alemães usam o termo *Verfügungsmacht*, que se traduz como poder de disposição, para se referir à autonomia privada. (FERRI, Luigi. **L'autonomia privada**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 224 ss).

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258 ss.

Nesse contexto, a decisão judicial (ou sentença em sentido lato), em especial, deve ser vista como um ato jurídico (fonte) que contém, na sua parte dispositiva (conclusiva), um enunciado normativo individualizado criado pelo órgão julgador, que disciplina a conduta dos sujeitos envolvidos naquele caso concreto⁹¹ e se peculiariza pela sua aptidão para tornar-se imutável pela coisa julgada.

Mas a decisão precisa ser fundamentada. E a sua fundamentação não se dá com simples aplicação de lei prévia, portadora de norma legal preexistente, ao caso concreto. Cabe ao juiz, atualmente: examinar os dados fáticos daquela situação específica, buscar enunciados normativos pertinentes no ordenamento vigente, atribuir-lhes os significados preceptivos cabíveis, concretizar as suas expressões abertas e vagas, interpretá-las conforme a Constituição, balanceando direitos fundamentais em jogo e realizando controle difuso de constitucionalidade, para, com isso, criar a norma geral a ser empregada na solução do caso concreto, que comporá a fundamentação da decisão⁹².

É essa norma que integra os fundamentos da decisão, a chamada razão de decidir (*ratio decidendi*), que pode atuar como precedente judicial a ser invocado no julgamento de casos futuros e semelhantes àquele, tornando-se, possivelmente, jurisprudência (ou enunciado de súmula)⁹³.

⁹¹ Ressalve-se, como antes já ressalvamos, que: “(...) em ações coletivas que veiculam direitos individuais homogêneos, a norma jurídica individualizada criada pela decisão judicial é, também, uma norma geral, exatamente porque serve como suporte normativo para as pretensões individuais que, com base nela, serão veiculadas nas respectivas ações de liquidação. Não deixa de ser, por isso, uma norma individualizada, porquanto certifique a relação jurídica existente entre o réu da ação coletiva e a coletividade das vítimas” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, 2 v, p. 293).

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 97.

⁹³ Mas nem sempre se pensou assim. Espelhados nos valores do Estado Liberal, no positivismo jurídico e na máxima da supremacia da lei, Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti criaram teorias diversas sobre o exercício da jurisdição e produção das decisões judiciais. Na visão de Giuseppe Chiovenda (teoria declaratória ou dualista), a atividade jurisdicional se limita à aplicação da norma geral ao caso concreto — partindo da premissa de que o ordenamento seria completo e coerente. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, 1 v, p. 40). Na visão de Francesco Carnelutti (teoria constitutiva ou unitarista), o juiz, ao promover a (justa) composição da lide, só cria norma individual que regula o caso concreto (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 223 ss.). Não convém, aqui, aprofundar na matéria, mas só registrar que essas são visões tradicionais e ultrapassadas do Direito. Não se coadunam com os valores do Estado Contemporâneo (Estado Constitucional), onde a lei é reconhecidamente lacunosa, em texto repleto de conceitos e cláusulas abertas e vagas, e tem sua substância condicionada pelos direitos fundamentais e outras normas fundamentais, a serem balanceados a cada caso concreto. O juiz, através da adequada interpretação/integração da lei e do controle de sua constitucionalidade, à luz das peculiaridades fáticas narradas, motiva suas decisões, em exercício de atividade essencialmente criativa (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90). Marinoni, partindo dessa lição, chega a concluir que o juiz brasileiro tem ainda mais poder criativo que o juiz do *common law*, na medida em que não dá o devido respeito aos precedentes (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40 e 41).

Por exemplo, o juiz que, em norma individualizada, criada em sede de procedimento monitório, admite a via eleita e ordena que devedor pague dívida, para fundamentá-la, pode criar norma geral que enquadra um cheque prescrito como “prova escrita sem eficácia de título executivo”, e que legitima, por lei, o uso desse rito monitório (cf. art. 698, CPC). Reproduzido esse entendimento (*ratio decidendi*) em decisões dadas em outros casos afins, nasce jurisprudência sobre a matéria, que pode ser sintetizada em enunciado sumulado (como foi no n. 299 da súmula do STJ).

A decisão judicial é, então, dupla fonte normativa, com a criação da norma individual que vincula as partes do caso e da norma geral que vincula ou persuade também outros juízes e jurisdicionados no bojo de julgamento de casos futuros, ainda mais quando produzidas por tribunais superiores.

Daí a importância de investigar não só o texto dos dispositivos da lei constitucional aqui abordados (artigos 22, I, e 24, X e XI, CF), como também o olhar sobre eles lançado pelos precedentes do STF sobre a matéria. Não há melhor forma de identificar as normas que decorrem desses enunciados e dentro de que limites se pode fazê-lo.

A compreensão e coexistência harmônica dessas normas, no sistema constitucional, pressupõem seu prévio enquadramento dentre as espécies normativas (regras ou princípios). Para tanto, é preciso apresentar o que se entende a respeito do tema.

1.4 Espécies normativas.

1.4.1 Esclarecimento prévio.

Em que pese existam muitas propostas doutrinárias de definição das espécies de norma, foge ao escopo desse trabalho enfrentá-las e analisá-las em seus pormenores.

Parte-se, aqui, da visão de Humberto Ávila, que já traz uma proposta de conceituação que perpassa pela investigação e crítica daquelas mais importantes do cenário doutrinário internacional (como a de Alexy⁹⁴, Dworkin, Esser, Canaris e Larenz)⁹⁵, deixando clara a opção de enquadrar, nesse contexto (normativo), não só princípios e regras (postura

⁹⁴ Autor que só se refere a princípios e regras como espécies normativas, em que pese aparentemente tenha oferecido bastante substrato teórico à visão de Humberto Ávila. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87).

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26-55.

habitual), como também postulados, valendo-se de modelo tripartite⁹⁶. Mas isso se faz não sem dar um toque pessoal, à luz de considerações de outros autores, sobretudo Robert Alexy e Marcelo Neves, que conduzem ou incitam reflexões próprias e particulares desse trabalho.

Antes de defini-los (princípios, regras e postulados), investe-se na prudente ressalva de que os princípios jurídicos não serão objeto de exame que destaque os valores que se pretende tutelar (i.e., o fim a alcançar). O foco é examinar como identificar os meios necessários para chegar a esse fim e como justificá-los racionalmente ou, em outras palavras, como definir os comportamentos necessários (meios) para concretização desses valores (fins) mediante fundamentação controlável e racional⁹⁷.

Feitos estes esclarecimentos prévios, parte-se para a distinção entre princípios e regras a partir dos critérios⁹⁸ a seguir trabalhados.

1.4.2 Critérios distintivos entre princípios e regras.

1.4.2.1 Forma de prescrição de comportamento.

O *primeiro critério* é a forma de prescrição de um comportamento (direta ou indireta).

Ambos (princípios e regras) prescrevem comportamentos e suas consequências. A diferença está na forma como o fazem. Enquanto o princípio prescreve comportamento de forma indireta, a regra o faz diretamente.

Isso porque o princípio estabelece diretamente uma situação ideal de existência, protetiva de bens e valores (fim visado)⁹⁹, que exige, para seu alcance, a adoção dos comportamentos necessários, que não estão direta e imediatamente ali descritos. Cabe,

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62.

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55 e 56.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63-70.

⁹⁹ Esse estado ideal de coisas parece próximo àquela realidade a ser alcançada, dentro do máximo possível, nas circunstâncias fático-jurídicas existentes, que prevê Alexy como a determinação do princípio enquanto mandamento de otimização (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90, 103 e 104). É que o fim a ser alcançado não precisa, necessariamente, decorrer de um só princípio ou estar em colisão (ou imbricado) com o fim de outros princípios para que se realize na máxima medida possível (diferentemente do que diz ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53-55).

então, ao intérprete e aplicador do enunciado principiológico identificar as condutas adequadas para tanto, que serão meios hábeis para se atingir o fim visado¹⁰⁰.

Assim, por exemplo, o princípio do acesso à justiça assegura situação ideal de amplo e irrestrito oferecimento de prestação jurisdicional justa e efetiva para todos, indiscriminadamente. Esse é o fim aspirado que, para ser obtido, pressupõe a adoção das condutas indispensáveis como a redução do valor do depósito prévio de cinco por cento do valor da causa exigido para a admissibilidade da ação rescisória (art. 965, II, CPC), quando representar óbice ao acesso à justiça.

Já a regra estabelece diretamente o comportamento a ser adotado – e só indiretamente os fins com ele visado¹⁰¹. É o caso da regra que prevê que a obrigação pecuniária reconhecida em sentença transitada em julgado deve ser cumprida no prazo de quinze dias, sob de pena multa de dez por cento do valor da obrigação (art. 520, §1.º, CPC). O comportamento é aí diretamente descrito e só indiretamente se pode identificar o fim com ele pretendido (oferecimento de prestação jurisdicional efetiva para o credor).

Daí se dizer que regras e princípios têm viés comportamental e finalístico, pois a regra institui dever de adotar conduta voltada ao alcance do fim devido e o princípio institui fins para cujo alcance deve ser adotada conduta adequada e necessária. A regra é precisa quanto aos meios e o princípio, quanto aos fins¹⁰².

Pode-se dizer, assim, que diante da profusão não-organizada e dissonante de valores, interesses e expectativas observadas no contexto social, o princípio tem o papel de selecionar e definir aqueles cuja concretização é pretendida, estabelecendo o fim a ser perseguido e gerando um ambiente *organizável*. É a partir dos princípios que se opta, por exemplo, por: *i*) procedimento rigidamente dirigido por lei; ou *ii*) procedimento que possa ser flexibilizado pelo juiz em concreto; ou, ainda, *iii*) procedimento que possa ser alterado pela vontade das partes, se o direito em discussão é passível de autocomposição. Mas é a regra que

¹⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

¹⁰¹ Ou, na linha semelhante de intelecção de Robert Alexy, a regra impõe direitos e deveres definitivos, a serem realizados integralmente, prescrevendo exatamente aquilo que se quer que seja realizado naquele contexto fático-jurídico (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90, 103 e 104).

¹⁰² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 64 e 65. Em sentido contrário, Marcelo Neves, que não visualiza nesse caráter finalístico eleito por Ávila um critério válido de distinção (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 108 e 109).

define os comportamentos necessários para tanto, com a solução definitiva do caso, permitindo falar-se em ambiente *organizado* – i.e., em estrutura, organização e decisão¹⁰³.

1.4.2.2 Fundamentação necessária para a sua aplicação.

O *segundo critério* de diferenciação é o tipo de análise e fundamentação necessária para sua aplicação.

A aplicação da *regra* pressupõe a avaliação e a justificação do enquadramento do fato à hipótese normativa, onde está prescrita a conduta, bem assim sua adequação aos fins que lhe dão sustento. Afinal, esse encaixe fático-normativo pode perfeitamente não ocorrer se não conduzir ao fim visado ou se for esse fim suplantado por outros motivos que determinem sua não-observância (como outros princípios e os fins correlatos)¹⁰⁴.

Basta pensar na regra de que o réu tem prazo de quinze dias para responder à demanda. Sua finalidade é garantir o contraditório e a ampla defesa. Mas a regra pode ser afastada, por exemplo, de modo a atribuir-se prazo maior ao demandado, quando se tratar de demanda complexa, proposta em litisconsórcio ativo multitudinário, e veiculada por petição inicial acompanhada de número muito grande de documentos diferentes. E isso se justifica em razão da finalidade da própria norma (assegurar o contraditório e ampla defesa).

Já no caso do *princípio*, deve-se analisar e justificar se os efeitos da conduta a ser assumida permitem ou conduzem à concreção (gradativa) da finalidade almejada. E como esta conduta não é especificamente descrita na hipótese normativa, o intérprete e aplicador, inevitavelmente, dará grande ênfase à análise de casos anteriores e similares no bojo dos quais, pouco a pouco, se construiu o conteúdo descritivo do princípio, definindo paradigmaticamente condutas correlacionadas com a realização da situação ideal de coisas (fins) visada¹⁰⁵.

Assim, a título de exemplificação, para justificar-se a redução do depósito prévio exigido para a ação rescisória (sobretudo aqueles que representam valor bem elevado), com base no princípio do acesso efetivo à justiça, é necessário demonstrar que os efeitos dessa conduta representam o alcance do fim pretendido – i. e., o efetivo oferecimento de uma

¹⁰³ Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais.** São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 119.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65 e 66.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66 e 67.

tutela jurisdicional rescisória para o jurisdicionado –, conferindo-lhe mais consistência a invocação de outros casos em que tenha sido dada decisão em sentido semelhante.

Nesse contexto de aplicabilidade de regra e princípio, Alexy revela entendimento de que as regras são vinculativas e passíveis de subsunção, o que indiretamente acaba perpassando pela ideia de enquadramento fático-normativo¹⁰⁶, e os princípios são passíveis de sopesamento, percorrendo o caminho da análise de adequação e necessidade de meios (comportamento) e fins (obtidos com seus efeitos)¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

Diz o autor que a proporcionalidade vem acompanhada de suas exigências parciais da adequação, da necessidade (ou meio menos oneroso) e da proporcionalidade em sentido estrito (ou sopesamento) e é considerada uma inerência à teoria dos princípios, decorrendo de sua essência¹⁰⁹.

De um lado, a adequação e a necessidade advêm da própria condição dos princípios de “mandamentos de otimização” diante das possibilidades *fáticas* existentes, vez que implicam que se observe se o meio eleito para alcançar o fim visado com base em dado princípio é adequado para tanto, não havendo outro menos oneroso ou que atinja com menor intensidade a realização do quanto prescrito pelo outro princípio em colisão.

De outro lado, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito pode ser extraída da natureza do princípio como “mandamento de otimização” diante de possibilidades *jurídicas* existentes, implicando sopesamento de princípios colidentes – de forma a que, quanto maior for o grau de descumprimento e desconsideração de um princípio, maior deve ser a relevância do cumprimento do outro¹¹⁰.

Assim, no exemplo dado, uma análise sob a ótica de Alexy pressupõe que se observe que a redução do depósito prévio exigido para admissibilidade da ação rescisória é medida que envolve análise de princípios colidentes, no caso, o acesso à justiça para o autor e a segurança jurídica para o réu. Isso impõe que se verifique se a medida (redução do depósito)

¹⁰⁶ Relembre-se a necessidade de “concreção” ao menos se contiverem enunciados abertos e vagos.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141-143. Perceba-se que, se objeto de reflexão mais detida, a visão de Alexy não anula um caráter indiretamente comportamental do princípio. Abrange análise de conduta e sua aptidão (e imprescindibilidade) para conduzir a dados efeitos (em alcance do fim visado), no contexto das possibilidades fáticas observadas e consideradas as circunstâncias jurídicas do caso (princípio em jogo). Isto é, também se admite que da sua interpretação sejam definidos os comportamentos que cabe serem adotados. O importante é admitir que isso possa ocorrer também em abstrato (inclusive com intermediação legislativa).

¹⁰⁸ Atente-se, contudo, para a observação mais recente de Ávila de que existem princípios insuscetíveis de ponderação, mas especificamente aqueles que estruturam o Estado brasileiro, como o federativo, a separação de poderes, o Estado de Direito e o devido processo legal (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 126).

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117 e 118.

¹¹⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 182.

é adequada e realmente necessária para alcançar o fim visado (acesso efetivo à justiça), não havendo outra menos gravosa, sopesando-se os princípios em jogo.

1.4.2.3 Modo de contribuição para decisão.

O *terceiro critério* distintivo das regras e princípios é o modo como contribuem para a decisão.

O *princípio* contém uma parcela dos dados que devem ser considerados para que se construa a decisão. A *regra* propõe-se a abarcar e conter todos os dados relevantes para elaboração da decisão, trazendo em si essa pretensão de completude e precisão na definição da solução específica a ser dada ao caso¹¹¹⁻¹¹².

Se a regra, *ab initio*, traz um critério ou razão mais decisiva para a solução do caso, o princípio não o faz, não sendo suscetível de definir imediatamente o vínculo entre fato jurídico e o efeito que irradia em concreto – o que pode ocorrer ao fim de um processo de concretização, porquanto a hipótese normativa seja fluida.

Nesse contexto, pode-se dizer que o princípio encontra-se num plano reflexivo, de discussão da ordem jurídica, contribuindo ou interferindo na construção de outras normas, mas sem aptidão para determinar em definitivo a norma de decisão do caso¹¹³ - a norma que fundamenta o caso é sempre uma regra, ainda que construída a partir da eficácia integrativa de um princípio. A regra se situa num plano mais ativo, pois tem aptidão para determinar de modo mais definitivo a norma decisória do caso¹¹⁴.

Daí dizer Alexy que as regras têm caráter definitivo, prescrevendo exatamente aquilo que se quer realizado, não podendo ser superada por norma contraposta. E os princípios, a seu turno, têm caráter *prima facie*, prescrevendo algo que se quer seja realizado, dentro do melhor possível, mas podendo, contudo, ser superados em caso de colisão. As regras permitem delimitação de conteúdo e resultado mais preciso, já os princípios não.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68 e 69.

¹¹² Mas as regras, como já se viu, nem sempre são tão determinantes e decisivas. Isso porque uma regra a princípio aplicável em razão do perfeito acoplamento fático-normativo pode ter sua solução completa e acabada afastada se não for adequada ao alcance do fim visado ou se for ele (o fim) superado em nome de outras razões que imponham essa medida (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65, 66 e 69).

¹¹³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 109.

¹¹⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 120-124.

Mas o próprio Alexy reconhece que a regra pode perder seu caráter definitivo quando se estabelece uma cláusula de exceção – inclusive em razão de outro princípio. Esclarece, contudo, que isso não a igualaria ao princípio em seu caráter *prima facie*, pois é necessário superar o princípio formal de que tem que ser seguida regra firmada por autoridade competente para tanto¹¹⁵.

Some-se a isso o fato de que a regra pode ser afastada se superposta por razões contrárias, mais especificamente se não conduzir ao fim visado (decorrente do princípio subjacente) ou se for esse fim suplantado por outros motivos que determinem sua não-observância (como outros princípios e os fins correlatos) – afinal a regra pressupõe interpretação combinada com princípios com que se relaciona.

Mas é possível avançar na reflexão e lembrar dos casos em que é expressa em dispositivo de texto vago, quando seu conteúdo e, às vezes, seu resultado, já não será tão preciso¹¹⁶.

Isso sem falar que uma regra pode acabar sendo aplicada *analogicamente* para que se realize algo diverso daquilo inicialmente previsto – sem que seus precisos pressupostos fáticos tenham sido observados¹¹⁷.

O princípio, por sua vez, apesar de não ter reconhecido o caráter definitivo, pode acabar atuando como razão definitiva de uma decisão, quando serve de fundamento para criação ou definição de uma regra (legal ou judicial)¹¹⁸ – seja por intermediação legislativa, seja por intermediação jurisdicional (após um processo de concretização otimizada).

Tudo isso relativiza substancialmente esse critério distintivo, mas não ao ponto de inutilizá-lo como base na diferenciação de regra e princípio.

É útil até para que se perceba que essas propositais economia e insuficiência dos dados fornecidos pelo princípio para que se construa a decisão do caso também contribuem para sua maior disposição e propensão de abertura para interações extra-sistêmicas (para ‘heterorreferência’), cumprindo uma tarefa seletiva de valores, interesses,

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-105.

¹¹⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37-41.

¹¹⁷ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37-41.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.

princípios morais diversos e até contraditórios subsistentes no contexto em que se encontra aquele sistema jurídico. Assim, divergências externas refletem internamente¹¹⁹.

Mas isso não minimiza a importância do princípio, em vista dessa sua capacidade de conduzir à limitação, construção e reconstrução de regras, aberto ao diálogo extra-sistêmico, e permitindo uma maior “adequação social do direito”¹²⁰.

1.4.2.4 Solução do conflito normativo.

Há quem erija como *quarto critério* distintivo a forma de *solução do conflito normativo*.

A diferença entre regras e princípios, no pensamento de Robert Alexy, pode ser mais bem visualizada diante de princípios colidentes e regras conflitantes entre si. Mais especificamente quando a aplicação de uma das normas conduz a resultado deôntico concreto incompatível e contraditório com o da aplicação da outra. A solução a ser empregada para resolver essa inconciliabilidade é considerada importante fator de distinção de princípios e regras¹²¹.

Na visão do autor, para solucionar um *conflito entre regras* é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra¹²², senão, em último caso, uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento.

Dessa forma, constatada a contradição entre “juízos concretos de dever-ser”, se ela não pode ser sanada com a inserção de uma “cláusula de exceção” em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada¹²³.

Essa não é, contudo, a solução para a *colisão entre princípios*. Nestes casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado¹²⁴.

¹¹⁹ De modo que um princípio pode até acabar eventualmente servindo de base para decisões opostas. (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 127-129).

¹²⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 131 e 132.

¹²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91 e 92.

¹²² O que corresponderia à invalidade parcial dessa regra, diz SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48 e 49.

¹²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92 e 93.

¹²⁴ Muito embora o autor admita que princípios possam ser absolutamente incompatíveis em abstrato, impondo-se um deles seja expurgado da ordem jurídica, por invalidade (ex.: segregação racial). Na verdade, a discussão em torno da invalidade determina o que deve estar dentro e fora do ordenamento. Entretanto, pressuposta a

Na verdade, em uma “dimensão de pesos” (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro¹²⁵ - caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.

Ou seja, a solução advém de uma “relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. É possível definir, diante de interesses conflitantes, qual princípio precederá e qual princípio cederá. E um princípio terá mais peso que o outro se, naquelas condições concretas, houverem “razões suficientes” para tanto¹²⁶⁻¹²⁷.

Esse critério é questionado¹²⁸.

A princípio, porque a ponderação e sopesamento não seriam exclusividade dos princípios.

Diz-se, por exemplo, que regras também podem entrar em colisão em concreto (em que pese abstratamente válidas), exigindo sopesamento ou ponderação das finalidades em jogo. Mas, sobretudo quando se observam os exemplos dados, constata-se que, em verdade, o sopesamento se dá entre os princípios a essas regras subjacentes, e, pois, os fins por eles ditados¹²⁹.

Afirma-se, ainda exemplificativamente, que a não-aplicação da regra em razão da existência de razões suficientes para afastá-la (cláusula de exceção) pressupõe sopesamento. Na verdade, em casos tais, o que se pode sopesar é a finalidade visada pela

validade abstrata do princípio, é que se pode analisar sua colisão em concreto, no interior do ordenamento (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110 ss.).

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93 e 94.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96 e 97.

¹²⁷ A partir daí, o autor extrai uma regra. Observa que, quando em dadas condições concretas, um princípio prevalece, produz-se determinada consequência jurídica. Isso porque tais condições concretas de precedência constituem, em verdade, pressuposto fático de uma regra que estabelece consequências jurídicas para o princípio prevalecente. Daí formular a chamada “lei de colisão”, que decorre dessa interação entre relação de preferência condicionada e regras: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99).

¹²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44 ss.

¹²⁹ Virgílio analisa cada exemplo dado por Ávila e conclui que: ou ele trata como sopesamento de regras casos em que colidem e são sopesados princípios; ou casos em que a lei especial prevê exceção à regra geral (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60-62).

regra (do princípio em que se arrima) com a de outros princípios. É ponderação de princípios¹³⁰.

Questiona-se, igualmente, o referido critério, sob o argumento de que o princípio não teria dimensão de peso, que não é atributo que possa ser agregado ou considerado em abstrato a nenhum tipo de norma. Os fins principiológicos é que poderiam, em concreto, ter seu peso dimensionado pelo intérprete e aplicador.

Cabe observar, contudo, que o próprio Robert Alexy¹³¹ reconhece, como dito acima, a possibilidade de princípios serem incompatíveis em termos absolutos, *a priori*, impondo-se a invalidade de um deles (ex.: como o princípio que, no Direito brasileiro, promovesse segregação racial). Rigorosamente, a discussão em torno da invalidade determina o que deve estar dentro e fora do ordenamento. Entretanto, pressuposta a validade abstrata do princípio, é que se pode analisar sua colisão com outro princípio.

Assim, já considerados dentro do sistema, os princípios colidentes podem ser sopesados em abstrato, inclusive pelo próprio legislador, ao instituir uma regra que dê prevalência a um deles em dada sorte de situações.

Ou seja, o conflito entre regras ou princípios que configura a incompatibilidade e impossibilidade de coexistência deve conduzir à invalidação – determinando o que está dentro ou fora do ordenamento. E, dentro do ordenamento, pressuposta a validade normativa, a colisão de princípios (ainda que envolva indiretamente

¹³⁰ Cogita-se, assim, a colisão entre princípio e regra. Usualmente, diz-se que prevalece o princípio – por ser mais valoroso. Outro raciocínio possível, sugerido por Ávila, é de que prevalece aquele de maior hierarquia (regra constitucional sobre princípio infraconstitucional, por exemplo) e, em sendo de mesma hierarquia, prevalece a regra, em razão de seu papel decisivo e sua razão de difícil superação, afinal ela incorpora e cristaliza valores, sendo clara e taxativa quanto ao dever a cumprir. Entretanto, o próprio autor admite que prevaleça o princípio que implique uma razão especial e contrária à aplicação da regra, suplantando-a. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-85). Na verdade, nesse último caso, é o fim inerente ao princípio que se sobrepõe àquele visado com o princípio em que se arrima a regra e tudo acaba conduzindo a um sopesamento principiológico (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 e 91). Por exemplo, coexistem na CF a tutela constitucional da privacidade e intimidade (princípio) e a regra que autoriza a interceptação telefônica no âmbito penal mediante autorização judicial (cf. art. 5.º, X, XI e XII, CF). Esta regra tem como fim último e axiologicamente considerado garantir um processo justo e efetivo, com todas as provas realmente necessárias para que se alcance a melhor verdade. Em um primeiro olhar, a regra prevalece, até porque ela já decorre de uma ponderação abstrata de valores feita pelo Constituinte, mas nada impede que, em concreto, seja afastada, em nome da intimidade e privacidade, quando se sobrepuserem à justiça e efetividade visada com processo penal. Virgílio Afonso da Silva vê, aí, um caso problemático, em que se conferiria poder em demasia ao intérprete e aplicador de afastar regra quando entender que há princípio prevalecente que justifique isso. Seria colocada em xeque a segurança e estabilidade conferida pelas regras. Trata-se de regra que já decorreu de sopesamento legislativo, oportunidade em que se optou pela restrição de um princípio em nome da prevalência de outro. A regra é manifestação dessa restrição, diz, e deve prevalecer, sendo aplicada por subsunção – salvo se reconhecida sua inconstitucionalidade por atentar contra outro princípio, por isso, em regra prevalece a regra, salvo se houver diferença hierárquica. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52 e 53).

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110 ss.

uma ou mais regras) se resolve com o sopesamento, que pode se dar em abstrato (pelo legislador) ou concreto (pelo juiz).

Se ambos comportam juízo de validade e de sopesamento, direta ou indiretamente, ainda que em medida diferente, esse não é um critério útil de distinção.

Assim, independentemente disso, não fica a salvo de críticas a proposta de Alexy de uma ponderação de princípios colidentes otimizantes, que se dá na busca da melhor decisão, consideradas as circunstâncias fático-jurídicos do caso.

Pode ser tachada de simplista ou ingênua, na medida em que não considera o dissenso e variedade de visões, opiniões e perspectivas pessoais e grupais que subsistem em torno dos valores e concepções que comportam os princípios (e da própria ordem jurídica)¹³².

É um tanto ilusório falar na melhor decisão, imaginando-se ambiente consensual e conciliador. Na verdade, há diferentes modos de ver o direito, como aqueles existentes na ciência, em uma dada religião, no sistema de saúde, ou na economia etc., enquanto núcleos sociais que se chocam, na sua definição do que seria, por exemplo, o direito à vida ou um ambiente saudável¹³³.

A ponderação de princípios deve realizar-se considerando as diferentes óticas, das diferentes esferas sociais, encaradas em sua heterogeneidade – preservando-se as diferenças -, e, sobretudo, atenta ao fato de que se trata de óticas construídas a partir de lentes diversas, situadas a distâncias e ângulos variados. Enfim, são óticas situadas em contextos diferenciados e, pois, nem sempre há uma medida comum ou homogênea para considerá-las e analisá-las lado a lado¹³⁴.

Basta pensar na admissibilidade da carta psicografada como fonte de prova no processo jurisdicional. Ela é aceita na doutrina espírita, por partir-se da convicção religiosa de que há comunicação psicográfica entre espírito e médium a ser documentada. Mas ela é questionada em outros setores sociais pela visão diversa que lançam sobre esse fenômeno, seja por princípios religiosos, racionais ou estritamente jurídicos¹³⁵ com ele incompatíveis. A própria existência de espíritos comunicantes é premissa que dificulta o diálogo e comunicação sobre o tema, tornando as diferentes perspectivas incomensuráveis.

¹³² Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 185.

¹³³ No âmbito dessa reflexão, NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 141 ss.

¹³⁴ Robert Alexy fala em observância à literalidade da constituição e da vontade legislativa, admitindo uma ótica unitária, sem perceber que a própria constituição pode ser vista sob diversas óticas. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178 e 179).

¹³⁵ Cf. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *In* LAZARI, Rafael José Nadim; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (org.). **Liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 240-267.

As diferenças não que ser reconhecidas e consideradas. É este o primeiro passo para que o dissenso seja absorvido seletivamente, de modo a redefinir-se com equilíbrio o que se espera do ordenamento. Mas não será eliminado (o dissenso). Fica mantido e é até estimulado¹³⁶, enquanto democrático for o ambiente em que se situar.

Essa mesma problemática pode ocorrer na colisão *intraprincípio*, quando partes de um litígio valem-se de perspectivas diversas, decorrentes de núcleos sociais distintos, de um mesmo princípio, invocando-o em sua proteção.

Aqui não se fala em otimização, por não haver princípios colidentes, mas em maximização, o que não exclui a existência das mesmas dificuldades, visto que se dá prevalência a uma visão do princípio em prejuízo de outra¹³⁷. É o que se dá quando espíritas invocam a liberdade religiosa diante da inadmissibilidade da carta psicografada em juízo e outros setores sociais invocam a liberdade de não ser religioso ou de seguir outras religiões que não compartilham da mesma crença, que não pode ser imposta em ambiente público (como o jurisdicional-estatal).

Restam as objeções à ideia de sopesamento, no sentido de que não é um modelo aberto a um controle racional, ficando sua aplicação sujeita ao arbítrio humano, subjetivismo e o decisionismo dos juízes¹³⁸⁻¹³⁹. De fato, trata-se de teoria que não propõe um

¹³⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 159 e 169.

¹³⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 160 ss.

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163 e 164.

¹³⁹ Conferir críticas de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171-191. Segundo Lenio Streck, é equivocada a ideia de que os princípios são mandamentos de otimização, pois implica admitir-se serem normas abertas para atuação livre, subjetiva e arbitrária do juiz. O papel do princípio é fechar a interpretação, diz, e não abri-la a partir de uma ponderação que promove a hierarquização axiológica e discricionária entre eles (princípios). Visualiza, aí, um disfarçado positivismo, porquanto se pretenda afastar os princípios da concretude (do mundo prático e real), quando, na verdade, é através deles que “se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto)”. E a busca dessas respostas seria um problema hermenêutico, de compreensão, e, não, um problema analítico-procedimental, i.e., de fundamentação. A hermenêutica diminui o espaço de interpretação do intérprete, pois parte da ideia de que “os princípios introduzem o mundo prático no direito”, não distinguindo interpretação e aplicação, tampouco os *hard cases* e *easy cases* (cuja solução não se diferencia, de modo a realizar-se, respectivamente, a partir de ponderação e subsunção). Acaba concluindo que, no final das contas, diferença não há entre positivismo (com a discricionariedade da escolha da melhor interpretação) e ponderação (e a discricionariedade da escolha do princípio a prevalecer), salvo pela maior sinceridade do intento daquele primeiro. Para o autor, a decisão judicial não pode ser considerada uma escolha, sendo avesso à ideia de livre convencimento e outras afins. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171-191; STRECK, Lenio Luiz. **Direito e futebol: Quando o pênalti é marcado no meio do campo...** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-12/direito-futebol-quando-penalti-marcado-meio-campo>>. Acesso em 20 jun, 2014, p. 4 ss.; STRECK, Lenio Luiz. **Juiz com fome ou que almoçou mal deve julgar nossas causas?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/juiz-fome-ou-almocou-mal-julgar-nossas-causas?imprimir=1>>. Acesso em 20 jun, 2014, p. 2 ss.). Assim é colocada a ácida crítica de Lenio Streck. Entretanto, verdadeiramente inadequada parece ser a premissa de que é possível negar a existência de uma escolha e, pior, de que é viável conter a discricionariedade da escolha simplesmente ignorando a diversidade de

procedimento de resultados certos e precisos, mas isso não autoriza que se possa tachar o sopesamento de procedimento despido de racionalidade. O sopesamento deve ser racionalmente justificado, erigindo-se um modelo fundamentado e, não, decisionista¹⁴⁰.

1.4.3 Distinção adotada. Espécies distintas e articuladas (interativas).

Fincadas tais premissas, é possível distinguir princípios e regras enquanto espécies normativas.

De um lado, as *regras são normas que prescrevem diretamente a conduta por meio do qual se busca alcançar a finalidade visada, cuja incidência pressupõe análise do enquadramento fático-normativo e sua adequação para promover a finalidade a ela subjacente - bem como os fins de princípios correlatos -, aspirando a completude, a precisão e o oferecimento de solução específica para o caso*¹⁴¹.

De outro, os *princípios são normas que estabelecem diretamente o fim para cujo alcance deve ser adotada conduta adequada e necessária, de modo a incidir mediante a análise (e justificação) da aptidão dos efeitos desta conduta para conduzir ao fim então prescrito, sem aspirar completude e precisão, e contando com a necessidade de consideração de outros dados e razões para que se chegue à solução específica do caso*¹⁴²⁻¹⁴³.

possibilidades axiológicas e principiológicas que se observa em cada caso e a realidade de que não de ser consideradas, selecionadas e sopesadas. A diferença é que isso se pode fazer por decisão racionalmente fundamentada ou não.

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 164 e 165. Sobre a exigência de racionalidade e fundamentação, DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. In LAZARI, Rafael José Nadim; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (org.). **Liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 259 ss.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

¹⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

¹⁴³ No conceito literal de Humberto Ávila, algo mais é acrescido: “pode se afirmar, também, que as regras assumem caráter ‘retrospectivo’ (*post-regarding*), na medida em que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador, ao contrário dos princípios, que possuem caráter prospectivo (*future-regarding*), já que determinam um estado de coisas a ser construído. Esta distinção, porém, deve ser vista com reservas. Com efeito, a previsão dos fatos a acontecer leva em consideração a experiência acumulada no passado: não é possível avaliar qual comportamento humano é adequado à realização de um estado ideal de coisas sem considerar comportamentos passados e sua relação com um estado de coisas já realizado. Não é, pois, correto afirmar que somente as regras procedem a uma caracterização valorativa de fatos passados. Pode-se – isto, sim – afirmar que as regras são normas com caráter *primariamente retrospectivo*; e os princípios, normas com caráter *primariamente prospectivo*. Mas não mais do que isso” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67,68 e 70). A opção de não acrescentar esse elemento no conceito de princípios e regras neste trabalho decorre do fato de ser aqui visto ainda com mais reservas, a ponto de entender-se não ser uma característica que possa sequer ser primariamente considerada. A rigor, ambos possuem dimensão retrospectiva, consideram o ocorrido no passado, nem que seja em outras localidades ou países. Basta pensar em como o devido processo legal foi acolhido nos EUA por

Muitos autores falam em normas que estariam numa zona de penumbra, que seriam um meio-termo entre princípios e regras. Marcelo Neves comenta essa doutrina (Aarnio, Dworkin etc.), denominando a categoria referida de “*híbridos*”, definindo-os como: “normas que se encontram em uma situação intermediária entre princípios e regras”.

São casos limítrofes em que não se pode extremar com exatidão e precisão princípio e regra ou definir *prima facie* de qual espécie se trata. Isso porque existem regras valorativamente abertas e tão incompletas quanto princípios, que têm dimensão passível de colisão com princípios; e princípios que podem ser usados imediatamente na solução de casos quando não estiverem em colisão com outros princípios (ex.: liberdade de expressão autoriza publicação de artigo sem censura)¹⁴⁴.

Entretanto, quando se parte da premissa de que princípios prescrevem mediamente comportamentos – que podem ser definidos na solução direta do caso - e regras visam mediamente alcance de fins – que lhe conferem, em maior ou menor grau, abertura valorativa -, correr-se-ia o risco de concluir que todos seriam híbridos, não havendo razão para distinguir as espécies. Não é o caso.

O que importa é que a presença de regras e princípios atuantes em um sistema é imprescindível para o seu equilíbrio. Se a balança pende para o lado dos princípios, superestimando-os, o sistema está fadado à abertura excessiva e insegurança; se pende para o lado das regras, exaltando-as em demasia, a consequência é o seu fechamento e excessiva rigidez¹⁴⁵.

E deve haver entre eles (princípios e regras) interação constante e recíproca, afinal o princípio serve de fundamento na construção e reconstrução de outros princípios e regras – definindo, restringindo, ampliando seu sentido - e a regra confere aplicabilidade aos princípios, independente de se encontrar explícita no sistema ou ser judicialmente concebida.

influência inglesa e como a boa-fé objetiva e seu desenvolvimento em solo alemão e português foi decisivo para sua absorção no ordenamento brasileiro. Por outro lado, ambos têm face prospectiva, na medida em que visam (ou podem visar), mediata ou imediatamente, o estabelecimento de novo estado de coisas (ainda ideal), no porvir. Basta pensar, por exemplo, como no início do terceiro milênio foi editada uma série de novas regras processuais com intuito de estabelecer prospectivamente um novo estado (ideal) de uniformidade, previsibilidade, confiabilidade e estabilidade dos entendimentos dos tribunais brasileiros, como as relativas a: súmula vinculante, improcedência *prima facie* de demandas repetitivas, incidente de resolução de recursos especiais repetitivos, repercussão geral por amostragem etc. Passado e futuro caminham lado a lado na elaboração de regras e princípios.

¹⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 104-106.

¹⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 133 e 134.

A aplicação de princípios pressupõe a intermediação de regra, seja ela legal, seja ela judicial¹⁴⁶.

1.4.4 Postulados

A essas duas categorias, Humberto Ávila acresce uma terceira: o postulado.

O postulado seria uma metanorma, que estabelece deveres em torno da aplicação de outras normas. O papel do postulado é definir o modo e a estrutura de aplicação de outras normas (regras e princípios). Mas esses postulados normativos não são normas que *fundamentam* a aplicação de outras normas (tal como sobreprincípios, a exemplo do devido processo legal). São normas que *estruturam* a forma de aplicação de outras normas¹⁴⁷.

É categoria peculiar que, na visão do autor, não se confunde com princípio (opção da doutrina majoritária) nem com a regra (visão de alguns), pois não prevê a realização de um fim ou prescreve comportamentos, limitando-se a disciplinar a aplicação das normas que o fazem¹⁴⁸. Isso sem falar que os postulados, tal como concebidos, afastam-se do modelo de subsunção dos fatos à norma, pois, “demandam, em vez disso, a ordenação e a relação entre vários elementos (meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual) e não um mero exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos de fato”¹⁴⁹.

Mas os postulados, em sua visão, podem ser específicos ou inespecíficos. Os postulados *inespecíficos* são aqueles que operam independentemente dos elementos que se vinculam e como se relacionam (como ponderação, concordância prática e proibição de

¹⁴⁶ O que se diz com inspiração em NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 134, 135 e 140. Não deixa de ser uma forma sintética de abordar a eficácia interna dos princípios e regras (inclusive em sua interação com outras normas) destrinchada por Ávila em edição posterior de sua obra. Nesse contexto, atribui aos *princípios*: i) eficácia *direta* consistente na atuação sem intermediação de outros princípios e regras, *integrando* o sistema para crescer e instituir fim ou comportamento inicialmente não previsto (o que ora se denomina papel de construção, que parece se dar por via judicial); ii) eficácia *indireta* determinante da atuação do princípio por intermédio de outros princípios ou regras, seja *definindo* (*delimitando*) o conteúdo de outro princípio (“sobreprincípio”), seja em caráter *interpretativo*, contribuindo para a *interpretação* de subprincípios ou regras, com restrição ou ampliação de sentido, seja limitando e *bloqueando* a *aplicação* de norma que impeça a realização do fim por ele visado (o ora chamado papel de reconstrução). E às regras, por outro lado, é conferida: i) a eficácia *direta* e *decisiva* de prever diretamente a *solução* específica para o caso, instituindo comportamento necessário para tanto – tanto que, para Ávila, deve prevalecer se em choque com princípio de mesma hierarquia; e, em sua interação com princípios, ii) a eficácia *indireta* e *definitória* de prever o comportamento necessário para concretizar os fins principiológicos. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78 ss.).

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88 e 89.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79-81.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89 e 90.

excesso). E os postulados *específicos* são aqueles cuja operabilidade fica na dependência da presença de dados elementos e se baseia em determinados critérios (como a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade)¹⁵⁰.

A ponderação seria um exemplo de postulado inespecífico por implicar sopesamento de elementos indefinidos (como bens, interesses, valores etc.), sem precisar de que modo isso se dará; a igualdade já seria exemplo de postulado específico, pois pressupõe a interação de dados elementos, i. e., a congruência entre o critério de diferenciação e o fim visado¹⁵¹.

Entretanto, um olhar mais detido sobre a categoria do postulado, tal como definida, permite observar que agrega princípios e regras e não se justifica como categoria autônoma¹⁵².

Um bom exemplo da colocação é a igualdade. O próprio Humberto Ávila, ao falar de igualdade, reconhece que pode atuar como princípio (que almeja estado ideal isonômico), regra (que veda tratamento desigual) ou postulado (estruturante da aplicação do direito ao exigir congruência entre critério de *discrimen* e fim visado)¹⁵³. A igualdade-postulado seria norma que orienta a aplicação de outras normas, determinando, por exemplo, que uma regra não seja aplicada por analogia, a aplicação isonômica de princípio que protege uma variedade de sujeitos etc. Daí admitir o autor que a igualdade tenha três dimensões ou formas normativas diferentes que podem, inclusive, atuar lado a lado¹⁵⁴.

Na verdade, o que se observa é que o dispositivo que consagra a igualdade (art. 5º, I, CF) é daqueles que permite se extraia mais de uma norma:

i) o princípio da igualdade que visa uma situação ideal igualitária e, assim, inspira a elaboração e a reelaboração de outras normas do sistema; e

ii) a regra que veda o comportamento discriminatório que não se justifique racionalmente com base naquele critério de discriminação empregado (ex.: dar tramitação

¹⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85 ss.

¹⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85, 86, 93 e 94.

¹⁵² Marcelo Neves é enfático ao dizer que o equívoco de Ávila decorre da sua definição do princípio como norma imediatamente finalística, que visa estado ideal de coisas, com inspiração em Von Wright, Aarnio e Haje. Na verdade, para o autor (Marcelo Neves), ou a norma é mecanismo de reflexão, que permite balizamento e elaboração de outras normas (no caso, um princípio), ou define solução imediata do caso (papel da regra). Se num primeiro olhar não se enquadra numa ou noutra espécie, conclui, então só poderia ser um “híbrido” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 108 e 109).

¹⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93.

¹⁵⁴ A natureza polissêmica e multifária da igualdade é destacada também em obra exclusivamente dedicada ao tema, ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 133-137.

prioritária a processos que tenham como parte servidor público). Assim, o que o autor define como regra e postulado é uma só regra que impõe diretamente comportamento e define solução imediata do caso.

Considerações também podem ser tecidas sobre a razoabilidade e proporcionalidade. Conhecida é a polêmica doutrinária que há sobre a natureza dessas normas (se princípio, regra ou postulado) e sua sede normativa (se Estado de Direito, isonomia, liberdade, devido processo substantivo).

Não há nada de excludente nas diferentes propostas em torno da definição de sua base normativa. Bem se sabe (e já se disse) que uma mesma norma pode decorrer de mais de um dispositivo, bem como pode ser regra ou subprincípio extraído de mais de um princípio. A boa-fé processual, por exemplo, é indiretamente atribuída a vários princípios consagrados na Constituição, como o contraditório, o devido processo legal, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, por construções teóricas igualmente válidas e bem colocadas¹⁵⁵.

No que diz respeito à sua natureza, o raciocínio que se impõe não é muito diferente daquele visualizado no contexto da igualdade.

Está-se diante de princípio que visa situação ideal de existência proporcional e razoável (de equilíbrio e justiça) e, com esse espírito, inspira a construção e reconstrução de muitas outras normas do sistema (ex.: instrumentalidade das formas e aproveitamento dos atos processuais).

Mas isso não exclui o fato de ser regra que impõe diretamente o dever de adoção de comportamentos específicos (suas exigências parciais) e que determinam a solução imediata e definitiva do caso. No âmbito da proporcionalidade, por exemplo, exige-se que a conduta de adoção de medida restritiva de direito seja adequada para se alcançar o fim visado (adequação), que essa conduta seja, também, necessária para tanto, e, enfim, que sejam sopesados os direitos em questão, definindo-se qual tem maior peso (proporcionalidade em sentido estrito) no caso¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, 1 v, p. 52 e 53.

¹⁵⁶ Nesse sentido, Neves, ressaltando, contudo, que a proporcionalidade em sentido estrito seria um “híbrido”, pois “do ponto de vista estrutural, é uma regra, ou seja, um critério ou razão definitiva para a solução do caso; sob o aspecto funcional, é um princípio, pois atua no nível reflexivo do sistema jurídico, articulado com os princípios que pretende sopesar”. (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 110 e 111). Definindo a proporcionalidade como regra que pode ser satisfeita ou não: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116 e 117; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168 e 169.

A proporcionalidade pode ser vista como regra na medida em que define os comportamentos necessários para aplicação de outras normas, visando, em *ultima ratio*, esse estado ou situação ideal de equilíbrio e comedimento na consideração de bens e valores. Nesse sentido, em que pese não seja uma regra comum de conduta ou de produção jurídica (o que faz com que alguns tentem enquadrá-la em outra categoria normativa, os postulados), é uma regra que acaba por moldar e dirigir a conduta do intérprete-aplicador do direito, determinando comportamentos necessários na aplicação de outras normas¹⁵⁷.

2 INTERPRETAÇÃO.

2.1 Interpretação e o seu objeto.

O termo interpretação tem mais de uma *acepção*. Pode ser utilizado no sentido de *atividade* de interpretar (ex.: o texto da lei sob interpretação), bem como no sentido do *resultado* daí decorrente (ex.: a interpretação dada ao texto)¹⁵⁸. O resultado da atividade interpretativa propriamente dita é o significado dado ao objeto interpretado¹⁵⁹.

E vários são os *objetos* possíveis de interpretação.

É possível, por exemplo, interpretar-se *atos humanos* em busca da definição dos seus escopos, razões, intenções (do sujeito), sentido (ou valor). No contexto jurídico, em especial, muitas vezes se volta à subsunção daquele ato (ou fato) a uma hipótese normativa (se tipo cerrado) para extrair a consequência jurídica prevista¹⁶⁰.

Admite-se, ainda, a interpretação de um *evento histórico ou social*, em busca de uma relação de causa e efeito entre fato condicionante e condicionado¹⁶¹. Na esfera jurídica, isso pode contribuir para reconstrução normativa (ex.: como a mudança histórico-social das formas de família alterou a concepção dos núcleos familiares protegidos pela legislação relativa ao bem de família)¹⁶².

¹⁵⁷ Sob essa perspectiva, a proporcionalidade tem estrutura de regra e deve ser vista como meta-regra. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169, observando que o autor não diz ser “regra de conduta”, mas tipo especial de regra.

¹⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l’interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 323; JORI, Mario; PINTORE, Anna. **Manuale di teoria generale del diritto**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 205; TARELLO, Giovanni. **L’interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè Editore, 1980, p. 39 ss.

¹⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l’interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 323.

¹⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l’interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 324.

¹⁶¹ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l’interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 324.

¹⁶² Mario Jori e Ana Pintori asseveram que uma noção lata de interpretação do direito também existe, acompanhada de concepções abertas do direito, propugnando-se que o objeto da interpretação não pode ser reduzido ao significado de enunciados linguísticos, mas pode ou deve abranger a “interpretação” da realidade

Mas o foco e objeto deste trabalho é a interpretação de um *texto*, para atribuir sentido ou significado a esta manifestação linguística. Não que a interpretação jurídica seja exclusivamente textual¹⁶³, afinal pode recair sobre enunciados não textualizados que se exteriorizam por outros símbolos fonético-visuais, além de poder ter por objeto condutas, efeitos, bens etc. A interpretação jurídica de texto normativo é, contudo, aquela que aqui se propõe a analisar; será ela, também, a que se buscará fazer sobre texto de lei e de decisões judiciais, em torno da competência para legislar sobre processo e procedimento.

2.2 Interpretação de texto normativo.

Muitos atos e textos jurídicos podem ser objeto de interpretação (ex.: testamento, proposta contratual, petição inicial, sentença, lei). Mas a doutrina dedica maior atenção às fontes de direito como objeto de interpretação, sobretudo à lei. Interpretar fonte de direito significa verificar e esclarecer o conteúdo e campo de aplicação da norma que dele decorra. A norma não é o objeto da interpretação, mas, sim, o produto da atividade interpretativa¹⁶⁴.

Existem diferentes concepções, em doutrina, sobre a interpretação jurídica¹⁶⁵.

Diz-se que a *interpretação em sentido estrito* seria a atribuição de sentido a uma formulação normativa obscura, duvidosa ou controversa, o que se reconhece como um caso difícil. Não haveria que se falar em interpretação quando se está diante de formulação normativa clara (tida como caso fácil), situação em que se exerceria atividade meramente cognitiva de identificação do significado próprio e preexistente das palavras.

social, dos valores, ou similares. (JORI, Mario; PINTORE, Anna. **Manuale di teoria generale del diritto**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 205).

¹⁶³ Como propõe, GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 325.

¹⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 325. Segundo Guastini, a norma é objeto, isso sim, de aplicação. (GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 331 e 332). Há quem não distinga interpretação e aplicação, sob argumento de que texto tem seu sentido definido à luz do caso, o que compõe processo unitário. (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84). Segundo Gadamer: "A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão". Mas a íntima fusão entre compreensão e interpretação marginalizou do estudo da hermenêutica o terceiro momento da problemática da hermenêutica, a aplicação. Para o autor há um processo unitário que compreende: compreensão, interpretação e aplicação. E a aplicação é um momento tão essencial quanto os outros, que implica na aplicação do texto compreendido e interpretado à "situação atual do intérprete". (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005, p. 406-407).

¹⁶⁵ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 325 ss.

Já a *interpretação em sentido amplo* seria a atribuição de sentido a qualquer formulação normativa, independentemente de ser clara ou obscura (de ser o caso fácil ou difícil). Consiste, sempre, em atividade de escolha e decisão do significado conferido às palavras, que não lhes é inerente, próprio ou preexistente – inclusive porque a clareza ou obscuridade de um texto só pode ser identificada após a sua interpretação, podendo ela mesma ser controversa¹⁶⁶.

O problema é que aqueles que partem do conceito estrito de interpretação tendem a identificar texto normativo e norma, considerando a norma como algo preexistente à interpretação, que será por ela desvelada, compondo seu objeto. Só aqueles que adotam conceito amplo de interpretação distinguem texto e norma, colocando a norma como o significado do texto, sendo ele, o texto, objeto da interpretação¹⁶⁷.

A norma é, pois, o texto interpretado e cujo sentido é reconstruído pelo intérprete, compondo um enunciado de linguagem do intérprete, o chamado enunciado interpretativo¹⁶⁸.

2.3 Teorias da interpretação.

Encontram-se, na literatura jurídica, em boa síntese, três diferentes teorias da interpretação: cognitiva, cética e intermediária¹⁶⁹.

¹⁶⁶ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 326-330. Sobre interpretação em sentido amplo e restrito, adotando seu sentido estrito WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 2001, p. 22-24). Frederick Schauer destaca a acepção estrita de interpretação e diz que o problema que se coloca é definir o que é um caso fácil e um caso difícil, para identificar-se em que ocasiões há interpretação. (SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 207 ss).

¹⁶⁷ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 330. Chiassoni critica essas definições da interpretação (textual) em sentido amplo e estrito, dizendo-as opacas e inoportunas, preferindo falar, simplesmente, em interpretação textual. A interpretação em sentido amplo seria muito genérica, por abranger a atribuição de um significado qualquer à disposição – quando o resultado da interpretação deve abranger a pretensão de que se chegue a um significado justificado ou justificável, fornecendo as razões que lhe creditem uma (pretensa ou relativa) correção. Já a interpretação em sentido estrito seria muito limitada, pois a definição de que um significado é claro, por si, pressupõe prévia interpretação, sendo que mesmo nos casos dessa dita clareza vale a pretensão do intérprete de fornecer um sentido justificado ou justificável (CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bolonha: Mulino, 2007, p. 60-62).

¹⁶⁸ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 333. Aarnio diferencia o enunciado de significados (que revela sentidos semanticamente possíveis de uma expressão) do enunciado interpretativo, mais restrito que é (que revela uma escolha dentro dos sentidos possíveis da expressão). E aplica essas premissas às formulações normativas nos termos ora propostos. (AARNIO, Aulis. **Reason and authority. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics**. Cambridge: University Press, 1997, p. 143 e 144).

¹⁶⁹ Cf. GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 334 ss.; Cf. também JORI, Mario; PINTORE, Anna. **Manuale di teoria generale del diritto**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 206-209; CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bolonha: Mulino, 2007, p. 143-147.

A *teoria cognitiva* ou *formalista* define a interpretação como uma atividade cognitiva (descritiva), de reconhecimento empírico do sentido objetivo do texto ou da intenção subjetiva do seu autor¹⁷⁰.

O enunciado interpretativo seria, assim, um enunciado descritivo que poderia ser tomado como verdadeiro ou falso. Interpretar seria descobrir esse sentido objetivo e essa intenção subjetiva preexistentes, só havendo uma interpretação verdadeira¹⁷¹. A busca é, pois, pela identificação do verdadeiro e único significado da disposição e da também verdadeira e única vontade do legislador “histórico-psicológico” - aquele responsável pela formulação e aprovação da disposição¹⁷².

Essa teoria é criticada por fundar-se na falaciosa concepção de que as palavras (inclusive da lei) têm significado próprio e preexistente, que é independente do seu uso, e de que o órgão autor do texto normativo é titular de uma vontade unívoca e reconhecível – quando normalmente é colegiado integrado por vontades distintas ou conflitantes.

Pressupõe, assim, a sujeição estrita do juiz aos termos da lei, no contexto de um sistema que se pressupõe completo e coerente, onde não haveria espaço para criatividade ou discricionariedade judicial¹⁷³.

Trata-se de teoria que se difundiu no século XIX, no contexto do positivismo, e hoje é desacreditada por juristas mais atentos¹⁷⁴.

A *teoria cética* coloca a interpretação como atividade de valoração e decisão (i.e., atividade adscritiva) que pode conduzir a diversos significados. Não haveria um significado preexistente, o que impede seja o enunciado interpretativo tachado de verdadeiro ou falso. A norma jurídica não preexistiria à interpretação do texto, sendo, pois, seu resultado.

Essa teoria, sustentada em literatura contemporânea (sobretudo do chamado realismo jurídico), não enxerga o sistema jurídico como um todo completo e coerente, mas, sim, tomado de espaços lacunosos e disponíveis para o exercício da criatividade judicial. Diz-se, inclusive, que essa teoria favorece o ativismo judicial, conferindo poder excessivo ao

¹⁷⁰ GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 335 e 336.

¹⁷¹ GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 335 e 336.

¹⁷² CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Mulino, 2007, p. 143.

¹⁷³ GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 335 e 336. Crítica e rejeita o formalismo interpretativo, GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Lantin, 2005, p.155 e 158. O autor revela, ademais, como se manifesta esse formalismo teórico (raramente nítido), sustentando operar silenciosamente a partir de concepções como aquelas que não diferenciam texto e norma, que definem interpretação como atividade de investigação e descrição, ou defendem que só texto dúbio requer interpretação, admitindo uma só resposta correta para problema jurídico. (GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Lantin, 2005, p. 161).

¹⁷⁴ GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 335 e 336.

julgador¹⁷⁵. Trata-se de teoria que não se preocupa com vínculos e limites objetivos para essa atividade subjetiva do intérprete. É necessário que se considere, portanto, que, em cada contexto cultural, os usos linguísticos correntes admitem uma gama vasta, porém limitada, de significados para cada expressão¹⁷⁶.

Diz-se que a teoria cética desdobra-se em duas versões: a cética moderada e a cética radical.

A *cética radical* pressupõe ato de *criação* e de *decisão* na interpretação, que operaria construindo e escolhendo um significado possível (qualquer um)¹⁷⁷.

A *cética moderada* reconhece aí ato de *cognição* e de *decisão*, pois implica escolha de um significado dentre aqueles que admite o texto¹⁷⁸.

A *teoria intermediária* (ou *eclética*) traz a ideia de que a interpretação é atividade de conhecimento (cognição) diante de casos claros e fáceis (ou de textos claros, para alguns), mas de valoração e decisão discricionária quando recai sobre casos obscuros e casos difíceis (ou de textos obscuros, para alguns); e, nos casos de penumbra, haveria discricionarietà, porque se requer escolha entre ao menos duas alternativas possíveis.

Enfim, sustenta-se que há casos em que a norma é pré-constituída e casos em que é judicialmente constituída. O problema é que, ao seguir-se essa teoria, não se percebe que a simples definição de um caso como fácil ou difícil (de certeza ou de penumbra) envolve, como dantes já dito, uma escolha do intérprete¹⁷⁹.

¹⁷⁵ BECCHI, Paulo. Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. **Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica**. Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (org). G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014, p. 12 e 13.

¹⁷⁶ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 336-338. Chiassoni diz ser a teoria cética a mais bem fundamentada. (CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bolonha: Mulino, 2007, p. 147).

¹⁷⁷ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 413 e 414; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 185.

¹⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 413 e 418; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 185 e 186.

¹⁷⁹ GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 338 e 339; GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 415-418.

2.4 Interpretação como descrição, decisão e criação.

Embora se reconheça a complexidade do fenômeno interpretativo e que qualquer classificação implica certa dose de simplificação¹⁸⁰, é possível falar, de forma mais direta e didática, na linha de Riccardo Guastini, em três tipos de interpretação: cognitiva, decisória e criativa¹⁸¹.

A interpretação *cognitiva* é aquela que só identifica e aponta o significado (ou significados) dos dispositivos de lei, em caráter meramente descritivo, considerando, sem qualquer juízo de valor, a manifestação linguística em seu uso “ideal ou efetivo”¹⁸². A interpretação *decisória* é aquela em que se opta por um dos significados aceitos para aquele dispositivo, escolhendo-o, mediante juízo de valor, em caráter adscritivo. A interpretação *criativa* é aquela em que se concebe um novo significado além daqueles (mínimos) já admitidos para o dispositivo.

Resta definir se e em que medida a interpretação jurídica requer: i) conhecimento e descrição de significado preexistente (o “verdadeiro”); ii) vontade e adscrição (decisão e escolha) de um dos significados possíveis; iii) ou criação de um novo significado, a ser introduzido.

O que se observa é que a interpretação jurídica, inclusive aquela promovida pela Ciência do Direito, articula todas essas atividades, não se reduzindo a nenhuma delas. Mas pressupõe, sempre, em graus diversos, escolha e criação.

Isso decorre do próprio objeto da interpretação e dos instrumentos necessários para realizá-la.

De um lado, o *objeto da interpretação* é composto por textos naturalmente equívocos, seja por serem *ambíguos* – admitindo a construção de mais de uma norma¹⁸³, às vezes distintas e incompatíveis -, *complexos* – por conduzirem à construção de mais de uma norma, sendo elas distintas, mas coexistentes -, *implicativos* – quando permitem a construção de norma que implica outra (dita implícita) -, por exemplo¹⁸⁴.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 184.

¹⁸¹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 27-30.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 184.

¹⁸³ Ambiguidade consiste exatamente no fato da palavra ter mais de um sentido e, encontrada nos enunciados normativos, costumam ser (esses termos ambíguos) valorativamente abertas. (PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Boston/London/Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 23).

¹⁸⁴ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 40-42; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 190 e 191.

Isso enseja o reconhecimento de que os dispositivos têm mais de um significado, i.e., têm significados que não podem ser simplesmente descritos, ou, até mesmo, que exijam a consideração de mais de um dispositivo para serem aprendidos¹⁸⁵. A interpretação, em casos tais, exige escolha, decisão e criação do intérprete, que elegerá ou construirá significados.

Muitas vezes, até mesmo diante dos textos aparentemente mais simples, formulados em linguagem que pareça comum ou natural, “cria-se” a dúvida e intensifica-se a dose de criatividade na interpretação. Há termos que no cotidiano ou numa leitura comum teriam um sentido que pareceria incontroverso, mas que, postos em disposição normativa, levantam questionamento e longo processo de interpretação¹⁸⁶. Na verdade, muitas vezes são os próprios juristas que criam a dúvida, imprecisão ou lacuna, independentemente da linguagem empregada. O intérprete tem, pois, poder decisório não só no esclarecimento de dúvidas e preenchimento de lacunas, como também no ato de dizer se e quando elas existem¹⁸⁷.

O objeto da interpretação também abrange textos *vagos* e que não especificam, com precisão, qual fato ou complexo de fatos está no seu campo de incidência normativa – e, eventualmente, não especificam sequer seus efeitos jurídicos. É o que se dá, usualmente, com aqueles textos donde se extraem princípios, que pressupõem se verifique se os efeitos da conduta a ser eleita permitem que se alcance o estado de coisas visado.

Isso revela que a disposição normativa não carrega consigo uma única possibilidade normativa, nem preestabelece uma solução ou âmbito de incidência para a norma, demandando do intérprete postura decisória e criativa¹⁸⁸⁻¹⁸⁹.

É o que se impõe não só ao intérprete-aplicador, como também ao intérprete-jurista (ou cientista), que podem demarcar ou sugerir demarcação do âmbito de incidência da norma, seja com base em precedentes judiciais paradigmáticos que existam sobre o tema, seja a partir de situações abstratas e cogitadas que possam enquadrar-se na hipótese normativa¹⁹⁰.

O objeto da interpretação abrange outros *elementos não-textuais*, tais como:

¹⁸⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 40-42; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista do Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, 2013, p. 190 e 191.

¹⁸⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Lantin, 2005, p. 149.

¹⁸⁷ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Lantin, 2005, p. 150 e 151.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista do Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, 2013, p. 192.

¹⁸⁹ Sobre a escolha interpretativa diante da ambiguidade, vagueza e imprecisão, cf. PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Boston/London/Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 21.

¹⁹⁰ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista do Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, 2013, p. 192.

i) fatos (inclusive estados de coisas) pressupostos ou visados normativamente, em suas causas e efeitos¹⁹¹, inclusive a averiguação da intenção do seu agente, sua qualificação normativa, seu enquadramento em dada categoria¹⁹². Assim, prudente colocação de que, quando se fala na interpretação judicial, não basta afirmar que o texto se transforma em norma. É também da ligação entre texto e fatos (realidade) que se pode compor a norma, que é, assim, construída (não declarada)¹⁹³;

ii) costumes e o estabelecimento do seu significado enquanto práxis social¹⁹⁴;

iii) finalidades e efeitos, estabelecidos ou visados pela norma, que precisam ser devidamente investigados e compreendidos¹⁹⁵⁻¹⁹⁶.

Tudo isso pressupõe ilações, elucubrações e reflexões para apreensão de sentido de todos esses elementos e suas relações com os enunciados de norma, o que torna necessária a atividade interpretativa de caráter decisório e criativo¹⁹⁷.

¹⁹¹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 05 ss.; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 188.

¹⁹² GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 05 ss.; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 188.

¹⁹³ Para o próprio Eros Roberto Grau, sem qualquer nota de discricionariedade, já que o intérprete está vinculado ao texto, produzindo juízo de legalidade. (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52, 60 e 61).

¹⁹⁴ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 10 e 11; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 188.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 188.

¹⁹⁶ Cf. sobre o tema, DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 56.

¹⁹⁷ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 189. Chiassoni reconhece a interpretação como atividade de extrair (uma ou mais) normas explícitas de disposição, bem como norma implícita de outras normas. Mas distingue interpretação textual e metatextual. A interpretação textual é operação de determinar significado de disposição normativa, extraindo uma ou mais normas, com pretensão de correção, que tem natureza prática e é permeada por momentos *de valoração e decisão*. É atividade composta de análise sintática e semântica pragmática da disposição. (CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bolonha: Mulino, 2007, p. 49-52). E a análise semântico-pragmática vai além da determinação do significado das expressões singulares (palavras e locuções) usadas na disposição. Visa determinar o significado complexo da disposição, em sua estrutura, no seu contexto linguístico (do documento normativo como um todo na parte em que contido), no intertexto das disposições – constituído de todos ou outros textos normativos e não-normativos (ex.: jurisprudencial, filosófico, ecológico etc.) a serem levados em conta, e os específicos contextos extralinguísticos das disposições (culturais, institucionais, políticos, históricos, sociais etc.). Assim, a atividade interpretativa envolve não só considerações sintáticas e semânticas, como pragmáticas desse âmbito extralinguístico. (CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bolonha: Mulino, 2007, p. 59 e 60). Já a interpretação metatextual seria a interpretação jurídica no sentido mais amplo da locução, que inclui um conjunto heterogêneo de operações distintas, mas correlatas com interpretações textuais. Abrange, na visão de Chiassoni: i) a qualificação de dado objeto como documento normativo, no contexto de teoria das fontes eleita; ii) a identificação dos artigos e incisos pertinentes para o caso e que serão objeto de interpretação textual; iii) a qualificação das normas implícitas ou explícitas encontradas, considerando seu valor e papel (como princípio ou regra, norma comum ou especial, cogente ou dispositivo, substancial ou formal etc.); iv) fora outras como resolução de antinomias, integração de lacunas, a interpretação da *fattispecie* segundo as premissas

Devidamente colocada e analisada a questão do objeto da interpretação vê-se, por outro lado, o caráter decisório e criativo dessa atividade quando se considera os *instrumentos* necessários para realizá-la.

Nesse particular, deve-se reconhecer que a interpretação jurídica não é puramente descritiva, na medida em que seu objeto não pode ser *diretamente* conhecido e simplesmente declarado. A interpretação se dá por intermédio de discurso jurídico, sendo interposta por: *i) métodos*, não só de dedução de conclusão do geral para o particular, como também de indução de conclusão do particular para o geral – construindo, assim, norma não prevista (implícita, por analogia etc.) a partir de normas expressas ou casos previstos, por exemplo; *ii) teorias* (das fontes, da interpretação ou das espécies normativas, por exemplo); e *iii) argumentos*, enquanto razões que servem de base à interpretação (como os linguísticos, históricos, sistemáticos, finalísticos etc.) e que dão fundamento à decisão interpretativa, que tem que ser justificada (e não pode ser arbitrária)¹⁹⁸.

Um dispositivo não se interpreta isoladamente, nem em perspectiva estritamente linguística (da semântica). Imprescindível seja analisado em contexto sistêmico, em presença das demais disposições do sistema jurídico que integra, considerando serem disposições de natureza e hierarquia diversas, que se relacionam entre si (formal e materialmente), em ambiente de pressupostas harmonia e coerência¹⁹⁹. E isso sem olvidar o seu contexto funcional, quando analisadas as diferentes funções e papéis, às vezes conflitantes, conferidos a uma mesma norma jurídica²⁰⁰⁻²⁰¹.

normativas adotadas. Esta é a interpretação metatextual que, segundo Chiassoni, transcende a interpretação textual, mas que a pressupõe, condicionando-a e sendo por ela condicionada. (CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bolonha: Mulino, 2007, p. 63 e 64). E tudo isso pressupõe escolhas, decisões e posturas criativas, definindo, por ex., se aquele é ou não documento normativo, com base em qual teoria das fontes, quais são os dispositivos ali aplicáveis, qual a natureza da norma encontrada (com base em qual teoria) e as repercussões disso etc.

¹⁹⁸ Sobre esses argumentos, Mário Jori e Anna Pintore, destacando, inclusive, o alto discricionariedade permitida com a falta de critério de escolha dos argumentos e métodos a utilizar. (JORI, Mario; PINTORE, Anna. **Manuale di teoria generale del diritto**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 216).

¹⁹⁹ “A interpretação adequada não tem que limitar-se ao catálogo de alternativas possíveis de significados. O essencial é o processo de seleção - ou seja, um movimento dos significados léxicos (semânticos) para aqueles que são contextualmente possíveis” (definidos a partir do emprego apropriado das fontes de direito) (Tradução livre de: “The proper interpretation does not have to be confined to the catalogue of possible meanings alternatives. What is essential is the selection procedure - i.e., a move from lexical meanings to those which are contextually possible”). (AARNIO, Aulis. **Essays on the doctrinal study of law**. New York: Springer, 2011, p. 132).

²⁰⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 2001, p. 38 ss; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 74 e 75.

²⁰¹ Concepção de Wróblewski que, segundo ele mesmo, corresponderia à tradicional interpretação teleológica, conforme WRÓBLEWSKI, Jerzy. Statutory interpretation in Poland. *In* MACCOMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting statutes: a comparative study**. Aldershot/Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1991, p. 259, 271 e 272.

A interpretação tem ainda mais confirmado seu caráter decisório quando se percebe abranger uma inexorável escolha dos métodos (e teorias) em que se estruturará e dos argumentos em que se assentará – que sempre estarão presentes, ainda que não sejam explicitados²⁰².

Mas esse poder de escolha do intérprete, assim como qualquer outro poder, é limitado. Deve o intérprete ficar adstrito aos significados e métodos aceitos no uso linguístico e no campo interpretativo, às teorias subsistentes, ao quanto firmado em sede de precedentes etc²⁰³.

Daí dizer-se, especialmente no campo do direito processual, que a Teoria Geral do Processo estabelece conceitos jurídicos fundamentais (como “processo”, “procedimento”, “norma processual”) imprescindíveis para que se compreenda o fenômeno processual. Por isso, “a solução jurídica que se der a um problema de direito processual somente será aceitável se estiver em conformidade com a pauta conceitual por ela fornecida”²⁰⁴ e que seja definida a partir de padrões dogmáticos que ofereçam um aparato conceitual comum²⁰⁵ para os intérpretes e aplicadores do direito.

Inclusive, a decisão judicial que não seja fundamentada com base em conceitos jurídicos fundamentais incorre em erro de julgamento ou de forma²⁰⁶, podendo ser:

i) Injusta, quando o direito processual civil é equivocadamente aplicado, porquanto se parta de uma concepção errônea de conceitos fundamentais. É o que se observa, por exemplo, quando se assevera que dada matéria está abrangida pelo “direito processual” e é de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF), porque está disciplinada em um código de “processo”²⁰⁷. Toma-se como premissa uma visão equivocada de “processo” e, pois, de “direito processual”. O processo não é nem pode ser definido como aquilo que é disciplinado por uma codificação processual. Até porque de uma codificação processual

²⁰² ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista do Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, 2013, p. 192-194.

²⁰³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 426; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista do Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, 2013, p. 195.

²⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 98 e 99.

²⁰⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50, 86 e 87.

²⁰⁶ Toda essa teorização pode ser encontrada em, DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 99 ss.

²⁰⁷ Um dos fundamentos observados em STF, Pleno, HC n. 90900/SP, rel. Min. Menezes, j. em 30.10.2008, publicado no DPJ de 23.10.2009.

podem decorrer normas materiais (ditas heterotópicas, como art. 794, CPC²⁰⁸); de codificação material pode decorrer norma processual (também heterotópica, como art. 1.698, CC²⁰⁹); isso sem falar que existem leis mistas, que dividem seu objeto em matéria processual e material (Ex.: CDC, Lei de Locações etc.).

ii) Inválida, quando o manejo inadequado de conceitos fundamentais, fora do dogmaticamente aceitável, acabe por deixar a decisão privada de fundamentação. São situações em que a “desconformidade da fundamentação com os postulados da Teoria Geral do Processo tornou a decisão viciada, pela inadequada motivação”²¹⁰. Isso pode ser observado em casos em que se defina que dada temática é processual e de competência privativa da União, com o uso inadequado do conceito de “processo”²¹¹.

Deve ser buscada, assim, a “objetividade discursiva”, com racionalidade, coerência e consistência no emprego dos seus instrumentos discursivos e interpretativos então *escolhidos*. E mais: “(...) ao se demonstrar que as atividades de adscrição e criação fazem parte da Ciência do Direito não se cria nova fonte de insegurança; apenas se constata uma fonte existente, permitindo a criação de critérios intersubjetivos para seu controle”²¹².

Não se deve confundir, também, descrição de normas com descrição de fatos relativos às normas. Descrever interpretação dada a enunciado normativo pela doutrina ou pelos tribunais não é descrever norma, mas, sim, o fato de que essa dada interpretação foi a ela conferida. Assim, também, descrever que uma norma está em vigor não é descrever a norma, senão o fato da sua vigência²¹³ – por isso a vigência de uma norma pode ser objeto de prova (art. 373 do CPC). Nesse contexto, a interpretação envolve, também, atividades descritivas, mas inexoravelmente precedidas, acrescente-se, da escolha de valer-se da fonte descrita.

²⁰⁸ “Art. 794. O espólio responde pelas dívidas do falecido, mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas dentro das forças da herança e na proporção da parte que lhe coube”. As normas sobre responsabilidade patrimonial, como se verá no capítulo terceiro, são materiais, quando definem o sujeito e o objeto da responsabilidade.

²⁰⁹ “Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

²¹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 102 e 103.

²¹¹ STF, Pleno, ADI n. 3394-AM, rel. Min. Eros Grau, j. em 02.04.2007, publicado no *DJe* de 23.08.2007. Trata-se de caso em que parecem simplesmente sustentar-se no fato de haver disciplina dita geral (sem precisar o que define essa generalidade), na legislação *processual* federal (CPC e Lei n. 1060/1950).

²¹² ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 195 e 196.

²¹³ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013, p. 196; GUAISTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Lantin, 2005, p. 152.

Mesmo o intérprete que siga rigorosamente o texto de precedente ou de lei existentes sobre a matéria reproduz os seus termos e inevitavelmente lhe confere um sentido substancialmente distinto, pela simples razão de situar-se em contexto espacial, senão, ao menos, temporal diverso: “(...) o poder inovativo do tempo bem pode operar com tal rapidez, que não aguarde a passagem dos séculos para se manifestar²¹⁴”.

Ainda que um texto normativo não seja alterado, o seu significado e a sua aplicação muitas vezes mudam diante de pressões sociais, sobretudo em razão do surgimento de novas questões que jamais tinham sido cogitadas pela legislação então em vigor. As contingências da vida real demandam resposta estatal de um julgador que se encontra como parte de um processo essencial, dinâmico e complexo, e que enfrenta enunciados normativos pouco nítidos – senão em abstrato, ao menos em sua aplicação concreta –, lacunas normativas, antinomias, legislações ultrapassadas ou desafinadas com a realidade social dominante e cambiante. Assim, o “código não é autoevidente em sua aplicação, particularmente para o juiz consciencioso²¹⁵”.

Percebe-se, assim, que interpretar e criar não são atividades distintas, inconciliáveis ou contrapostas entre si. Caminham lado a lado e de mãos dadas. A criatividade, em maior ou menor medida, encontra-se presente em toda interpretação humana – seja do Direito, seja de outras manifestações culturais suas (ex.: música, obra de arte, discurso etc.), ensina Cappelletti²¹⁶.

Assim, “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre*²¹⁷, pois todo texto, inclusive o legislativo, comporta diversidade na construção interpretativa, diante de suas nuances, ambiguidades, vagezas, omissões e da própria variedade de significado que costumam existir em torno das palavras²¹⁸”.

²¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 22 e 23.

²¹⁵ Foi o que constataram Merryman e Perdomo com base em consulta à jurisprudência do *civil law* (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. **A Tradição do Civil Law. Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 73 e 74).

²¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 20-22.

²¹⁷ “(...) é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 22). Cf. LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista A Juris**, Porto Alegre, n. 49, 1990, p. 163; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 104-108.

²¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 22.

O intérprete naturalmente se depara com as dúvidas e incertezas do texto (símbolo ou mensagem) interpretado, que permitem mais de um sentido, apontam em mais de uma direção, e se vê diante da inevitável missão de escolher, optar e decidir. Decidir (no sentido de normatizar) é escolher entre as várias alternativas conflitivas²¹⁹.

Nem os mais precisos textos normativos podem chegar perto de acompanhar e antecipar a complexidade e fluidez da vida moderna. Na verdade, legislações detalhadas e dotadas de maior exatidão têm aumentado, ao invés de diminuir, intervenções judiciais interpretativas de natureza construtiva²²⁰. Quanto mais texto, mais margem para controvérsia e questionamento interpretativo.

Mas, enfim, o que se pode concluir é que o intérprete nem se limita a descrever significados preexistentes²²¹⁻²²², nem se arvora a edificar significados inteiramente novos e desprendidos de qualquer limitação prévia ou externa. Há uma fusão dessas atividades, pois deve considerar sentidos e condicionantes anteriores, mas ciente de que esses são passos para uma reconstrução de sentido. O intérprete reconstrói significados, observando limites linguísticos, racionais, metodológicos etc.²²³ e os significados mínimos do próprio dispositivo²²⁴.

Daí a colocação de Paulo Becchi, cujas palavras merecem ser conferidas:

²¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In FERRAZ, Sérgio (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 10-16.

²²⁰ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 150.

²²¹ Admitindo que a norma em parte preexiste, potencialmente, no bojo do enunciado normativo, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

²²² Daí o equívoco de afirmar que o intérprete “descobre” ou descortina o significado da “norma”. A norma ou significado normativo não preexistem *inteiramente* à interpretação, sendo resultado dela (TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè Editore, 1980, p. 63 e 64). Assim, Aarnio, também pressupondo que significados são dados na interpretação (e não anteriores a ela), afirmar que: “palavras e frases têm a sua casa dentro de jogos de linguagem, em que adquirem o seu significado. E jogar um jogo é sempre uma atividade, não é descobrir algo previamente dado” (Tradução livre de: “words and sentences have their home within language-games, in which they acquire their meaning. And playing a game is always an activity, it is not disclosing something previously given”) (AARNIO, Aulis. *Reason and authority. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Cambridge: University Press, 1997, p. 144).

²²³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 426; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Mulino, 2007, p. 53; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista do Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, 2013, p. 202.

²²⁴ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista do Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, 2013, p. 202. Há preocupação de esclarecimento, contudo, de que nada disso implica dizer que não há significado normativo antes da interpretação. Admite-se um significado mínimo com base no quanto decorrente do uso comum da linguagem. Daí dizer-se que o intérprete não atua em um processo de construção, mas, sim, de *reconstrução* de sentido normativo, “tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24 e 25).

o enunciado-significante não é insignificante: não é o objeto nu que o intérprete reveste de uma qualquer roupa. E o significado não é uma das infinitas vestimentas com as quais o intérprete, a seu arbítrio, recobre a nudez do objeto a interpretar. Entre significante e significado não há um muro intransponível, tanto que não se dá nunca um enunciado de todo privado de significado e, por outro lado, um significado não susceptível de enunciação seria exatamente inexprimível. Ainda se entre um e outro há uma barreira resistente à significação, o significado não pode senão derivar do significante, e este último não pode não veicular o primeiro²²⁵.

Exatamente por isso diz-se que a simples afirmação de que o juiz, intérprete por excelência, cria direito pode soar ambígua e inconsistente. Ganha clareza quando se acrescenta que o juiz produz o direito, mas o faz complementando o trabalho do legislador ou do autor do documento normativo que lhe serve de base. Há produção de novo texto que parte daquele primeiro²²⁶. E tudo isso dentro do caso submetido à sua apreciação, não podendo decidir além nem fora dele²²⁷.

Conclui-se, assim, que a *interpretação jurídica (científica ou jurisdicional) é ato de conhecimento, escolha e recriação dos significados normativos de enunciados contidos em fonte do direito*²²⁸, com base em elementos textuais e não-textuais, e por meio dos instrumentos teóricos, metodológicos e argumentativos escolhidos.

Não foge a esse padrão a interpretação científica aqui proposta, somada à análise (em parte cognitiva) da interpretação jurisprudencial já existente sobre a matéria, mais especificamente sobre sentido e alcance dos artigos 22, I, e 24, X e XI, CF. Inevitavelmente, implicará descrição, escolha e reconstrução dos significados desses dispositivos de texto vago, tomados por conceitos jurídicos indeterminados (“processo”, “direito processual” e “procedimento em matéria processual”), considerando dados textuais e metatextuais, mediante métodos, teorias (das fontes, das espécies normativas, da interpretação) e argumentos eleitos.

Entretanto, como se trata de dispositivos de natureza constitucional, necessário perpassar, ainda que brevemente, sobre o que se diz de especial nesse contexto interpretativo.

²²⁵ Texto objeto de tradução livre. BECCHI, Paulo. Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neosceittica. **Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica**. Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (org). G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014, p. 5.

²²⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

²²⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 108.

²²⁸ Não interessando para fins dessa definição a interpretação de outros textos normativos.

3 ESPÉCIES NORMATIVAS CONSTITUCIONAIS E SUA INTERPRETAÇÃO.

3.1 A norma constitucional e suas peculiaridades.

A Constituição é a fonte legal e fundamental de direitos que documenta enunciados constitucionais dos quais se pode extrair, mediante interpretação, normas-regras ou normas-princípio.

Mas a Constituição diferencia-se das demais fontes do direito, em razão de algumas peculiaridades. Merecem comentários aquelas que sobressaem ao longo do seu processo interpretativo.

A *primeira* delas é a sua superioridade hierárquica (supremacia) que a coloca no ápice da pirâmide normativa e determina que nenhum ato jurídico é válido se a contrariar – o que se apura por mecanismos de controle de constitucionalidade²²⁹.

A *segunda* refere-se ao seu conteúdo. Da Constituição decorrem regras de conduta comuns, que tipificam fato atribuindo-lhe dado efeito jurídico. Mas existem normas tipicamente constitucionais, em que pese não sejam exclusivamente constitucionais (o que depende do direito positivo): é o caso das normas que asseguram direitos fundamentais ou daquelas voltadas à organização e estruturação do Estado

3.2 Norma constitucional organizatória.

Dentre as normas constitucionais, destacam-se, para fins deste trabalho, as chamadas normas organizatórias, que são aquelas responsáveis pela estrutura orgânica do Estado e pela produção jurídica (ou normativa)²³⁰. São normas que, apesar de não disciplinarem conduta de indivíduo ou grupos de indivíduos, tratam de condutas institucionais dos responsáveis pela produção do direito (como o legislador, por exemplo)²³¹.

As normas-regras organizatórias podem ser orgânicas, de competência e de procedimento.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 108 e 109.

²³¹ Ao contrário do que diz BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 109.

As regras *orgânicas* são as responsáveis pela criação e estruturação de órgãos estatais, deixando certa sua existência constitucional e o seu processo constitutivo²³².

As regras de *competência* são aquelas que conferem atribuições (ou esfera de atribuições) a órgãos constitucionais²³³. Fala-se, contudo, em uma mitigação do caráter organizatório da regra de competência, na medida em que “comportam, muitas vezes, um conteúdo material respeitante não só ao dever de garantir a competência constitucional fixada, mas também à própria razão de ser da delimitação da competência²³⁴”.

Mas não basta criar órgãos estatais e conferir-lhes competência. É necessário definir de que modo ela será exercida. Assim, existem regras constitucionais *procedimentais* que definem procedimento que seja “elemento fundamental da formação da vontade política e do exercício das competências constitucionalmente consagradas” (ex.: processo legislativo)²³⁵⁻²³⁶.

São precisamente disposições normativas organizatórias, donde se extraem regra de competência legislativa, que serão objeto de interpretação nesse trabalho (artigos 22, I, e 24, X e XI, CF).

3.3 Normas de interpretação constitucional.

3.3.1 Considerações gerais.

A doutrina brasileira costuma referir-se a princípios de interpretação constitucional como se fossem importados de um modelo alemão, de resto inexistente. São “princípios”²³⁷ encontrados na obra de Konrad Hesse²³⁸ – mas não difundidos em outras obras jurídicas ou no Tribunal Constitucional alemão²³⁹.

²³² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1169.

²³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1169. A regra será, contudo, orgânica e de competência, quando criar órgão e já definir suas atribuições. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1169)

²³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1169.

²³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1170.

²³⁶ Sobre as normas orgânicas de competência e procedimentais, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Tomo II. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 244 e 245.

²³⁷ Essas “normas de interpretação” costumam ser tratadas como “princípios” de hierarquia constitucional. Como princípios constitucionais implícitos. (cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 154).

Longa lista de autores brasileiros arrola os cinco “princípios” de Hesse, mais especificamente, a unidade da constituição, o efeito integrador, a conformidade funcional, a concordância prática, a força normativa da constituição²⁴⁰, acrescendo, ainda, outros dois, *in casu*, a máxima efetividade e a interpretação conforme a constituição²⁴¹.

Mas exatamente em razão dessa sua origem pouco precisa e, também, do seu conteúdo pouco inovador, questiona-se a sua relevância efetiva no campo interpretativo constitucional²⁴².

Müller, por exemplo, tece duras críticas aos princípios de interpretação constitucional desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência, questionando sua existência autônoma, tendo em vista que, em grande parte, representam os já conhecidos elementos linguístico, histórico, sistemático, teleológico da interpretação. Fora isso, pouco há de peculiar, como o reconhecimento de um sistema direitos fundamentais coeso²⁴³. Mesmo assim, diz o autor, esses “pontos de vista autônomos” não são aceitos como princípios da metódica do direito constitucional.

Guastini traz longo arrazoado questionando a especificidade da interpretação “constitucional” e de seu tratamento. Diz, ainda, não existir uma teoria da interpretação constitucional propriamente dita, não havendo uma análise, de fato, científica de métodos usados por intérpretes nesse campo²⁴⁴, mas só recomendações de como devem agir.

²³⁸ Cf. HESSE Konrad. La interpretacion constitucional *In Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45 ss.

²³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In SILVA, Virgílio Afonso da (org). Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115 ss.

²⁴⁰ Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que tais “princípios” podem ser úteis enquanto “fatores retóricos”, mas seria ingenuidade superestimá-los, pois não haveria hierarquia entre eles e podem entrar em contradição entre si quando diante de caso concreto (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104 e 105).

²⁴¹ Levantamento feito por SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In SILVA, Virgílio Afonso da (org). Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120. Dentre os que incorporam essa “principologia”, exemplificativamente, MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 64 e 65; FILHO, Willis Santiago Guerra. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 178-181.

²⁴² Atribuindo-lhe pouca importância prática, SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In SILVA, Virgílio Afonso da (org). Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120 e 121. Considerando-os referência obrigatória, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 223.

²⁴³ Ou, também “a concepção dos valores ou como um ‘sistema de valores’; outrossim, o imperativo da interpretação das leis em conformidade com a constituição é o critério de aferição da correção funcional da concretização da constituição”. (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 81).

²⁴⁴ Encontra-se, também, na literatura jurídica brasileira, uma lista de “métodos de interpretação constitucional”, elaborada com inspiração em artigo científico de Böckenförde. Abrange, mais especificamente, os métodos: hermenêutico clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-realista. Na versão de Canotilho, ao invés deste último, fala-se em científico-espiritual ou valorativo, acrescendo-se o hermenêutico-estruturante (com mais informações, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da**

Considerando obras jurídicas e decisões dos tribunais constitucionais, chega a formular a hipótese, a ser confirmada empiricamente, de que o intérprete da constituição simplesmente usa as mesmas técnicas utilizadas na interpretação da lei em geral²⁴⁵.

Entretanto, considerando a importância que lhe é, de fato, dada no ordenamento brasileiro, insta analisá-los, ainda que mantendo essa postura crítica.

O objetivo não é mergulhar em normas, muito menos em teorias, técnicas ou metódicas em torno da interpretação do texto constitucional. Mas só analisar aquelas que contribuirão de alguma forma para a investigação ora proposta.

3.3.2 Unidade da constituição.

Encontram-se duas diferentes acepções dessa norma.

A primeira delas, proposta por Luis Roberto Barroso²⁴⁶, é a da unidade da constituição como exigência de inexistência de hierarquia entre normas constitucionais. Toma-se como premissa básica da unidade constitucional a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais já que uma não toma a outra como seu fundamento de validade²⁴⁷.

Questiona-se, porém, essa suposta inexistência de qualquer hierarquia formal ou material entre normas constitucionais.

É possível encontrar na Constituição norma formalmente superior a outra, tal como aquelas que não podem ser objeto de emenda constitucional e aquelas que disciplinam o procedimento de tais emendas. Tanto que se pode dizer que emenda que vise alterar cláusula pétrea é inconstitucional – já as que visem alterar outros dispositivos não o são. Até porque

constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1210 ss.; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102). Há casos em que se mencionam ainda outros, como a teoria dos direitos fundamentais de Alexy – esta, aqui, em item anterior, parcialmente adotada. O objeto deste trabalho não comporta a análise específica (ou conjunta) de nenhum deles. É suficiente apontar que o que se vê na doutrina é a proposta estritamente teórica, resumida e sem demonstração prática ou empírica, de que esses métodos sejam tidos como complementares. Sugere-se que sejam utilizados conjuntamente, também com outras normas de interpretação constitucional, como as abordadas ao longo desse texto, sem que se demonstre que sejam compatíveis entre si. É por essa razão que este “sincretismo metodológico” é criticado por Virgílio Afonso da Silva. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 133 ss.).

²⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 53 ss. e 65-67. Para um contraponto, cf., por ex., STERN, Klaus. **Derecho Del Estado de La Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 284-291.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 187. Há rápida menção em CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1183.

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203.

aquelas disposições constitucionais supervenientes (emendas) que visam promover mudança constitucional se submetem a controle de constitucionalidade²⁴⁸.

Também se pode cogitar a existência de normas constitucionais que, pela sua matéria, sejam superiores. Há casos em que é muito difícil estabelecer em tese essa hierarquia, sobretudo em razão de dissenso político-ideológico – mas, ainda assim, em concreto, há que eventualmente admitir uma prevalência mediante sopesamento (ex.: liberdade de imprensa e intimidade). Mas há outros em que é inegável que dada norma é mais importante que outra (ex.: princípio da liberdade em relação à regra que estatui a manutenção do Colégio Pedro II na esfera federal)²⁴⁹.

O próprio Barroso admite hierarquia axiológica que relativize isso (a unidade constitucional) e que confira destaque a algumas disposições constitucionais (ex.: cláusulas pétreas, art. 60, § 4º, CF) em detrimento de outras. E, por isso, entende que deve ser considerada essa hierarquia valorativa sempre que houver tensão entre regras, princípios ou regra-princípio²⁵⁰.

Usualmente, em caso de antinomia entre normas infraconstitucionais, a ciência jurídica se vale de critérios como o hierárquico, temporal, de especialização, que são inaplicáveis, contudo, quando o conflito se dá entre normas de hierarquia constitucional – porquanto decorram de um mesmo documento normativo. São dispositivos normativos produzidos por uma única vontade, ao mesmo tempo, devendo ser harmonizados e compatibilizados quando da sua concretização. É papel do intérprete conferir sentido conformador e conciliável entre dispositivos que, a princípio, seriam divergentes, sem nunca aniquilar um em prol do outro²⁵¹.

Essas tensões normativas devem ser resolvidas em nome da unidade da constituição, sendo que a coerência e a coesão pretendidas se promovem com interpretações sistemáticas, sem exclusão de outros mecanismos tradicionais de interpretação (como teleológico, histórica etc.)²⁵².

²⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122 e 123.

²⁴⁹ Cf. com outras fontes e argumentos interessantes, SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 123-125.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 203.

²⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1187; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198.

²⁵² Chama a atenção para isso, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199.

Assim, o intérprete deve identificar divergências e incompatibilidades existentes entre normas constitucionais e buscar definir o campo de incidência de cada uma, garantindo-lhes eficácia ótima e harmônica²⁵³.

Na verdade, se o conflito se observa entre normas de conteúdo principiológico essa harmonia se busca com base na proporcionalidade e ponderação. Se o conflito se dá entre regras, também deve ser considerado à luz da proporcionalidade e ponderação dos princípios que inspiram essas regras e os fins por eles visados, para chegar-se a uma solução harmônica que assegure a solidez e a consistência constitucional²⁵⁴.

As antinomias constitucionais são consideradas, pois, aparentes; sanam-se pela busca de subsistência equilibrada das normas, delimitando o campo de incidência de cada uma²⁵⁵.

A segunda das acepções mencionadas, a mais comum, é no sentido de que as normas constitucionais não devem ser consideradas isoladamente, mas, sim, como integrantes

²⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200.

²⁵⁴ Canotilho não admite o que denomina de “contradições positivas”, mais especificamente quando se parte do pressuposto de que há hierarquia entre normas constitucionais positivas, para concluir-se que a inferior viola a superior – podendo estar em jogo norma-princípio implícita. Sustenta que essa possibilidade é restrita em estado democrático de direito, não havendo situações práticas que mereçam atenção, sendo pouco realista. E admite, também, na linha aqui adotada, que, subsistindo o problema, “pode reconduzir-se, antes, a conflitos de princípios/valores susceptíveis de soluções *prima facie* harmonizatórias. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1232 e 1233).

²⁵⁵ Há quem veja exceção ao princípio da unidade da constituição na existência de normas constitucionais inconstitucionais (contra STERN, Klaus. **Derecho Del Estado de La Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 292 293; USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion constitucional y formula política**. Madrid. Centro de estudios constitucionales, 1988, p. 167 e 168). Difundida é a visão de Otto Bachoff. O autor enumera diversas situações em que a norma constitucional poderia ser inconstitucional (inválida), sendo que muitas delas, em verdade, *não* são incompatíveis com a desejada unidade constitucional (ex.: não-observância de um requisito necessário para vigência da constituição, como ratificação por dado número de estados-membros ou um referendo popular; a inconstitucionalidade de lei que altera a Constituição, como a emenda). (BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução de José Manoel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 12-14, 17, 50-52). Ao contrário do que uma leitura pouco atenta de sua obra pode indicar, Bachoff não sustenta inconstitucionalidade de norma constitucional por contrariar norma constitucional de grau superior, destacando, em verdade, a autonomia e liberdade do Constituinte que, ou bem considera a norma em consonância com a Constituição, ou bem a considera uma exceção que se afasta da regra geral. (BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução de José Manoel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 56 e 57). Em apertada síntese, a hipótese autêntica de norma constitucional inconstitucional que excepcionaria a unidade propugnada é aquela em que haveria infração a direito supralegal constitucional (que seria supra-estatal e natural) e eventualmente incorporado no texto da Constituição. (BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução de José Manoel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 62, 63, 67 e 68). Com ampla e interessante análise da obra de Bachoff, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 204-210. Canotilho admite as chamadas “contradições transcendentais” entre direito suprapositivo (natural ou justo) e direito positivo constitucional – sustentando que a competência para solucionar problemas desse viés seria do próprio Tribunal Constitucional. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1232). Mas essa visão não costuma ser adotada no ordenamento brasileiro, onde tem prevalecido a unidade constitucional. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 210 ss.).

de um todo constitucional, devendo-se evitar contradições internas²⁵⁶. A Constituição deve ser vista em sua inteireza, harmonizando-se tensões que existam entre normas ali alocadas²⁵⁷.

Essa unidade interpretativa se impõe exatamente diante do fato da carta constitucional ser a fonte inaugural de direitos e de estabelecimento de uma ordem jurídica, sendo que, especialmente quando democrática, é o resultado de uma pluralidade conflitual de interesses, valores e anseios que se compatibilizam em nome de um consenso jurídico fundamental. Mas isso não exclui nem pode fazer com que se desconsidere que sua origem (e a construção do seu texto) se dá em contexto de diversidade e divergência²⁵⁸ e isso pode contribuir para a variedade de interpretações, tornando necessária sua unificação.

Essa, sem dúvida, é a melhor acepção de uma regra que deve ser observada. Entretanto, o que se salienta é o fato de não haver nada aí de inovador, porquanto simplesmente esteja representado o clássico método sistemático de interpretação do direito, que sempre propugnou atividade interpretativa deste viés, considerando a unidade da ordem jurídica, à luz de suas normas e institutos conectados entre si²⁵⁹.

²⁵⁶ HESSE Konrad. La interpretación constitucional. In **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1183, 1184, 1223 e 1224; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2 t, 2000, p. 261 ss.; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105.

²⁵⁷ A unidade da constituição tem servido de fundamento para julgados do STF. Exemplifica-se com o caso em que se discutia a elegibilidade daquele que pretendia suceder seu cônjuge em cargo de chefe do Executivo de Município, o que seria vedado pelo art. 14, §7.º, CF, em que pese a EC n. 16/1997 já tivesse alterado o art. 14, §5.º, CF, para admitir a reeleição do próprio ocupante do cargo. Entendeu-se que os dispositivos não poderiam ser considerados e interpretados isoladamente, sob pena de conduzir-se a uma leitura ilógica e incoerente do texto constitucional. Concluiu-se, assim, que só seria inelegível o cônjuge ou parente daquele que já estivesse no segundo mandato seguido (que já tivesse sido reeleito), de acordo com a unidade da Constituição e, pois, da harmonia do conjunto normativo constitucional. Isso porque, “é impossível negar o impacto da Emenda Constitucional nº 16 sobre o § 7º do art. 14 da Constituição, sob pena de consagrar-se o paradoxo de impor-se ao cônjuge ou parente do causante da inelegibilidade o que a este não se negou: permanecer todo o tempo do mandato, se candidato à reeleição, ou afastar-se seis meses, para concorrer a qualquer outro mandato eletivo” (STF, Pleno, RE n. 344.882/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 7.4.2003, publicado no DPJ de 6.8.2004; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106).

²⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1182; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196.

²⁵⁹ Sobre a unidade da constituição como interpretação sistemática que evita contradições internas, MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83 e 84. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126 e 127. Barroso também trata a unidade da constituição como uma exigência (ou “especificação”) de interpretação sistemática, donde decorre a necessidade de evitar tensões normativas constitucionais (ou de apaziguá-las). (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196).

3.3.3 Concordância prática (máxima eficácia, força normativa da constituição e efeito integrador).

A concordância prática requer que os problemas constitucionais sejam resolvidos de forma que os direitos fundamentais sejam conformados e tenham eficácia ótima.

É possível identificar-se íntima ligação com a proporcionalidade, na medida em que ambos visam os mesmos efeitos. Entretanto, Virgílio Afonso da Silva aponta algo que os distanciariam: o fato de a proporcionalidade abranger regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) que estruturam a harmonização de direitos fundamentais em choque, e que a concordância prática não conteria – não comportando, em especial, diz, o sopesamento²⁶⁰.

Entretanto a concordância prática parece trazer, em verdade, comando muito próximo à regra da necessidade. Afinal, visa a menor perda de eficácia possível dos direitos fundamentais acomodados o que coincide com a exigência de que a medida aceita como adequada seja indispensável para o alcance do fim visado, indagando-se se não há outra menos restritiva e que, portanto, implique a perda de eficácia mais reduzida possível para o direito fundamental em jogo. A medida necessária é a menos gravosa e, pois, a que imponha a menor diminuição eficaz para o direito que a requer.

Dito isso, não merece tópico próprio a norma da *máxima efetividade*²⁶¹, abrangida que é pela concordância prática²⁶², recomenda-se, contudo, fale-se em eficácia *otimizada*, diante da necessidade de harmonizar eventual conflito entre direitos fundamentais com solução ótima²⁶³.

A despeito disso, grandes nomes do direito constitucional sustentam a necessidade de solucionar problemas constitucionais, preferindo postura que confira máxima

²⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 127 e 128. Cf. HESSE Konrad. La interpretación constitucional. In **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 45 e 46. Jorge Miranda adota a concordância prática, “assente num critério de proporcionalidade”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Tomo II. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 262). Canotilho define que a concordância prática (ou harmonização) exige “coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a aceitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225).

²⁶¹ Invocada a partir da doutrina de CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1182, 1187, 12,24 e 1225.

²⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 131.

²⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 131.

(leia-se, ótima) eficácia à norma diante do caso²⁶⁴. Isso justifica a preocupação atual de definir o conteúdo dos dispositivos constitucionais, extraindo uma posição jurídica exercitável pelo jurisdicionado individual ou coletivamente (e devidamente representada). Justifica, ainda, a investigação dos mecanismos de proteção dessas posições constitucionalmente asseguradas. Assim, caminha-se rumo à efetividade²⁶⁵⁻²⁶⁶.

Também se confunde com a concordância prática a “*força normativa da constituição*”, que requer que, na solução de problemas constitucionais, prestigiem-se posturas que confirmem eficácia ótima às normas constitucionais²⁶⁷. Na verdade, parece, segundo apurada visão de Virgílio Afonso da Silva, uma soma da concordância prática e da máxima efetividade²⁶⁸.

É o que diz Konrad Hesse, ao tratar da força normativa da constituição como a necessidade de uma “ótima concretização da norma”, acrescentando que: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação²⁶⁹”.

Por fim, também é redundância abordar como norma autônoma o chamado “*efeito integrador*”. Só exige que se dê preferência a interpretações que prestigiem e preservem a unidade político-constitucional²⁷⁰, conferindo-lhe eficácia ótima²⁷¹. É, pois, uma aplicação conjugada das normas da unidade e da força normativa²⁷².

²⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 t, p. 263; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 233; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 246 ss.

²⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 254 e 255.

²⁶⁶ Muito mais se fala da efetividade que foge, contudo, ao escopo desse trabalho. Daí a visão breve e resumida do tema.

²⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1226.

²⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 132. Segundo Müller, é um “critério de aferição” que não oferece nenhum “procedimento próprio”, seria mais um objeto meramente formal ou um dos “elementos de política constitucional da concretização”. (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 87).

²⁶⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**: Porto Alegre: Sérgio Antonio fabris, 1991, p. 22 e 23; Cf. HESSE Konrad. La interpretacion constitucional. In **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 47 e 48.

²⁷⁰ HESSE Konrad. La interpretacion constitucional In **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 47.

²⁷¹ Coloca o efeito integrador como subcaso da unidade, MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83.

²⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 130. Aborda a norma como fonte de “soluções pluristicamente integradoras”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224).

E, no final das contas, tudo isso remonta à própria unidade da constituição e está ali abrangido. Basta observar que a concordância prática (e as normas correlatas aqui mencionadas) trata de contradições específicas, que se deem com a colisão entre direitos fundamentais, enquanto a unidade visa conter contradições e tensões em geral²⁷³.

3.3.4 Conformidade funcional.

A “conformidade funcional” representa a necessidade de observância rigorosa da repartição constitucional de funções estatais no contexto da atividade interpretativa²⁷⁴. Coloca-se, originalmente, como medida que visa evitar ativismo judicial, preservando rigidamente a separação de poderes²⁷⁵.

Em outras palavras, ao órgão estatal de interpretação – em especial o Judiciário - não cabe promovê-la de modo a interferir ou alterar a distribuição de funções estatais²⁷⁶.

Diz-se, dessa forma, que o Judiciário só pode verificar se o Legislativo atua dentro dos limites da Constituição e, não, a forma como atua (positivamente) na concretização dela (“como preenche o interior da moldura”). Essa sempre foi a postura mais comum do STF que já se omitiu muito em casos que exigiam atitude mais ativa, só admitindo que o Judiciário brasileiro atuasse como legislador negativo²⁷⁷.

Mas, na medida em que a Constituição brasileira consagra não só deveres clássicos (negativos) como também impõem prestações positivas ao legislador, não há justificativa para omissões do STF diante da inatividade legislativa. Daí Virgílio sugerir que o STF cobre atuação legislativa – sem chegar ao ponto de substituir o legislador²⁷⁸⁻²⁷⁹.

Coloca-se, também, no contexto da exigência da conformidade funcional, a necessidade de que a leitura realizada sobre o texto constitucional não subverta a repartição de

²⁷³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 86.

²⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1186, 1224, 1225; FILHO, Willis Santiago Guerra. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 181.

²⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 128.

²⁷⁶ HESSE Konrad. La interpretacion constitucional. In **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 47.

²⁷⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 129.

²⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 130.

²⁷⁹ Alguns casos paradigmáticos em que o STF tem adotado postura mais ativa e positiva são comentados por BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 15 jun 2014.

competências entre entes da federação. Por exemplo, é necessário que se reconheça a inconstitucionalidade de lei estadual que, sob o argumento de que estaria desempenhando competência material de proteção do meio ambiente, legislasse sobre desapropriação (assunto de competência privativa da União)²⁸⁰.

Por isso, é imprescindível que não se opte por interpretações dos dispositivos constitucionais que concentrem o poder de legislar com a União – sobretudo em tema de processo/procedimento -, esvaziando o campo de atuação legislativa dos Estados.

3.3.5 Interpretação conforme a constituição.

A princípio, rigorosamente, essa é uma ideia que não integra o contexto da interpretação da Constituição. O que se propugna é que atos normativos infraconstitucionais tenham seu significado definido de acordo com a Constituição²⁸¹⁻²⁸². Não faria sentido, pois, ser inserida dentre as normas de interpretação constitucional²⁸³.

Entretanto, em que pese seja caso de interpretação de texto legal com base na Constituição, de todo modo, cuida-se da concretização da Constituição. Mesmo sendo caso em que a Constituição é indiretamente aplicada e não haja propriamente e exclusivamente interpretação do texto constitucional, como se propõe no presente trabalho, o foco é a concretização da Constituição e que seu texto seja considerado em atividade interpretativa. E nada disso exclui, igualmente, o fato de se estar diante de mais uma manifestação da unidade do ordenamento jurídico e da supremacia da constituição²⁸⁴.

Não é demais lembrar que os princípios, anteriormente já tratados, em especial aqueles de estatura constitucional, podem incidir direta ou indiretamente na solução de problemas jurídicos. Diretamente, atuam como base de construção da regra do caso, apta a

²⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

²⁸¹ Na interpretação de um enunciado normativo infraconstitucional que comporte mais de um sentido, deve-se optar por aquele sentido harmônico com a Constituição (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109).

²⁸² O que se afirma sem a preocupação de explorar de modo profundo seu conteúdo.

²⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 132 e ss.

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 192. Acerca da interpretação conforme a constituição, vide BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 188 ss.; HESSE Konrad. La interpretación constitucional. In **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50 ss.

alcançar o fim visado; indiretamente, norteiam a interpretação da regra já existente para solução do caso – seja ela constitucional ou infraconstitucional²⁸⁵.

Mais, ainda no campo interpretativo, partindo-se da premissa de que o texto constitucional pode abrigar normas que aparentem ser contraditórias ou incompatíveis, cabe aos princípios orientar sua harmonização, permitindo que integrem um sistema constitucional coerente e coeso²⁸⁶: “aos princípios se reserva a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo²⁸⁷”.

Assim, na verdade, o que se prega aqui é, mais uma vez, uma interpretação sistemática, que considere a Constituição como um todo harmônico, com o toque adicional de que seja ela realizada à luz da teoria dos princípios e conforme a Constituição.

3.4 Interpretação evolutiva e principiológica

A interpretação constitucional deve ser, acima de tudo, *evolutiva*. Deve ser realizada de modo a atribuírem-se novos sentidos aos dispositivos da Constituição, sem atentar contra sua literalidade, mas considerando mudanças históricas e dados políticos e sociais supervenientes, inicialmente não cogitados pelo legislador constituinte²⁸⁸⁻²⁸⁹.

Essa adaptação pressupõe postura dinâmica e atenta do intérprete, sendo indispensável para que mantenha a unidade da Constituição, bem assim para que ela (a Constituição) continue dando respostas às diferentes demandas e exigências sociais²⁹⁰.

²⁸⁵ A título de inspiração, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Tomo II. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 230.

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156.

²⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156.

²⁸⁸ Cf. USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion constitucional y formula politica**. Madrid. Centro de estudios constitucionales, 1988, p. 107 ss.; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146. Guastini alerta não ser essa uma peculiaridade própria da interpretação constitucional. (GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 56 ss.).

²⁸⁹ Fala-se também em “mutações constitucionais pela via interpretativa”. Admite-se a transformação no sentido de dispositivos constitucionais, em razão de mudanças na realidade constitucional, desde que com isso não se afrontem os princípios estruturais e mais basilares da constituição (ou se incorra em inequívoca contradição da constituição escrita). (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1229 e 1230).

²⁹⁰ USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion constitucional y formula politica**. Madrid. Centro de estudios constitucionales, 1988, p. 109. Gilmar Ferreira Mendes fala da importância da flexibilidade e abertura constitucional a mudanças e novas alternativas, permitindo que se construam soluções para casos em que não há resposta clara no direito, em especial diante da incompletude constitucional (MENDES, Gilmar Ferreira. **Interpretação constitucional e "pensamento de possibilidades"**. In COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE,

Ao abordar essa temática, Hesse destaca a necessidade de que o significado da disposição constitucional seja definido à luz da realidade dominante. As mutações nos vínculos fáticos, a seus olhos, devem refletir e alterar a interpretação da Constituição, tendo como limite o sentido mínimo da própria proposição jurídica (sua finalidade, a chamada “vontade normativa”). E, se o significado daquele dispositivo não pode ser realizado, é o caso de uma revisão do próprio texto constitucional. A interpretação construtiva e criativa é admitida, desde que dentro desses limites²⁹¹.

O que se aspira, com isso, é possível mediante interpretações principiológicas²⁹², na medida em que o princípio transpira valores socialmente dominantes no estabelecimento da situação ideal de coisas visada. Por exemplo, se o princípio da proteção à família já foi considerado uma proteção à entidade familiar decorrente do casamento ou união estável (entre homem e mulher), bem como àquela monoparental (formada por qualquer dos pais e descendentes), hoje predomina visão diferenciada, decorrente da mutação dos valores sociais e da realidade dominante, encontrando-se aí abrangida nova forma de família, aquela decorrente de união homoafetiva²⁹³. E à luz dessa nova dimensão do princípio, que absorveu essa nova realidade axiologicamente considerada, devem ser interpretados dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Mas o que Hesse parece colocar como limite a essa sorte de construção interpretativa é a observância de métodos tradicionais de interpretação²⁹⁴.

Os métodos clássicos de interpretação não devem ser considerados na tarefa, coordenados entre si, porquanto nenhum deles seja absoluto²⁹⁵.

José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. **Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1022-1047).

²⁹¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23. Guastini é enfático ao dizer que o intérprete não tem o direito de mudar o conteúdo da constituição pela via interpretativa, pois a adaptação da constituição à realidade é tarefa da revisão constitucional. (GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 57).

²⁹² Parece perceber essa correlação, GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 61.

²⁹³ Assim, STF, Pleno, ADPF n. 132, rel. Min. Ayres Britto, j. em 5.5.2011, publicado no DPJ de 13.10.2011. Cf. a esse respeito comentários de MENDES, Gilmar Ferreira. *Interpretação constitucional e "pensamento de possibilidades"*. In COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. **Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, 2013, 2 t, p. 1045.

²⁹⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23.

²⁹⁵ STERN, Klaus. **Derecho Del Estado de La Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 283 e 284; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125. Jorge Miranda concorda que a interpretação constitucional, embora tenha especificidades, não se desvia dos cânones gerais (não tem natureza distinta da interpretação em geral) (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 t, p.260 e 261).

Assim, devem ser conjugados e aplicados, por exemplo, o método gramatical (em busca do conteúdo semântico do texto normativo), sistemático (considerando seu contexto normativo, em busca de conexões e em fuga de contradições), histórico (tendo em vista o ambiente histórico quando da sua criação e a vontade histórica do próprio legislador) e teleológico (observando sua finalidade e o valor subjacente a preservar)²⁹⁶.

O intérprete deve iniciar adstrito às possibilidades semânticas garantidas pelo texto constitucional, considerando o sentido das palavras, perpassando por análise sistemática e teleológica, para, enfim, encerrar com consideração histórica²⁹⁷.

Por fim, é comum que esse tipo de interpretação se realize quando o intérprete encara texto normativo aberto, vendo-se diante de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁹⁸. É o que se observa com a cláusula do devido processo legal e as dimensões que já lhe foram interpretativamente atribuídas, como a material e a cooperativa. E é o que se enfrenta quando o intérprete se depara com regra de competência para legislar sobre “processo”, “direito processual” ou “procedimento em matéria processual” (conceitos vagos e sujeitos a mutação histórica), problemática a ser aqui abordada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A FUNÇÃO DESSAS PREMISSAS METODOLÓGICAS PARA A TESE.

Todas essas premissas metodológicas foram aqui, preliminarmente, firmadas, em razão da sua grande importância para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Basta observar que o núcleo do trabalho consiste na interpretação de enunciados constitucionais abertos contidos nos artigos 22, I, e 24, X e XI, CF, que tratam da competência para legislar sobre “processo”, “direito processual” e “procedimento em matéria processual”.

²⁹⁶ Cf. sobre alguns desses métodos, SAVIGNY, Federico Carlo Di. **Sistema del diritto romano attuale**. Tradução de Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1886, 1 v, p. 221 e 222. Sobre sua aplicação no âmbito constitucional, HESSE, Konrad. *La interpretacion constitucional*. In **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 43 e 44.

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 126. O autor coloca o parâmetro histórico como sendo secundário.

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146. Daí se dizer que mesmo uma interpretação literal ou gramatical, que se dê com base em usos sintáticos e semânticos da língua, deve considerar aqueles vigentes no momento em que se interpreta, sobretudo quando se está diante de enunciado de textura aberta. (GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008, p. 67 e 68).

São dispositivos que encerram conceitos jurídicos indeterminados, a partir de técnica não-casuística, e que exigem concretização valorativa pelos tribunais superiores brasileiros, em especial, a Corte Constitucional (STF).

Pressupõem, assim, interpretação, com boa dose de adscrição e criatividade, que permita construir gradativamente a regra que estabelecerá em que medida a União, Estados-Membros e Distrito Federal podem legislar sobre essa matéria textualmente colocada de maneira vaga e imprecisa²⁹⁹.

A tarefa torna-se um pouco mais árdua quando se constata que, apesar da reconhecida dificuldade doutrinária e jurisprudencial de diferenciar processo e procedimento (cf. capítulo 2 e 3), o Constituinte, simultaneamente, conferiu: *i*) competência privativa para a União legislar sobre “Direito processual”; e *ii*) competência concorrente para União, Estados e Distrito Federal disciplinarem o “procedimento em matéria processual” e o “processo” em sede de juizados.

Em razão disso, o intérprete vê-se diante de dispositivos geradores de regras constitucionais de competência aparentemente dissonantes. Necessário, assim, conformá-las, mediante escolhas linguísticas que reflitam mudanças na realidade dominante, com observância dos fatores históricos, políticos e sociais, bem como das finalidades que lhes são subjacentes. Tudo isso, a partir de uma leitura sistemática da totalidade normativa constitucional, buscando interações e afastando contradições com as regras e princípios constitucionais pertinentes. Só assim se garantirá a almejada unidade e integração político-constitucional, conferindo-se eficácia ótima às normas constitucionais levadas em consideração.

E se essa é atribuição do intérprete-jurista que se pretende aqui desempenhar é, ainda mais, do intérprete-julgador por excelência da Constituição, o Supremo Tribunal Federal. Sobretudo quando se considera que os seus precedentes, jurisprudência e súmulas podem ser, reconhecidamente, fonte vinculante (senão intensamente persuasiva) de direito em nosso ordenamento.

²⁹⁹ Sem deturpações do sistema de distribuição de competências, em atenção à “correção funcional” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108).

CAPÍTULO 2

PROCESSO E PROCEDIMENTO.

1 OS ATOS COMPLEXOS DE FORMAÇÃO SUCESSIVA. PROCEDIMENTOS.

1.1 Noção introdutória.

Francesco Carnelutti advertia, há muito, que o estudo dos fatos jurídicos não será completo se, após analisar os fatos em si, isoladamente, não os encararmos em suas diferentes combinações jurídicas³⁰⁰, em toda sua complexidade.

Daí a importância de tratar dos atos jurídicos complexos em sentido amplo.

Um dos critérios de classificação dos fatos jurídicos é a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica. A categoria ato jurídico em sentido lato particulariza-se pela existência dessa vontade humana³⁰¹ na composição do seu suporte fático hipotético.

Mas há certos atos em que se identifica a existência de uma pluralidade de vontades humanas - com eficácia própria (potencial) -, relacionadas entre si, que visam ao alcance e à consecução de um fim último (a obtenção de um ato final). São os atos complexos em sentido amplo.

Existem, contudo, diferentes posicionamentos doutrinários sobre o tema.

1.2 Principais posicionamentos doutrinários.

1.2.1 Posicionamento de Marcos Bernardes de Mello.

Dentro do que ora se denomina ato complexo *lato sensu*, Marcos Bernardes de Mello reconhece atos complexos (*stricto sensu*) e atos compostos.

Define os atos complexos *lato sensu* como *atos de direito público* para cuja realização se exige a prática de uma série de atos e deliberações, por órgãos estatais. Há o ato final, que define sua natureza e sua denominação, e o(s) ato(s) condicionante(s) do ato final, estando todos eles correlacionados e encadeados no tempo, como elementos constitutivos de

³⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 467.

³⁰¹ Cf. estudo prévio já realizado sobre o assunto em BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 20 ss.; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 148, 2007.

um processo. O processo seria, assim, esse “conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim”³⁰².

Cada um dos atos tem seus próprios pressupostos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia. A nulidade de um deles pode macular os que lhes são posteriores, e invalidar todo o ato complexo/composto - mas não afeta sua existência.

O autor diferencia-os (atos complexos *stricto sensu* e compostos) por um critério orgânico. No ato *complexo stricto sensu*, o aglomerado de atos e deliberações que o constitui advém de *órgãos componentes de um mesmo poder* estatal ou entidade administrativa autônoma. No ato *composto*, esse conjunto de atos e deliberações emana de *órgãos que fazem parte de poderes ou entidades distintos*³⁰³.

Com base em sua doutrina, os procedimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos (como a licitação ou um procedimento disciplinar) seriam, em regra, atos jurídicos complexos; os procedimentos estatais seriam atos complexos. Essa é uma premissa desta tese.

1.2.2 Posicionamento de Giovanni Conso – e outros.

Seguindo essa linha de raciocínio, indispensável consultar a doutrina do italiano Giovanni Conso³⁰⁴, que trilha rumos semelhantes.

De acordo com o autor, a *fattispecie* complexa é aquela cujo esquema abstrato reúne os fatos necessários para alcançar o seu escopo, o que pode se dar a partir de diferentes formas de relacionamento entre eles (fatos):

- a) aquela em que os fatos devem ser postos em uma determinada ordem, necessariamente sucessiva, quando se fala na *fattispecie complexa de formação sucessiva*;
- b) aquela em que os fatos devem realizar-se contemporaneamente, quando se fala na *fattispecie complexa de formação concomitante*; e, enfim,
- c) aquela em que os fatos podem realizar-se em qualquer ordem (ou eventualmente sucessiva), quando se fala na *fattispecie complexa de formação cronologicamente indiferente*.

³⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154-156.

³⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154-156.

³⁰⁴ Em obra, cujo teor foi parafraseado, com tradução livre: CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 115-137.

Interessante notar que o autor classifica os fatos complexos, tomando como critério a ordem dos atos que o compõem, falando em fatos: sucessivos com ordem certa (*a*); sucessivos com ordem indiferente (*c*) e concomitantes ou contemporâneos (*b*)³⁰⁵.

Sustenta, ainda, que a categoria *fattispecie complexa de formação sucessiva* abrange os procedimentos em geral - destacando os administrativos, jurisdicionais e legislativos³⁰⁶. Os procedimentos, diz, caracterizam-se pela existência de diversos fatos jurídicos coligados uns aos outros em vista de um efeito culminante (o efeito do procedimento). Resolvem-se numa pluralidade de atos que compõem uma série temporal.

O problema fundamental, segundo pensa, é definir de que modo os procedimentos se distinguem das outras combinações de fatos (dos outros tipos complexos)³⁰⁷.

Giovanni Conso³⁰⁸, após expor e refutar diversos entendimentos doutrinários sobre a matéria³⁰⁹, busca diferenciar o procedimento dos demais atos complexos, asseverando que a ligação entre os fatos que constituem a primeira espécie é mais *intensa*³¹⁰. O procedimento, sustenta, é composto por um número mais ou menos vasto de atos que se realizam em *cumprimento de um dever*. Mais adiante, esclarece que o dever de que está falando é a situação jurídica que surge ou de qualquer modo se concretiza ao verificar-se um dado fato integrante do rito - sendo que a ocorrência desse fato é fenômeno característico dos

³⁰⁵ CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 115 e 116.

³⁰⁶ CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 121 et seq.

³⁰⁷ CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 125 et seq.

³⁰⁸ CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 131-138.

³⁰⁹ Relembra que, para dada corrente doutrinária, o procedimento se peculiariza por ser o efeito final produto do último ato da série - e, não, da junção desses atos seriados. Mas Giovanni Conso demonstra-se avesso a esta concepção, apontando que nem sempre o ato culminante é o ato final; há situações em que é ato intermediário. Por exemplo, no procedimento legislativo, a lei (ato visado) é sucedida pela sua promulgação e publicação; no procedimento jurisdicional, a decisão derradeira, quando não impugnada por determinado lapso temporal, forma coisa julgada, e ainda pode ser sucedida de execução (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 126 e 127; constata a sutileza, FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 79). Salienta que, para outra corrente, a realização do ato final seria o efeito (resultado) de todos os atos precedentes. Mas se a existência de um resultado é entidade encontrada também nos procedimentos não-jurisdicionais - assim como em todos os procedimentos -, é verdade que não só eles, os procedimentos, se cristalizam nessa entidade exterior (em um resultado) - basta pensar em um contrato, um testamento ou outros que se exteriorizam por um documento. Daí concluir Giovanni Conso que, essa linha de definição do procedimento, não contribui para distingui-lo das outras *fattispecie complesse*. Para o autor, no plano das relações entre os efeitos da *fattispecie complexa* e os efeitos dos fatos que a integram, não se pode extrair nenhuma diferença entre procedimento e outros atos complexos. (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 128 e 129).

³¹⁰ Essa ligação não seria tão intensa nas demais *fattispecies complexas* (ex.: o ato submetido a aprovação).

deveres inerentes a um *poder funcional* estatal. Parece defender que, em cumprimento a um dever, pratica-se um ato; dessa prática, nasce novo dever, e assim sucessivamente.

Pode tratar-se de dever que se adimple por ato de conteúdo predeterminado (ex.: notificação) ou não (ex.: sentença). E, às vezes, o adimplemento dá-se por um ato ou outro, ambos igualmente idôneos para realização do procedimento.

Giovanni Conso segue refletindo sobre as diferentes possibilidades de dinâmica procedimental existentes, mas sempre com base na ideia de que a *obrigatoriedade* tanto qualifica o procedimento, quanto garante a progressão de sua série de atos. Cada fato do procedimento tem o efeito de fazer surgir o dever (daí o que chama de "obrigatoriedade") para o sujeito de praticar atos sucessivos e, assim, parece-lhe digna de nota a tese de que o procedimento é *série de atos e série de efeitos causalmente ligados*³¹¹, *também a um efeito final*.

Pois bem. O que se extrai dessa doutrina e ora se lança como premissa é o reconhecimento do *ato complexo como categoria que engloba o procedimento* - que é série de atos interligados e voltados a um ato culminante. As principais manifestações doutrinárias nesse sentido encontram-se dentre aqueles autores que falam dos processos jurisdicionais ou da teoria geral do direito. É o que se vê, por exemplo, na doutrina de J. J. Calmon de Passos³¹², Marcos Bernardes de Mello³¹³, Fredie Didier Junior³¹⁴ e Manoel Galdino da Paixão³¹⁵. Mas não deixam de existir variações doutrinárias sobre a matéria.

³¹¹ Assevera que o procedimento, *fattispecie* ampla, é composto, também, por *fattispecies* mais restritas cujos efeitos são preliminares e podem estar ligados ao fato isolado ou ao fato complexo (ex.: citação ou deliberação da câmara sobre projeto de lei). (CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 136-137).

³¹² J. J. Calmon de Passos adota premissas afins para chegar à conclusão em tudo semelhante. Em seu "Esboço para uma Teoria das Nulidades", uma de suas obras mais aplaudidas, enquadra o processo ou o procedimento como "tipo complexo de formação sucessiva do tipo procedimento". É um procedimento regulado, diz. E com base na doutrina de Giovanni Conso, caracteriza-o como uma série de atos e efeitos (preparatórios), encadeados e ligados por relação de causalidade, todos eles voltados para um efeito final (*conclusivo*). (PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 83-88).

³¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154-156. Ao contrário do que ora se defende, Marcos Bernardes de Mello entende que os atos complexos são, estritamente, de direito público.

³¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14 et seq. Esse mesmo autor, em obra mais atual, reafirma que o processo é procedimento (sinônimos entre si) que se define como ato complexo de formação sucessiva. Mas isso não exclui o fato de o mesmo termo (processo) ser utilizado para se referir aos efeitos desse ato em sua complexidade (relações jurídicas daí decorrentes). (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 21 e 22; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 64 ss.).

³¹⁵ Embora no estudo do processo jurisdicional, define-o em essência como fato jurídico complexo, reconhecendo que implica fatos e relações jurídicas. (PAIXÃO JUNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 147-151).

Muitos autores adotam concepção semelhante do fenômeno procedimental, mas lhe atribuem natureza ou abrangência distinta: *i)* alguns defendem peremptoriamente que o procedimento não seria ato complexo; *ii)* outros se limitam a abordar e conceituar o procedimento sem preocupar-se em enquadrá-lo, ou não, como ato complexo (ou outra categoria paralela). Confirmam-se alguns deles.

1.2.3 Posicionamento de Egon Bockmann Moreira - e outros.

Egon Bockmann Moreira, malgrado traga conceito afim para os procedimentos estatais em geral, entende que não seriam atos complexos. Segundo o autor, o ato complexo constitui-se por atos distintos voltados a um fim único. Peculiariza-se pela fusão das vontades dos agentes, que é necessariamente unânime e indivisível, isto é, não admite dissenso e não é susceptível de fragmentação, para fins de validade do ato final³¹⁶.

Sandra Julien Miranda, nessa mesma linha de entendimento, que demonstra ser seguida por diversos administrativistas, identifica os atos complexos como aqueles resultantes da soldagem ou da integração das vontades de órgãos diversos ainda que pertencentes ao mesmo ente -, da qual decorre a manifestação com um só conteúdo e finalidade³¹⁷.

Também adota visão distinta do ato complexo, semelhante àquela ora exposta, Francesco Carnelutti, cujas reflexões são a seguir sintetizadas.

1.2.4 Posicionamento de Francesco Carnelutti.

Como dito, a concepção de ato complexo citada no item imediatamente anterior é próxima à encontrada na obra de Francesco Carnelutti – que confessa abeberar-se de contribuição administrativista. Segundo o autor italiano, combinando-se fatos jurídicos, é possível identificar duas espécies distintas: o procedimento (combinação vertical de atos) e o ato complexo (combinação horizontal).

O procedimento é uma combinação de atos, cujos efeitos jurídicos são causalmente ligados entre si – isto é, cada um produz efeito próprio consistente em viabilizar o ato sucessivo (é pressuposto do outro) –, todos concatenados para a consecução de um efeito jurídico final (último e supremo, diz), que seria o caso julgado.

³¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 59-60.

³¹⁷ MIRANDA, Sandra Julien. **Do ato administrativo complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 47-61.

Assim, “esse efeito último vem afinal a produzir-se por uma série de impulsões, comunicadas de uns fatos para os outros, assemelháveis a duas carruagens nos carris do caminho de ferro. O mesmo se passa também com as combinações dos atos das partes com os atos do juiz³¹⁸”. Corresponde ao procedimento jurisdicional que se enquadra, no presente trabalho, como ato complexo.

Mas o ato complexo, para o autor, teria significado distinto. Seria uma combinação de atos, cujos efeitos próprios não estão ligados por causalidade aos posteriores (são independentes), e que concorrem para que se produza um efeito único. Traz como exemplo a decisão colegiada de um tribunal³¹⁹.

Dentre eles (atos complexos), estaria o ato coletivo pluripessoal (ato concursal), visualizável em três figuras: a) o ato colegiado, que tem causa e móbil³²⁰ idênticos, como a decisão advinda de tribunal; b) o acordo (que tem causa idêntica e móbil diverso); c) e o contrato (que tem causas diversas, mas interdependentes)³²¹.

Em síntese, para o autor o procedimento seria uma cadeia de atos, com efeitos causais e dependentes, que visaria um efeito final (combinação vertical); e o ato complexo seria um feixe de atos, com efeitos independentes, que convergem para um efeito único (combinação horizontal).

Conclui que “o verdadeiro traço distintivo das duas referidas figuras reside é na dependência ou independência do efeito jurídico global em relação ao efeito de cada ato em si mesmo considerado³²²”. No ato complexo, o efeito comum é independente do efeito de cada ato, no procedimento ocorre o inverso. No ato complexo, cada ato singular está ligado diretamente ao efeito conclusivo (a causa única), lembrando um círculo de convergência; no procedimento cada ato sucessivo se relaciona diretamente com o seguinte, mas indiretamente ao último e conclusivo, lembrando uma linha reta³²³.

³¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 467-469.

³¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 467-470. Em obra distinta, o autor faz a diferenciação, mas registra a dúvida que a meditação em torno desse conceito lhe gera, e que não se pode considerar resolvida. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. VIII. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 139 ss. e 156 ss.).

³²⁰ Em momento anterior da obra o autor define causa em sentido estrito como o interesse imediato no ato e o móbil como o interesse mediato. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 392).

³²¹ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 473. Vide, ainda, CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, 3 v, p. 470 ss.

³²² CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 467-470.

³²³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, 4 v, p. 19 e 20.

Perceba-se que o processualista utiliza como critérios distintivos os efeitos isolados de cada ato e seu vínculo com o efeito derradeiro - o que não parece adequado. Utiliza “efeito” para classificar “ato”.

Um critério de classificação deve considerar elementos essenciais e estruturais das espécies propostas (exclusivos e invariáveis)³²⁴. No caso, para distinguir fatos e atos, utilizou-se a existência ou não de vontade humana no suporte fático como critério, algo que é da substância do fato/ato. E o mesmo critério (volitivo) é invocado para identificar nova espécie de ato, o ato complexo (plural e de formação sucessiva), que se define como série de atos volitivos concatenados para a produção de um ato de vontade culminante.

Demais disso, embora o autor designe de procedimento aquilo que ora se alinha de ato complexo, não deixa ele de vislumbrar procedimentos fora do âmbito estatal, no âmbito negocial. Assume o autor que “dada a definição de procedimento, logo se torna manifesto que nele cabe também a combinação que usualmente se estabelece entre o chamado contrato preliminar e o contrato definitivo³²⁵”.

1.2.5 Posicionamento de Paula Costa e Silva.

Paula Costa e Silva, assim como Francesco Carnelutti, adota o acto-procedimento, categoria que, aos seus olhos, distingue-se do acto-complexo. Para a autora, ambos aproximam-se por terem uma pluralidade de eventos como pressuposto para um dado resultado. Mas diferem pelo tipo de relação entre os eventos que o compõem e pelos seus efeitos³²⁶.

O acto complexo é conjunto de atos que se agregam (soldam) num "título", que os transcende e produz os efeitos a que se destina - o que não excluiria a possibilidade de formar-se por um procedimento. É um ato único, integrado pelos atos que o precederam. Assim como Francesco Carnelutti, defende que não há ato final (distinto dos anteriores, preparatórios), que produz efeito final; o que há é ato único que produz efeito único.

³²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, 2 t, p. 183-185; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111 e 112.

³²⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 470. No que tange à diferença entre procedimento e processo, a visão do processualista é muito simples: o processo é a soma dos atos realizados para composição do litígio e procedimento é a ordem e sucessão de sua realização. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, 4 v, p. 20 e 21).

³²⁶ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 99.

Dá como exemplo o contrato (e o “processo” negocial)³²⁷, explicando que o contrato costuma ser precedido de uma fase de preliminares, “no momento em que os actos de que se fala são já actos que vão integrar o título, deixamos de poder falar de actos que integram um procedimento para passarmos a falar de actos que concorrem para a formação de um acto complexo³²⁸”.

Já o acto-procedimento é cadeia de atos preparatórios de um ato final, que produz efeito final, sendo que este ato derradeiro se distingue daqueles que o precedem (que têm seus efeitos próprios). Dá como exemplo a lei (e o processo legislativo)³²⁹.

Esclarece, enfim, a autora, que o processo pertence à categoria acto-procedimento e, não, acto complexo. É série de atos preparatórios de um ato final de resolução de um conflito: a sentença.

A autora demonstra conceber, pois, processos jurisdicionais³³⁰, mas ressalva que:

substancialmente, os termos processo e procedimento referem-se a realidades idênticas. Em ambos os casos, estamos perante um facto complexo pela quantidade, composto por um conjunto de factos que se sucedem no tempo e que visam preparar um resultado final.

Como deve, então, ser chamada a categoria em que se integram processo e procedimento?

Diríamos que tanto pode ser designada de processo como de procedimento. Parece-nos que não se pode avançar nenhuma razão substancial para justificar a opção por um nome. Fundamental é que se compreendam ambas as realidades na categoria³³¹.

E segue pontuando que os administrativistas vêm colocando o procedimento como instrumento para o exercício de função do Estado - o que exclui a existência de procedimento particular/negocial -, abrangendo a noção de processo como procedimento para o exercício exclusivo da função jurisdicional. Mas ratifica a conclusão inicial de que não há diferença substancial entre ambos (procedimento e processo); não importa o termo usado, mas o fenómeno identificado, assevera³³².

De tudo quanto é afirmado pela autora, uma colocação é especialmente relevante e voltará a ser explorada nesse trabalho: processo e procedimento são termos que se referem a uma mesma realidade e servem para definir um mesmo fenómeno.

³²⁷ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 99-101.

³²⁸ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 102.

³²⁹ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 99-102.

³³⁰ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 122 e 123.

³³¹ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 99-101.

³³² SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 124-128.

1.2.6 Posicionamento de Scarance Fernandes.

Scarance Fernandes reconhece subsistirem diferentes concepções de processo, mas nenhuma delas, diz, nega tratar-se de uma realidade unitária de formação sucessiva. Essa sua perspectiva una e seriada decorreria das características do próprio procedimento, que seria seu elemento essencial de coesão interna.

O procedimento é tido como “entidade unitária” composta por uma sucessão de atos jurídicos distintos, porém concatenados e coordenados, para alcançar um mesmo resultado. Todos eles são predispostos funcionalmente para a obtenção de um ato final, que, no processo jurisdicional, é a sentença.

Sua nota característica e peculiar, na opinião do autor, é a relação de causalidade e interdependência existente entre os atos singulares que o compõe. Cada ato isoladamente considerado é consequência do anterior e pressuposto do posterior. Cada ato só tem em si mesmo o valor de preparar atos subsequentes, todos eles voltados para um escopo final. Um ato processual nada produz de prático sem a realização de atos subsequentes e tem sua perfeição e validade dependente da realização regular dos atos precedentes³³³.

1.2.7 Posicionamento de Fazzalari.

Elio Fazzalari³³⁴ fala em procedimento, dentro da teoria geral do direito, como atividade preparatória de determinado ato estatal (imperativo), um provimento, de cunho jurisdicional, administrativo ou legislativo – vislumbrando-o também no contexto privado.

³³³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 31-33.

³³⁴ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 61-88. Acompanhado por PICARDI, Nicola. Dei termini. In Allorio, Enrico (coord.). **Commentario del Codice di Procedura Civile**. Torino: UTET, 1973, 1 v, 2 t, p. 1544. Aqui seguido por GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68-69 e 102-132; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203-208; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129-132; MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 144; ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: Relações entre Processo e Constituição. In **Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 48; DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 412. Admite processualização de funções estatais, LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 95; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 261 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85 e 152.

Define-o como série de normas, atos e posições subjetivas (posição do sujeito perante a norma), estruturada em uma sequência normativa: a prática de um ato que pode ou deve ser exercido de acordo com uma norma é pressuposto e condição de validade da realização de um ato seguinte, de acordo com outra norma, e assim sucessivamente até que o procedimento se esgote atingindo o seu ato final.

Para o autor, há processo onde houver procedimento em *contraditório* (paritário)³³⁵. Aí se enquadrariam, como espécies, em sua opinião, os processos administrativos, legislativos e jurisdicionais. E mais: reconhece a existência de processos “infra estatais”, de caráter privado, baseados na autonomia da vontade, exemplificando com processos arbitrais, de deliberação em associações, sociedades etc.

1.3 Posicionamento adotado.

Até então, tudo parece, de fato, uma questão de opção terminológica e da abrangência dada aos termos escolhidos pelos doutrinadores.

O termo ato complexo é, aqui, utilizado para definir reunião ou combinação de atos necessários para a realização de um escopo, atos estes que podem relacionar-se de diferentes formas³³⁶.

E o procedimento é ato complexo de formação sucessiva, cujos atos integrantes são reunidos em cadeia causal, ordenada e progressiva - em série de atos e posições -, que seguem rumo à obtenção de um ato *único* e final. Abrange o que alguns autores acima citados (como Francesco Carnelutti e Paula Costa e Silva) chamam igualmente de ato-procedimento (afinal é procedimento), mas também abrange, ao menos, parte do que enquadram como ato complexo.

Enquanto os autores mencionados inserem contratos e acordos na categoria ato complexo (também chamada de ato coletivo) - distinta da categoria que reconhecem como procedimento -, contratos e acordos aqui são inseridos no conjunto maior que se designa ato complexo (no subtipo procedimento).

Isso porque os procedimentos não se instauram exclusivamente no âmbito estatal. O processo (que é procedimento, como se verá) é instrumento de exercício de poder e

³³⁵ Assim, também, LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v, p. 294 e 295 (cf. nota de rodapé 5); PICARDI, Nicola. **Manuale del Processo Civile**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 208 e 209.

³³⁶ Próxima à concepção de CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 115 e 116. Rejeita a ideia do procedimento como ato complexo (ou composto), FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 79.

produção de norma - inclusive do poder negocial e de normas negociais (e particulares, portanto). Engloba, pois, ritos estatais e particulares³³⁷⁻³³⁸.

A propósito, Robert Alexy, quando trata das “competencias de derecho privado”³³⁹, traça interessante relação entre os procedimentos e a autonomia privada (poder negocial dos sujeitos privados):

a conexão entre os institutos jurídicos de direito privado e a idéia de procedimento reside no fato de que os institutos jurídicos de direito privado são formados sobretudo de competências, que, em si mesmas, não delimitam substancialmente as esferas jurídicas dos sujeitos de direito privado, mas fundamentam a possibilidade jurídica de se realizar uma tal delimitação. Isso significa, no entanto, que elas são procedimentos para a criação do direito. E, como procedimento privado e autônomo de criação do direito, são elas variantes de um dos modelos básico de procedimento, o modelo contratual³⁴⁰.

Demais disso, ao contrário do que se disse, o *iter* de formação de um ato negocial bilateral (seja contrato, seja acordo) não resulta na simples soldagem ou fusão de todos os atos sequenciados em um ato único com efeito também único. Pode ser permeado de negociações, propostas, contrapropostas, aceitações parciais e incidentes diversos (como opção, contrato preliminar, dentre outros), que são atos jurídicos com eficácia própria, cuja imperfeição reverbera nos atos subsequentes - se a proposta for oferecida por incapaz, por ex.,

³³⁷ Para aprofundamento no tema, cf. BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 40 ss. O objeto desse trabalho tem como foco processo estritamente jurisdicional, sobretudo o estatal (sem deixar de perpassar no Capítulo 5 pelo arbitral). Segue essa linha, DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 52. Visualiza processos no direito privado e no direito público, ANGELIS, Dante Barrios de. **Teoría del proceso**. 2 ed. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 13.

³³⁸ Viu-se, no Capítulo 1, que o costume também deve ser considerado uma fonte de direito no ordenamento brasileiro. Só que o seu “processo” de criação é histórico e social. Consolidou-se por sucessão de atos materiais reiterados no tempo que resultam no comando normativo consuetudinário. A lei lhe atribui força normativa (art. 4.º, LINDB), em que pese não se negue, a princípio, a juridicidade do costume *contra legem* (STJ, 3ª T. REsp n. 877.074/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12.05.2009, publicado no DJe de 17.08.2009). Na verdade, a tradição escrita do Direito brasileiro acabou determinando que não existam reflexões profundas e isoladas sobre sua origem (e a necessidade de um processo propriamente dito) e sua relevância jurídica em nosso ordenamento. Independentemente disso, em um país com regime democrático como o Brasil, sua incorporação como fonte de produção do direito não preocupa, certamente pelo fato de sua legitimação advir do fato de ele nascer da iniciativa e insistência comportamental observada no seio da própria comunidade a ser por ele regulada. Por essa ótica, há, também, contraditório, encarado como participação na construção da norma, embora com outra dimensão.

³³⁹ O autor comenta que existem competências de direito público e de direito privado. Caracterizam-se pela possibilidade de exercício de ações institucionais (baseadas em regras que lhe dão juridicidade) para modificação de situações jurídicas. As normas de competência (constitutivas) criam a possibilidade de atos jurídicos e, com isso, a capacidade de modificar posições jurídicas. E vislumbra uma competência do cidadão, uma autonomia privada, que o autoriza a criar direitos (como legislador privado). Conclui que existem competências privadas que gozam de proteção jusfundamental e não podem ser de todo eliminadas ou essencialmente modificadas. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 235-248).

³⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 484.

isso certamente repercutirá na aceitação e no próprio ato conclusivo. Todos os atos são voltados para um ato único e final, que é o negócio.

Mas o negócio pode sequer chegar a ser concluído, o que não retira a eficácia dos atos que o antecederam, que podem vincular ou gerar, até mesmo, responsabilidade civil³⁴¹. E se for concluído, seu teor não será, necessariamente, uma junção (união) de todos os atos precedentes, afinal, a proposta pode não ser aceita, mas a contraproposta, quem sabe, será.

Em que pese seja possível falar em procedimento no âmbito público (legislativo, administrativo e jurisdicional) ou particular, o foco principal desse trabalho é o poder de legislar sobre o processo público e, em especial, de natureza jurisdicional³⁴².

Não há como prosseguir, contudo, no exame da correlação entre processo e procedimento, sem analisar a doutrina que conceitua o processo no contexto do seu plano de eficácia, identificando-o, com variações, como a(s) relação(ões) jurídica(s) travada(s) entre seus sujeitos.

2 SITUAÇÃO JURÍDICA, RELAÇÃO JURÍDICA E PROCESSO.

2.1 Situação jurídica processual e suas acepções.

A expressão situação jurídica pode ser utilizada em dois sentidos.

Em sentido *amplo*, refere-se a toda e qualquer consequência produzida no mundo do Direito como decorrência de um fato jurídico, i.e., toda posição assumida pelo sujeito nesse contexto (jurídico)³⁴³, o que abrange as relações jurídicas e as situações jurídicas em sentido estrito.

³⁴¹ Se as tratativas não vinculam, podem conduzir ao dever de indenizar os danos causados com a legítima expectativa de contratação gerada na parte, mas frustrada por deslealdade, por exemplo (Assim, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 3 v, p. 38; RUSSO JR., Rômulo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 39-40; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, 3 v, p. 49; CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 142 et seq.).

³⁴² Sem excluir brevíssima abordagem do processo arbitral (jurisdicional e particular) no já mencionado capítulo 5.

³⁴³ Assim, toda situação jurídica pressupõe um fato jurídico. Todavia, antes do fato jurídico ocorrer, já está prevista abstratamente como sua consequência na norma jurídica. (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. V. 2. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 753). Por isso, é possível falar-se em posições *abstratas*, normativamente previstas, e sem menção a um sujeito específico e determinado, bem como em posições *concretas* voltadas para um dado sujeito, a serem por ele exercidas na prática de ato real (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 51).

Nesse último sentido, mais *estrito*, a situação jurídica diz respeito apenas àqueles casos em que a categoria eficaz que emana do fato jurídico não consiste em uma relação jurídica ou, mesmo que nela consista (situação relacional), seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica³⁴⁴.

A situação jurídica *lato sensu* é, pois, gênero, que tem como espécies a relação jurídica e a situação jurídica em *stricto sensu* (não-relacional)³⁴⁵. O que comumente se observa é que do fato jurídico decorra relação jurídica, que é, assim, considerada a mais importante categoria eficaz³⁴⁶. Mas isso não exclui a existência de outras categorias eficazes (não-relacionais), em especial a básica, a simples e a complexa (unilateral).

Todas elas subsistem e podem ser observadas dentro do processo, como efeito dos mais diferentes atos e fatos processuais.

2.2 Espécies de situações jurídicas processuais: relacionais e não-relacionais.

Na cadeia processual, atos e fatos se sucedem com a produção de efeitos jurídicos das mais diversas naturezas. Esses efeitos são as chamadas situações jurídicas processuais, que podem ser relacionais ou não-relacionais.

As situações processuais *não-relacionais* se subdividem em básicas, simples ou complexas (unilaterais).

A situação jurídica *básica* é a eficácia mínima e limitada de dado fato, que não produz, de plano, todos os seus efeitos próprios e visados³⁴⁷. Por exemplo, a decisão judicial dada contra a fazenda pública (e sujeita à remessa necessária) tem como efeitos mínimos a manutenção do estado de litispendência – e, pois, de litigiosidade e de interrupção da prescrição –, bem como a preclusão consumativa para o juiz (irretratibilidade).

A situação *simples* (ou *unissubjetiva*) ocorre quando o fato só vise produzir efeitos que atinjam uma única esfera de direitos, atribuindo qualidade ou qualificação ao sujeito, sem conduzir a qualquer dever, obrigação ou sujeição para outrem³⁴⁸. No âmbito

³⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78-79.

³⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 119 e 120. Com postura afim, inclusive admitindo situações não-relacionais, FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84-85 e 89.

³⁴⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79 e 80.

³⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80 e 84-87.

³⁴⁸ Marcos Bernardes de Mello esclarece, ainda, que é unissubjetiva mesmo que haja um direito subjetivo à sua imposição oponível a terceiros. O que a caracteriza é a qualidade ou qualificação e não o direito que a assegura.

processual, o que se pode dizer é que o fato processual pode conferir uma simples qualidade ao sujeito, isoladamente considerado, em relação ao processo³⁴⁹. É o caso da competência atribuída ao juízo federal como decorrência do fato consistente no ingresso de ente federal no feito (que corre perante juízo estadual) ou da capacidade processual da parte, quando alcança a maioria no curso do processo.

A situação jurídica *complexa unilateral* faz-se presente quando o fato está voltado para a produção de uma relação jurídica (situação jurídica complexa relacional), mas, de imediato, só gera efeitos que atinjam uma única esfera de direitos³⁵⁰. É o que se pode falar do lanço do pretense arrematante em hasta pública, que o coloca, a princípio, em situação de ficar vinculado à proposta, i.e., sua esfera jurídica fica exposta a ser vinculada por um ato estatal que acate seu lanço³⁵¹. É possível a retratação pelo arrematante antes de assinar o auto³⁵², mas, depois disso, quando sela o negócio bilateral com Estado expropriante, prevalece a correspectividade (da situação, agora, relacional) e a irretratabilidade (art. 901, CPC)³⁵³.

Diz-se que dentre as situações complexas unilaterais se enquadrariam os chamados poderes processuais, porquanto sejam situações ativas e autônomas de vantagem que envolvem mais de um sujeito, mas só produzam efeitos para um deles³⁵⁴. O principal exemplo de poder seria o ônus³⁵⁵.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81 e 88 ss. Sobre qualidades jurídicas, vide MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, 1 t, p. 122 e 123. Admitindo situações simples, dita uniposicionais, CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 70 ss. Lourival Vilanova comenta o efeito jurídico “meramente qualificador” do fato jurídico, acrescentando o quão indispensável ele é, para que aquele qualificado como sujeito de direito figure no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica. (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: OAB, 1985, p. 80 e 81).

³⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 123 ss. Os autores dão exemplos como o da legitimação processual e a competência.

³⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81 e 163 ss. São os “efeitos mínimos” (vinculação), segundo MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1955, 5 t, p. 7.

³⁵¹ Assim, embora falando da proposta contratual, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81.

³⁵² Devem ser aplicadas regras que regem a responsabilidade pré-contratual (art. 427 do Código Civil), se porventura voltar atrás antes disso de modo a causar algum prejuízo ao exequente ou ao executado.

³⁵³ Aroldo Plínio Gonçalves reconhece que as situações jurídicas (não-relacionais) estão presentes no processo. Mas, na verdade, o autor fala em situação não-relacional por conceber o direito como posição de vantagem em relação a um bem, que decorre de situação jurídica nascente de fato a que a lei confere essa força. E o direito pode ser, a seus olhos, faculdade ou poder. O autor esclarece que a faculdade e o poder não se exercem sobre atos de outras pessoas. Decorrem da norma e se referem ao ato do próprio agente em relação à sua conduta. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 94, 95 e 101).

³⁵⁴ Não aqueles que compõem conteúdo do direito subjetivo, que impliquem interação entre mais de um sujeito (como se refere MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1955, 5 t, p. 241). Nem como situação jurídica relacional a que corresponda estado de sujeição, que os identificaria com os direitos potestativos ou formativos (vendo tais poderes como situações relacionais, CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, 1 v, p.

O ônus é o poder de praticar ato no interesse do próprio onerado, que só se “relaciona” consigo mesmo³⁵⁶, sem que haja uma situação passiva correspondente. Incentiva-se, assim, a parte a atuar em nome do seu proveito pessoal³⁵⁷. Os ônus são “imperativos do próprio interesse”, na clássica colocação de Goldschmidt, que representam a necessidade de prevenir um prejuízo processual para si³⁵⁸.

Assim, o ônus se distingue dos outros poderes (ex.: poder judicial de ouvir testemunha como informante) pelo fato de o seu não-exercício implicar para o seu titular uma consequência negativa, um prejuízo processual³⁵⁹ (ex.: como a presunção de veracidade dos fatos afirmados pela contraparte para aquele que não exerce ônus de contestar).

O ônus distingue-se do dever por ser situação ativa e pelo fato de o seu não-atendimento não configurar um ilícito, e, também, segundo Goldschmidt, porque os deveres se colocam como imperativos impostos no interesse de um terceiro ou de uma comunidade³⁶⁰.

No processo, porém, destacam-se as situações *complexas relacionais*. Caracterizam-se pela existência de vínculo de poder e submissão entre sujeitos

113 ss.; TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, 2002, p. 04). São poderes em sentido estrito tomados como “situações autônomas”, não relacionais, sem uma contraposição passiva de parte contrária. Mas não se pode negar que o termo “poder” (amplamente considerado) também se refere ao conteúdo de situações relacionais, como aquelas em que o juiz está no polo ativo de uma relação que envolve esfera jurídica de outro sujeito. Isso porque podem ser vistos como conteúdo de direito subjetivo, ainda que não se use esse termo (incomum para designar poder do juiz, por ex.) (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 123-127). Com essa linha de pensamento, Paula Costa e Silva, que sustenta que grande parte dos “direitos processuais” são poderes processuais, como o poder de contestar, de produzir provas etc., que não têm uma correspondente situação passiva. Acresce, ainda, que seriam eles situações instrumentais que integram uma situação mais abrangente que é o poder de influenciar na decisão final do procedimento. (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 137, 138 e 155).

³⁵⁵ O ônus é usualmente tido como situação passiva, mas, nessa proposta aqui adotada e desenvolvida, é tomado como uma situação ativa de poder. (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 126; SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao estudo do processo civil**. Lisboa: Lex, 2000, p. 71 e 72). Também visualizando o ônus como situação ativa, Devis Echandía sustenta que, dentre os direitos subjetivos, estão as cargas processuais (ex.: recorrer, defender-se, provar). (ECHANDEA, Devis. **Teoría General de Proceso**. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 364 e 365). Por outro lado, em que pese defina a carga como situação passiva, Enrique Véscovi defende derivar da titularidade de um poder (VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General Del Proceso**. 2 ed. Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 213). Simplesmente tratando-o como um tipo de poder, o “poder-ônus”, ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 201 (assim, como espécie de poder, TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, 2002, p. 04). Também Fazzalari define que poder ou faculdade pode ser caracterizado como ônus se lei prevê consequência desfavorável. (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 401).

³⁵⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 t, p. 217.

³⁵⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao estudo do processo civil**. Lisboa: Lex, 2000, p. 72.

³⁵⁸ GOLDSCHIMDT, James. **Teoria General Del Proceso**. Buenos Aires, Barcelona, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 82.

³⁵⁹ GOLDSCHIMDT, James. **Teoria General Del Proceso**. Buenos Aires, Barcelona, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 81-83.

³⁶⁰ GOLDSCHIMDT, James. **Teoria General Del Proceso**. Buenos Aires, Barcelona, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 82.

correlacionados³⁶¹. Pressupõe-se, assim, mais de um sujeito, em torno de um mesmo objeto, em cuja relação jurídica se encontram direitos, pretensões, ações e exceções a que correspondem, respectivamente, deveres, obrigações, situações de acionado e de excetuado³⁶².

É exatamente isso o que se pode observar no âmbito processual, com vínculos jurídicos travados entre sujeitos processuais, sobretudo autor-réu, autor-juiz e réu-juiz, sem excluir enlace entre outros sujeitos³⁶³.

Seu conteúdo mínimo seria um direito e um dever correlato. “Assim, o direito subjetivo processual nada mais é do que uma dada relação jurídica processual vista sob o ângulo do sujeito ativo, enquanto os deveres processuais refletem a posição daquele que se encontra como sujeito passivo de uma relação processual³⁶⁴”.

Feita essa exposição, pode-se dizer que, em termos de eficácia processual, sai-se do básico, passando-se pelo simples, para chegar-se ao complexo (unilateral ou relacional)³⁶⁵.

Dessa forma, no processo podem ser exercidas situações jurídicas relacionais ou não-relacionais, a depender do espectro de projeção de seus reflexos: para um só sujeito ou para sujeitos diferentes (com correspectividade)³⁶⁶.

Mas nem sempre essa visão é ou foi acatada doutrinariamente.

³⁶¹ ANDRADE, Miguel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997, 1 v, p. 18.

³⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80 e 168 ss. Seria a correlatividade de direitos e deveres. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1955, 5 t, p. 422 e 423; destaca essa atribuição jurídica de correlatos direitos e deveres/sujeição, ANDRADE, Miguel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997, 1 v, p. 02). Relação jurídica é, assim, o “vínculo entre duas pessoas em relação a um objeto”. (FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89). A ênfase é nos sujeitos posicionados perante dado objeto. (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50 e 51). Daí destacar Vilanova que: “A relação jurídica, em sentido estrito, é interpessoal. Direitos, faculdades, autorizações, poderes, pretensões, que se conferem a um sujeito-de-direito estão em relação necessária com condutas de outros sujeitos-de-direito, portadores de posições que se colocam reciprocamente às posições do primeiro sujeitos-de-direito, condutas qualificadas como deveres jurídicos em sentido amplo”. (VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: OAB, 1985, p. 82).

³⁶³ Salientando-se a possibilidade de relações travados com outros sujeitos também (como testemunhas, auxiliares e terceiros), GARCÍA, Carlos Arellano. **Teoria General Del Proceso**. 14 ed. México: Porrúa, 2005, p. 10. Basta pensar, por exemplo, que a parte tem o dever de reembolsar a testemunhas das despesas que fez para comparecer em juízo (art. 459, CPC) e o terceiro tem o dever de exibir coisa ou documento quando o juiz o determinar a pedido da parte interessada (art. 398 ss., CPC).

³⁶⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2010, 2 v, p. 765.

³⁶⁵ Classificação de MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80-83 e 163 ss. Sobre essas situações processuais, com detalhes, discussões e exemplos, DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 123 ss.

³⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 122 e 123.

Por muito tempo o processo fora reduzido à condição de procedimento (sucessão de atos e formas). Só em meados do século XIX se enxerga, no fenômeno processual, a presença de situação jurídica relacional que envolve ao menos partes e juiz. E, enfim, mais recentemente, sobretudo na segunda metade do século XX, surgem aqueles que identificam que o processo é procedimento, cujos atos integrantes produzem diversos tipos de situações jurídicas (ou, ao menos, as relacionais).

Daí a importância de conferir as principais teorias e posicionamentos existentes sobre o tema.

2.3 Processo como situação jurídica relacional. A doutrina de Oskar Büllow.

Como visto, para que se admita a existência de relação(ões) jurídica(s) no processo é necessário que envolva(m) mais de um sujeito (ao menos uma das partes e o juiz), em torno de um dado objeto, titularizando direitos, pretensões, ações e exceções e os seus correlatos deveres, sujeições, obrigações, condição de acionado e de excetuado.

Costuma-se falar em *uma* relação jurídica processual, como o liame jurídico entre partes e juiz, que nasce com a propositura da ação. Mas não é tranquilamente aceita essa possibilidade, marcada por profunda controvérsia na doutrina processual, desencadeada sobretudo pelo alemão Oskar Büllow.

Rigorosamente, a ideia de uma relação jurídica processual fora inicialmente concebida por Hegel e invocada, posteriormente, por Bethmann-Holweg. Mas foi Oskar Büllow quem, de fato, levou adiante, de modo produtivo, essa concepção³⁶⁷.

Em 1868, Oskar Büllow publicou, em Giessen, na Alemanha, sua obra “Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais”, em que desenvolveu e sistematizou a teoria do processo como relação jurídica.

A base da argumentação de Büllow se encontra nas exceções dilatórias (daí o nome da obra). Segundo o autor, com o oferecimento destas exceções (ou alegações) o réu poderia denunciar, também, a existência de vícios relativos ao processo. O reconhecimento do vício processual deixaria intacta a relação material – assim como a inexistência desta não implica a negação daquela -, o que demonstraria que elas não se confundem entre si.

³⁶⁷ E também Josef Kohler, em 1888. Informação trazida por SEGNI, Antonio. Procedimento civile. In **Nuovo Digesto Italiano**. Torino: Unione Tipografico, 1939, 17 t, p. 554; SEGNI, Antonio; COSTA, Sergio. Procedimento civile. In **Novissimo Digesto Italiano**. Turim: UTET, 1966, 13 t, p. 1042; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, 1 v, p. 55; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 3 t, p. 435.

Foi assim que as exceções dilatórias foram usadas por Büllow para demonstrar a autonomia da relação processual³⁶⁸⁻³⁶⁹.

O autor coloca os pressupostos processuais como elementos constitutivos da relação processual. Só há relação processual e processo quando estes pressupostos estão presentes – não havendo fase processual ou processo para julgamento do mérito na ausência dos pressupostos, pois o processo não se teria constituído³⁷⁰.

Assim, pode-se dizer, em síntese, que, para o jurista, o processo é uma relação jurídica dinâmica (ou “progressiva”) e de direito público, travada entre partes e juiz, assumindo: a) o juiz, o dever de decidir e realizar o direito; e b) as partes, a obrigação de prestar a colaboração necessária para tanto, submetendo-se ao julgamento daí oriundo (por aquilo que entende ser contrato de direito público)³⁷¹.

A relação jurídica processual é autônoma, diz, não se confundindo com a relação jurídica material deduzida em juízo, tendo em vista que: i) possui sujeitos próprios (partes e juiz); ii) tem objeto próprio (prestação jurisdicional); iii) possui requisitos próprios (os chamados pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo); e, enfim, iv) enquanto a relação processual encontra-se em estado embrionário, avançando gradualmente, rumo a um momento conclusivo (prestação jurisdicional), a relação material discutida estaria totalmente concluída³⁷².

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1 v, p. 470.

³⁶⁹ O autor percebeu que, até então, os pressupostos processuais foram tratados com a roupagem de “exceções dilatórias”. E constatou que existiriam ao lado das exceções dilatórias materiais (como exceção do contrato não cumprido), as exceções dilatórias processuais, que nada mais seriam que os pressupostos processuais em forma de exceção, expressados negativamente, tais como a exceção do foro incompetente, da prevenção, da suspeição, da falta de personalidade do processo não ritualmente formado etc. (BÜLLOW, Oskar. **Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lischtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 11 ss.).

³⁷⁰ BÜLLOW, Oskar. **Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lischtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 6-8. As prescrições normativas relativas à competência, imparcialidade (dos tribunais), capacidade (das partes), a redação da demanda etc. definem os “requisitos de admissibilidade”, as “condições prévias” para tramitação do processo. Por isso, qualquer desvio impediria o surgimento do processo. São os elementos constitutivos da relação processual, que propõe chamar de “pressupostos processuais”. (BÜLLOW, Oskar. **Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lischtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 5 ss.).

³⁷¹ Partindo do pressuposto de que o processo é relação jurídica (progressiva e de direito público), Oskar Büllow identifica, nessa concepção, problemas afins com as demais relações jurídicas, sentindo necessidade de definir quais são seus sujeitos, qual é o seu objeto e qual o fato necessário para seu surgimento. (BÜLLOW, Oskar. **Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lischtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 3-5).

³⁷² BÜLLOW, Oskar. **Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupuestos Procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lischtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 2.

Na verdade, a relação processual teria como conteúdo a relação material e como finalidade permitir a sua apreciação (da relação material) pelo estado-juíz³⁷³⁻³⁷⁴.

Essa visão ainda é considerada das mais aceitas pela doutrina na atualidade, dentro e fora do Brasil, contando com maior número de adeptos³⁷⁵. É tida como atraente por propor e viabilizar uma estruturação sistematizada do Direito processual, de caráter científico³⁷⁶, e também por dar ensejo à equiparação entre o sistema processual e material, a partir da noção de relação jurídica e seus elementos (sujeito, objeto e fato)³⁷⁷.

Mas, ainda assim, é profundamente controversa e, portanto, duramente criticada³⁷⁸, destacando-se, dentre seus críticos, James Goldschmidt e sua visão do processo como situação jurídica.

2.4 Processo como situação jurídica (direito material transformado). A doutrina de James Goldschmidt.

Para Goldschmidt, o processo não pode ser definido como uma relação jurídica, não havendo que se falar em obrigação para as partes, mas só em obrigação de decidir para o Estado. E a obrigação decisória do Estado independe de qualquer relação

³⁷³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, 1 v, p. 57; CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 300.

³⁷⁴ Sobre a teoria do processo como relação jurídica, cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Rapporto giuridico processual e litispendenza. *In Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, 2 v, p. 375 ss.

³⁷⁵ A exemplo de CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, 1 v, p. 55; WACH, Adolf. **Manual del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ejea, 1977, 1 v, p. 64 e 65; SEGNI, Antonio. Procedimento civile. *In Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico, 1939, 17 t, p. 554; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, 1 t, p. 218 ss.; NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 187; CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 169; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 2 v, p. 38 e 39; FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 235 e 261; ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39 ss. Na esfera penal, TORNAGHI, Hélio. **A Relação Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 12 ss. Comentando sua ampla aceitação em meados do século XX, na Alemanha, Espanha e Itália, CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e proceso**. Napoli: Morano, 1958, p. 34 e 35; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: Red Livros, 1999, p. 96.

³⁷⁶ Essa teoria é vista como uma reação à concepção predominante em séculos passados que confundia processo com procedimento (série de atos voltada à produção de ato judicial de reconhecimento de direito). O procedimento absorvia o processo. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 63).

³⁷⁷ Sobre o tema, SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 85-87.

³⁷⁸ Sugere-se conferir a crítica de MANDRIOLI, Crisanto. **La Rappresentanza nel Processo Civile**. Torino: UTET, 1959, p. 51 ss.

processual, pois decorrente do direito público, e imposta sob pena de denegação de justiça e responsabilização civil ou criminal, e, não, processual³⁷⁹.

O processo caracteriza-se como situação jurídica, sustenta. O direito material transforma-se, em juízo, nesta situação jurídica de esperança de decisão futura, traduzindo-se o direito em simples chances.

Para o autor, o direito material, estaticamente considerado, se desdobra em situações de:

- a) possibilidade de prática de atos visando a vantagens e, em *ultima ratio*, à decisão favorável;
- b) expectativa de obter essa vantagem e, ao fim, decisão favorável;
- c) perspectiva de obter decisão desfavorável por omissão do interessado; e, por fim
- d) ônus/carga de praticar atos para evitar prejuízo e, em última instância, decisão desfavorável³⁸⁰.

Mas a teoria de Goldschmidt não foi acolhida pela maior parte da doutrina.

Isso porque confunde o processo com o direito material (em torno do qual existem tais chances)³⁸¹, e por não permitir enxergar o processo em sua complexidade e

³⁷⁹ GOLDSCHIMDT, James. **Teoria General del Proceso**. Buenos Aires, Barcelona, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 19 e 20.

³⁸⁰ GOLDSCHIMDT, James. **Teoria General del Proceso**. Buenos Aires, Barcelona, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936, p. 51-53; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 130 e 131; CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 301. Na leitura que Calamandrei fez da referida teoria, às categorias de direito subjetivo e de obrigações jurídicas, próprias do direito material, correspondem, no direito processual: a) *ao direito subjetivo*, a expectativa (de vantagem independente da prática de atos para tanto e, ao fim, uma sentença favorável), a possibilidade (de prática de atos visando vantagens) e liberação de ônus (quando uma parte é livre para não praticar certo ato, sem que desta omissão deva temer um prejuízo processual); b) *à obrigação jurídica*, o ônus (caso em cabe a prática de ato para evitar uma desvantagem processual e, em última análise, uma sentença desfavorável). Mas essas expectativas, possibilidades, liberações de ônus e ônus não se integram no conceito de relação jurídica, e terminam por cair juntas sob um conceito mais amplo de “relação posta pelo direito entre uma pessoa e uma futura sentença”, mais especificamente sob o conceito do autor da teoria de “situação jurídica”. (CALAMANDREI, Piero. Il processo come situazione giuridica. In **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, I v, p. 181 e 182).

³⁸¹ ANGELIS, Dante Barrios de. **Teoría del proceso**. 2 ed. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 17 e 18. A situação jurídica por ele colocada não é, pois, o processo, mas o objeto do processo. (LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, V. V, Parte 1, 1950, p. 336). James Goldschmidt, ao definir o processo como situação jurídica, não o considera como situação jurídica processual. Trata-se da situação em que se vê a parte diante do seu direito material, considerando a forma como pode ser tutelado em juízo, o que delinea uma realidade que não é estática, mas, sim, progressiva e dinâmica, num plano intimamente relacionado com o direito material (análise muito bem feita por SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 96).

dinamicidade, isto é, com a abrangência de uma sucessão de situações jurídicas processuais *distintas* – e, não só, uma única situação jurídica de caráter inegavelmente estático³⁸²⁻³⁸³.

Além disso, explica o fenômeno processual sob viés sociológico³⁸⁴, psicológico ou, no mínimo, metajurídico³⁸⁵, ligado à probabilidade de obter decisão final³⁸⁶, com visão prática e desvinculada do dever-ser³⁸⁷.

E, por fim, ignoram-se o papel central do juiz³⁸⁸ e os diversos vínculos que trava com as partes em litígio³⁸⁹.

2.5 O processo e as situações jurídicas. Diferentes visões doutrinárias³⁹⁰.

Com esse gancho, há quem opte por definir o processo ou reconhecer no processo um aglomerado de relações jurídicas que se travam entre seus sujeitos³⁹¹. Ou, ainda,

³⁸² CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e proceso**. Napoli: Morano, 1958, p. 35; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 136 e 137; CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302. Diz-se, contudo, que o grande legado de Goldschmidt foi explicar conceitos como ônus e sujeição (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 302).

³⁸³ O autor admite a relação jurídica como noção estática. E, como o processo é fenômeno dinâmico, não poderia ser, desse modo, explicado. O problema é que Goldschmidt define o processo como situação jurídica que, também, é essencialmente estática – até porque a relação jurídica é só um tipo de situação jurídica. Haveria, aí, portanto, uma contradição. (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 95). Por isso se diz que seu erro ontológico foi tentar dissociar as noções de relação e situação jurídica, substituindo uma por outra. (ANGELIS, Dante Barrios de. **Teoría del proceso**. 2 ed. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 17 e 18).

³⁸⁴ Não se estuda o processo teoricamente, mas considerando suas deformações práticas. PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 73.

³⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. Il processo come situazione giuridica. In **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, 1 v, p. 184.

³⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 136.

³⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. Il processo come situazione giuridica. In **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, p. 184.

³⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1950, 5 v, parte 1, p. 337.

³⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 136. Ignora, por exemplo, a existência de deveres que, nem sempre se traduzem em ônus e que subsistem no contexto de relação jurídica processual (e, não, uma relação de direito público travada entre o Estado e os súditos). (CALAMANDREI, Piero. Il processo come situazione giuridica. In **Opere Giuridiche**. V. I. Napoli: Morano, 1965, p. 184).

³⁹⁰ Para outras teorias, menos difundidas, sobre a natureza jurídica do processo, cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Algunas concepciones menores acerca de La naturaleza del proceso. In **Estudios de teoría general e historia del proceso** (1945-1972). México: Instituto de Investigações Jurídicas, 1974, 1 t, p. 377-448; no mesmo sentido, FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. Síntese didática de algumas teorias menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 855 ss.

³⁹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e proceso**. Napoli: Morano, 1958, p. 35; CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, 2 v, p. 783; MONACCIANI, Luigi. **Azione e legittimazione**. Milano: Giuffrè, 1951, p. 46; FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do**

quem admita que se possa dizer que todas essas relações jurídicas comporiam uma única relação, dita complexa, que seria o processo³⁹² – nem que seja por metonímia³⁹³ ou por análise feita a partir de perspectiva abstrata e normativa (do dever ser)³⁹⁴. Fala-se, até mesmo, na

Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28-31. Identifica existência de conjunto de relações no processo, GARCÍA, Carlos Arellano. **Teoría General Del Proceso.** 14 ed. México: Porrúa, 2005, p. 10; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 21; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida.** 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 65 e 66; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais.** Salvador: JusPodivm, 2011, p. 144; ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 200. Assim, Pontes Miranda admite haver no processo tanto procedimento como relação processual que seria: “uma ou totalizada (= totalidade das relações jurídicas processuais que ocorram). A todo processo corresponde *relação jurídica processual* ou *totalidade de relações jurídicas processuais*, salvo se tal processo só tinha aparência de processo (= era inexistente) ou se é nulo”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Relação Jurídica Processual.* In SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Borsói, s/a, 48 v, p. 116 e 117). No processo, como meio de exercício de qualquer função estatal, Odete Medauar fala em sucessão de posições ativas e passivas. (MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27 e 28). Menciona a crise da noção de relação jurídica processual e esclarece que o processo segue avante com a realização de sucessivas situações jurídicas, VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile. Parte Generale.** 6 ed. Napoli: Jovene 2002, p. 270; em sentido semelhante, DENTI, Vittorio. *Procedimento civile (atti del).* In **Digesto delle Discipline Privatistiche (Sezione civile).** Torino: UTET, 1996, 14 t, p. 553. James Guasp, ao abordar sua teoria do processo como instituição jurídica, afirma que os direitos e obrigações processuais são múltiplos (há mais de uma relação jurídica) e reclamam, pois, um conceito superior que os sintetize e sirva para designar a unidade processual. (GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil.** 3 ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, 1 t, p. 20 e 21; nesse sentido, COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil.** Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: Red Livros, 1999, p. 102 e 103).

³⁹² ECHANDÍA, Devis. **Teoría General de Proceso.** 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a, p. 168 ss.; WACH, Adolf. **Manual del Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires: Ejea, 1977, 1 v, p. 64 e 65. Falam da unidade da relação processual, no bojo da qual são conferidos poderes e ônus, SEGNI, Antonio; COSTA, Sergio. *Procedimento civile.* In **Novissimo Digesto Italiano.** Turim: UTET, 1966, 13 t, p. 1042. Do ponto de vista interno, da relação existente entre seus sujeitos processuais, Liebman sustenta haver um feixe de posições jurídicas agrupadas na relação processual, que seria, assim como o procedimento, una e progressiva (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v, p. 62-65; nesse sentido, NETO, Floriano de Azevedo Marques. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial.** Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 267; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 66). Calamandrei diz ser relação unitária, porém complexa, dinâmica e continuativa (CALAMANDREI, Piero. **Diritto Processual Civile.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999, 1 v, p. 266-268, 274 e 275; VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General Del Proceso.** 2 ed. Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 95; TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 107, 2002, p. 04). Cf. também GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual.* Tradução de Ronaldo Kochen. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 206, 2012, p. 125.

³⁹³ Embora preferindo falar em feixe de relações jurídicas (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 22; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida.** 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 64 ss.). Mas a conclusão do autor é de que “para encarar o processo como um procedimento (ato jurídico complexo de formação sucessiva), ou, ainda como um procedimento em contraditório, segundo visão de Fazzalari, não se faz necessário abandonar a ideia de ser o processo, também, uma relação jurídica”. Manuel Galdino da Paixão Junior externa sua opinião de que definir processo como relação jurídica é confundir causa com efeito. E admitir isso por metonímia seria inadequado pela seriedade do ponto de vista científico. (PAIXÃO JUNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria Geral do Processo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 145).

³⁹⁴ Segundo Gaetano Foschini, o que difere aqueles que veem o processo como fato daqueles que o veem como relação jurídica é a perspectiva a partir da qual se analisa o fenômeno processual: i) se observado sob ótica abstrata e normativa da realidade (sem lastro empírico), pode ser definido como relação jurídica complexa (aspecto do dever ser); ii) já se visto do ponto de vista concreto e estático é uma situação jurídica complexa (aspecto do ser); iii) se observado o seu aspecto concreto e dinâmico, é tido como fato jurídico - mais

relação jurídica como manifestação jurídico-processual do contraditório inerente à ideia de procedimento³⁹⁵.

Não se pode, contudo, deixar de mencionar a postura doutrinária que nega que o processo abranja a noção de relação jurídica (ou relações jurídicas). Seria um “clichê pandectista”, segundo Fazzalari³⁹⁶, de inspiração civilista, sendo a relação jurídica essencialmente estática e incompatível com complexidade processual. Assim, infrutífera seria a tentativa de incorporar acriticamente ao estudo do processo um instituto que nasce no Direito material e é lá trabalhado, sem analisar cuidadosamente sua inadequação para explicar ou definir o fenômeno processual. Difícil sua convivência com a dinamicidade e temporalidade do desenvolvimento dos atos processuais³⁹⁷. Isso sem falar na “indiferença

especificamente, como acto complexo (aspecto do tornar-se). Relação, situação e fato, diz o autor, são três diversos aspectos de uma mesma realidade jurídica, que devem ser considerados, na medida em que o processo é entidade complexa.

Assim, a relação jurídica seria a situação jurídica no seu “dever ser” e o fato jurídico no seu “dever tornar-se”, vistos, assim, abstratamente. Já em perspectiva concreta, a situação jurídica é o fato jurídico visto no seu “ser”, estaticamente, e o fato jurídico, por sua vez, é a situação jurídica vista no seu “tornar-se”, dinamicamente (FOSCHINI, Gaetano. *Natura giuridica del processo*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, 1948, 3 v, parte 1, p. 111-115).

³⁹⁵ Segundo essa visão, o contraditório é instrumentalizado tecnicamente pela presença da relação processual que é a sua projeção jurídica. O fato de terem as partes poderes, faculdades, deveres, ônus etc. (todas essas situações jurídicas ativas e passivas) dentro do processo significa que, de um lado, travam uma relação processual e, de outro, que este processo é realizado com sua participação, em contraditório. Não haveria incompatibilidade entre as teorias do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari) e como relação jurídica, que seriam facetas de uma mesma realidade. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160 e 163; CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 305). Todavia, Aroldo Plínio Gonçalves é enfático ao dizer que a concepção de procedimento em contraditório é incompatível com a teoria do processo como relação jurídica, pois o contraditório é o direito de participar com igualdade de armas e a ideia de relação jurídica estaria ligada à presença de liame de exigibilidade, subordinação. Uma garantia deste viés (paridade) não se afina com a ideia de sujeição, diz (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 132).

³⁹⁶ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 75 e 76. Nega em absoluto a existência de relação jurídica no processo, Aroldo Plínio Gonçalves. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 97 ss.). O autor não admite essa possibilidade à luz da concepção mais tradicional de relação jurídica, por não enxergar vínculos entre os sujeitos processuais em que um possa exigir do outro uma prestação (o que considera visão ultrapassada até mesmo no campo do Direito material em que não se pode admitir que uma parte tenha semelhante poder sobre a outra). No processo, em especial, diz, uma parte sequer pode se dirigir à outra, muito menos pode exigir algo do juiz. Mesmo os deveres de lealdade ou responsabilidade por despesas e multas, sustenta o autor, não configuram objeto de vínculo jurídico de exigibilidade, mas, tão só, da situação jurídica que a coloca na condição de parte do processo. Da mesma forma enxerga os deveres do juiz (ex.: tratar as partes igualmente, zelar pela rápida solução do litígio etc.), que não decorrem de poder da parte sobre sua conduta, mas, sim, da sua investidura na função jurisdicional. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 98 e 99). Não aceita a consideração de situações jurídicas na delimitação do significado do processo, MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1 v, p. 466.

³⁹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

axiológica” da concepção de relação processual, alheia que é aos valores da Constituição, dizem³⁹⁸.

Em que pese não se compactue, aqui, com a ideia de processo como sendo, em essência, relação jurídica, há que se reconhecer a feição minimamente política do instituto (relação jurídica processual), tomado que é por valores constitucionais, porquanto abarque em seu conteúdo, dentre outros, um direito público e subjetivo da parte a uma prestação jurisdicional do Estado (acesso à justiça), inerência ao Estado Democrático de Direito³⁹⁹, bem como o dever de todos os sujeitos envolvidos de contribuir para a solução justa da causa (boa-fé e cooperação).

Fora isso, há que se concordar que a relação jurídica é uma situação jurídica com conformação específica. E é, portanto, um conceito estático, constituindo-se naquilo que, em dado momento, é. E isso seria incompatível como a dinamicidade inerente ao processo⁴⁰⁰. Não há relação dinâmica, logo não há relação processual dinâmica⁴⁰¹.

Falar-se num processo como relação dinâmica seria aceitar que uma situação jurídica mude. Na verdade, como a situação jurídica se define como o que é em dado momento, mudando o momento, sobrevindo fato novo, produz-se uma nova situação (ainda que seja uma situação cujo conteúdo se alterou). Não haveria, assim, situação dinâmica⁴⁰².

³⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 140, 141 e 145.

³⁹⁹ É a visão de PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 73. E, também, por ver as partes como sujeitos de direitos, inclusive o de defesa e o de liberdade, diz TORNAGHI, Hélio. **A Relação Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 13 e 14.

⁴⁰⁰ Cf. MANDRIOLI, Crisanto. **La Rappresentanza nel Processo Civile**. Torino: UTET, 1959, p. 52 e 53. Liebman, em que pese adote a ideia de uma relação jurídica processual, caracterizando-a, reconhece o quão peculiar é enquanto fenômeno jurídico, questionando-se se seria essa a melhor forma de designá-lo (“relação jurídica”). Mas acaba concluindo que a terminologia já é bem aceita e não há razão suficiente para bani-la (LIEBMAN, Enrico Tullio. L’opera scientifica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, 1950, 5 v, parte 1, p. 341 e 342).

⁴⁰¹ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 97. Picardi aponta a recente tendência de resolver a concatenação procedimental recorrendo a situações subjetivas (como obrigação e ônus), entendidas como elementos estranhos à *fattispecie* de formação sucessiva, idôneos a constituir um nexos necessário e atribuir eficácia propulsiva às atividades singulares do procedimento. Mas nota que tais situações subjetivas não encontram conforto no direito positivo referenciado. Não são essenciais, por exemplo, no procedimento legislativo positivado, pois uma Câmara poderia se omitir de apreciar projeto de lei aprovado e transmitido pela outra. E, além disso, implicam que se passe de consideração dinâmica e objetiva do fenômeno procedimental para outra estática e subjetiva, quando que “do ponto de vista da *fattispecie*, a circunstância de que um ato seja explicação de um poder, de uma obrigação ou de um ônus é absolutamente irrelevante”. (PICARDI, Nicola. **La Successione Processuale**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 76 e 77).

⁴⁰² SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 97.

Só o processo tomado como fato pode ser visto em sua dinamicidade e unidade. Mas isso não exclui a necessidade de reconhecimento de que o processo comporta situações jurídicas. Se assim não o fosse, seria fato jurídico irrelevante para o Direito⁴⁰³.

O processo, enquanto fato (procedimental), produz situações jurídicas distintas e variáveis na medida em que progride⁴⁰⁴. Todos os atos da cadeia processual são potencialmente eficazes e aptos a produzirem situações jurídicas como efeitos (não só o ato final), senão seriam juridicamente despidos de relevância e significado jurídico⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶.

2.6 O processo como ato (procedimental) potencialmente eficaz. O papel das situações jurídicas processuais.

Rigorosamente, a tentativa de definir o processo no plano de eficácia, à luz das situações jurídicas que desencadeia e o permeiam, é questionável. O processo é ato. Como tal, é disciplinado pelo Direito e inevitavelmente produz efeitos - i.e., conduz ao nascimento de situações jurídicas (variadas). Mas o fato de o processo ser ato eficaz, não significa que seus efeitos sejam o próprio processo⁴⁰⁷.

Nada disso permitiria, contudo, negar a íntima conexão que há entre o ato e seus efeitos.

A situação jurídica é fundamento para prática do ato e o ato se dá no exercício da situação jurídica. É a juridicidade da situação que determina a juridicidade do ato; e a juridicidade do ato deriva da juridicidade da situação com base na qual ele se pratica⁴⁰⁸⁻⁴⁰⁹.

⁴⁰³ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 97.

⁴⁰⁴ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 97. Fazzalari identifica profusão de “posições subjetivas” no procedimento (poder, dever, faculdade e ônus). E o autor não as enxerga como posições de um sujeito diante de outro sujeito (ou no âmbito de relações), mas sim como posições do sujeito diante da norma que valora sua conduta como lícita, devida ou facultada. (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 50, 78, 329, e 419, 421; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 109). Cf., ainda, sobre essa concatenação de situações jurídicas, MANDRIOLI, Crisanto. **La Rappresentanza nel Processo Civile**. Torino: UTET, 1959, p. 53 e 54.

⁴⁰⁵ O que seria uma obviedade, diz ANGELIS, Dante Barrios de. **Teoría del proceso**. 2 ed. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 17.

⁴⁰⁶ Mas estes seus efeitos são prodrômicos (primeiros, preliminares), ficando sua justificação restrita à cadeia que integram. (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 101).

⁴⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 34 e 35.

⁴⁰⁸ Partindo dessa noção, Francesco Carnelutti prossegue comparando o sistema de relações jurídicas com o sistema nervoso de um corpo e o sistema de atos com o sistema muscular. E conclui que os músculos não podem agir sem os nervos e os nervos através dos músculos desempenham suas ações. (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 36 e 37). Daí Gaetano Foschini os enxergarem como o anverso e reverso de uma mesma moeda ou faces (dinâmica e estática) de uma mesma realidade jurídica. O fato jurídico seria a situação jurídica vista no seu tornar-se (dinamicamente) – depois de exercida; e a situação jurídica seria o mesmo fato jurídico visto no seu ser (estaticamente) – antes de exercido. Não há, na verdade, ser sem tornar-se,

Assim, o processo é sucessão de atos, teleologicamente entrelaçados, e potencialmente eficazes. Esse ato complexo de formação sucessiva se desenvolve de modo que não se possa negar que cada ato se realiza com base em uma situação jurídica e a partir dela⁴¹⁰; bem assim que cada ato faz nascer uma nova situação jurídica, dando origem a ela⁴¹¹.

Parece inegável a presença das diferentes situações/relações jurídicas, até porque nascem de diferentes atos e servem de lastro para a prática de outros tantos. Funcionam como elo entre eles, ao longo dessa corrente fática. Assim, existem, enquanto fundamento e efeito desses atos, não tendo razão de ser observá-las ou regrá-las sem com eles correlacioná-las – ou simplesmente deles (atos) dissociando-as.

nem tornar-se sem ser. (FOSCHINI, Gaetano. *Natura giuridica del processo*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, 1948, 3 v, parte 1, p. 113).

⁴⁰⁹ A partir daí, dá-se ensejo à concepção de que o processo pode ser visto do ponto de vista da relação entre seus atos (enquanto procedimento) e do ponto de vista interno da relação entre seus sujeitos (enquanto série de posições agrupadas em relação processual). (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v, p. 62-65). Enxergando esse foco interno e externo do processo, SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 3 ed. Uberlândia: EDUFU, 2005, p. 161; MESQUITA, Gil Ferreira. **Teoria Geral do Processo**. Uberlândia: Ipedi, 2004, p. 221. Fala do processo como série de atos, mas também como relação una, complexa e dinâmica, CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, 1 v, p. 266 e 267; VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General Del Proceso**. 2 ed. Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 95 e 96. Neste último sentido, José Albuquerque da Rocha, que entende que isso não exclui, outrossim, o fato do processo ser instituição (teoria de Jaime Guasp, que pode ser conferida em GUASP, Jaime. **Concepto y Metodo de Derecho Procesal**. Madrid: Civitas, 1997, p. 29-40; e GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 3 ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, 1 t, p. 21-23) e situação jurídica (na perspectiva de Goldschmidt), optando por posição sincrética. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 194-200). Daí dizer-se que o processo seria procedimento que se desenrola “animado” por relação jurídica. Em seu aspecto externo, seria sucessão concatenada de atos que o integram rumo a um ato final que é a decisão e seu cumprimento (procedimento); e em seu aspecto interno, seria conjunto de deveres, poderes, sujeições, ônus, faculdades, enfim, todas situações jurídicas ativas e passivas progressivamente assumidas por seus sujeitos em juízo (relação jurídica processual). E a dialética processual se explicaria por uma sucessão de atos e posições (ou situações), afinal: com fundamento em uma posição jurídica (de poder, dever etc.) é praticado um ato processual, da prática desse ato nasce sempre uma nova posição jurídica, com base na qual se pratica novo ato, nascendo nova posição, e assim sucessivamente. O processo se dá através de uma progressão de posições jurídicas que se substituem gradativamente, graças à ocorrência de atos ou fatos processuais praticados com obediência a determinados requisitos legais, guardando entre si determinada ordem de lógica. O processo seria síntese da relação jurídica processual progressiva e da série de fatos que determinam sua progressão. Isso significa que a relação jurídica dá razão de ser para o procedimento (sua alma); por outro lado, cada poder, faculdade, dever ou ônus só tem sentido quando tende a favorecer a produção de atos processuais (que lhe dão corpo), que caminhem seriados rumo à realização do objetivo final. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 2 v, p. 23 ss.). A ressalva que se faz é que toda relação processual é estática. Na verdade, o processo, em seu elemento intrínseco, não poderia ser uma relação “dinâmica”, mas, sim, uma sucessão de situações jurídicas, relacionais ou não, mas, sempre, estáticas. (DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 140 ss.). Admitindo a profusão de situações (estáticas), SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 97; ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, 1 t, p. 8.

⁴¹⁰ Definindo processo, em essência, como fato complexo, mas sem negar a existência de situações jurídicas. (PAIXÃO JUNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 147-149).

⁴¹¹ Cf. VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile. Parte Generale**. 6 ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 270.

Basta observar a dinâmica processual. Comumente, no exercício do direito de ação, a demanda é proposta (ato inaugural) perante dado juízo, que exerce o poder (e dever) de fazer o exame de admissibilidade da inicial e, admitindo-a, determinar a citação do réu, que passa a ter o ônus de se defender – bem como direito de exceção (correlato da ação) de obter uma prestação jurisdicional sobre aquele mérito⁴¹².

E à medida que o processo corre e atos eficazes são praticados, novas situações relacionais e não-relacionais surgem como efeitos seus, vinculando os mais diversos sujeitos do processo, sobretudo aqueles que atuam como atores principais (partes e juiz).

Há vínculos entre as partes e o juiz, bem como entre as partes entre si. Subsistem entre elas (partes), por exemplo, deveres recíprocos decorrentes da boa-fé objetiva⁴¹³. Bem pensadas as coisas, tais deveres recíprocos de boa-fé subsistem para todos aqueles sujeitos que de qualquer forma participam do processo (arts. 5.º e 77, CPC). E vínculos outros se identificam entre os demais sujeitos processuais (ex.: dever da parte de adiantar honorários do perito, cf. art. 95, CPC; dever da fonte pagadora de descontar em folha de pagamento os alimentos devidos ao credor, art. 526, CPC, e art. 22, da Lei n. 5478/1968)⁴¹⁴.

Essa vinculação jurídica entre partes é, ainda, comum no âmbito negocial. Os negócios processuais podem ser declarações de vontade *bilaterais* - abrangendo, por exemplo, a não oposição de exceção de incompetência relativa, foro de eleição, acordo para a suspensão do processo -, e também *plurilaterais* — como seria a suspensão convencional, convenção para distribuição do ônus da prova, dentre outros, avençadas entre opostos e opoente ou por sujeitos de qualquer outra relação processual plurilateral (assim entendida aquela com mais de dois lados, e, não, com mais de duas partes), ou, ainda, a convenção de arbitragem firmada no bojo de contrato social (plurilateral por natureza), dentre outros.

⁴¹² Com outra ótica, diz Pontes de Miranda que, com a propositura da ação (ato inaugural), é estabelecido o primeiro e mais importante vínculo entre autor e juiz, cujo núcleo é o direito à prestação jurisdicional. Com o ato de citação do réu, a relação processual toma sua forma angular, passando ele, o réu, também a titularizar o direito a prestação jurisdicional sobre aquele mérito, bem como o ônus (esta, situação não-relacional) de defender-se. Não se enlaçariam processualmente o autor e o réu. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 3 t, p. 198 e 199; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Relação Jurídica Processual* In SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsói, s/a, 48 v, p. 90 e 91).

⁴¹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao estudo do processo civil**. Lisboa: Lex, 2000, p. 72; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 143; contra, Pontes de Miranda, sustentando que “As partes não se tocam. Ambas tocam e são tocadas pelo Estado” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 3 t, p. 08).

⁴¹⁴ Sobre a participação e vinculação de outros sujeitos, FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.

Na verdade, afiguram-se plurilaterais convenções processuais firmadas entre litisconsortes simples — que são tratados, em regra, como partes (lados) distintas no processo, razão porque os atos de um não beneficiam nem prejudicam os outros, salvo exceções legais (arts. 117, e 342, I, CPC)⁴¹⁵⁻⁴¹⁶.

Mas esses são exemplos de situações processuais relacionais. Situações processuais não-relacionais também nascem e se exercem (quando exercitáveis) ao longo de todo o processo, como as já mencionadas competências, capacidades processuais, capacidades postulatórias, ônus, poderes autônomos, eficácias mínimas, estados de vinculabilidade e, assim por diante, como já exemplificado amplamente em item pretérito dedicado ao tema.

3 PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO DE NORMA E DECISÃO.

Viu-se, até então, que o processo é procedimento, consistindo em ato jurídico complexo de formação sucessiva, composto por uma progressão de atos encadeados, ordenados no tempo e voltados para a produção do ato culminante e derradeiro.

Instaura-se por provocação de um ente autorizado e/ou capaz que postula a produção de decisão/norma (por instrumentos como a petição inicial, requerimento administrativo ou proposta legislativa) perante autoridade estatal investida em poder normativo⁴¹⁷. É o que basta para “existir” no mundo do Direito processual, para “ser” processo.

⁴¹⁵ Devis Echandía se limita a falar em negócios unilaterais e bilaterais. Os negócios bilaterais, afirma, são convenções que podem surgir por colaboração entre as partes, entre as partes e o juiz, ou entre o juiz e um terceiro, sendo que eles se subdividem em acordos processuais e contratos processuais. Os acordos processuais existem quando as partes atuam de acordo simultaneamente ou sucessivamente, como, por exemplo, na renúncia de prazos ou na suspensão voluntária do processo. (**Teoría General Del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos**. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 380 e 381).

⁴¹⁶ Tema abordado em BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 148, 2007.

⁴¹⁷ A questão do mínimo necessário para que exista o processo costuma ser abordada na esfera jurisdicional. Em que pese parta de conceito distinto de processo, abrangendo procedimento e relação jurídica, Pontes de Miranda afirma que, para que o processo exista, basta autor com capacidade de ser parte demandando perante juiz. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Relação Jurídica Processual* In: SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsóli, s/a, 48 v, p. 90 e 91). Assim DIDIER JR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo. Saraiva, 2005, p. 111-133. Tendo em vista a possibilidade excepcional de o juiz instaurar processo de ofício, e que não há como admiti-lo como sujeito parcial com legitimidade extraordinária para demandar – como sustenta Didier na obra citada –, entende-se que não é necessária demanda, mas, só, ato de provocação inicial (tal como, BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v, p. 402). Não parece adequado sustentar que tais processos são administrativos até a citação do réu, quando assumem feição jurisdicional. (CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 137 e 138; TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 135 e 136). Basta observar ser essencialmente jurisdicional a decisão de improcedência liminar do pedido, que se dá

É, assim, dado indispensável para sua configuração, que o ato de provocação inicial desse procedimento veicule a postulação de que se produza processualmente um ato normativo. Processo que é processo tem por fim último e principal a produção normativa.

Todo processo estatal⁴¹⁸ visa ter como resultado uma decisão, típico ato jurídico de natureza normativa⁴¹⁹, sendo que, em estado democrático de direito, para que seja válido, pressupõe que seja produzida em contraditório⁴²⁰⁻⁴²¹, i.e. com a participação direta ou indireta daqueles que serão atingidos pela norma jurídica daí resultante.

Por isso se diz que o processo: *i)* ontologicamente é ato; *ii)* teleologicamente visa à produção normativa; sendo, enfim, *iii)* axiologicamente um instrumento de participação democrática.

E isso se justifica em todas as esferas estatais: jurisdicional, administrativa e legislativa.

O *processo jurisdicional* culmina em uma decisão judicial, da qual decorre a norma jurídica que regulamenta a situação jurídica trazida a juízo pelas partes interessadas. Trata-se, portanto, de ato decisório que se particulariza e se distingue dos demais pela sua peculiar vocação à imutabilidade (coisa julgada)⁴²²⁻⁴²³.

Todo o processo jurisdicional, instaurado em um estado democrático de direito, deve desenvolver-se com a participação das partes (ou seus substitutos processuais) que serão atingidas pelos efeitos do ato decisório (normativo) ali produzido.

independentemente da presença do réu, porquanto órgão imparcial e investido na jurisdição esteja realizando o direito por decisão insuscetível de controle externo e apta a fazer coisa julgada.

⁴¹⁸ Também os particulares. Mas, como já alertado, essa pesquisa gira em torno de processos estatais – com referência, *en passant*, aos arbitrais.

⁴¹⁹ Fala nas funções estatais como produtoras de normas por meio de processo formativo, SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26 e 27.

⁴²⁰ O princípio do contraditório consiste na manifestação do regime democrático do processo. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 250 e 251; MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34 e 35; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. *In* CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 144; DIDIER JR, Fredie. **Curso Direito Processual Civil**. 16. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 55.

⁴²¹ Ressalve-se, contudo, que o princípio da instrumentalidade faz concluir que a ausência de contraditório só conduz à ilegitimidade e invalidade do ato final se o sujeito ausente e dele (contraditório) privado sofrer alguma sorte de prejuízo. Não há invalidade sem prejuízo.

⁴²² Afinal, uma das características essenciais da jurisdição é a sua definitividade, conforme clássicas obras de GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.136; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13-14.

⁴²³ Relembre-se, ainda, como já dito no capítulo anterior, que há, também, a norma geral criada diante do caso, que integra os fundamentos da decisão, a chamada razão de decidir (*ratio decidendi*), que pode atuar como precedente judicial a ser invocado no julgamento de casos futuros e semelhantes àquele, tornando-se, quiçá, jurisprudência (ou enunciado de súmula). Pode-se dizer, assim, que a decisão judicial é ato duplamente normativo.

Os *processos administrativos* têm por desenlace usual uma decisão administrativa, que incorpora disposição normativa, abstrata (resolução, p. ex.) ou concreta (adjudicação de um contrato administrativo, por exemplo), que rege uma situação específica existente entre Estado e servidor(es), entre Estado e administrado(s), ou, até mesmo, entre administrados (como nos casos das decisões das agências reguladoras) - não sendo predisposta à imutabilidade.

É o caso da solução (decisão) dada a um processo para apuração de falta disciplinar de servidor público ou a um processo em que se requer a incorporação de uma gratificação à pensão percebida pela viúva de um servidor, dentre outros.

Todos estes processos, para que se digam legítimos e democráticos, deverão contar com a presença do(s) servidor(es) ou administrado(s) cujos interesses foram objeto de decisão.

Pelo *processo legislativo*, outrossim, produzem-se as leis (em sentido lato), isto é, atos jurídicos normativos gerais e abstratos elaborados pelo Poder Legislativo, que disciplinam, em tese, os mais variados tipos de situação jurídica.

Os cidadãos que terão sua esfera de direitos regulamentada por estas leis serão representados no processo de sua produção (chamado legislativo), e terão, ali, seus interesses defendidos, pelos parlamentares⁴²⁴ - que assumem posição, no mínimo, semelhante à de um substituto processual, detendo legitimidade conferida pela Constituição Federal.

Em todos esses casos, o Estado-Juiz, o Estado-Legislator e o Estado-Administrador conduzem processos estatais, com observância do contraditório, voltados para a produção de uma dada norma jurídica (ato estatal normativo)⁴²⁵.

Normatizar/decidir é escolher. Todos eles são processos de escolha: dentre as inúmeras possibilidades com que se depara, o ente estatal é compelido a optar por uma (ou algumas), tomando, assim, uma decisão de cunho normativo.

A título ilustrativo, o Estado-Legislator, ao elaborar uma lei que fixa a maioria penal a partir dos 18 anos, faz uma opção legislativa, tomando uma decisão; o Estado-

⁴²⁴ Assim, FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 619 et. seq.; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, AIDE, 2001, p. 118.

⁴²⁵ Assim, PASSOS, J. J. Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 102, 2001, p. 57-59. Também Kelsen, sustentando que poder de criação de norma se exercita processualmente. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 261). Sustentando que o poder estatal se exerce processualmente, MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 28. Já Adolfo Merkl defende que o processo produz uma norma inferior em virtude de uma norma superior (ex.: produção da lei por processo legislativo disciplinado na Constituição) e, também, em virtude de uma norma jurídica, pode produzir um ato meramente executivo. (MERKL, Adolfo. *Teoria General del Derecho Administrativo*. México: Nacional, 1980, p. 281).

Juiz, ao proferir uma decisão judicial reconhecendo a paternidade do réu, condenando-o a pagar alimentos no valor de três salários mínimos, faz uma opção, adotando uma decisão; o Estado-Administrador, ao emitir um pronunciamento dispondo que a viúva não tem o direito de incorporação de uma dada gratificação à pensão que percebe pela morte de seu cônjuge, faz uma opção, assumindo essa decisão.

Todas essas decisões estatais são produzidas para regular situações jurídicas concretamente existentes ou abstratamente consideradas. Materializam, em seu bojo, normas jurídicas.

Tércio Sampaio Ferraz Junior visualiza toda norma jurídica como uma decisão que se refere a um “conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses”, impedindo a continuação desse conflito jurídico entre elas. É o caso da lei, da norma constitucional, da decisão judicial.

Mas a decisão (norma jurídica), ao consagrar a opção por uma (algumas) das alternativas, não elimina o conflito, apenas o transforma, pois, decidir “é um ato de uma série que visa a transformar incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, mas que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores”.

Deste modo, estabelecida uma lei (norma jurídica), se desrespeitada, pode surgir um conflito de interesses entre sujeitos envolvidos que, levado a juízo, será objeto de uma nova decisão (também norma jurídica)⁴²⁶. E nem mesmo a decisão transitada em julgado elimina o conflito com sua solução cristalizada, o que faz é resolvê-lo, pondo um fim à possibilidade de rediscuti-lo. “Pôr-lhe um fim não quer dizer eliminar a incompatibilidade primitiva, mas trazê-la para uma situação, onde ela não pode mais ser retomada ou levada adiante (coisa julgada)”. É uma exigência de segurança jurídica⁴²⁷.

Tomando-se essa premissa, todo processo estatal (ato jurídico complexo) resulta em uma norma jurídica (vista como decisão)⁴²⁸. Todo processo estatal seria um processo de escolha diante de alternativas conflitivas que resultaria em uma decisão (norma jurídica).

Resta definir se, visto assim, o processo, seria ele um fenômeno que possa ser dissociado do procedimento.

⁴²⁶ Daí se dizer que a norma enquanto decisão firma “controles”, na medida em que atua como pré-decisão que determinar outras decisões (a ex. da lei em relação à decisão judicial). (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In FERRAZ, Sérgio (coord.). **A norma jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 14-16).

⁴²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In FERRAZ, Sérgio (coord.). **A norma jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 10-12.

⁴²⁸ Trata normas como decisões, PASSOS, J. J. Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, 2001, p. 56.

4 PROCESSO E PROCEDIMENTO: PROCEDIMENTOS PROCESSUALIZADOS.

4.1 Procedimentalização das funções estatais. Uma análise histórica e crítica.

Há administrativistas e processualistas que distinguem nitidamente processo e procedimento pelo papel que desempenham. O procedimento seria instrumento para o exercício de função estatal, enquanto o processo seria o procedimento para o exercício exclusivo da função jurisdicional⁴²⁹⁻⁴³⁰.

Nesse contexto, autores insistem no uso do termo “procedimento” para referir-se ao desempenho da função administrativa, reservando a expressão “processo” para a função jurisdicional⁴³¹. Essa acabou sendo a postura do legislador brasileiro na década de 1970, que se valeu, por exemplo, da locução “procedimento administrativo”, no texto do art. 399, II, CPC (ao prever que pode ser requisitado por ordem do juiz).

Também por isso se diz que, na jurisdição voluntária, por ser atividade administrativa, não há processo, somente procedimento⁴³².

⁴²⁹ Cf. informam SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 124-128; MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11 ss. Paula Costa e Silva salienta, contudo, que não vê diferença substancial entre ambos (procedimento e processo); não importa o termo usado, mas o fenômeno identificado. (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 124-128).

⁴³⁰ José Albuquerque da Rocha afirma não ter dúvida de que as demais funções estatais (legislativa e administrativa) se desenvolvem por processo, mediante ritos diferentes (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 188). Agustín Gordillo reconhece ser usada essa acepção ampla de processo (para todas as funções estatais), mas considera conveniente, por razões históricas, técnicas e políticas, só utilizá-lo para referir-se ao processo jurisdicional. (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 2 t, p. IX-1 e IX-2).

⁴³¹ Parece ser visão de Cipriano Lara, ao afirmar que nem todo procedimento se opera dentro do processo jurisdicional, tal como o procedimento administrativo. (LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 10 ed. México: Oxford, 2004, p. 244). Também assim, AZUELA, Héctor Santos. **Teoría General del Proceso**. México: McGraw-Hill, 2000, 116 e 117; ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 366 e 367.

⁴³² É a concepção de que a jurisdição voluntária é administração pública de interesses privados (segundo Frederico Marques, é materialmente administrativa e subjetivamente judiciária). Argumenta-se que, nessa atividade estatal, não há julgamento de conflito de interesses – que é tomado como pressuposto da jurisdição -, mas, sim, vontades convergentes, que se pretende sejam integradas e revestidas de eficácia jurídica. E, partindo dessa premissa, concluem os adeptos dessa visão, acriticamente, que a jurisdição voluntária não é desencadeada por ação, mas mero requerimento, pois seria ela (a ação) direito de provocar exercício da jurisdição enquanto função de composição de conflito; bem assim que não há processo, só mero procedimento administrativo (que não pressunha, segundo eles, contraditório), pois o juiz não atua jurisdicionalmente de modo a julgar um conflito. (é visão de muitos como GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 172; MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2001, p. 227; THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 1 v, p. 42). Bom apanhado doutrinário de quem segue a teoria da jurisdição voluntária como atividade administrativa e

Isso conduziu, inclusive, à sugestão de, a partir de um Direito instrumental (ou formal), como gênero que compreende todas as regras de competência e de disciplina dos processos e procedimentos de criação e aplicação do Direito, visualizarem-se dois sub-ramos, i.e., o Direito processual e o Direito procedimental. Enquanto o Direito processual cuidaria do processo jurisdicional, o Direito procedimental incluiria as regras que tratam dos procedimentos legislativos e administrativos⁴³³.

Tudo isso se dá por algumas razões⁴³⁴.

Em *primeiro* lugar, observa-se que os administrativistas têm a preocupação de acentuar a autonomia dos “procedimentos” administrativos em relação aos processos jurisdicionais, para que não se estenda à esfera administrativa o regime processual civil⁴³⁵. Temem que as regras relativas ao processo judicial venham a ser inadequadamente aplicadas ao âmbito administrativo⁴³⁶. O objetivo é, com isso, evitar confusão entre o *modus operandi* da Administração e o do Judiciário⁴³⁷.

Mas não haveria razão para isso, pois, quando se aborda o processo como método voltado para exercício de qualquer função estatal (inclusive a administrativa), o que se pode daí extrair é apenas a exigência de uma sucessão de atos concatenados que caminham tendentes à produção de um ato normativo final. Fora isso, somente a necessidade de respeito ao contraditório e devido processo legal que emanam da Constituição para todos os agentes estatais e, não, de uma codificação processual qualquer.

No mais, cada processo, em sua respectiva esfera estatal, terá regramento próprio, com a disciplina peculiar das formalidades e exigências necessárias para que seja legítimo e devido o desempenho da função em questão. Ficam afastadas as regras relativas a outros processos que não estejam com ele relacionados e que não sejam indispensáveis para o

de quem a ela se contrapõe encontra-se em, GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15 ss.

⁴³³ FAVELA, José Ovalle. **Teoría general del proceso**. 6 ed. México: Oxford, 2005, p. 37-39.

⁴³⁴ Expostas em boa síntese por SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 124 ss.; e MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 12 ss.

⁴³⁵ Embora prefira falar em “procedimento” administrativo, Agustín Gordillo ressalta que rechaçar a qualificação de “processo” não pode conduzir ao afastamento dos princípios processuais que sejam com ele compatíveis (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 2 t, p. IX-3).

⁴³⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 366 e 367.

⁴³⁷ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13.

exercício democrático e devido daquele poder⁴³⁸. Por isso que se diz que o princípio da adequação justifica a existência de uma teoria geral do processo⁴³⁹.

Em *segundo* lugar, diz-se que a opção pelo termo “procedimento” no contexto administrativo decorreria de uma necessidade de justificar a possibilidade desse rito não culminar em um ato final – o que seria pressuposto indispensável para configuração de um processo –, sendo que, ainda que resulte neste ato, seria ele peculiar pela possibilidade de ser discricionário⁴⁴⁰.

Não é esse, contudo, um critério válido de distinção, na medida em que o processo jurisdicional, assim como qualquer outro processo estatal, existe e pode existir mesmo que não tenha sido proferida uma decisão final⁴⁴¹. A decisão é o fim visado, teleologicamente falando, sendo que antes e independentemente do seu alcance, há processo no mundo do Direito processual, bastando, para tanto, que um ente autorizado e/ou capaz pratique ato de postulação (ex.: petição inicial, requerimento administrativo ou proposta legislativa) perante autoridade estatal investida em poder normativo. E, em sendo a decisão final prolatada, há casos em que foge à estrita legalidade e incorre em discricionariedade⁴⁴², mesmo não sendo administrativa (ex.: quando se concretiza cláusulas gerais).

Em *terceiro* lugar, os adeptos dessa visão ficam adstritos ao termo “procedimento” administrativo, para que haja espaço para afirmar-se sua flexibilidade procedimental⁴⁴³. Entretanto, há que se falar, também, em *flexibilidade processual no processo jurisdicional*.

A maior ou menor flexibilidade do processo estatal depende, em verdade, de opção legislativa. Em Portugal, por exemplo, o art. 547.º, CPC⁴⁴⁴ (correspondente ao art. 265.º-A CPC-1961), prevê o princípio da adequação judicial, que permite que o juiz adapte o processo às necessidades do caso concreto, se a tramitação prevista em lei não for

⁴³⁸ Inspirada na colocação de SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 124 e 125.

⁴³⁹ “O princípio da adequação, nestes termos, funciona, pois, como princípio unitário e básico, a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma **teoria geral do processo**”. (LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Comemorativa do Cinquentenário**. Porto Alegre, 1976, p. 164; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 92 e 93).

⁴⁴⁰ Dado trazido por SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 125-127.

⁴⁴¹ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 125-127.

⁴⁴² SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 125-127.

⁴⁴³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 367.

⁴⁴⁴ “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”

apropriada⁴⁴⁵. Já no Brasil, encontram-se manifestações pontuais deste poder, como a possibilidade de julgamento antecipado do mérito, quando não mais necessária a produção de provas no caso concreto (art. 352, I, CPC) e a inversão judicial do ônus de prova quando verossímeis as alegações do consumidor ou seja ele hipossuficiente (art. 6.º, VIII, CDC). E ainda há quem defenda uma adequação jurisdicional atípica – ou seja, que possa o magistrado corrigir o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito de fundamental processual, como contraditório não-previsto, por exemplo⁴⁴⁶ -, e uma adequação negocial do processo, que se faria pelos negócios jurídicos processuais⁴⁴⁷, hoje já admitida por força do art. 189, CPC.

Em *quarto* lugar, subjetivamente falando, há que se reconhecer que em qualquer processo há coparticipação e atuação de mais de um sujeito – no processo judicial, inclusive, pressupõem-se ao menos autor e juiz. A única distinção que se poderia apontar, neste particular, é o fato de o órgão judicial ser terceiro imparcial, o que não ocorreria com o órgão da administração, que agiria no interesse “próprio”⁴⁴⁸.

Contudo, esse é um dado que só diz respeito ao elemento subjetivo do processo, seu quadro de sujeitos, e não interfere na sua essência, quando se tem por fundamental, unicamente, o fato de que ambos consistem em sequência de atos voltados para produção democrática de resultado final⁴⁴⁹. Essa é a substância do fenômeno observado tanto no exercício da função administrativa como no exercício da função jurisdicional, que não se distinguem em termos de processualidade.

Demais disso, essa diferenciação subjetiva decorreria também de uma ultrapassada contraposição do: *i*) interesse *público*, ao menos secundariamente identificado com o da Administração e apreciado parcialmente pelo próprio órgão administrativo; *ii*) com o interesse dito *privado* (ou interesse social), na verdade aquele em jogo em juízo, apreciado imparcialmente pelo órgão jurisdicional. Mas este contraste perde a razão de ser com a aproximação entre Estado e sociedade (no fim do século XX), entre Administração e administrados, quando o interesse *público* (agora, primário) coincide, senão, contribui para

⁴⁴⁵ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 126.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 233; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 84.

⁴⁴⁷ Sobre o tema, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215 ss.

⁴⁴⁸ Esses é um dos perigos da noção ampla de processo, diz Agustín Gordillo, usada para abarcar o desempenho de função administrativa (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 2 t, p. IX-4).

⁴⁴⁹ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 128.

identificação, dos interesses sociais ou de grupos sociais. Assim, não há mais como acatar em absoluto a ideia de que a atuação administrativa visa satisfazer interesses estritos da *própria* Administração⁴⁵⁰, enxergando-se, enfim, no interesse público (primário), interesses sociais⁴⁵¹.

Por outro lado, ainda que se reconheça que, no processo jurisdicional, o juiz atua como terceiro imparcial, isso não significa que o processo só tutela interesses ditos “*privados*”, ou das partes, e que esse seria o fim único e último da sua atuação. Sempre há um interesse público ali envolvido, seja de pacificação social, seja de assegurar participação popular (direta ou indireta) nos destinos políticos do Estado e na defesa de suas liberdades, seja, eventualmente, de proteção de direitos coletivos em sentido lato⁴⁵².

Há outra questão⁴⁵³: a doutrina europeia sobre o assunto tem um vício de origem: o processo civil lá é, realmente, para questões privadas, por conta do contencioso administrativo, submetido a outro regramento. No Brasil, o processo civil também serve a questões administrativas. Importam-se concepções estrangeiras, sem a percepção das diferenças claras entre os ordenamentos jurídicos em questão.

Não há, portanto, um só motivo que justifique negar processualidade ao exercício da função administrativa (ou legislativa).

4.2 Processualização dos procedimentos de exercício das funções estatais.

Historicamente, os estudos e investigações dos processualistas em torno do processo são anteriores e sempre focaram na ideia de processo jurisdicional⁴⁵⁴. Isso acabou solidificando a ideia do “processo” no contexto exclusivamente jurisdicional – processo como antonomásia, como disse Fazzalari⁴⁵⁵.

Trata-se de postura que persiste com a preocupação que os tomou, no final do século XIX, de afirmar a autonomia científica do Direito processual, predominando uma visão

⁴⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 32.

⁴⁵¹ Fredie Didier lembra que a multiplicação de tribunais administrativos revela isso – neles, não se pode falar em “parcialidade”: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Comissão de Valores Mobiliários, Tribunal de Contas, Tribunal de Contribuintes etc. (Comentando-os, DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 112-115).

⁴⁵² MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 32 e 33.

⁴⁵³ Colocada por Fredie Didier em conversa eletrônica.

⁴⁵⁴ MERKL, Adolfo. **Teoria General del Derecho Administrativo**. México: Nacional, 1980, p. 279.

⁴⁵⁵ FAZZALARI, Elio. Teoria generale. *In Novissimo Digesto Italiano*. T. XIII. Turim: UTET, 1966, p. 1069.

restrita, que não permitia conectar o processo com outras formas de atuação estatal que não a jurisdicional⁴⁵⁶.

Há que se admitir, contudo, uma teoria geral do processo que o aborde (o processo) como instrumento de qualquer atuação estatal, a partir dos dados essencialmente comuns e pertinentes a todo fenômeno processual, cabendo o aprofundamento científico de cada tipo de processo no campo da disciplina correlata. Assim, o processo jurisdicional, pelo Direito processual, o processo legislativo, no Direito constitucional, e o processo administrativo, no Direito processual administrativo⁴⁵⁷

Assim, a partir do final da década de 1920, para os administrativistas, e da década de 1940, para os processualistas, identificam-se os primeiros sinais de uma doutrina que admite a *processualização* das três funções estatais.

Trata-se de doutrina que se torna cada vez mais expressiva entre 1950 e 1960, para resultar, nas décadas seguintes (1970 e 1980), em um encontro de administrativistas e processualistas no ato de reconhecimento do processo como mecanismo de exercício das funções estatais (inclusive as não-jurisdicionais)⁴⁵⁸.

Contribuiu para isso a concepção publicista do processo como relação jurídica de direito *público* (Oskar Büllow) e, sobretudo, já no século XX, a visão do processo como procedimento em contraditório (Elio Fazzalari). Finca-se a premissa metodológica necessária para visualizar-se o processo como método de exercício do poder estatal (não necessariamente jurisdicional)⁴⁵⁹.

Dentre os processualistas que abraçam a processualidade do poder estatal, destacam-se, inicialmente, Francesco Carnelutti⁴⁶⁰, na década de 1930, Eduardo Couture⁴⁶¹, na década de 1950, e mais recentemente, Elio Fazzalari⁴⁶². No Brasil, é o que se observa nas

⁴⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13 e 14.

⁴⁵⁷ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23 e 24. Denuncia a ausência dessa Teoria Geral do Direito Processual, MERKL, Adolfo. **Teoria General del Derecho Administrativo**. México: Nacional, 1980, p. 280. Fala nesses diversos tipos de processo, DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 68.

⁴⁵⁸ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14 e 15.

⁴⁵⁹ Vide MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15 e 16. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50-67.

⁴⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, 1 v, p. 98.

⁴⁶¹ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo**. Tradução de Mozart Victor Russomano. **Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 67 e 68.**

⁴⁶² FAZZALARI, Elio. Teoria generale. *In* **Novissimo Digesto Italiano**. Turim: UTET, 1966, 13 t, p. 1068 ss.; FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 7 e 8.

obras já citadas de autores como J. J. Calmon de Passos, Cintra, Grinover, Dinamarco, Aroldo Plínio Gonçalves, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., Miguel Calmon Dantas, Rosemiro Pereira Leal, Floriano de Azevedo Marques Neto e Mônica Martins Toscano Simões⁴⁶³.

Especificamente no contexto administrativo, a gradativa proximidade entre Administração e administrado fez surgir a necessidade de revelar as formas de atuação administrativa, definindo parâmetros e critérios para o desempenho de suas atividades (inclusive discricionária), e garantindo-se que o administrado sempre seja, democraticamente, ouvido antes de ser dada qualquer decisão pela Administração. Desponta e se impõe, assim, sua processualidade⁴⁶⁴⁻⁴⁶⁵.

Inclusive, o próprio Constituinte, de certa forma, acata a processualização dos procedimentos estatais, porquanto empregue o termo “processo” e, não, “procedimento”, quando trata do instrumento de exercício dessas funções.

⁴⁶³ Esta última em, **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26 e 27.

⁴⁶⁴ Vide MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16. No campo do Direito administrativo, é considerado precursor da ideia do processo no exercício de todas as funções estatais, na década de 1920, Adolfo Merkl, embora reconhecendo que não haja ainda uma teoria geral do processo que abrace todas essas realidades processuais. (**Teoria General del Derecho Administrativo**. México: Nacional, 1980, p. 279 e 280). Já na década de 1940, chama a atenção a obra de Sandulli, na qual, embora empregue a expressão “procedimento”, coloca-o como realidade presente em todas as funções estatais. (SANDULLI, Aldo M. **II Procedimento Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1959, p. 14). Atraiu todos os olhares, na década de 1950, o artigo de Feliciano Benvenuti que sustenta ser processual o desempenho de qualquer função, inclusive a administrativa. (BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, 1952, p. 138 ss.). Mais tarde o destaque fica por conta da obra do português Alberto Xavier, publicada no Brasil em 1976, na qual se assevera que para cada função estatal há um tipo de processo para seu desenvolvimento. (XAVIER, Alberto. **Do procedimento administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 15, 18 e 26). No Brasil, contribuíram historicamente para a consolidação dessa processualidade ampla, Themistocles Brandão, por visualizar certa aproximação entre processo judicial e administrativo. (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1944, 4 v, p. 196 ss. e 303); Cretella Júnior, ao conceber o processo como gênero e definir o processo administrativo como processo em sentido lato (CRETELLA JUNIOR, **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 2002, 4 v, p. 13 e 14); e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, definindo o procedimento como processo no contexto de todas as funções estatais. (SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Introdução ao direito processual administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 97). Mais recentemente, Carlos Ari Sundfeld compartilha dessa visão do processo como fenômeno característico de todas as funções estatais e admite um campo comum da teoria do processo para o processo de todas as espécies. (SUNDFELD, Carlos Ari. Importância do processo administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, 1987, p. 66-68; antes disso, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, 1 t, p. 205). Também assim, dentre outros, NETO, Floriano de Azevedo Marques. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 261; FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 231 ss.; AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Lisboa: Almedina, 2006, 2 v, p. 298 e 299.

⁴⁶⁵ Segundo Fazzalari, os administrativistas saíram na frente no estudo do processo dentro da teoria do procedimento, enquanto os processualistas ficaram presos ao desgastado e inadequado clichê da relação jurídica processual. (FAZZALARI, Elio. *Teoria generale*. In **Novíssimo Digesto Italiano**. Turim: UTET, 1966, 13 t, p. 1069).

É o que se observa no art. 5.º, LV, CF/1988, quando se assegura o contraditório no “processo judicial ou administrativo”. Postura que se ratifica com o recente inciso LXXVIII inserido no artigo 5.º, CF, por força da EC n. 45/2004, que garante duração razoável de “processos” administrativos e jurisdicionais.

Isso se extrai, também, do art. 5.º, LXXII, CF/1988, quando prevê a concessão de *habeas data* para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por “processo administrativo”.

Ou ainda, do art. 37, XXI, CF/1988, quando estabelece que contratações administrativas se deem, em regra, por prévio “processo de licitação pública”.

Nesse mesmo sentido, o art. 41, §1º, CF/1988, ao dispor que servidor público estável só poderá perder cargo por sentença transitada em julgado ou “processo administrativo”, assegurada a ampla defesa.

O art. 59, *caput*, CF/1988, coloca-se nesse contexto ao determinar ser o “processo legislativo” meio de elaboração dos atos legislativos ali arrolados, sendo o próprio título de toda a seção “processo legislativo”.

Confirmam-se, ademais, os termos do art. 84, III, CF/1988, que firma a competência do Presidente de República para iniciar “processo legislativo”.

E, enfim, o §7º do art. 166 da CF/1988 ao aplicar as demais regras do “processo legislativo”, no que cabível, aos projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais.

Essa opção terminológica⁴⁶⁶ não pode ser ignorada, ao menos não no momento em que a realidade doutrinária dominante é no sentido de reconhecer-se a processualização do exercício do poder do Estado. As funções estatais são realizadas por *processos*, i.e., por procedimentos democráticos de produção normativa. Não há mais porque se falar em procedimento estatal, senão como sinônimo de processo.

Entretanto, surpreendentemente, mesmo diante dessa postura global de processualidade estatal, o Constituinte, no art. 22, I, CF, institui a competência privativa da União para legislar sobre “Direito processual” e, no art. 24, XI, CF, fala em competência concorrente de União, Estados, Municípios e Distrito Federal para legislar sobre “procedimento em matéria processual”.

Com isso, deparam-se o processualista, o administrativista e o constitucionalista brasileiro com a tarefa de identificar o que seria esse “procedimento”

⁴⁶⁶ Mencionada em parte por MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 42.

definido como matéria de competência concorrente dos entes federativos no art. 24, XI, CF, que não seria processualizado, não se subsumindo à competência privativa da União do art. 22, I, CF – e vice-versa.

Também por isso, mesmo diante dessa histórica processualização de procedimentos estatais, subsistem tentativas doutrinárias de diferenciação do processo e do procedimento, algumas mais antigas, outras mais atuais⁴⁶⁷. E, exatamente, por não se visualizar, *a priori*, nenhuma distinção substancial entre tais categorias (processo e procedimento), necessário se faz analisar todas essas propostas sobre o tema, verificando se, de fato, são aptas a dissociar tais noções entre si.

4.3 Distinção doutrinária de processo e procedimento.

4.3.1 Critério da complexidade (ou totalidade). Dissociação fático-eficacial.

Existem algumas propostas de distinção do processo e do procedimento, identificando no processo uma complexidade (ou totalidade) não presente no procedimento.

Inicialmente, pode-se mencionar a visão de que o processo seria um todo, do qual o procedimento seria parte. Ou, em outras palavras, o processo seria conjunto de atos e o procedimento um só ato ou um grupo de atos. O processo seria uma operação maior onde caberiam operações menores ou parciais (estas, procedimentais)⁴⁶⁸. Mas parece ser uma concepção vazia, porquanto não especifique exatamente o que no processo seria mais amplo do que o procedimento nem o que os diferenciaria em essência⁴⁶⁹.

Há quem diga, ainda, que o processo seria complexo, porquanto conjunto de atos e ritos que integrem um todo para alcance de efeito final, e o procedimento seria simples, consistindo em manifestação simplificada de vontade (funcional) que exterioriza ato ou decisão para realização do fim – admitindo-se procedimento de um ato só⁴⁷⁰. Entretanto, trata-se de colocação não muito consistente, que não faz muito sentido e destoa do quanto

⁴⁶⁷ Faz um apanhado dos principais posicionamentos (os clássicos) de distinção de processo e procedimento, NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 730, 1996, p. 673-688.

⁴⁶⁸ CRETELLA JUNIOR, **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 2002, 6 v, p. 16 e 17. Não se pode deixar de mencionar que o autor, antes de firmar esse posicionamento, declara que não visualiza em essência ou natureza qualquer distinção entre processo e procedimento. Mas, “quando muito”, pode partir para a distinção proposta (quantitativa), com fins didáticos.

⁴⁶⁹ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31.

⁴⁷⁰ SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 278 e 279.

predomine teoricamente. Basta observar que o procedimento, em essência, é comumente reconhecido como conjunto, série ou sequência de atos – não havendo este que o reduza a um ato só (salvo se for para reconhecê-lo como ato complexo) ou lhe prive de movimento e temporalidade. Procedimento é "substantivo coletivo": conjunto de atos; procedimento de apenas um ato seria como “cardume de um peixe só”⁴⁷¹. Não há sequer como se exemplificar uma proposta deste viés.

Já no âmbito do Direito processual, outra forma mais coerente, mas igualmente falha, de falar-se em complexidade processual é a que decorre da proposta de definir o processo como entidade complexa que abrange o procedimento (elemento externo) e a relação jurídica (elemento interno).

Em seu aspecto externo, o processo seria o procedimento, a sucessão concatenada de atos que o integram rumo a um ato final que é a decisão e seu cumprimento (procedimento); e, em seu aspecto interno, seria conjunto de deveres, poderes, sujeições, ônus, faculdades, enfim, todas situações jurídicas ativas e passivas progressivamente assumidas por seus sujeitos em juízo (relação jurídica processual)⁴⁷². Assim, o processo só externamente seria procedimento, mas internamente é a relação jurídica que o anima.

Nesse particular, viu-se, em item anterior dedicado ao estudo das situações processuais, que a grande questão é que, para fins de repartição de competência legislativa (arts. 22, I, e 24, XI, CF), é irrelevante diferenciar o ato (integrante do procedimento) dos seus efeitos (situação jurídica nascente, relacional ou não).

E, na ótica oposta, também não é razoável extremar a situação jurídica que se exerce do ato com base nela praticado, afinal, ela justifica e dá razão de ser ao ato.

Destarte, o processo é o procedimento, este encadeamento de atos, e assim pode ser definido em essência, sendo que as situações jurídicas que produz e que os faz nascer (cada ato) só são os elos dessa corrente fática.

⁴⁷¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v, p. 288.

⁴⁷² Cite-se Liebman, com a concepção de que o processo pode ser visto do ponto de vista da relação entre seus atos (enquanto procedimento) e do ponto de vista interno da relação entre seus sujeitos (enquanto série de posições agrupadas em relação processual). (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v, p. 62-65; assim, MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 50; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 2 v, p. 23 ss.; em termos, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66).

4.3.2 Critério do objeto.

Propõe-se, também, essa distinção, a partir da noção de lide, usualmente definida, a partir da lição de Francesco Carnelutti, como conflito de interesses qualificado por pretensão resistida. O processo teria por objeto uma lide, diz-se, e o procedimento, não⁴⁷³.

Revela-se malsucedida essa tentativa, contudo, na medida em que visa distinguir processo e procedimento a partir do seu conteúdo ou, mais especificamente, da natureza da relação material deduzida em juízo (se litigiosa ou não), o que é postura sincretista e ultrapassada.

Isso sem falar ser facilmente visível que no processo jurisdicional se tutelam situações jurídicas materiais não-litigiosas, como uma ameaça de lesão a direito (quando ainda não há pretensão a ser resistida), bem como aquelas relativas unicamente a um sujeito (ex.: direito de alterar o próprio nome)⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Informação de MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 33 e 34. Na doutrina portuguesa e, inclusive de outros países, os administrativistas preocupam-se em não adentrar a seara da ciência processual, que estaria reservada ao processo propriamente dito (o contencioso), optando pelo termo “procedimento” para designar a técnica de atuação e funcionamento da administração pública. (CAETANO, Marcello. **Manual de Direito administrativo**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1999, 2 t, p. 1292; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 367). É como define o processo em sentido estrito, Jedor Baleeiro, em que pese reconheça que há processo sem lide, BALEEIRO, Jedor Pereira. **Processo e Procedimento. Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia**, Uberlândia, 1991, 2 v, p. 216 e 228). Há administrativistas como Hely Lopes Meirelles e Lúcia Figueiredo que sustentam que há processo quando há controvérsia; não havendo, tem-se procedimento (ex.: licitação e concurso). (MEIRELLES, Hely Lopes. **O Processo Administrativo. Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1976, 483 v, p. 11; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, 1997, p. 15).

⁴⁷⁴ Cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v, p. 97; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 150. Marcello Caetano afirma que não vê vantagem nenhuma nisso, ou seja, em optar-se por termo diverso (“procedimento”) para os casos não litigiosos, tendo em vista que no próprio contexto judicial haveria processos não contenciosos (jurisdição voluntária), que não se distinguem em essência dos correlatos no contexto administrativo. (CAETANO, Marcello. **Manual de Direito administrativo**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1999, 2 t, p. 1292). Alberto Xavier simplesmente afirma ser visão que decorre de equivocados preconceitos da doutrina. (XAVIER, Alberto. **Conceito e Natureza do Acto Tributário**. Coimbra: Almedina, 1972, p. 141 e 142). Uma ressalva é cabível. Na verdade, em que pese a jurisdição voluntária não pressuponha a existência de conflito, podendo recair sobre situações jurídicas unilaterais ou não-litigiosas, não se pode excluir, no entanto, a possibilidade de instauração de conflito entre sujeitos envolvidos (quando pródigo resiste à interdição ou há questionamento em torno da emancipação, por exemplo) (assim, DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v, p. 123 e 124; STJ, 3.ª T., REsp n. 942.658, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 02.06.2011, publicado no DJe de 09.06.2011).

4.3.3 Critério teleológico (ou formal).

Ainda entre os processualistas, mesmo hoje é usual a assertiva de que o processo (jurisdicional) é conjunto ou sequência de atos ou atividades coordenados e voltados a dado fim (a providência jurisdicional), distinguindo-se do procedimento, colocado como seu aspecto exterior⁴⁷⁵ ou simplesmente como a forma como se movimenta o processo⁴⁷⁶.

João Mendes de Almeida Junior⁴⁷⁷ é apontado como o primeiro brasileiro a diferenciar processo e procedimento⁴⁷⁸. Afirma que o processo é “uma direção no movimento”, movimento este visto em sua perspectiva intrínseca. Já o procedimento é o *modo* de mover e a *forma* em que é movido o acto⁴⁷⁹ e, pois, esse mesmo movimento sua perspectiva extrínseca (vista na prática forense).

O procedimento, no seu *modo* de fazer, determina a “competência de atribuições” dos órgãos jurisdicionais e auxiliares de justiça, sua atuação, bem como os protocolos, as audiências e as atuações. Enquanto o procedimento em sua *forma* extrínseca (no âmbito judicial), diz respeito às formalidades em torno dos atos de postulação e decisão,

⁴⁷⁵ Vide CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999, 1 v, p. 253 e 254, nota 2; ROJAS, Miguel Enrique. **Teoría del proceso**. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 125; VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General Del Proceso**. 2 ed. Bogotá: Temis S.A., 1999, p. 95 e 96.

⁴⁷⁶ AZUELA, Héctor Santos. **Teoría General del Proceso**. México: McGraw-Hill, 2000, p. 116 e 117; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: Red Livros, 1999, p. 117. No que tange à diferença entre procedimento e processo, a visão de Francesco Carnelutti é muito simples: o processo é a soma dos atos realizados para composição do litígio e procedimento é a ordem e sucessão de sua realização. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, 4 v, p. 20 e 21). Aparentemente é definição de Carlos Corte Figueroa que vê o procedimento como a forma de realizar as coisas. (FIGUEROA, Carlos Cortes. **Em torno a teoria general del proceso**. 3 ed. México: Cardenas Editor y Distribuidor, 1994, p. 220). Essa é a concepção de Cipriano Lara, que ressalta, contudo, que nem todo procedimento se opera dentro do processo jurisdicional (ex.: procedimento administrativo). (LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 10 ed. México: Oxford, 2004, p. 244; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Das Normas gerais**. Belo Horizonte, Forum, 2010, p. 79 e 80). Essa mesma conclusão é alcançada por quem parte da premissa de que o processo contempla suas etapas diversas em abstrato e o procedimento é o desenvolvimento real e concreto do caso (GARCÍA, Carlos Arellano. **Teoría General Del Proceso**. 14 ed. México: Porrúa, 2005, p. 3).

⁴⁷⁷ Cf. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 298-300.

⁴⁷⁸ Nem sempre se distinguiu processo e procedimento (o que se extrai da obra de MONTEIRO, João. **Programma do Curso de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Typographia Acadêmica, 1936, 1 v, p. 109). Paula Baptista, no início do século XX, limitava-se a afirmar que “*Proceso* (precedere, *marchar*), é o modo de obrar em juízo, ou antes de *fazer marchar a acção segundo as formas prescritas pelas leis*”. A princípio, o autor parece não diferenciar movimento de forma de movimento, mas cumpre lembrar que, logo em seguida, afirma que os atos do processo constituem o movimento (com ação, defesa, julgamento etc.), que não se confundem com as formalidades necessárias para sua exteriorização. (BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica**. 7 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910, p. 64 e 65).

⁴⁷⁹ Explica o autor que, etimologicamente, o sufixo “*mentum*” refere-se aos atos em seu modo e forma de serem feitos. (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 298).

das audiências, inquirições e diligências, dos termos de movimentação, contas, guias, averbações etc⁴⁸⁰.

Não é diferente a forma como vê a doutrina brasileira mais recente o fenômeno processual e procedimental, mesmo após quase um século.

Ainda no novo milênio é comum, dentre os processualistas brasileiros essa mesma aceção, concebendo-se o processo numa ótica finalística ou teleológica, i.e., como conjunto de atos concatenados e destinados ao alcance de um resultado final (decisão para o caso concreto), bem como o procedimento numa ótica estrutural e formal, ou seja, como o aspecto extrínseco, exterior, visível, palpável do processo⁴⁸¹. E/ou, simplesmente, como a forma ou modo como caminha o processo⁴⁸².

⁴⁸⁰ Cf. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 299 e 300.

⁴⁸¹ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v, p. 195; MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 50; PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 3 v, p. 04 e 05; SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17. Nesse contexto, há aqueles que destacam o caráter finalístico do processo, mas também colocam-no como relação jurídica que se trava entre seus sujeitos, já o procedimento como sua exteriorização, sua realidade formal. (MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva: São Paulo: 1974, 1 v, p. 8; ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v, p. 110, 140 e 546; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87-90; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidade do processo e da sentença**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27).

⁴⁸² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34-36; MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 50; TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos especiais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1998, 749, v, p. 491 e 492; PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 3 v, p. 04 e 05; BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 129; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 2 v, p. 295; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 2 v, p. 82 e 83; FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 235-237; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 2 v, p. 38; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66; LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 224, 2013, p. 405; HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 48, 1991, p. 81. Também o dizem alguns administrativistas como, SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 35; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32. Existem posicionamentos que parecem afins. Há quem sustente, mais especificamente, que processo é abstrato e procedimento é concreto. Diz-se ser o procedimento o processo em movimento, o itinerário a percorrer, seu aspecto concreto e palpável MESQUITA, Gil Ferreira. **Teoria Geral do Processo**. Uberlândia: Ipedi, 2004, p. 220. Peculiariza-se, em parte, a posição de José Albuquerque da Rocha, por colocar o procedimento como a regulação formal do processo, definindo sujeitos, atos (também em sua forma e lugar), sequência, ordem, prazos etc. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 185 e 186). Pontes de Miranda, por sua vez, parece colocar o procedimento como parte do processo, abrangendo “a regulação, o ato de apresentação dos escritos, da oralidade, as citações, os prazos etc” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 3 t, p. 522).

Esse seria o sentido empregado pelo legislador do CPC de 1973, diz-se, do procedimento como forma de proceder, como uma premissa metodológica⁴⁸³. Afinal prevê a possibilidade de um mesmo processo, que vise alcançar a mesma sorte de providência jurisdicional, desenvolver-se por mais de um tipo de procedimento, reclamando, por motivos técnicos ou de política legislativa, quantidade e/ou qualidade distinta de atos processuais. Nesse particular, muito ilustrativa é a explicação de J. J. Calmon de Passos:

é possível que para a providência processual X, sejam necessários a + b + c, e para Y sejam indispensáveis a + c + e. Ou que se mostre mais adequado antecipar b, seguindo-se a ele a e c. Tanto para se lograr X, quanto para se alcançar Y, houve *um processo*: o exercício, pelas partes, do direito público subjetivo que lhes foi conferido de provocar a atividade jurisdicional do Estado e o exercício, pelo Estado-juiz, do dever-poder (função) de aplicar autoritativamente o Direito; tudo isso se cumpre com atendimento a um modo de proceder juridicamente regulado. Mas, para se obter X, procedeu-se de modo diverso daquele por que se procedeu para obter Y. De sorte que, no primeiro processo, adotou-se um *procedimento* diverso do utilizado no segundo⁴⁸⁴.

Considerando-se não haver distinção substancial entre processo e procedimento, no âmbito do exercício de função estatal (inclusive jurisdicional), que são, em essência, ato jurídico complexo de formação sucessiva de produção de ato jurídico normativo com a participação democrática (direta ou indireta) daqueles que serão por ele atingidos, na verdade, o que se observa, é que não é o processo que se serve de mais de um tipo de procedimento. É a tutela jurisdicional visada, seja ela cognitiva, executiva e/ou cautelar (juntas, combinadas ou isoladamente), que pode ser obtida por meio de procedimentos (e, pois, processos, sinônimos que são) diversos, a depender das peculiaridades e necessidades que existam em torno do direito material a ser tutelado.

A confusão também decorre do fato de a proposta originária do CPC-1973 ter sido estruturada a partir da subdivisão do processo de acordo com a tutela pretendida. Daí dedicar “Livros” diferentes a cada “tipo” de processo: processo de conhecimento (Livro I), processo de execução (Livro II) e processo cautelar (Livro III).

Essa distinção, já então questionável, perde totalmente a razão de ser com as reformas que se seguiram e partiram para um sincretismo processual (sobretudo entre 1994 e 2005⁴⁸⁵), admitindo-se que, por um mesmo processo (e, pois, procedimento), sejam oferecidas

⁴⁸³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34-36.

⁴⁸⁴ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 3 v, p. 04 e 05.

⁴⁸⁵ Destacam-se, nesse contexto, os arts. 475-J, 461, 461-A, 615 e 273, §7.º, CPC-1973.

tutelas jurisdicionais de natureza diferente⁴⁸⁶. Desde então, mais do que nunca, importa falar-se em tipos de tutela e, não, em tipos de processo (identificados pelo oferecimento de uma dada tutela).

Observe-se, ainda, que o CPC-1973, ao contrário do anterior, usou mais frequentemente o termo procedimento, colocado como algo distinto do processo. Prevê procedimentos distintos para cada “processo” – que seriam, em verdade, também processos distintos. Para o chamado processo de conhecimento, por exemplo, o CPC-1973 prevê procedimento comum ordinário e sumário. Porém, se processo é procedimento (em contraditório), quando se institui mais de um tipo de procedimento, naturalmente se está a instituir mais de um tipo de processo.

Apesar disso, no seu Livro IV, o CPC-1973 dedica-se aos procedimentos especiais – sendo este o seu título. E, curiosamente, cataloga diversos “procedimentos” especiais como entidades autônomas, sem referir-se a qualquer processo⁴⁸⁷.

O CPC-2015 não tem a mesma estrutura. Divide-se em: uma parte geral, dedicada às normas processuais civis (Livro I), à função jurisdicional (Livro II), aos sujeitos (Livro III) e atos processuais (Livro IV); e uma parte especial, que trata do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença (Livro I), do processo de execução (Livro II) e do processo nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III). Mas mantém, formalmente, a postura de aparente distinção de processo e procedimento, na medida em que, por exemplo, prevê que o processo de conhecimento (na parte especial do Livro I) se servirá de procedimento comum (Título I), cujas regras são aplicadas subsidiariamente aos procedimentos especiais (Título III) (art. 316).

O CPC-1939, por sua vez, falava de processos sem qualquer preocupação de referir-se a procedimentos – mais apropriado, afinal coincidem em essência. Daí subdividir-se em livros denominados “Do processo em geral” (Livro II), “Do processo ordinário” (Livro III), “Dos processos especiais” (Livro IV)⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Isso não exclui a possibilidade de que, em um processo, predomine a tutela de conhecimento (ex.: declaratória de inexistência de débito), execução (ex.: execução de um título extrajudicial, como um cheque) ou cautelar (ex.: ajuizada antes mesmo da ação principal em que se pede tutela de conhecimento/execução, em razão da urgência). Mas classificá-los sob esse critério não parece mais adequado.

⁴⁸⁷ Identifica a questão, BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e Procedimento. **Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia**, Uberlândia, v. 2, 1991, p. 223 e 224.

⁴⁸⁸ BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e Procedimento. **Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia**, Uberlândia, 1991, 2 v, p. 224 e 225. Há, a propósito, um livro do jurista português Alberto dos Reis, cujo título é “Processos especiais”, dedicado ao estudo dos procedimentos especiais (Vide REIS, Alberto dos. **Processos Especiais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, 1 e 2 v).

Demais disso, ainda que o procedimento pudesse ser tomado, de fato, como simples aspecto exterior e extrínseco do processo ou a forma de sua realização, seriam eles intimamente relacionados entre si, não havendo como separá-los de modo a considerá-los fenômenos distintos⁴⁸⁹, ainda mais para fins legislativos.

Essa é, em suma, corrente doutrinária que identifica o processo como fenômeno imbuído dos fins a serem alcançados (perspectiva teleológica) e o procedimento com realidade puramente formal, despida de fins, que se reduz à condição de “técnica”⁴⁹⁰. O processo comumente viria acompanhado de sua natureza teleológica, caracterizando-se por sua finalidade de exercício do poder (sobretudo jurisdicional). Já o procedimento seria a forma a ele imposta, sua manifestação exterior, realidade palpável e perceptível⁴⁹¹.

Questiona-se, contudo, se o procedimento assim visto como meio indispensável para desenvolvimento e realização do processo poderia ser absolutamente destituído de fins, como se propõe. O procedimento como toda técnica pressupõe fins e deve ser apto a alcançá-los⁴⁹². Não pode ser um caminho ou veículo para chegar a lugar nenhum. Visa ao oferecimento de tutela jurisdicional e deve ser idôneo para tanto. “Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada⁴⁹³⁻⁴⁹⁴”.

Se antes de meados do século XIX, na fase praxista do Direito processual, o processo era absorvido pelo procedimento, agora, com o cientificismo, opta-se pelo extremo oposto e o procedimento é absorvido pelo processo, sendo colocado como elemento ou

⁴⁸⁹ BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e Procedimento. **Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia**, Uberlândia, 1991, 2 v, p. 219 e 228.

⁴⁹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 64.

⁴⁹¹ Citando-a, GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 65.

⁴⁹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 66.

⁴⁹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 66.

⁴⁹⁴ Daí dizer Aroldo Plínio Gonçalves que a distinção entre processo e procedimento não se dá a partir de critérios finalísticos, mas, sim, com base no que se observa dentro do próprio sistema jurídico. E o que se percebe é que os procedimentos em geral compõem um gênero que tem como espécie aqueles procedimentos que se desenvolvem em contraditório (os processos). O processo é um tipo de procedimento, mais especificamente aquele que conta com participação direta ou indireta daqueles que serão atingidos pelo seu ato final. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 66 e 68). Cabe a ressalva de que o autor entende, na linha de Fazzalari, que o contraditório pressupõe a participação de partes com interesses contrapostos. O contraditório não decorre de participação qualquer, diz o autor, mas de participação especial daqueles que detêm interesses divergentes em relação ao ato final. Não é essa a melhor opção. Ainda que não haja litígio ou divergência de qualquer natureza como objeto do processo o contraditório se revela com a participação dos interessados, como se aprofundará mais adiante.

aspecto seu, senão como modo de desenvolvê-lo e, com isso, termina-se por anulá-lo⁴⁹⁵. O processo assumiria a condição de relação jurídica, essa seria sua essência, sua alma, e o procedimento mero aspecto extrínseco e físico pelo qual se manifestaria.

Trata-se de visão intimamente atrelada a instituto do século passado (relação jurídica), tal como concebido no Direito material – e que não se revela adequada, por si só, como já demonstrado, para definir as posições assumidas pelos sujeitos processuais⁴⁹⁶.

Essa diferenciação sugerida de processo e procedimento seria, na verdade, relativamente recente, porquanto produto de uma elaboração científica do Direito processual civil, que teria permitido o seu desenvolvimento, viabilizando que se erigisse o processo à condição de categoria autônoma⁴⁹⁷. Mas a verdade é que, com essa proposta dita científica, atribui-se uma missão trabalhosa e de difícil realização para os processualistas⁴⁹⁸, que, ainda assim, em parte, creem na distinção e se esforçam em defini-la.

4.3.4 Critério da estrutura dialética.

Há, ainda, uma última forma de confronto de tais institutos, o processo e o procedimento – que foi acima brevemente mencionada. É ainda mais recente, mas suas raízes remontam a década de 1950. É a já mencionada ideia do procedimento como gênero e o processo como espécie. Mais especificamente, a ideia do processo como procedimento em contraditório.

Feliciano Benvenuti⁴⁹⁹, em artigo científico publicado em 1952, é quem dá o pontapé inicial.

Segundo o autor, procedimento é fenômeno observado no exercício de determinada função (enquanto o fazer a lei e a decisão, atos soberanos de poder), mediante a qual o poder se traduz em ato. O “procedimento é a história da transformação do poder em ato” e, pois, a forma ou “manifestação da função⁵⁰⁰”.

⁴⁹⁵ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 66.

⁴⁹⁶ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 66.

⁴⁹⁷ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13.

⁴⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, 4 v, p. 20 e 21, nota 614.

⁴⁹⁹ BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, 1952, p. 118-145.

⁵⁰⁰ BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, 1952, p. 128.

Em outros termos, a função desempenhada se concretiza em ato resultante de série de outros atos necessários para essa transformação⁵⁰¹.

E o procedimento seria gênero do qual são espécies: *i)* o *procedimento* em sentido estrito, que se caracteriza por sucessão de atos que são praticados por *um mesmo ente*, aquele que produz o ato final, e sempre no seu próprio interesse – aqui enquadrando o procedimento administrativo (com exceções como o processo administrativo disciplinar); e *ii)* o *processo* que se distingue porquanto os seus atos sejam praticados por *sujeitos diversos* daquele que produz o ato final, mais especificamente por aqueles que seria os destinatários deste ato⁵⁰².

O processo é peculiar em razão da participação e colaboração dos interessados.

Só há, aqui, três ressalvas a serem feitas à visão do autor.

A primeira é que do processo participam e contribuem para seu resultado não só os interessados (destinatários do ato final), como também o próprio produtor do ato final, como o juiz, por exemplo, no processo jurisdicional.

Além disso, é perfeitamente possível que os próprios interessados, ainda que indiretamente representados, sejam os produtores do ato final⁵⁰³, como no processo legislativo, por exemplo. A população destinatária e interessada no ato legislativo é representada processualmente pelos parlamentares, eles mesmos responsáveis pela produção do ato final. Destinatário e produtor do ato final são um só sujeito que pratica todos os atos preparatórios do ato final, sem que se possa negar a natureza processual desse fenômeno, indispensável que é para exercício de poder estatal de produção normativa democraticamente.

Por fim, o chamado “procedimento em sentido estrito” pode contar com atuação de outro sujeito que não o produtor do ato final, e que seja interessado nesse ato. Basta pensar, por exemplo, no procedimento cartorário de emissão de certidão de óbito ou de carteira de estagiário da OAB.

Mas admitir-se o procedimento como gênero e o processo como espécie é o primeiro passo para que se chegue à construção afim: à ideia do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari. E o que aqui se propõe é que, para que se identifique a presença do fenômeno processual, não basta a participação e colaboração dos interessados (destinatários do ato final). É necessário que ela se dê em contraditório, ou seja, com

⁵⁰¹ BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, 1952, p. 121 ss.

⁵⁰² BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, 1952, p. 130-135 e 140.

⁵⁰³ Assim, FAZZALARI, Elio. Teoria generale. In **Novissimo Digesto Italiano**. Turim: UTET, 1966, 13 t, p. 1072.

participação simétrica e paritária dos interessados e do responsável pela produção do ato final⁵⁰⁴⁻⁵⁰⁵ (essencialmente normativo, como se disse).

O procedimento é toda atividade preparatória, regulada pelo ordenamento, de um provimento estatal de caráter imperativo (ato de poder), que pode ser administrativo, legislativo ou jurisdicional. É inevitável, pois, a noção finalística em seu conceito, que abrange e pressupõe um ato final de poder visado. Esse é um conceito já renovado de procedimento⁵⁰⁶.

Contribuiu para essa renovação Enrico Redenti, ao enxergar o procedimento como esquema formal e normativo que disciplina atividades preparatórias do ato final e como se coordenam e combinam entre si⁵⁰⁷. Sustenta que o processo assume o aspecto exterior de uma sequência de atos, mas não nega a existência em sua tessitura íntima de uma relação jurídica, cujo conteúdo funcional é marcado pela colaboração contínua entre seus sujeitos para se alcançar o fim visado. E acresce que esses vários sujeitos operam de posições diversas, contrapostas (partes) ou desiguais (partes e juiz), sendo que esta contradição dialética seria um típico modo de colaboração⁵⁰⁸.

Mas a obra de Fazzalari é considerada o divisor de águas. O autor visualiza o procedimento como série de atos, posições e normas que o disciplinam na ordenação do seu desenvolvimento. Toma a posição subjetiva não como a posição do sujeito perante outro, mas, sim, a posição do sujeito perante a norma que valora seu comportamento como lícito facultado ou devido⁵⁰⁹. É a forma como se conectam as normas, atos e posições subjetivas, para preparar o provimento final, que identifica o procedimento.

⁵⁰⁴ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 54.

⁵⁰⁵ Interessante observar que há quem adote posição sincrética como Odete Medauar, conjugando os critérios de Benvenuti, Fazzalari, Dinamarco e outros. Mas o faz no intuito de reconhecer um “processo” e, não, um “procedimento” para o exercício da função administrativa e de outras funções estatais, identificando um núcleo comum a todo processo, i.e.: a transformação de poder em ato; que pressupõe necessariamente série prévia de atos preparatórios deste ato final (que com ele não se confunde); mediante atuações entrelaçadas dos seus sujeitos que exercem simétrica e paritariamente, em contraditório, variadas situações processuais. (Cf. MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 40-42). É bem próxima da visão até então aqui adotada. Não se reconhece, contudo, natureza normativa e decisória do ato final, nem a natureza complexa do procedimento de sua produção.

⁵⁰⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 102 e 103.

⁵⁰⁷ Para o autor, o processo é o desenvolvimento prático e concreto de atividades intermediárias voltadas à formação de providência jurisdicional. Já o procedimento é o módulo legal do fenômeno em abstrato, que se preocupa em definir quais são essas atividades, se são necessárias, a forma como devem ser desempenhadas, quais os seus efeitos, como se coordenam e combinam entre si. REDENTI, Enrico. **Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, 1 t, p. 87 e 88.

⁵⁰⁸ REDENTI, Enrico. *Atti processuali*. In **Enciclopedia del diritto**. V. IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 107.

⁵⁰⁹ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 77 e 78.

Na sequência normativa procedimental, vê-se que a incidência da norma que estabelece que um ato que possa ou deva ser realizado é requisito de validade da incidência de outra norma que trata da prática de outro ato e assim sucessivamente, até que se alcance o ato final⁵¹⁰.

O que se observa, pois, é que o pressuposto de incidência da norma procedimental é o desempenho da atividade prevista em norma anterior (ex.: o oferecimento de contestação com fato ou documento novo é pressuposto da norma que prever o ônus de replicar). A validade de cada ato depende da sua posição na estrutura e requer o cumprimento do seu pressuposto. Todo ato é consequência do ato que o precede e pressuposto do que o sucede⁵¹¹.

E o provimento final é ato estatal imperativo de exercício de poder na esfera legislativa, administrativa e jurisdicional. Implica a finalização do procedimento.

Mas o que torna o procedimento um processo é a participação simétrica dos interessados juntamente com o autor do provimento final de todo o seu rito preparatório. Mais especificamente, uma participação em contraditório⁵¹². Daí dizer-se ser o procedimento gênero e o processo, espécie. O processo seria uma espécie de procedimento que se dá em contraditório. É, como diz Fazzalari⁵¹³, um procedimento em contraditório, democrático, que deve dar-se com a participação daqueles que serão atingidos pelos efeitos do ato final.

E a conclusão é possível, diz-se, porque há procedimentos que não se caracterizam pela peculiaridade que identifica o processo, que é o contraditório. Basta pensar naqueles adotados em ordenamentos que não decorram de um regime democrático. Já o

⁵¹⁰ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 77 e 78. Fazzalari nota que nem sempre o provimento é o último ato do procedimento, a exemplo da lei que ainda há que ser promulgada. Mas ainda assim entende que o provimento é o ato procedimentalmente visado e convém denominá-lo de ato final. (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 79).

⁵¹¹ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 78

⁵¹² FAZZALARI, Elio. Teoria generale. In **Novissimo Digesto Italiano**. Turim: UTET, 1966, 13 t, p. 1072; FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 82 e 83.

⁵¹³ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 82 e 83. Parte da concepção de Bevenuti de processo e procedimento como integrantes de uma categoria comum. (BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, 1952, p. 128, 130 ss.). Essa concepção é levada a diante por GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68-69 e 102-132; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203-208; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129 ss.; MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 144 e 145; ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: Relações entre Processo e Constituição. In **Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 48; DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 412.

processo tem todos os atributos que qualificam o procedimento – é atividade de preparação de um provimento⁵¹⁴. Assim, não há nada de processual que não seja procedimental, o que torna inviável diferenciá-los.

Mas os adeptos originários dessa teoria entendem que só há processo e, portanto, procedimento em contraditório, na presença de interesses divergentes dos seus destinatários sobre o provimento final⁵¹⁵. Assim, não haveria contraditório e, portanto, processo diante de um pedido de inscrição em concurso público, ou de matrícula em instituição pública ou em pleito típico de jurisdição voluntária, dizem⁵¹⁶.

Diz-se, ainda, que não haveria processo naqueles casos administrativos em que a participação do particular é meramente episódica e em um nível inferior ao da administração pública (ex. de Fazzalari: procedimento de autorização para instalação de condutores elétricos ou para reconhecimento de qualificações partidárias). Isso porque não haveria um órgão da administração pública interessada que se ponha em contraditório com o particular⁵¹⁷.

Admitem, nesses termos, à luz da teoria de Fazzalari, processos administrativos, jurisdicionais e legislativos⁵¹⁸. No legislativo, inclusive, o contraditório se manifesta com a participação dos parlamentares que representam os interesses diversos e contrapostos de diferentes núcleos sociais⁵¹⁹.

E aqui, talvez, caiba uma das mais importantes ressalvas a esta teoria, quanto ao que se entende por contraditório.

Rigorosamente, o contraditório não pressupõe litigiosidade ou interesses contrapostos. Pressupõe, isso sim, participação e diálogo, equilibrado e isonômico, de todos aqueles que serão atingidos pela decisão final⁵²⁰. Até porque seus interesses podem ser

⁵¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 113 e 114. Adota essa teoria na diferenciação de processo e procedimento, LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 98 e 99.

⁵¹⁵ Destaca a dialeticidade e a necessidade de paridade de armas, PICARDI, Nicola. **Manuale del Processo Civile**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 208 e 209.

⁵¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 116.

⁵¹⁷ FAZZALARI, Elio. Teoria generale. *In* **Novissimo Digesto Italiano**. T. XIII. Turim: UTET, 1966, p. 1074.

⁵¹⁸ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 7 e 8.

⁵¹⁹ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 87; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 118. Nota-se até mesmo a extensão do fenômeno processual para esfera privada (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 9 e 10; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 115 e 116).

⁵²⁰ Assim, com visão bem ampla do contraditório, e admitindo sua presença em processos eleitorais, legislativos e administrativos que exijam audiência pública para discussão de plano diretor ou providências que impactem no meio ambiente, DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. *In* DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 417-419

tranquilamente convergentes sem que com isso se desnature a essência processual do fenômeno.

É o que ocorre, por exemplo, nos processos que se requer a homologação de um acordo ou a retificação de um registro de óbito, a obtenção de uma licença funcional para fins de qualificação (sem que haja objeção, por ser de interesse da própria Administração)⁵²¹.

E é nesses termos e com essas premissas que se poderia afirmar ser o processo um procedimento de produção normativa que exige contraditório.

5 CORRELAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO.

Por muito tempo, na chamada fase sincretista ou praxista do Direito processual (até meados do século XIX), o processo jurisdicional se resumia à condição de procedimento – ou seja, de atos e formas sequenciados.

Com a afirmação científica do Direito processual observada a partir da segunda metade do século XIX, o processo passa a ser predominantemente visto como relação jurídica, assumindo o procedimento posição, quando muito, secundária (de aspecto externo, exteriorização de movimento, o modo ou forma como caminha e se desenvolve).

Só quando se chega mais próximo do final do século XX que o processo passa a ter, para muitos, como elemento essencial o procedimento⁵²², sendo visto como procedimento de exercício de função estatal.

Hoje se pode dizer que a tendência é o reconhecimento de que o processo é procedimento democrático de produção de ato normativo.

Sucedo que, tomado o processo como conceito jurídico fundamental, o contraditório não pode ser considerado em sua definição, como elemento constitutivo de seu núcleo conceitual, na medida em que há que se admitir ordenamentos não-democráticos que se valem do fenômeno processual sem contraditório inerente. Além disso, em ordenamentos democráticos há processos nulos, sem contraditório, mas que são processos.

⁵²¹ Pode-se dizer, inclusive, que a presença do contraditório em dado procedimento independe de atuação legislativa sob o argumento de que decorre de um direito fundamental à processualização dos procedimentos. A gradual operabilidade do contraditório nas várias formas de manifestação estatal exercidas proceduralmente decorreria do devido processo legal e da dimensão processual dos direitos fundamentais. (DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 412 e 413).

⁵²² FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 152 e 153

Daí dizer-se não ser o contraditório elemento constitutivo ou imprescindível para a existência de um processo, mas um requisito de validade seu, juridicamente positivado⁵²³.

Mesmo assim, não se pode negar que a noção de processo como procedimento de produção normativa que exige, para sua validade, o contraditório é a apropriada para a explicação do fenômeno processual em países democráticos, em que atuação estatal (e privada) desse viés deve se aperfeiçoar com a participação dos interessados⁵²⁴.

Em especial, quando os termos “processo” e “procedimento” (ou termos afins, como “direito processual”) são conceitos jurídicos indeterminados positivados na CF/1988 (art. 22, I, e 24, X e XI, CF), para fins de repartição da competência legislativa brasileira sobre tais matérias, devem ser eles analisados e interpretados à luz do contexto da própria ordem constitucional e infraconstitucional brasileira e da realidade dominante, que é de democracia. Devem ser objeto desse olhar sistemático, que reclama a presença do contraditório.

Desse modo, o que se pode concluir é que processo é procedimento. Que não há nada de processual que não seja essencialmente procedimental e vice-versa. Cada ato processual é também, em si, ato procedimental, e integra essa cadeia dirigida à produção normativa visada.

E não há nada do processo/procedimento, sobretudo o jurisdicional, que possa ser útil e legitimamente realizado sem atenção ao contraditório. De tudo devem estar as partes cientes, de tudo devem participar, sempre com oportunidade de se manifestar, com poder de influência e cooperativamente. Logo, todo ato processual é procedimental e deve ser concebido para ser praticado democraticamente. Ao menos assim é no Direito brasileiro – objeto desta tese.

Enfim, não há como cogitar processo/procedimento que não abranja exercício de poder normativo (ou de decisão) ou não tenha como exigência (de validez), em um ordenamento democrático, o contraditório⁵²⁵.

⁵²³ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 65.

⁵²⁴ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 65. Daí Marinoni, que reconhece ser o processo procedimento (de tutela de direitos na dimensão da CF), afirmar tratar-se de instituto que não pode ser compreendido de modo desprezado ou alheio aos direitos fundamentais e aos valores do Estado constitucional, não vendo razão para, em sua obra, analisar outro processo que não seja esse relativo ao exercício da jurisdição do Estado contemporâneo. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1 v, p. 466 e 467).

⁵²⁵ Ao contrário do que cogita Cândido Rangel Dinamarco, exemplificando com o inquérito policial que não seria endereçado a provimento algum, finalizando-se com relatório da autoridade policial, nem pressuporia

A conclusão é uma só.

Processo e procedimento são, em essência, noções indissociáveis entre si⁵²⁶. E legislar sobre um significa legislar sobre o outro.

contraditório (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 161). Não é bem assim. O rito referido é finalizado com *decisão* de arquivamento ou não e conta com contraditório mínimo.

⁵²⁶ Com postura afim, CRETELLA JUNIOR, **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 2002, 6 v, p. 16 e 17; DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 65; SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 124-128.

CAPÍTULO 3

NORMA DE PROCESSO E NORMA DE PROCEDIMENTO.

1 PROCESSO E DIREITO MATERIAL.

O processo é instrumento de exercício do poder de produção de norma jurídica. Visa, portanto, disciplinar e proteger uma *situação jurídica* que pode ser vulgarmente denominada de *direito material*.

A norma pode ser *abstracta*, quando a sua hipótese de incidência não se refere a qualquer fato ou sujeito específico e palpável, tal como se observa no processo legislativo. Basta pensar no processo de produção da lei que prevê, sem qualquer base material ou remissão a um plano de concretude, que, selado contrato de locação (pressuposto fático), o locador tem direito material ao adimplemento pontual de prestação pecuniária relativa ao aluguel e encargos respectivos (consequente).

A norma produzida pode ser *concreta*, quando referir-se a fato e sujeito real (determinado), como se dá, usualmente, nos processos administrativos e jurisdicionais.

Um bom exemplo é o da decisão administrativa que, diante de uma infração de trânsito comprovada (pressuposto fático), imputa ao condutor uma penalidade administrativa que se traduz no dever de adimplir prestação pecuniária imposta a título de multa (consequente).

Ou, ainda, a decisão jurisdicional que, diante da ausência de notificação adequada e oportunidade de ampla defesa no processo administrativo de apuração da infração de trânsito (pressuposto fático concreto), reconhece o direito material potestativo do condutor administrado de invalidação do ato administrativo punitivo.

Daí ser possível dizer que o direito material (em verdade, situação jurídica substancial) e o processo são noções indissociáveis entre si, pois todo direito é produzido processualmente e todo processo visa à produção de direito. É o direito material que comporá o objeto de decisão no processo⁵²⁷⁻⁵²⁸.

⁵²⁷ FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 138. No contexto jurisdicional, Fazzalari busca definir se e em que sentido se pode dizer que o processo é coordenado ao direito substancial. Conclui que esse problema deve ser resolvido considerando: i) todos os atos do processo e não só alguns como a sentença e a demanda; ii) que o direito substancial é presente no paradigma normativo do processo e compõe a situação que legitima atos das partes e do juiz; e que iii) há essa coordenação entre atos processuais e direito (material), desde a asserção do direito que legitima os atos preparatórios das partes e do juiz no processo cognitivo, até apreciação do direito que legitima a sentença no processo cognitivo e toda a série de atos executivos. (FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957, p. 109, 110, 151-153).

É o caso do direito a uma prestação pecuniária de aluguel, objeto de decisão e normatização abstrata pela lei de locações; do direito a uma prestação pecuniária punitiva da administração em razão da infração de trânsito, objeto de decisão e normatização concreta por decisão administrativa; e, ainda, o direito potestativo do administrado à invalidação dessa decisão por desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, objeto de decisão e normatização concreta por decisão judicial.

2 RELAÇÃO ENTRE PROCESSO E DIREITO MATERIAL.

Segundo Calmon de Passos, o direito e o processo de sua enunciação fazem parte de uma só realidade. Não há como extremar “o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual⁵²⁹”. A relação entre eles seria de integração e organicidade.

Fredie Didier Jr. enfatiza a processualidade da criação do direito, ou seja, a importância do processo na criação do direito. Na verdade, o processo é visto como “co-protagonista” na criação do direito, permitindo que se perceba a necessidade de que prevaleça uma interpretação teleológica e funcional da disposição normativa processual, com olhos fixos no seu fim último e maior que é realizar a norma material⁵³⁰.

A lição parece elementar. Basta ter-se em mente que a natureza do processo de método e instrumento (de produção de norma e proteção de direito material) coloca em destaque que não é um fim em si mesmo e que deve ser apto a alcançar aquele que é seu fim precípuo: a concepção, regência e proteção de um direito material (subjetivo) deduzido, realizando o Direito material (objetivo) vigente.

A construção, interpretação e a aplicação das normas que o disciplinam (o processo) devem ser acima de tudo teleológicas, finalísticas e, porque não dizer, funcionais.

⁵²⁸ Daí Proto Pisani estabelecer que o objeto do processo e da decisão não são atos, fatos ou a norma jurídica indicada pela parte ou conhecida de ofício. É sempre e somente o direito que se quer fazer valer em juízo, através da demanda do autor. (PISANI, Andrea Proto. **Diritto Processuale Civile**. 4 ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002, p. 60).

⁵²⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, 2001, p. 64. O direito passa a existir depois de processualmente produzido (PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68).

⁵³⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v., p. 27.

Por isso, no âmbito jurisdicional, tem-se dito que a relação entre direito material e processo é circular⁵³¹, de modo que, se o processo está a serviço do direito material, o direito material também precisa servi-lo⁵³².

O processo deve ter o direito material (enquanto fragmento de uma realidade substancial) como seu ponto de partida e de chegada. Parte dele para a ele retornar⁵³³. Daniel Mitidiero chega a afirmar que o processo e o direito material são indispensáveis entre si, pois o processo dá efetividade ao direito material e o direito material lhe confere uma função⁵³⁴.

Mas o direito material é um antes e outro depois do processo. Quando no processo é afirmado, já se transforma ali em expectativa do que será⁵³⁵, e com o provimento final do juiz é que se certifica, enfim, o que passa a ser (seu novo ser). Era o que já dizia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao afirmar ser o provimento jurisdicional o resultado de atividade de reconstrução e criação judicial exercida em um processo, que devolve o direito material (então “matéria-prima” em “estado puro”) qualitativamente transformado⁵³⁶⁻⁵³⁷.

Tratando-se de constatação exclusiva para o contexto do processo jurisdicional, diz-se que processo e direito material não se confundem, mas não podem ser dissociados.

Identifica-se vínculo de finalidade enlaçando o instrumento (processo) e seu objeto de trabalho (direito material). Muito interessante e figurativa a colocação de que assim como a partitura de uma música reproduzida por instrumentos ganha nova vida (a depender do arranjo, da interpretação e da sua execução), o texto normativo material positivado, quando

⁵³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 33.

⁵³² Carnelutti chama a atenção para a complementaridade das atividades do legislador e do juiz. Aquilo que faz o legislador é uma parte, mas não tudo que ocorre para a constituição do direito. Ambos concorrem para a constituição do direito exercendo atividades de mesma natureza. (CARNELUTTI, Francesco. *Profili dei rapporti tra diritto e processo*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1960, v. 15, n. 4 e 5, p. 543-545). Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones Del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1973, 1 v., p. 22; ZANETI JR, Hermes. Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fabio Cardoso (org). **Polêmica sobre a ação – A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 191 e 192;

⁵³³ LUISO, Francesco Paolo. **Diritto Processuale Civile**. 7 ed. Milano: Giuffrè, 2013, 1 v., p. 06 e 07.

⁵³⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

⁵³⁵ Sobre a expectativa, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito Material e Processo. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, 2004, n. 33, p. 627 e 628.

⁵³⁶ ALVARO, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, 2003, n. 29, p. 443.

⁵³⁷ A situação jurídica substancial, ao longo do processo, assume diversas roupagens: inicialmente é afirmada por aquele que postula (objeto da demanda), torna-se objeto do contraditório e de prova, para colocar-se como objeto de cognição e decisão judicial – que vem certificá-la ou negá-la. Na execução, a situação jurídica aparece liminarmente certificada e documentada. (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 276 e 277).

interpretado, aplicado e construído por instrumento processual produz um novo direito⁵³⁸. Assim como o instrumento musical concretiza e dá vida à partitura, o instrumento processual concretiza leis materiais e dá vida a um direito material ali abstratamente concebido⁵³⁹.

Cumprido destacar que esse é o fim jurídico do processo jurisdicional⁵⁴⁰, que, a propósito, não implica seja o processo reduzido à condição de instrumento em serviço do direito material, consistindo, isso sim, no fenômeno que lhe dá vida (ou nova vida). A criatividade judicial há que ser destacada, ratificando-se a atuação construtiva e adscritiva do juiz na concepção do direito material⁵⁴¹ e a ausência de neutralidade do juiz e do processo em relação a este mesmo direito⁵⁴².

Entretanto, nada disso pode ficar restrito ao processo jurisdicional. Qualquer *processo estatal (jurisdicional, administrativo e legislativo)*, enquanto instrumento de criação de norma e, pois, de tutela do direito material que será de objeto de decisão, deve ser elaborado, estruturado e analisado a partir da situação jurídica material em jogo. Há que haver essa adequação formal e teleológica que conecte e enlace o instrumento ao seu objeto central de trabalho⁵⁴³.

Assim, por exemplo, na esfera legislativa, o processo de produção de emenda constitucional (art. 60, CF) é diferenciado em relação ao processo de criação de uma lei ordinária, tendo em vista a natureza da norma aí constituída e, sobretudo, a natureza da situação jurídica substancial que, em *ultima ratio*, é criada (constitucional ou infraconstitucional). Na esfera administrativa, seria inviável e absolutamente ineficaz seguir o mesmo rito na seleção de propostas para contratação pública e na apuração e eventual punição de falta disciplinar.

⁵³⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 75 e 76. Cf. também, ZANETI JR, Hermes. Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fabio Cardoso (org). **Polêmica sobre a ação – A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 192.

⁵³⁹ Pode-se fazer uma comparação, também, com as atividades do engenheiro e do arquiteto. Assim como o arquiteto, o Direito material projeta; assim como o engenheiro, o Direito processual atua no sentido de concretizar esse projeto. “Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, 1 v, p. 27).

⁵⁴⁰ Ao lado deste seu fim jurídico (já repensado), há que se identificar fins metajurídicos, como a pacificação social e a realização da justiça em concreto.

⁵⁴¹ PICARDI, Nicola. A Vocação do Nosso Tempo para a Jurisdição. In ALVARO, Carlos Alberto (org. e revisor técnico da tradução). **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15 ss.

⁵⁴² SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26 ss.; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

⁵⁴³ Comenta a necessidade de o instrumento ser construído a partir das necessidades de cada área de atuação, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 17.

Todo processo deve ser concebido e conduzido de modo a que seja adequado ao alcance dos seus fins. E, por isso, qualquer disposição normativa que o discipline deve ser interpretada e aplicada prioritariamente sob essa perspectiva.

3 DIREITO MATERIAL COMO OBJETO DE DECISÃO.

A definição da situação jurídica substancial (direito material) a ser objeto de decisão é relativa. O conceito de direito material deve ser construído a partir de um critério funcional.

Isso porque é perfeitamente possível que uma situação jurídica processual, que sirva de fundamento à prática de ato em um processo, faça nascer um direito que venha a se tornar mérito de outro processo ou de um simples incidente processual, por exemplo – quando se tornará objeto de decisão.

Embora mais raro, é possível a hipótese inversa, i.e., que uma situação jurídica “substancial”, colocada como mérito de um processo, funcione como situação jurídica processual e, pois, fundamento da prática de atos em outro processo.

Por exemplo, o processo legislativo voltado para a elaboração do CPC-2015 tem como objeto de decisão legislativa, situações jurídicas processuais como a previsão de que, realizada a audiência de conciliação ou de mediação (pressuposto fático), surge o ônus de defender-se no prazo de quinze dias (consequência processual) (art. 332, CPC-2015). Isso é o que se pode chamar de “mérito” do processo legislativo, aquilo que será, ali, objeto de decisão do legislador.

Entretanto, instaurado um processo jurisdicional na vigência desta codificação processual, cujo mérito seja, por exemplo, o direito material potestativo de invalidação de um contrato firmado sob coação e com cláusulas abusivas, questão estranha ao seu mérito e estritamente processual será o ônus de defesa no prazo do art. 332, CPC-2015.

O ônus da defesa que compôs o mérito no processo legislativo (como situação jurídica “substancial”) torna-se ou funciona como situação jurídica estritamente processual no processo jurisdicional citado.

Por outro lado, uma situação jurídica estritamente processual na esfera legislativa, como, por exemplo, a incompetência da comissão de redação final para alterar substancialmente texto já aprovado na casa legislativa, pode vir a ser fato que faça surgir direito material (direito potestativo de invalidação do ato normativo daí decorrente) que

componha o mérito de processo jurisdicional de controle de constitucionalidade formal desta lei.

Assim, uma situação jurídica estritamente processual não-observada, por exemplo, é fato jurídico que pode ter como efeito o nascimento desse “direito material decorrente de um processo” (ou de um fato processual). Trata-se de um direito material que se originou de um processo (fato processual) e pode compor objeto de decisão e, inclusive, mérito, de outro processo.

Uma situação processual pode ser objeto de decisão em um processo; quando isso acontece, ela se transforma em situação material. “Uma situação processual que foi processualizada se materializa⁵⁴⁴”.

Especificamente no contexto do *processo jurisdicional* não é difícil constatar essa relatividade da natureza do seu mérito.

Em regra, o mérito de processo jurisdicional é um *direito que não decorre de um fato processual, ocorrido em processo (jurisdicional) anterior*. É o que se pode falar, por exemplo, do direito à prestação pecuniária locatícia do locador ou do direito de alimentos do menor dentro da sua necessidade e das possibilidades do genitor.

Mas há casos em que o objeto litigioso do processo jurisdicional é um *direito material que teve origem em um processo antecedente* (em um fato processual)⁵⁴⁵⁻⁵⁴⁶ - como o mérito da ação rescisória contra decisão transitada em julgado prolatada por juízo absolutamente incompetente (art. 963, II, CPC).

Mais do que isso, o direito material originado de um fato processual não será necessariamente mérito de um outro processo autônomo. Pode colocar-se como *mérito de um incidente processual ou de recurso* no mesmo processo, tal como o direito de invalidação da decisão recorrida por ser despida de fundamentação ou o direito de afastamento do juiz impedido.

⁵⁴⁴ Expressão que adveio de reflexão de Fredie Didier Junior ao ler esse trabalho.

⁵⁴⁵ Nesse sentido, Roberto Gouveia e Gabriela Miranda também adotam visão dinâmica e diferenciada do direito material, que se afina com aquela ora proposta. Seu entendimento foi registrado em trabalho ainda não publicado, mas gentilmente disponibilizado por email, em cujos termos se diz: “Direitos há antes do processo, e isso parece ser algo inegável; no entanto, fora do processo todo direito é simplesmente ele mesmo, sem a necessidade de adjetivações. O direito ganha a qualidade de material quando contraposto a outro, dito, acima de tudo, processual. Isso, sem dúvida, só é possível se tivermos como referencial um processo determinado”. (FILHO, Roberto Campos Gouveia; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenori. **O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do Direito**: breves considerações do tema a partir do pensamento de Pontes de Miranda. No prelo).

⁵⁴⁶ Por isso, Machado Guimarães, há décadas atrás, já dizia que a natureza da questão (se de mérito ou processual) depende “da sua função na demanda que a suscita”. E continua: “É assim que podem ser objeto de demanda (mérito) uma questão sobre processo (p. ex., a ação rescisória de sentença violadora de direito processual em tese) (...)”. (GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. *In Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 103).

Enfim, o direito material, seja ele decorrente de um fato processual ocorrido em processo anterior ou não, é aquele que se apresenta como objeto de uma decisão.

Essa relatividade da distinção e correlação entre processo e direito material é determinante do conteúdo das normas processuais e das normas materiais. Afinal, é a partir daí que se pode definir o que cada uma delas disciplina.

4 NORMA MATERIAL E NORMA PROCESSUAL.

4.1 Distinção no âmbito dos processos estatais em geral.

A distinção entre norma processual e norma material deve ser feita, a princípio, a partir da aceção mais ampla possível de processo estatal.

Nesse contexto, a norma processual é aquela que disciplina a forma de produção de outras normas jurídicas (ou decisões)⁵⁴⁷. Define o procedimento a ser seguido na tomada de decisões estatais das mais diversas naturezas (legislativa, administrativa e jurisdicional). Estabelece, assim, o modo de proceder⁵⁴⁸.

Já a norma material é aquela que determina o conteúdo da norma jurídica produzida, a substância da decisão. Fornece, pois, um critério de decisão ou de julgamento⁵⁴⁹⁻⁵⁵⁰.

Ocorre que essa é uma visão estática e estritamente objetiva da distinção – presa rigidamente ao objeto da norma. Necessário proceder a uma revisão teórica que permita enxergá-la dinamicamente e na perspectiva funcional então propugnada. Para tanto, é inevitável que se enxergue que a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar e vice-versa.

⁵⁴⁷ José de Albuquerque Rocha defende ser a norma processual aquela que regula os atos de vontade tendentes à criação de novas normas. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34).

⁵⁴⁸ Rosemiro Pereira Leal admite que norma processual (jurisdicional) estabelece critério de proceder. Sua afirmação é para o âmbito unicamente jurisdicional, tanto que defende que a norma processual disciplina a jurisdição e o procedimento como estrutura e instrumento de debate de direitos materiais. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119).

⁵⁴⁹ Rosemiro Pereira Leal assevera ser a norma material comando de criação de direitos, conformando critério de julgamento a ser empregado na atividade de decidir, mas ainda restrito à esfera jurisdicional. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119). Trata-se de proposta conceitual criticável quando se observa que normas processuais também criam direitos.

⁵⁵⁰ Apesar de menos abrangente, é nessa linha a colocação de Kelsen, ao sustentar que o Direito formal disciplina a organização e o processo jurisdicional e administrativo e o Direito material determina o conteúdo dos atos daí resultantes. “O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 256 e 257).

Por isso, uma norma só pode ser definida como processual ou material com precisão a partir da função desempenhada em dado processo.

Assim, por um lado, cabe dizer que uma norma processual, que define critério de proceder para um processo legislativo (ex.: quórum de deliberação para aprovação de lei complementar), quando desrespeitada, pode atuar como critério de julgar em processo jurisdicional de controle de constitucionalidade formal desta lei.

É o que ocorre, também, nos casos em que a exigência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar é ali colocada como critério de proceder (norma processual). Mas será posteriormente tomada como critério de julgar se instaurado um processo jurisdicional no intuito de invalidar a decisão administrativa por desrespeito a esta regra (norma material).

Por outro lado, isso pode ser observado quando a norma “material” que estabelece critério de decidir em processo legislativo de elaboração do CPC-2015 opera e incide como norma processual e define critério de proceder em processo jurisdicional.

Por exemplo, a segurança jurídica atua como critério de decidir na definição do legislador (no processo legislativo) da regra básica de Direito intertemporal processual no CPC-2015 (arts. 14 e 1043)⁵⁵¹ de aplicação imediata da norma processual nova aos processos em curso (atos a praticar e seus efeitos). Mas pode ser tomada como critério de proceder por partes ou juiz que figurem em um processo jurisdicional, para que ajam de acordo com a lei antiga negando a aplicação imediata da lei nova, se isso for necessário para fazer valer essa mesma segurança jurídica⁵⁵²⁻⁵⁵³.

⁵⁵¹ “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

“Art. 1.043. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

⁵⁵² Por exemplo, encontram-se precedentes do STJ, no sentido de que, em nome da segurança jurídica e da razoabilidade, pode-se aplicar lei antiga e revogada, negando aplicação imediata à lei nova. No caso, em respeito à segurança e à razoabilidade, entendeu-se que a lei nova (Lei n.º 11.232/2005) que institui a impugnação de executado e prevê o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão de seu indeferimento não afasta o cabimento de apelação contra decisões de indeferimento dos antigos embargos à execução, ajuizados sob a égide da lei antiga, ainda que tais decisões tenham sido *publicadas* na vigência da lei nova. A despeito disso, tem-se admitido o recurso interposto, com base no princípio da fungibilidade. Assim, STJ, 4.ª T., AgRg no REsp n. 1109004/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 19.05.2009, publicado no DJe de 08.06.2009; REsp n. 963977/RS, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.08.2008, publicado no DJe de 05.09.2008; EREsp n. 1043016/SP, 2.ª S., rel. Min. Massami Uyeda, j. em 10.03.2010, publicado no DJe de 27.05.2010; REsp n. 1.062.773, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7.6.2011, publicado no DJe de 13.06.2011.

⁵⁵³ Kelsen demonstra reservas com relação a essa visão: “A Constituição (no sentido material da palavra) em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa e deixa a determinação do conteúdo das leis ao órgão legislativo. Só excepcionalmente – e, de modo eficaz, apenas por via negativa – determina a conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos (...) Por outras palavras: a Constituição representa predominantemente Direito formal, enquanto que o escalão da criação jurídica que lhe está imediatamente

4.2 Distinção no âmbito dos processos jurisdicionais. Uma revisão de paradigma.

Estreitando a análise, para concentrá-la exclusivamente no *processo jurisdicional*, a conclusão é essencialmente a mesma.

Estaticamente, a norma processual é aquela que estabelece critério de proceder, disciplinando a forma de produção das decisões judiciais⁵⁵⁴. A norma material é aquela que determina o conteúdo da decisão produzida, fornecendo um critério de decisão ou de julgamento⁵⁵⁵.

Dinamicamente, a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar (ex.: norma sobre situação processual de incompetência do juízo pode atuar

subordinado tanto representa Direito material como formal". (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258). Há que se observar, contudo (e por exemplo), a operabilidade da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* (inclusive processuais) que os reveste da condição de *valores fundamentais de toda a sociedade*, que devem espalhar-se e difundir-se pelo ordenamento jurídico, contaminando suas regras e preceitos normativos. São, assim, a base axiológica da ordem jurídica que se diga democrática, que deve nortear as atividades estatais legislativas, judiciárias e administrativas, atuando como regra de julgamento em todos esses contextos (Conferir, MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114 ss.; NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 80 ss.; DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In Cláudia Lima Marques (coord.). **A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113 ss.; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 79 ss.). Nessa perspectiva, os direitos fundamentais servem de diretrizes para a instituição, interpretação e aplicação das normas pelo Estado. Cabe ao Estado-Legislador, Estado-Juiz e Estado-Administrador pautar toda sua atuação nesses padrões valorativos da coletividade, observando-os, sobretudo, na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas (Vide, dentre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 4 t, p. 314 ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438 ss).

⁵⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119.

⁵⁵⁵ Semelhante é a visão de Allorio, que coloca a norma material como algo próximo a um critério de julgar, que definirá o conteúdo da decisão. Isso se observa mais especificamente quando afirma que se deve reconhecer índole material às normas que regem situações jurídicas que podem ser objeto de declaração judicial autônoma, determinando o conteúdo do julgado. E as normas processuais são aquelas que gerem outras situações relevantes no curso do processo. (ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v, p. 121 e 122). Incidentalmente, ao longo de estudo sobre a jurisdição voluntária, Allorio coloca o direito subjetivo substancial como a situação jurídica que é objeto do processo de declaração judicial. Acredita que a norma jurídica tem vida e eficácia primeiro e fora do processo, e tem firme convicção de que a exigência de subjetivação da norma e sua tradução na categoria do direito subjetivo nasce do processo de accertamento. A norma é invariável, prevendo fato e efeito jurídico perfeitamente definidos. A estrutura do direito subjetivo substancial depende ao invés da organização do processo de accertamento (certificação) do qual ele é objeto. O processo recorta, variadamente, no conteúdo dado pela norma, a estrutura, de certa forma arbitrária, do direito subjetivo. (ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In **Problemi di diritto**. Milano: 1957, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 2 v, p. 53-55).

como critério de julgar em ação rescisória proposta contra decisão transitada em julgado prolatada por juízo absolutamente incompetente, cf. art. 963, II, CPC).

Há quem contraponha a visão, sustentando que existem normas que determinam o conteúdo da decisão, mas não podem ser objeto de processo autônomo, como aquelas relativas às preclusões, aos efeitos da revelia, à desistência da ação e ao reconhecimento do pedido⁵⁵⁶⁻⁵⁵⁷⁻⁵⁵⁸.

Olvida-se, contudo, que a desistência da ação e o reconhecimento da procedência do pedido (atos processuais) que se realizem defeituosamente, podem, sim, vir a compor o mérito de processo autônomo, com uma ação anulatória (art. 963, §4.º, CPC).

Além disso, a norma material, de fato, é aquela que determina o conteúdo de decisão, mas não precisa ser decisão sobre objeto de processo autônomo. Pode ser decisão de um incidente processual, de um recurso. Norma material é a que serve para resolver o objeto da decisão; quando uma questão processual se torna objeto da decisão, a norma processual que a define servirá como norma material.

Nesse contexto, as preclusões e a confissão ficta são situações jurídicas processuais que podem compor o mérito de um incidente ou de um recurso e, assim, ser objeto de uma decisão. E as normas que as regem atuarão como critério de julgar.

Poderão ser resolvidas incidentalmente por decisão que reconheça uma revelia ou o decurso de um prazo recursal (preclusão temporal), como inúmeras outras questões exclusivamente afetas ao processo. Mas também podem vir a compor o mérito de um procedimento incidental ou recursal, por exemplo. Basta pensar num recurso cujo mérito seja o *error iudicando* decorrente da decretação do efeito material da revelia de um réu irregularmente citado.

⁵⁵⁶ Allorio insere algumas delas na categoria que chama de normas decisórias não substanciais. (ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v., p. 136 e 137).

⁵⁵⁷ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 102.

⁵⁵⁸ Vittorio Denti coloca problema afim, que seria o fato de existirem situações substanciais que não poderiam ser objeto autônomo de declaração judicial, como a prescrição, a compensação etc. (DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 24, 1969, p. 9). Ou seja, o autor se refere, basicamente, às exceções substanciais, contradireitos, que o réu poderia trazer a juízo em sua defesa. Mas há que se observar que, de um lado, alguns desses direitos podem, sim, ser objeto de declaração judicial autônoma, como, por exemplo, o direito de crédito subjacente à compensação e, de outro, que, na visão aqui adotada, são substanciais todas as normas que servem de critério de julgamento, que não precisa se dar por um processo autônomo ou por uma declaração judicial autônoma. Assim, a prescrição é tema a ser objeto de decisão de mérito. Fredie Didier Jr., escrevendo sobre contradireitos, afirma que “quando exerce um contradireito, em defesa, o réu amplia o mérito (o objeto litigioso do processo). A afirmação do contradireito comporá o mérito da causa, ao lado da afirmação do direito feita pelo autor”. (Vale conferir como um todo, DIDIER Jr., Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 223, 2013, p. 87-100).

Questiona-se, ainda, em doutrina, a visão ora adotada sob o argumento de que existem questões seguramente processuais que podem ser objeto de processo e nem por isso seriam materiais⁵⁵⁹ – o que revela apego a uma definição da norma pelo seu objeto e ignorando sua função. Há quem rejeite, também, a tese aqui acolhida, sob o argumento de que acabaria por exigir a busca do escopo de cada norma singular – se estipula um proceder ou um decidir -, o que revelaria seu caráter ilusório⁵⁶⁰.

Entretanto, o que não observam esses opositores é que isso só se exige diante de visão funcional e dinâmica da norma processual, i.e., naqueles casos em que ela funciona como critério de decidir⁵⁶¹. Se a norma processual for estaticamente considerada (só em vista do seu objeto), essa tarefa de aferição da finalidade e função de norma por norma, caso a caso, não se impõe⁵⁶².

Superadas essas críticas, deve-se reconhecer que é perfeitamente possível e até corrente na prática forense que a norma processual, que estabeleceu um critério de procedimento para um processo, funcione como norma material: *i*) em outro processo, quando invocada para a solução do seu mérito (ex.: ação rescisória contra decisão transitada em julgado prolatada por juiz impedido, art. 963, II, CPC); e *ii*) em incidente (ex.: arguição de suspeição de magistrado, art. 146, CPC) ou recurso do mesmo processo, se aplicável também na resolução do seu mérito⁵⁶³.

⁵⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 356.

⁵⁶⁰ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 10 e 11; LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 356.

⁵⁶¹ Essa visão é necessária para definir, por exemplo, que faz coisa julgada a decisão que se dá sobre mérito processual, aplicando norma originariamente processual.

⁵⁶² Essa visão é suficiente, por exemplo, para fins de definição de competência legislativa sobre a matéria processual.

⁵⁶³ Allorio diz que para distinguir norma processual e material o ângulo de visão do magistrado é decisivo. De fato, é ele que verifica o que será objeto de decisão ou não. E que há casos em que, para o juiz que conduz a causa, colocam-se normas que para ele se constituem vínculo decisório, mas que não são qualificáveis como substanciais. Daí falar na categoria da norma decisória não substancial. Seria o caso das normas sobre o ônus de prova, que vinculam o juiz ao fundamentar a decisão, mas não se confundem com a situação substancial deduzida. (ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. **In Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v, p. 125, 126, 136 e 137). Pelo exemplo dado, percebe-se que a visão, nesse particular, é distinta da ora colocada, pois não se constata que existem situações jurídicas originariamente processuais que se colocam como objeto de decisão em um processo. E não se visualiza, como se sustenta em item sobre normas de prova colocado mais adiante, que norma sobre ônus de prova é substancial. Mas ao menos se reconhece que norma por ele tomada como processual pode ser critério de decisão. Vittorio Denti considera a visão de Allorio contraditória em si mesma e ilusória. (DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 10 e 11).

4.3 O Direito processual e a norma processual jurisdicional estaticamente considerada.

Necessário esclarecer, antes que se siga adiante, que o foco desse trabalho é a norma processual jurisdicional estaticamente considerada. É toda aquela que define o critério de proceder no exercício da jurisdição, regulando, pois, esse procedimento de produção da decisão judicial, em seus atos e efeitos jurídicos (as chamadas situações jurídicas processuais). Isso, independentemente de vir a atuar como critério de julgar – ou seja, de funcionar como norma material.

O Direito processual é exatamente o conjunto dessas normas que disciplinam o processo jurisdicional, nos termos acima explicitados, sejam elas regras ou princípios.

É sobre o “direito processual”, enquanto conjunto de normas processuais, que é atribuída a competência privativa à União para legislar (art. 22, I, CF). A preocupação é saber se dela (norma processual) se distingue a chamada norma procedimental, na medida em que o Constituinte, na mesma carta constitucional, estabelece que União, Estados e Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI, CF).

Mas não há como partir para o exame da diferença entre norma processual e norma procedimental, sem antes compreender qual a essência de certos institutos de natureza controvertida e que ficam, para muitos, em uma zona cinzenta entre o Direito processual e o Direito material.

5 INSTITUTOS CONSIDERADOS “BIFRONTES”. NATUREZA DAS NORMAS DE REGÊNCIA.

5.1 Esclarecimentos iniciais.

Há alguns institutos que se diz serem simultaneamente regulados pelo Direito material e pelo Direito processual e, por isso, haveriam de ser denominados como “bifrontes”. Comporiam um “Direito material processual”⁵⁶⁴.

É o que se fala da prova (art. 212 ss., Código Civil), da hipoteca (art. 1419 ss., Código Civil), da legitimidade para propor dadas demandas (ex.: art. 899, §1.º, Código Civil),

⁵⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222.

da fraude contra credores (arts. 158 ss., Código Civil) e da responsabilidade patrimonial (art. 391, Código Civil)⁵⁶⁵.

Mas há os que negam a existência deste “Direito material processual”, por entender que tais institutos são estritamente processuais e as normas que os regem, quando constantes em diploma material, são simplesmente heterotópicas⁵⁶⁶.

A concepção mais adequada difere de todas essas.

Prova, hipoteca, responsabilidade patrimonial... Enfim, todos estes são institutos materiais em essência e muito do que se estabelece em torno deles funciona como critério de julgar.

A questão é que, considerando que podem operar em juízo ou simplesmente ser deduzidos/empregados no bojo de processo jurisdicional, cabe à norma processual estabelecer seu regime jurídico processual e, por conseguinte, como proceder diante de sua presença e atuação em um processo.

Por exemplo, é necessário que o Direito processual defina como proceder: *i*) na produção da prova em juízo; *ii*) na imputação de responsabilidade patrimonial ao sócio da empresa executada (seja direta ou por desconsideração da personalidade jurídica); *iii*) no reconhecimento da ilegitimidade *ad causam*, definindo se pode ser reconhecida de ofício, se necessário contraditório, a quem cabe prová-la, se conduz à extinção ou sucessão processual etc. Essa é a tarefa da norma processual.

Assim, um estudo mais atento desses institutos e dispositivos legais permite concluir eles são institutos de Direito material, e que, quando objeto de discussão em processo jurisdicional, ou quando simplesmente manipulados em juízo, exigem uma disciplina processual própria, que seja adequada às vicissitudes que os envolve, em nome da instrumentalidade do processo; nesse caso, haverá as normas processuais que os regulam.

⁵⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v., p. 79. Fala-se na existência desses institutos e dispositivos aparentemente materiais, mas que seriam, rigorosamente, processuais. Diz-se que sua proximidade com o substancial e a influência que dele sofre, é significativa a ponto de fazer com que se confundam os planos. São casos em que o Direito material e sua normatização simplesmente influenciam e conformam mais intensamente o Direito processual, justificando-se que: “É natural que todo o direito processual seja permeado dessa influência, posto que instrumento do direito material, mas o que se dá, nos casos indicados, é a exacerbação da influência e intensa contaminação do processo pelo substancial. E seria exatamente o que ocorreria com os institutos como condições da ação, prova, prescrição, responsabilidade patrimonial, hipoteca e fraude contra credores. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222).

⁵⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v., p. 79. Alcides Mendonça Lima enumera diversos dispositivos no Código Civil de 1916 que seriam estritamente processuais. (LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 06 e 07).

A importância de justificar sua natureza material e a necessidade de regramento do seu regime jurídico processual - i. e., o que deve ser objeto de norma material e de norma processual -, é especialmente destacada no campo da competência legislativa, além de conduzir a outras repercussões⁵⁶⁷.

No que se refere à competência para legislar sobre tais matérias, em sendo elas de Direito material (ao menos na esfera civil e comercial e outras referidas no art. 22, I, CF), não há dúvida de que só a União pode sobre elas legislar; sendo, porém, afeta ao Direito processual, há que se cogitar, no mínimo, a competência suplementar e supletiva dos Estados e Distrito Federal para estabelecer normas locais em sede de Juizados ou até mesmo fora deles se a questão for considerada procedimental ou do procedimento indissociável (art. 24, X e XI, CF).

É a repercussão da natureza desses institutos sobre a competência legislativa que, de fato, interessa ao presente trabalho.

5.2 Normas sobre responsabilidade patrimonial.

A *responsabilidade patrimonial* é o estado de sujeição do patrimônio do devedor ou de terceiro responsável (cf. art. 788, CPC) às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. É essa íntima relação da responsabilidade patrimonial com o processo executivo que estimula a discussão em torno da sua natureza (processual ou material).

Na controvérsia sobre a natureza da norma sobre a responsabilidade patrimonial, existem: *i)* os *materialistas*, como Alois Brinz⁵⁶⁸, Miguel Maria de Serpa Lopes⁵⁶⁹ e Emilio Betti⁵⁷⁰, e *ii)* os *processualistas*, como Francesco Carnelutti⁵⁷¹, Enrico Tullio Liebman⁵⁷², Alfredo Buzaid⁵⁷³, Araken de Assis⁵⁷⁴, Amílcar de Castro⁵⁷⁵, Teori Albino

⁵⁶⁷ Hermenegildo de Souza Rego, ao enfrentar a natureza das normas sobre a prova, traz inúmeras outras repercussões práticas para essa distinção, que se sugere conferir. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 03 ss.).

⁵⁶⁸ O estudo da responsabilidade patrimonial e, sobretudo, a distinção entre responsabilidade e obrigação, deve-se à teoria formulada pelo alemão Alois Brinz que divide a obrigação em *Schuld und Haftung* (débito e responsabilidade).

⁵⁶⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, 2 v., p. 11-13.

⁵⁷⁰ BETTI, Emilio. **Teoria General de las Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, 1 t., p. 281.

⁵⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 314 e 315

⁵⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85 e 86.

⁵⁷³ BUZOID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 17 e 18.

Zavascki⁵⁷⁶, Cândido Rangel Dinamarco⁵⁷⁷, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁷⁸, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵⁷⁹ e outros⁵⁸⁰.

Os *materialistas* sustentam que a obrigação se desdobra em débito (dever jurídico de prestar) e responsabilidade (sujeição patrimonial). Uma vez inadimplido o dever de prestar, surge, segundo eles, a responsabilidade, que constituiria vínculo eminentemente material⁵⁸¹.

Já os *processualistas* defendem que o débito, enquanto *dever jurídico* imposto ao devedor de cumprir a prestação, é objeto de *relação obrigacional*. Quando inadimplido, faz surgir a responsabilidade, que seria, por sua vez, vínculo processual de sujeição do responsável (que também pode ser o devedor) ao poder de responsabilização do Estado⁵⁸².

Os adeptos dessa última visão (processualistas) observam, ainda, que, a despeito de a responsabilidade patrimonial ser categoria processual, o Código Civil brasileiro de 2002 inova ao tratar do tema, para dispor que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor” (art. 391, Código Civil⁵⁸³). Com isso, repetiria, sem necessidade, o disposto no art. 787, CPC⁵⁸⁴⁻⁵⁸⁵.

⁵⁷⁴ ASSIS, Araken de. Responsabilidade patrimonial. In LOPES, João Batista Lopes; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coord.). **Execução civil (aspectos polêmicos)**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 11.

⁵⁷⁵ CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, 8 v., p. 78.

⁵⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 8 v., p. 261.

⁵⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, 4 v., p. 326 e 327.

⁵⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 252-253.

⁵⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14 ss.

⁵⁸⁰ A abordagem dessas teorias e seus autores já se deu em DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. **Juris Plenum**, v. 111, 2010 (também publicado, dentre outros, em **Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje**, v. 1, 2009).

⁵⁸¹ Há aqueles civilistas que partem da visão diferenciada da obrigação como processo, para sustentar que o débito e a responsabilidade compõem o processo obrigacional, unitariamente considerado (o que mantém essa natureza material), e são indissociáveis entre si, pois o dever jurídico de prestar se dá sob coação (sob pena de responsabilidade). Extinto o débito, não subsiste a responsabilidade (assim, dentre outros, mas com variações de entendimento LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, 1 t., p. 34; TUHR, A. von. **Tratado de las obligaciones**. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1999, 1 t., p. 10-12; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2003, 1 v., p. 131 ss.; LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, 6 v., p. 432 e 433).

⁵⁸² A responsabilidade, enquanto suscetibilidade do patrimônio de alguém à execução, seria típica *relação de Direito processual*, travada no campo processual entre responsável e Estado, não se tratando de relação entre credor e devedor. O erro da doutrina privatista teria sido, segundo eles, considerar a sanção (a responsabilidade) como elemento da relação obrigacional, quando é expressão do poder soberano do Estado.

⁵⁸³ “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

⁵⁸⁴ “Art. 787. O devedor responde com todos seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Dinamarco é daqueles que adotam uma visão processualista da responsabilidade patrimonial, afirmando que sua indevida e frequente inserção no campo do Direito substancial se deve a duas de suas manifestações: a hipoteca e a fraude pauliana.

Para o autor, basta lembrar que a responsabilidade é estado potencial de sujeição a medidas executivas, para que se conclua que a hipoteca não se incluiria dentre direitos reais (de garantia), consistindo, em verdade, “na predisposição do bem à futura sujeição executiva, mediante a sequela que impede que seja eficazmente subtraído ao patrimônio do responsável⁵⁸⁶”.

Essa mesma premissa permitiria concluir que a fraude pauliana é fundamento para o restabelecimento da responsabilidade patrimonial, em benefício de terceiro, sobre bem fraudulentamente transferido ou onerado, para que futuramente se submeta à execução – a despeito da validade do negócio em torno do bem. Mas Dinamarco reconhece não haver tradição em doutrina de inseri-la, por meio da responsabilidade patrimonial, no âmbito do Direito processual⁵⁸⁷.

Não é essa a melhor orientação.

Inicialmente, pretende-se demonstrar que responsabilidade é tema de Direito material, para, só então, em itens subsequentes, justificar-se que a hipoteca e a fraude pauliana se inserem nesse mesmo contexto – e não teriam o condão de determinar a processualidade da responsabilização.

A responsabilidade patrimonial, em que pese a histórica controvérsia, é uma situação jurídica material que compõe o conseqüente de uma norma material (um critério de julgar).

Basta pensar que, ao longo do processo obrigacional, dentre todas as situações materiais ativas e passivas ali contidas, estão o dever jurídico de prestar e a responsabilidade. São situações jurídicas passivas distintas, que podem ser titularizadas por sujeitos distintos (ex.: empresa deve, mas sócio também responde), razão pela qual se distinguem as figuras do

⁵⁸⁵ Já Alcides de Mendonça Lima critica o artigo 591, do CPC-1973 (correspondente ao art. 787 do CPC-2015), por conter norma tipicamente material. (LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, 6 v., p. 429-431).

⁵⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 228. Esta é a posição de CARNELUTTI, Francesco. *Natura giuridica dell'ipoteca*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, 1939, v. 16, p. 9 ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*. In **Problemi del Processo Civile**. Nápolis: Morano, 1962, p. 373 ss. Machado Guimarães endossa sua natureza processual, por consistir na “destinação de determinados bens imóveis (do devedor ou de terceiro) à satisfação preferencial do crédito por ela assegurado”. (GUIMARÃES, Luiz Macedo Soares Machado. **Comentários a Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 4 v., 1942, p. 69). Contra, MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 2000, 5 v., p. 50 e 51.

⁵⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 228.

devedor e do responsável, embora se observe que ambos integram o mesmo processo obrigacional.

Assim, uma vez inadimplido o dever jurídico de prestar (pressuposto fático), tem-se a responsabilidade patrimonial (consequente jurídico), enquanto estado de sujeição: *i*) do patrimônio do devedor/terceiro (ex.: cônjuge do devedor), que poderá ser objeto de atividade executiva; ou, eventualmente, *i*) de sua vontade/liberdade, ao cumprimento da prestação (ex.: prisão civil em caso de dívida alimentar).

Sem dúvidas, a identificação daquele que se coloca nessa posição de sujeição (quem responde) e com quais bens responderá (o que responde) é uma tarefa da norma material, com base na qual o juiz pode *decidir (julgar)* qual será o sujeito e objeto dessa responsabilidade.

Qualquer enunciado de norma a esse respeito que conste em legislação (tida por) processual pode ser considerado disposição normativa heterotópica – i.e., um enunciado de norma material inserido em diploma denominado processual (um estranho no ninho, por assim dizer).

A responsabilidade patrimonial é, inclusive, situação jurídica que decorre de fato extraprocessual, que pode sequer vir a ser objeto de processo executivo. Mas, se o for, o modo como será exercido o poder jurisdicional de responsabilizar, os limites ao exercício devido e legal desse poder e, pois, o critério de proceder, são regidos por norma processual. Daí, por exemplo, a preocupação processual de estabelecer que:

i) o cônjuge do executado deve ser intimado da penhora do imóvel de que esse mesmo executado seja titular de direito real (art. 840, CPC⁵⁸⁸);

ii) que, em caso de desconconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica executada, é necessário um incidente cognitivo, para garantir o contraditório do sócio⁵⁸⁹ (cf. art.133-137, CPC⁵⁹⁰); e

⁵⁸⁸ “Art. 840. Recaindo a penhora sobre bem imóvel ou direito real sobre imóvel, será intimado também o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens”.

⁵⁸⁹ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 5 v., p. 282-287.

⁵⁹⁰ “Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. §1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. §2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. §1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. §3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do §2º. §4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente,

iii) como deve ser exercido o benefício de ordem do sócio ou fiador (art. 792 e 793, CPC⁵⁹¹).

O que se conclui é que a responsabilidade patrimonial é instituto material, regido por norma material. A questão é que, quando deduzida em juízo (sobretudo em processo executivo), acaba exigindo um tratamento processual adequado, cabendo à norma processual estabelecer esse seu regime jurídico processual peculiar e, por conseguinte, como proceder-se diante de sua presença.

5.3 Normas sobre hipoteca.

Há quem sustente que a hipoteca não consiste em direito real (de garantia), não sendo tema de Direito material. Isso porque o bem hipotecado seria vocacionado à futura responsabilidade patrimonial e executiva, tendo em vista a seqüela que impede que seja eficazmente retirado do patrimônio do responsável⁵⁹².

Diz-se, ainda, que nenhuma ação deriva da hipoteca, e nenhum direito subjetivo que se possa pretender seja satisfeito, mas só uma extensão e um privilégio para a ação executiva, que, por sua vez, decorre do título executivo⁵⁹³.

A hipoteca é vista, assim, como um vínculo de destinação permanente do bem hipotecado à satisfação preferencial do crédito em nome do qual foi constituído⁵⁹⁴. Diz-se,

o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de descon sideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”.

⁵⁹¹ “Art. 792. O fiador, quando executado, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens do devedor situados na mesma comarca, livres e desembargados, indicando-os pormenorizadamente à penhora. § 1º Os bens do fiador ficarão sujeitos à execução se os do devedor, situados na mesma comarca que os seus, forem insuficientes à satisfação do direito do credor. §2º O fiador que pagar a dívida poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo. §3º O disposto no *caput* não se aplica se o fiador houver renunciado ao benefício de ordem. Art. 793. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. §1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade. §2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito. §3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo. §4º Para a descon sideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

⁵⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 228; CARNELUTTI, Francesco. *Natura giuridica dell'ipoteca*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, 1939, v. 16, p. 9 ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*. In **Problemi del Processo Civile**. Nápolis: Morano, 1962, p. 373 e 374; GUIMARÃES, Luiz Macedo Soares Machado. **Comentários a Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 4 v., 1942, p. 69.

⁵⁹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*. In **Problemi del Processo Civile**. Nápolis: Morano, 1962, p. 373.

⁵⁹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*. In **Problemi del Processo Civile**. Nápolis: Morano, 1962, p. 374.

ainda, que esse caráter permanente da hipoteca é uma característica jurídica da coisa que a seguirá junto àquele que se tornará seu proprietário – e dá a impressão de ser a sequela característica do direito real⁵⁹⁵.

Todavia não é essa a melhor visão.

A hipoteca é inegavelmente um direito real de garantia pelo qual um bem imóvel do devedor hipotecante assegura o pagamento de dívida ao credor hipotecário, credor este que contará com os atributos da sequela e da preferência⁵⁹⁶.

É direito acessório em relação ao direito de crédito (principal)⁵⁹⁷. Portanto, a substancialidade do direito de crédito (principal) apanha a garantia real de sua satisfação (acessório). O acessório acompanha o principal.

Em que pese a hipoteca tenha como efeito o direito do credor de penhorar o bem gravado⁵⁹⁸, promover sua alienação judicial e ver-se satisfeito com preferência em relação a outros credores, isto não faz dela um direito processual regido por normas processuais.

As hipotecas convencional e legal costumam decorrer de fatos extraprocessuais, tais como: *i*) a convenção entre as partes, formalizada por escritura pública, e seu registro⁵⁹⁹; e *ii*) o ato do pai ou da mãe de contrair novas núpcias, antes de “fazer o inventário do casal anterior”, que confere hipoteca legal sobre seus imóveis em favor dos filhos (art. 1.491, I, Código Civil).

São fatos que geram, no bojo de um processo obrigacional ou, simplesmente, no seio de relação jurídica de outra natureza (como a familiar e sucessória), um direito real e acessório de garantia para o credor ou possível beneficiário da hipoteca (uma nova situação jurídica ativa), com os atributos da sequela e preferência, a que correspondem não só um dever geral de abstenção, mas também um ônus real a ser suportado pelo devedor (ou onerado), pesando sobre seu patrimônio.

A princípio, a hipoteca é irrelevante para o processo e não define procedimentos a serem seguidos em juízo. Entretanto, quando iniciada uma execução hipotecária (pelo credor hipotecário) ou execução comum (por outro credor), poderá ser

⁵⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. In **Problemi del Processo Civile**. Nápolis: Morano, 1962, p. 374.

⁵⁹⁶ Assim, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, 20 t., p. 57.

⁵⁹⁷ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 411 e 412.

⁵⁹⁸ E o direito do executado de que seja penhorado o bem hipotecado; os demais bens somente serão penhorados se o bem hipotecado for insuficiente para garantir a execução.

⁵⁹⁹ Observe-se que a hipoteca convencional depende de escritura pública, por exemplo, se o imóvel tiver valor inferior ao previsto no art. 108, Código Civil.

situação jurídica substancial deduzida, enquanto acessório do direito de crédito executado em caráter principal ou acidentalmente suscitado (pelo terceiro credor hipotecário intimado da penhora do bem hipotecado em execução comum, por exemplo)⁶⁰⁰.

A instrumentalidade do processo determinará seja ele (o processo executivo) adequado à tutela das situações jurídicas que decorrem da hipoteca, com regime processual apropriado ao seu devido exercício, que, em nada, desnatura sua essência material. Inclusive, se o devedor adimplir voluntariamente a dívida, a garantia sequer se concretiza, não se tornando um problema processual, em que pese tenha sido exercida sua função.

Não cabe afirmar que a hipoteca não teria natureza real porque o credor hipotecário, titular do direito, estaria privado das faculdades inerentes ao direito de propriedade, mantidas que são com o devedor hipotecante. Na verdade, seus “atributos reais” ainda estariam em estado potencial ou “gestacional” (quando não atuantes) antes do (in)adimplemento. Isso sem falar nos inúmeros efeitos substanciais que dela decorrem independentemente e anteriormente a isso, como a prerrogativa do credor de exigir a substituição ou reforço da garantia, sob pena de vencimento antecipado, o direito de sequela (antes de penhoras supervenientes), o direito de preferência, em caso de concurso creditício⁶⁰¹.

A natureza material do instituto só se confirma quando se percebe que a constituição da hipoteca pode ter como efeito limitar o direito de *propriedade* do devedor, que não pode praticar atos de degradação da garantia⁶⁰²⁻⁶⁰³. Além disso, não se pode deixar de ver, como o faz Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ao defender a natureza material do instituto, “tudo que se passa em torno do bem gravado e nas abstenções de todos antes de qualquer exercício da pretensão à tutela jurídica⁶⁰⁴”.

Uma hipoteca de regência diferenciada é a hipoteca judiciária (art. 492, CPC, e art. 167, I, 2, da Lei n. 6.015/1973), afinal é efeito da sentença judicial (fato processual),

⁶⁰⁰ Assim, pertinente a comparação que Frederico Marques faz com o direito de propriedade, para justificar a natureza material da hipoteca: “Assim como o direito real do proprietário da coisa reivindicada lhe dá o direito de ir buscá-la em poder do injusto possuidor, e de, em seguida, na execução para entrega de coisa certa, ser imitado na posse do bem em que recai o *ius domini*, igualmente cabe ao credor hipotecário, por estar escudado em direito real, obter da execução da coisa dada em garantia a satisfação de seu crédito. Inadmissível, por isso, conceituar a hipoteca, que é direito real, como instituto processual”. (MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 2000, 5 v., p. 53).

⁶⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 647.

⁶⁰² GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 424.

⁶⁰³ Sustentam natureza real e, pois, material do instituto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 647).

⁶⁰⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, 20 t., p. 63.

automaticamente decorrente de lei⁶⁰⁵. A hipoteca é efeito de um fato que se deu no processo, mas ela continua sendo de direito material. É efeito material da sentença – a sentença é ato jurídico que pode produzir efeitos materiais e processuais (direito ao recurso e irretratabilidade, por exemplo).

De acordo com a lei, prolatada a sentença condenatória, independentemente de qualquer pedido da parte ou deliberação do juiz a este respeito (pressuposto fático processual), é ela título constitutivo da hipoteca judiciária (direito material de garantia e consequente jurídico) que assegure o adimplemento da obrigação ali certificada.

É um direito material que nasce de ato processual.

Agora, para a realização desse direito em juízo, o legislador define, por norma processual, critérios de proceder: que bastará que a parte credora apresente “cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência”; e no “prazo de até quinze dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato⁶⁰⁶”.

Isso sem falar dos seus reflexos processuais em sede de execução acima comentados (quando será acessório do direito de crédito executado).

É o que se pode falar também da hipótese de hipoteca legal prevista do art. 1419, V, CC. Tem como pressuposto fático o ato do credor de arrematar bem em hasta pública por valor superior ao do seu crédito (ato que se dá no bojo de um processo), cujo consequente jurídico) é o direito de garantia sobre o bem arrematado, para assegurar que será trazido a juízo pelo arrematante o valor excedente, em benefício dos outros credores ou do próprio devedor.

Enfim, a hipoteca é instituto material e as suas normas de regência funcionam como critério de julgar, a ser observado pelo magistrado na apreciação jurisdicional das situações jurídicas da relação jurídica hipotecária, seja em sede de execução, seja em sede de outra demanda ou incidente (ex.: concurso de credores).

⁶⁰⁵ O que não exclui o fato de ser acompanhada do direito de sequela e do direito de preferência. Negam, contudo, o direito de preferência, com base no art. 824 do Código Civil de 1916, SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, 4 v., p. 455-456. Também nesse sentido, SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 1 v., p. 229. Ocorre que esse dispositivo não foi repetido no CC/2002. Assim, aplicando-se o art. 1422, CC, ficam preservados esses direitos. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 2 v., p. 371).

⁶⁰⁶ Considerando a hipoteca judiciária instituto de caráter processual, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 660.

5.4 Normas sobre fraude contra credores.

A fraude contra credores é o ato pelo qual o devedor se desfaz de seu patrimônio, por meios inescrupulosos, de modo a que seu passivo (conjunto de dívidas e obrigações) venha a superar o seu ativo (totalidade dos bens), tornando-se insolvente.

Objetivamente, configura-se mediante a diminuição patrimonial que instala ou intensifica a insolvência do devedor, em prejuízo dos seus credores. O seu passivo torna-se maior do que seu ativo, não dispondo de bens para responder pela obrigação.

Subjetivamente, exige-se a consciência da fraude (e, não, a intenção) pelo terceiro beneficiário de atos onerosos⁶⁰⁷ (Código Civil, art. 159)⁶⁰⁸.

Esses são os pressupostos fáticos (objetivo e subjetivo) constitutivos do direito potestativo do credor de *invalidar*, para uns⁶⁰⁹, ou neutralizar a *eficácia*, para outros⁶¹⁰, do negócio jurídico fraudulento.

Assim, a fraude contra credores é instituto de Direito material, disciplinado no Código Civil, o que não é infirmado pela relevância que representa para o Direito processual, por dizer respeito à responsabilidade patrimonial e poder repercutir na execução.

⁶⁰⁷ Para a configuração de fraude em negócio *gratuito*, desnecessária a demonstração de que o terceiro estava ciente da insolvência, havendo presunção absoluta de fraude e má-fé em benefício do credor (art. 158, CC).

⁶⁰⁸ Para maior detalhe e aprofundamento, DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 5 v., p. 299 ss. O pressuposto subjetivo, que se costuma invocar em doutrina, é a ciência do devedor de causar dano (*consilium fraudis*). Mas já se tem entendido não ser elemento essencial. O devedor jamais poderia arguir não conhecer o caráter fraudulento e as consequências dos seus atos - salvo na hipótese do artigo 130 da Lei n. 11.101/2005, que cuida da ação revocatória na falência (Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 207 e 208).

⁶⁰⁹ Essa foi a opção do Código Civil (arts. 158, 159, 165 e 171). É o que decorre do texto do n. 195 da súmula do STJ, que dispõe que "em embargos de terceiro não se anula o ato jurídico, por fraude contra credores". Nesse sentido, STJ, 3ª T., REsp n. 971.884/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 22.03.2011, publicado no DPJ de 16.02.2012; STJ, 4ª T., REsp n. 1100525/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 16.04.2013, publicado no DPJ de 23.04.2013; STJ, 4ª T., REsp n. 28.521/RJ, rel. Min. Rui Rosado de Aguiar, j. em 18.10.1994, publicado no DPJ de 21.11.1994. E essa é a visão de muitos doutrinadores, tal como, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 1 v., p. 541; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 211; CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, 8 v., p. 80; BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 274; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 259; SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 1 v., 2 t., p. 61; ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 245.

⁶¹⁰ Consideram caso de ineficácia, opção mais acertada à luz da Teoria Geral do Direito, por exemplo, CAHALI, Yussef Said. **Fraude contra credores**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 101; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, 4 v., p. 371, 374-379; SALAMACHA, José Eli. **Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 108; SOUZA, Gelson Amaro de. **Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 30 e 31; COELHO JUNIOR, Sérgio. **Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54 ss.

De fato, a fraude pauliana é fundamento para o restabelecimento da responsabilidade patrimonial sobre bem fraudulentamente transferido ou onerado em prol de terceiro, para que se sujeite à execução⁶¹¹. Promove-se o retorno do bem alienado ao arcabouço patrimonial do devedor, para que responda pela obrigação.

Mas sua configuração ocorre independentemente de haver qualquer processo pendente contra esse devedor (ou responsável). Decorre desse ato de disposição de patrimônio do devedor, somado ao estado de insolvência e a ciência da fraude do terceiro prejudicado. É esse fato jurídico complexo (e ilícito) que conduz a um direito que tem aptidão para ser, indiscutivelmente, mérito de uma ação própria (ação pauliana).

E, aí, ter-se-ão como critérios de julgar e, pois, normas materiais a serem aplicadas, todas aquelas regras relativas à fraude contra credores.

5.5 Normas sobre prova.

5.5.1 Nota introdutória.

A grande variedade de teorias sobre a natureza da prova é muito bem exposta por Hermenegildo de Souza Rego.

Das teorias mais correntes (materialistas, processualistas e mistas) àquelas mais isoladas (que incluem a prova na teoria geral do direito ou a tomam como *tertium genus*, por exemplo)⁶¹².

Cabe, aqui, breve menção somente às mais difundidas, de forma a justificar o posicionamento adotado.

5.5.2 Corrente materialista. Posicionamento adotado.

Nos termos da teoria *materialista*, as normas sobre prova são substanciais, tendo em vista disciplinarem a relação jurídica substancial subjacente sob o perfil da certeza. Exatamente por se dirigirem à formação do convencimento do juiz (ou do próprio

⁶¹¹ Considerando-a instituto processual em razão desse reflexo no processo, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 228.

⁶¹² REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 11. Aprofundam na questão, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 345-352; MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. *In Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 588 ss.

jurisdicionado) em torno dessa certeza, são por ele aplicadas, como critério de julgamento, assim como as normas que regem a relação substancial deduzida em juízo⁶¹³⁻⁶¹⁴.

As normas sobre a admissibilidade da prova, objeto da prova, valor da prova, todas elas são tomadas como normas materiais. E com toda razão. Funcionam como critério de decisão para magistrado que se debruçará sobre elas, aplicando-as como primeiro passo ou etapa para que, desvendando os fatos, julgue a própria relação material deduzida.

Nesse particular, há quem fale, até mesmo, em um indissociabilidade da prova e do direito material, afinal, direito que decorra de fato que não pode ser provado equivaleria a um direito “inexistente” – na verdade, judicialmente rejeitável –, pois possivelmente será negado em juízo. Por isso, um instituto tão decisivo para o reconhecimento do direito material não pode ser considerado estritamente processual. Daí se asseverar que “o tratamento que a lei dá ao meio de prova acaba por ser determinante do direito e inalterável sem alteração deste⁶¹⁵”.

Essa conclusão decorre, ainda, da constatação de que a prova atua, também, fora do processo⁶¹⁶.

A verdade é que a prova nem sempre se refere a um processo. A prova pode ser providenciada antes de ir a juízo, independentemente de se pretender levá-la ou não a juízo (ex.: vistoria prévia de imóvel a ser locado ou email exigido do cliente pelo advogado declarando que renuncia ao direito de recorrer).

⁶¹³ Expõe o argumento, REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 18 e 19.

⁶¹⁴ O rol de adeptos da teoria é amplo e merece ser conferido em obra do também materialista, que destaca a grande adesão de franceses, GABBA, C. F. **Teoria della Retroattività delle leggi**. 2 ed. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1889, 4 v., p. 474 ss. A lista é complementada por REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 15 e 16, nota 32. Alguns dos seguidores dessa corrente serão citados ao longo do texto, valendo a menção imediata a Salvatore Satta, Francesco Carnelutti, Amaral Santos, João Monteiro, João Mendes Junior e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Colocações isoladas e sintéticas de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda permitem inseri-lo na corrente materialista (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, 2 t., p. 152 e 153; cf. também, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 v., p. 213 e 225). Na interpretação de Hermenegildo Rego da afirmação de Pontes de Miranda é possível extrair-se que: “(...) se a prova do bem que se reclama no processo é ligada à norma que assegura tal bem, parece evidente que a norma sobre prova é da mesma natureza que a norma que assegura os bens”. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26).

⁶¹⁵ Mesmo sendo adepto da visão processualista, Hermenegildo Rego expõe a questão. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26 e 27).

⁶¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones Del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1973, 1 v., p. 257 e 258. Observa-se que, inicialmente, Carnelutti filiou-se à corrente processualista, mas, mesmo sob críticas, na década de 1940, muda de posição, especialmente por perceber que a prova serve extraprocessualmente. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 20 e 21). Cf. sobre o argumento, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 346.

Assim, há prova: *i*) extraprocessual, que independe de qualquer processo (ex.: vistoria do imóvel locado); *ii*) pré-constituída, produzida para ser levada a um processo (ex.: os instrumentos); ou *iii*) processual, produzida no processo e, muitas vezes, também para o processo (ex.: produção antecipada de prova testemunhal ou a perícia judicial).

Nem sempre a prova é feita visando interferir no convencimento de um juiz. Admite-se que a prova se faça com o simples objetivo de formar o convencimento do jurisdicionado sobre o fato probando e a certeza do direito material que se imagina dele decorrer, de modo que possa avaliar se é válido travar batalha judicial em torno dele ou não.

Imagine-se que o síndico de um condomínio edilício, ao conduzir obras na área comum, tenha dúvidas sobre a efetiva prestação de serviços de esgoto por empresa pública estatal, que vem sendo remunerada com o pagamento da taxa respectiva nos últimos dez anos. Seria perfeitamente possível o ajuizamento de ação probatória autônoma no intuito de realizar-se uma perícia antecipada, verificando se os ditos serviços de esgoto são ou não prestados. Se não, ao menos, uma perícia extrajudicial consensual. Assim, o condomínio teria os dados e informações suficientes para resolver conscientemente se exerce ou não a pretensão respectiva, judicial ou extrajudicialmente⁶¹⁷.

Isso porque a parte, devidamente informada sobre fatos que circundam a situação jurídica por ela vivida, terá as condições necessárias para avaliar suas chances de êxito em eventual processo de certificação de direito material. Poderá, conscientemente, adotar a postura que lhe pareça apropriada, que pode ser: *i*) a instauração (ou prosseguimento) do processo de cognitivo, visando discutir o direito material; *ii*) investir em negociações para chegar a uma autocomposição⁶¹⁸; *iii*) ou simplesmente recuar, optando por não litigar em torno desse direito.

Fala-se, assim, em um direito autônomo à prova, de buscar e acessar a prova para obter as informações fáticas necessárias para decidir-se se é o caso de discutir o direito material afirmado em juízo⁶¹⁹.

Esse direito à prova pode funcionar como o próprio objeto litigioso de um processo, mais especificamente como o mérito da chamada ação probatória autônoma, que é

⁶¹⁷ Exemplo dado em, DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 218, 2013, p. 13-45.

⁶¹⁸ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210-212.

⁶¹⁹ Já houve devido enfrentamento do tema, com várias referências, em DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 218, 2013, p. 13-45.

aquela que permite que se antecipe a produção da prova, mesmo sem a afirmação ou demonstração de urgência ou do risco de perdê-la⁶²⁰.

As normas sobre prova são materiais, atuando como critério de julgar incidental ou principal.

Será critério de julgar *incidental* quando a análise da admissibilidade, do objeto ou do valor da prova, na fundamentação da sentença ou por decisão interlocutória, for dirigido à formação do convencimento do juiz sobre o *thema decidendum* (a questão principal que será resolvida)⁶²¹.

Será critério de julgar *principal* quando o próprio direito autônomo à prova compuser o mérito de uma demanda probatória (autônoma ou incidental).

Rigorosamente, o autêntico materialista só não nega, nem haveria como negar, que as normas em torno do modo ou forma como a prova será produzida em juízo são processuais⁶²². São, assim, processuais, as normas que disciplinem o procedimento de produção da prova, tal como aquelas que tratam do número de testemunhas que podem ser arroladas, do prazo para apresentação do respectivo rol, da possibilidade de prorrogação do prazo para depósito do laudo pericial etc.

Acrescente-se, ainda, no contexto da discussão, as normas sobre *ônus de prova*⁶²³.

Considerando que o ônus objetivo de prova é regra subsidiária de *juízo* que determina que aquele que não produziu a prova que lhe cabia suportará decisão desfavorável, só pode ser vista como norma material, afeta ao Direito substancial.

Não cabe negar sua natureza material sob o argumento de que só incide se aplicada no processo⁶²⁴. Não por isso. Existem inúmeros direitos que só podem ser realizados por juiz. A nenhum deles se nega o adjetivo “material”. São regidos por normas cuja

⁶²⁰ O tema é abordado do CPC-2015, arts. 378 ss.

⁶²¹ Convencimento este que também se forma sobre a admissibilidade da demanda.

⁶²² Assim, AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Civil e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, 1 v., p. 46 e 47; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 210; MONTEIRO, João. **Programa do Curso de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Thypographia Academica, 1936, 2 v., p. 340; CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1973, 1 v., p. 258; DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 2 v., p. 103.

⁶²³ Cf. sobre a discussão, MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. *In Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 592 ss.

⁶²⁴ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, comentando a questão, já disse: “O ônus de prova começa antes de qualquer demanda: preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante”. Isso é premissa para o autor concluir que a regra sobre ônus de prova não é nem material nem processual, mas, sim, comum aos dois ramos do direito, pois se refere à tutela jurídica (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 v., p. 218 e 219).

realização pressupõe obrigatoriamente intervenção judicial. É o que se observa, por exemplo, com o direito potestativo de anular um casamento ou de interdição⁶²⁵. Todos esses são direitos que, assim como o direito à prova, nascem de fatos anteriores ao processo.

Mesmo o ônus de prova já tem relevância antes do processo, tal como se pode imaginar quando um devedor que não tenha prova de pagamento, sabendo que o encargo de tê-la é seu, deixe de resistir à pretensão do credor a ela se submetendo independentemente da existência de um processo⁶²⁶.

Há, ainda, aquelas regras em torno da possibilidade de o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, inverter o ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) ou distribuí-lo dinamicamente (art. 370, §1.º, CPC-2015)⁶²⁷. Confere-se ao julgador o poder de alterar, no curso do processo, a regra subsidiária de julgamento.

São normas processuais. Diante de fato processual, como a verossimilhança do que foi alegado pela parte onerada ou a sua dificuldade probatória, confere-se ao juiz poder (consequente jurídico processual) de redefinir processualmente a regra subsidiária de julgamento, a ser aplicada quando não houver provas o bastante nos autos. Estabelece a forma como deve o juiz proceder em juízo⁶²⁸.

Fora isso, e já a título de arremate, não pode passar despercebido o fato de que o CPC-1973 inovou ao falar de ônus de prova, e o Código Civil ao não abordá-lo, considerando que este é tema tradicionalmente regrado por legislação material⁶²⁹. O CPC-2015 manteve-se nessa linha processualista, também incorporando a disciplina do ônus probatório.

⁶²⁵ No mesmo sentido, Leo Rosenberg, que rebate o argumento lembrando de regras como aquela que determina a redução da pena convencional excessivamente alta. (ROSENBERG, Leo. **La Carga de La Prueba**. 2 ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial IBdef, 2002, p. 98-101).

⁶²⁶ Ao contrário do que supõe REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 120.

⁶²⁷ “§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

⁶²⁸ Processual é também a norma que estabelece o modo de proceder do juiz ao estabelecer essa nova regra subsidiária de julgamento em concreto (distribuindo-a dinamicamente), mais especificamente aquela que define o momento em que a distribuição deve ocorrer dentro do processo, a possibilidade de se fazê-lo de ofício, a necessidade de ouvir previamente a outra parte, o cabimento de recurso contra a decisão etc.

⁶²⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, 2004, p. 12.

5.5.3 Corrente processualista. Uma análise crítica.

Em que pese a correção da visão materialista, a corrente *processualista* é aquela que conta com maior número de adeptos⁶³⁰.

Enxerga as normas sobre prova como normas processuais basicamente por se destinarem à formação da convicção do juiz, não visando sua disciplina atender interesses dos jurisdicionados.

A prova é considerada instrumento de busca da verdade e da realização da justiça pelo Estado, sendo tema de Direito público que não pode ser confundido com o direito subjetivo material da parte.

Embora aceitem que possa ser usada fora do processo para fins particulares e para documentar e dar certeza aos direitos e seu gozo, a prova só assumiria real relevância no processo, quando será vista lado a lado com outros meios de prova.

Chega-se a dizer que “a utilidade das provas fora do processo é dada apenas por um cálculo antecipado (uma *dedução*) do emprego delas num futuro possível e assim da presumida eficácia que se possa esperar delas; é portanto uma utilidade de fato, não jurídica⁶³¹”.

Mas essa é uma visão parcial e limitada do fenômeno probatório, tendo em vista que o primeiro e grande destinatário da prova é o sujeito nela interessado, que tem o direito de obtê-la para formação da sua própria convicção e tomar suas próprias decisões de ir ou não a juízo e até mesmo partir para conciliação.

A prova pode sequer ser levada a processo e, pois, à apreciação do juiz; se o for, não determinará um critério de proceder em juízo, mas, sim, um critério de decidir, pois o juiz deliberará se: *i)* admite ou não a prova; *ii)* o valor a ser a ela conferido; *iii)* a quem pertence o ônus e se foi ou não atendido etc.

⁶³⁰ Confira-se lista de seguidores nas obras de GABBA, C. F. **Teoria della Retroattività delle leggi**. 2 ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1889, 4 v., p. 475; CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 252; REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 34 e 35. Alguns deles e outros serão citados neste texto. Mas são colocados como alguns dos principais adeptos, CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 242 e 243; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, 2 v., p.71-74; LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 355; LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme Processuali nel Codice Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1948, p. 154, 3 v., parte 1, p. 163 e 164; ROCCO, Ugo. **Teoria General del Proceso Civil**. Tradução de Felipe de J. Terra. México: Porrúa, 1959, p. 418.

⁶³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme Processuali nel Codice Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1948, 3 v., parte 1, p. 164 e 165.

Rigorosamente, só se pode dizer processual a norma que discipline o procedimento de sua produção.

Hermenegildo de Souza Rego, adepto da corrente processualista, sustenta que normas sobre prova são somente aquelas que produzem efeitos em processos jurisdicionais. Provas extrajudiciais que visem, por exemplo, facilitar o adimplemento voluntário da outra parte (como instrumento de pressão), ou simplesmente confirmar a existência da prova (como a constatação de quem assistiu ao acidente de veículo) consistem em simples fato que não tem relevância jurídica enquanto não instaurado um processo⁶³².

Entretanto, já se tem mais que reconhecida a relevância extraprocessual de provas de fatos nunca levados a processos, para estimular acordos ou evitar batalhas judiciais, por exemplo.

Cândido Rangel Dinamarco⁶³³ adere à corrente processualista, sobretudo por visualizar que “a prova é invariavelmente preordenada a alguma decisão, ato de poder que sempre terá lugar no processo”. Embora critique a ampla regulação da prova do Código Civil, reconhece a existência das disposições esparsas (sobre prova de filiação e pagamento, por exemplo) que tem seu valor em termos de instrumentalidade, pois: “corresponde, até, à linha instrumentalista que vai ganhando corpo no direito processual, porque permite que o trato substancial e o processual de certos institutos vivam em harmonia, de modo que se tenham normas de processo compatíveis com as exigências peculiares à situação jurídico-substancial considerada”.

Aqueles que adotam essa visão processualista só consideram material, na melhor das hipóteses, norma que trate da forma de dado ato jurídico, da formalidade necessária para que exista ou seja válido – único dado que seria importante fora do processo⁶³⁴. São casos em que a prova do ato deve ocorrer de determinada forma (ex.: escritura pública), sob pena de não ser considerado provado.

Há quem questione o caráter probatório da regra, pois a forma integra o próprio ato jurídico, sendo indispensável seu aperfeiçoamento⁶³⁵. Deve-se considerar, contudo, que,

⁶³² REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 110 e 126.

⁶³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225-228.

⁶³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, 2 v., p. 71 e 72; ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. 5 ed. Buenos Aires: Zavalia Ed. 1981, 1 t., p. 52 e 53. Assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, 2004, p. 11; REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 106.

⁶³⁵ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 38 e 106.

ao lado disso, a autêntica finalidade da forma é documentar o ato e conferir certeza à vontade que ele representa, visando, precipuamente, à sua prova. Assim, toda forma especial visa inegavelmente à prova do ato. É bem por isso que os arts. 212 a 232 do Código Civil disciplinam lado a lado a forma e a prova do ato jurídico⁶³⁶.

Essa linha processualista acabou sendo adotada no CPC-1973 por Alfredo Buzaid, muito por influência dos italianos Chiovenda e Liebman, que incorporou toda a disciplina da matéria de prova. O CPC-1973 manteve a regência do direito probatório⁶³⁷, assim como o fez o CPC-2015, até porque era e ainda é a visão processualista a predominante. Mas isso não impediu que o Código Civil fosse elaborado e aprovado inúmeros artigos sobre o direito probatório⁶³⁸.

5.5.4 Algumas teorias mistas. Uma análise ainda crítica

Subsistem, ainda, as teorias *mistas*, que são aquelas que dividem entre o Direito material e o Direito processual as normas sobre o objeto, a admissibilidade e o valor da prova⁶³⁹.

Trata-se de visão atribuída a autores como Giuseppe Chiovenda, Santiago Sentis Melendo e Vittorio Denti.

Giuseppe Chiovenda é inserido nesse contexto porque, mesmo depois de afirmar que a matéria das provas é inteiramente relativa ao Direito processual⁶⁴⁰, tenta distinguir normas probatórias gerais das normas probatórias particulares.

As normas probatórias gerais seriam aquelas estabelecidas no intuito de compor a formação do convencimento do juiz sobre as relações jurídicas em geral, por motivos processuais (como a simplicidade ou rapidez do processo). Seriam normas processuais.

⁶³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

⁶³⁷ Com mais detalhes, inclusive históricos, ARAGÃO, Egos Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, 2004, n. 116, p. 14 e 15.

⁶³⁸ Na Itália e em Portugal, a prova é disciplinada no Código Civil. O Código Civil Português disciplina a prova nos arts. 341 ss., perpassando por temas como o ônus de prova, as convenções sobre prova, a confissão, a prova documental etc. No Código Civil Italiano, são encontrados diversos dispositivos sobre o tema a partir do art. 2697 – cuidando do ônus de prova, da confissão, da prova documental, da prova testemunhal etc.

⁶³⁹ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 52; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 349 e 350.

⁶⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, 3 v., p. 96.

As normas probatórias particulares seriam aquelas estabelecidas sem visar diretamente à formação do convencimento judicial, mas, sim, a uma determinada relação jurídica material, incorporando-se à regulamentação dessa disciplina. Seriam normas materiais⁶⁴¹. Por exemplo, seria o caso da norma que condicione a admissibilidade da prova testemunhal ao início da prova por escrito em torno de uma relação ou estado específico, como a de filiação.

Mas o critério distintivo chiovendiano é pouco consistente, pois não traz proposta clara de distinção de norma geral e particular, por buscar diferenciá-las considerando “razões legislativas na instituição da norma, processuais ou materiais, para definir sua natureza⁶⁴²”.

Já se viu que a natureza da norma é definida considerando o papel que desempenha: se cuida do procedimento de criação de norma/decisão, é processual; se cuida do conteúdo da decisão, é material.

As normas sobre o objeto, o valor, a admissibilidade da prova (e o ônus probatório também) são objeto de decisão, determinam seu conteúdo, seja em torno do reconhecimento e realização de um direito substancial e autônomo à prova, seja como pressuposto para reconhecimento de fato que conduz ao nascimento do direito afirmado.

Nessa linha mista, tem-se, ainda, a visão de Santiago Sentis Melendo, que sustenta que cabe às normas materiais regulamentar as fontes de prova e às normas processuais tratar dos meios de prova admitidos. É o que se pode extrair da sua afirmação de que o Código Civil deve tratar das fontes e o Código de Processo dos meios⁶⁴³.

A concepção de Santiago Sentis Melendo diz-se partir de visão equivocada da distinção feita por Francesco Carnelutti de fontes e meios. Isso porque Francesco Carnelutti afirma serem as fontes de prova os elementos sobre os quais se produz a prova, de modo a permitir a cognição judicial do fato probando (testemunha, documento e indício)⁶⁴⁴. Já

⁶⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 243, 255 e 256; REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 53, 54, 255 e 256.

⁶⁴² Cf. REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 57 e 58. Hermenegildo de Souza Rego questiona o critério de Giuseppe Chiovenda não só por destoar dos usuais, como também pela sua precariedade, visto que baseado na busca da intenção do legislador (questionável por si só). (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 58 e 59).

⁶⁴³ MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In **Estudios del Derecho Procesal**. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 597 e 598.

⁶⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 231.

Santiago Sentis Melendo vê a fonte como a percepção do fato, fora do processo, pela eventual testemunha ou parte que venha nele a depor⁶⁴⁵⁻⁶⁴⁶.

Premissas errôneas levam a conclusões insustentáveis.

Demais disso, a disciplina da fonte de prova (como o documento, a testemunha ou o fenômeno natural) está intimamente correlacionada com o valor ou a admissibilidade do meio de prova. Difícil dissociá-las.

Por exemplo, estabelecendo-se quem pode ser testemunha, excluindo aqueles considerados incapazes, suspeitos ou impedidos, o legislador está a limitar a admissibilidade da prova testemunhal (art. 444, §2.º, CPC, e art. 228, Código Civil).

Ainda como exemplo, ao se equiparar o documento público produzido por oficial incompetente e assinado pelas partes ao documento particular (art. 404, CPC), o legislador está tratando da sua força *probandi* (valor da prova).

Todas essas são, portanto, normas materiais.

Vitorio Denti⁶⁴⁷, seguido pelo também italiano Mauro Cappelletti⁶⁴⁸ e pelos brasileiros Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶⁴⁹, abandona os imprecisos e relativos conceitos e parâmetros abstratos de enquadramento da norma sobre prova no contexto material ou processual⁶⁵⁰ – que não acomodariam, nem um (material), nem outro (processual), adequadamente o instituto⁶⁵¹.

Isso porque não levariam em conta as peculiaridades e necessidades de cada caso concreto. As exigências de cada caso concreto podem impor que o juiz siga em alguns casos critérios materiais e, em outros, processuais. Não haveria nenhum óbice a que o juiz

⁶⁴⁵ Para mais críticas e análise mais profunda, REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 62-64.

⁶⁴⁶ Diz o autor que, em sua visão, todas as provas são pré-constituídas como fontes e se constituem dentro do processo com o emprego dos meios autorizados por lei. (MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. *In Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1967, 1 t., p. 597).

⁶⁴⁷ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35.

⁶⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969, p. 97 e 98.

⁶⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 351 e 352.

⁶⁵⁰ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35. Vittorio Denti dá exemplo. Diz que uma norma, quanto à sua estrutura, pode ser, ao mesmo tempo, de valoração jurídica (material ou estática) e de produção jurídica (processual ou dinâmica). Seria o caso da norma de ônus de prova que é norma atributiva de poder processual (e portanto instrumental) e regra de decisão para fato incerto (e, pois, substancial). (DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 30 e 31). Percebe-se que o autor dá tratamento diverso ao ônus subjetivo (regra de conduta para parte) e objetivo (regra de julgamento para juiz) de prova. E que os define como processual ou material em abstrato.

⁶⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969, p. 97 e 98.

considerasse a mesma norma probatória ora como material, ora como processual, a depender do problema concreto que esteja a solucionar: de retroatividade da lei ou de conflito temporal ou de conflito interno ou internacional de leis. O que importa é não ficar preso à rigidez das fórmulas abstratas⁶⁵².

Não parece ser a melhor opção dogmática. Teoricamente, em um plano lógico jurídico, e sem considerar qualquer ordenamento positivo, é possível definir-se a natureza das normas sobre prova. E isso se faz em abstrato.

Agora, se a natureza processual ou material da norma de regência implica dificuldades concretas, como, por exemplo, o comprometimento de princípios constitucionais na aplicação das regras de Direito intertemporal relativas à questão, isso pode ser resolvido mediante interpretação constitucional e sistemática, ponderando os princípios em jogo (como razoabilidade, efetividade e segurança jurídica). Assim se fará justiça no caso concreto.

5.5.5 Colocações finais.

Em desfecho à análise da natureza das normas sobre prova, o que se pode concluir é que a prova é um instituto material.

É regida pelo Direito *material*. Seja por oferecer informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto de decisão, seja por ser o próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como um direito autônomo à prova).

Sempre atua como critério de julgar. O juiz julga o *valor e admissibilidade* da prova para certificar um direito, assim como o juiz pode julgar, certificar e realizar o próprio *direito material à prova* (mérito).

Assim, direta ou indiretamente, a prova é tema que se coloca como objeto de decisão em juízo.

Isso fica ainda mais patente quando se trata do *ônus de prova* que, por definição, é uma regra de julgamento, que porta um critério de decidir o direito material em jogo para as causas em que não haja suficiência probatória.

As únicas normas que se podem dizer *processuais*, por definirem critério de proceder, são aquelas que se referem ao *procedimento* de produção da prova em juízo e ao

⁶⁵² DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35.

poder judicial de *distribuição dinâmica* e casuística do ônus de prova no curso do procedimento.

Dessa forma, só há que se cogitar competência legislativa suplementar e supletiva dos Estados e Distrito Federal em matéria de prova (art. 24, XI, CF), naquilo que se refira ao procedimento de sua produção e à distribuição dinâmica de seu ônus, e dentro dos limites do que a Constituição permitir - o que será analisado na parte derradeira deste capítulo e nos capítulos a seguir.

5.6 Normas sobre legitimidade *ad causam* e outras condições da ação.

5.6.1 Considerações gerais sobre a ação e o seu condicionamento.

De acordo com a teoria eclética de Enrico Túlio Liebman⁶⁵³, adotada nos arts. 3.º e 267, VI, CPC-1973, o direito de ação é o direito ao processo e ao julgamento do mérito. As condições da ação são requisitos necessários para que seja proferida essa decisão de mérito - condicionando, assim, a “existência da ação”⁶⁵⁴. Logo, uma vez ausentes tais condições, seria o autor carecedor de ação (inexistente, pois), impondo-se a finalização do processo sem resolução do seu mérito.

⁶⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 200 ss.

⁶⁵⁴ A doutrina polemiza a matéria. Discute-se se as condições da ação seriam *requisitos para existência* ou *para o exercício* legítimo da ação. Segundo Liebman, o grande responsável pela incorporação da categoria no ordenamento do CPC-1973, “são requisitos para a existência da ação (...) só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda para acolhê-la ou rejeitá-la”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 203, 212 e 213; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros: 2009, 2 v., p. 305). Assim, para aqueles que entendem serem requisitos de existência da ação, em sendo o autor carecedor da ação, não seria titular do direito de ação, que teria sido inexistente. Já para aqueles que entendem serem requisitos para o seu exercício legítimo, se carecedor de ação o autor, faltar-lhe-ia o direito ao exercício desta – que teria se dado de forma abusiva. O que ocorre é que o juiz, embora exercendo o poder jurisdicional, não chegará a apreciar o mérito. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 279 e 261; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, 1 v., p. 118; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 211 e 212). Alexandre Freitas Câmara assume posição própria. Diz serem *requisitos do provimento final*. Não se trata de requisitos da “ação”, pois esta existe, ainda que tais requisitos não estejam presentes. A ausência de um desses requisitos leva à extinção do processo sem exame do mérito, antes disso, terá havido a prática de atos jurisdicionais e, portanto, exercício de função jurisdicional. A presença destes requisitos se faz necessária para que o juiz possa proferir uma decisão final do processo. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, 1 v., p. 122 e 123).

O art. 3.º, CPC-2015⁶⁵⁵, parece adotar visão abstrata da ação, não submetendo-a a condicionamentos. O art. 482 só mantém a referência à “legitimidade” e ao “interesse processual”, sem enquadrá-los como condições da ação. Melhor é a interpretação de que a ausência de menção à categoria das condições da ação ou ao fenômeno da carência de ação denota o fim do instituto e a inserção da legitimidade e do interesse em outros contextos (como dentre os pressupostos processuais)⁶⁵⁶.

Mas, para chegar à semelhante conclusão, necessário compreender a visão liebmaniana da ação.

Na concepção do processualista italiano, o direito de ação é considerado autônomo e independente do direito material, mas isso não autoriza concluir que seja universal, i.e., de titularidade de todos, genérica e incondicionalmente.

Sua *autonomia* decorreria do fato de ser direito ao julgamento do mérito da causa, independentemente do sentido em que ele (o julgamento) se dê, podendo ser de acolhimento ou de rejeição do pedido⁶⁵⁷. Daí dizer-se que o direito de ação não pressupõe a existência do direito material, mas, isso sim, o preenchimento, em concreto, de certos requisitos (condições da ação), que tornam possível o seu julgamento (enquanto mérito da causa).

É negada, contudo, a *universalidade* e incondicionalidade da ação porque só é considerado seu titular o autor que, em concreto, seja titular desse direito a um julgamento de mérito, o que só ocorrerá se preenchidas as chamadas condições da ação (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido)⁶⁵⁸.

As condições da ação são reconhecidas como categoria estranha e preliminar ao mérito. Não se confundiriam com o mérito, consistindo, isso sim, em requisitos de admissibilidade do seu exame⁶⁵⁹. Assim, ausente uma condição da ação, seria, como dito, caso de carência de ação e extinção do processo sem exame do mérito (como previa o art.

⁶⁵⁵ “Art. 3.º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

⁶⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197, 2011, p. 258 e 259.

⁶⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 200, 212 e 213.

⁶⁵⁸ O autor diferencia o “poder de agir” do “direito de ação”. O “poder de agir” em juízo é conferido a todos e constitucionalmente assegurado. É um direito cívico, abstrato (não se liga a nenhuma situação concreta), genérico e indeterminado. E não se confunde com o “direito de ação” que não tem nada de genérico e abstrato, estando ligado a uma situação concreta e só sendo conferido para a tutela de direitos *próprios* que se faça *necessária*. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 199).

⁶⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 203.

267, VI, CPC-1973⁶⁶⁰), decisão esta que, por não ser de mérito, não faria coisa julgada material, e, a teor do art. 268, CPC-1973, não impediria a repositura da mesma demanda⁶⁶¹.

Afirma-se, ainda, no contexto dessa teoria, que o direito *abstrato*, universal e incondicionado de ação não teria nenhuma relevância para o processo, sendo um simples pressuposto (mero “poder de agir”, peticionar) em que se baseia a ação concreta e exercida⁶⁶².

A despeito disso, hoje não há quem discuta que a Constituição Federal, ao consagrar a inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV), confere a todos esse direito (fundamental) abstrato, universal e incondicionado de exigir do Estado a prestação jurisdicional.

Ao lado da ação concreta e condicionada de Liebman, *há a ação abstrata e incondicionada*, constitucionalmente assegurada, que seria não um poder, mas um direito público e subjetivo a uma prestação jurisdicional⁶⁶³.

Por isso, é comum falar-se em ação sob duas perspectivas: abstrata (incondicionada) e concreta/processual (condicionada).

A *ação abstratamente considerada é direito* autônomo, abstrato, público, subjetivo, universal (genérico) e incondicionado, de provocar o exercício da jurisdição. A Constituição Federal, quando garante o acesso à justiça (inafastabilidade da jurisdição), no art. 5.º, XXXV, assegura a todos esse direito de exigir do Estado uma prestação jurisdicional, em qualquer situação.

⁶⁶⁰ Substituído pelo art. 482, VI, CPC-2015, que não se refere, contudo, a condições da ação.

⁶⁶¹ O art. 268, CPC-1973, simplesmente admitia a repositura da mesma demanda. Na sua égide, a Corte Especial do STJ considerou inadmissível a repositura de demanda extinta por carência de ação (ilegitimidade), sem que se corrigisse o equívoco, preenchendo-se a condição da ação faltante (STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência em REsp n. 160.850-SP, rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 03.02.2003, publicado no DPJ de 29.09.2003; também assim, REsp n. 103.584-SP, 4.ª T, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 05.06.2001, publicado no DJ de 13.08.2001 e REsp n. 45.935-SP, 3.ª T, rel. Min. Nilson Naves, j. em 04.10.1994, publicado no DJ de 31.10.1994, por exemplo). O art. 483, §1.º, CPC-2015, simplesmente prevê que a falta de legitimidade ou interesse conduz à extinção do processo sem resolução do mérito e que a repositura da ação pressupõe correção do vício: “No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 482, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução do mérito”. Não há previsão de enquadramento da legitimidade ou do interesse como condição da ação. Em doutrina há o alerta de que, para preencher a condição da ação ausente, é necessário alterar um dos elementos da ação, o que não é, exatamente, repropor a mesma demanda. É propor nova demanda. (Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa. In Ensaios sobre direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 392 e 393; sem comentar o julgado, Ovídio Baptista e Fábio Gomes reconhecem a impropriedade da situação, SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127).

⁶⁶² O que informa MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1 v., p. 168 e 169.

⁶⁶³ Para Liebman, como se disse, é um poder que se exerce perante o Estado, de iniciar e movimentar o exercício da função jurisdicional. Afasta-se a ideia de prestação jurisdicional ou de que fosse este um direito de natureza obrigacional. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 201 e 202).

A *ação concretamente considerada* já não é mais direito, mas, sim, *ato jurídico*. É o ato de exercício daquele direito abstrato de ação, para veicular a pretensão a uma tutela jurídica do Estado-juiz. É a “ação exercida”, “ação concreta”, “ação processual”, “demanda”, “pleito”, “causa”, que veicula e afirma determinada relação material concretamente deduzida em juízo⁶⁶⁴.

Diferencia-se a ação constitucional (abstrata) da ação processual (concreta), dizendo ser essa a verdadeiramente relevante para o Direito processual, mas sem questionar que seria o exercício daquela⁶⁶⁵.

E, de fato, ao longo do estudo de todo o Direito processual é a ação concreta, processual e exercida que se invoca para a compreensão de temas como os elementos da ação, litispendência, conexão, coisa julgada e as próprias “condições da ação”, ora em comento. Só a ação exercida poderia ser condicionada⁶⁶⁶.

Necessária, contudo, breve análise das condições da ação individualmente consideradas – a saber, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir⁶⁶⁷ -, para que se possa definir com mais precisão se é categoria material ou processual e, pois, a titularidade do poder de sobre elas legislar.

5.6.2 Interesse de agir.

O *interesse de agir* é a *necessidade* da prestação jurisdicional para que se obtenha determinada *utilidade*. Daí dizer-se que a tutela jurisdicional há de ser necessária (interesse-necessidade) e apta a trazer a utilidade ou vantagem pretendida (interesse-utilidade)⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v., p. 200; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204 ss. Falando da ação abstrata e concretamente considerada, NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 117 e 118. Diferenciando o direito de ação (abstrato, constitucional, universal e incondicionado) e ação processual (ato concreto), FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. In **Ensaio sobre direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 389 e 390.

⁶⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 274.

⁶⁶⁶ NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 124 e 132; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 206; WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 76 e 77.

⁶⁶⁷ Não se comentará a possibilidade jurídica por não ser sequer referida no CPC-2015.

⁶⁶⁸ Segundo o próprio Liebman, cabe distinguir interesse substancial de interesse processual. Interesse de agir é um interesse processual, que é secundário e instrumental em relação ao interesse substancial e primário. Visa um provimento judicial como meio obter a satisfação do interesse primário lesado (material). O objeto do interesse de agir é a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere. Destarte, o interesse processual é o que se

Desdobra-se, pois, nas exigências de interesse-utilidade e interesse-necessidade – sendo polêmico o chamado interesse-adequação⁶⁶⁹.

Há interesse-utilidade quando a tutela jurisdicional pretendida é útil, revelando-se apta a trazer os benefícios/vantagens desejados, isto é, a prover o resultado favorável pretendido⁶⁷⁰.

Por isso, quando não há como se obter o resultado almejado, diz-se que o processo perdeu o objeto, tornou-se inócuo, configurando-se a falta de interesse. É a situação observada quando a obrigação é cumprida pelo réu antes mesmo de ele ser citado⁶⁷¹. Mas se o adimplemento ocorre depois da citação, já será caso de reconhecimento da procedência do pedido (art. 484, III, “a”, CPC)⁶⁷²⁻⁶⁷³.

exerce para a tutela do interesse substancial que se afirma pertencer ao autor. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 206).

⁶⁶⁹ Na verdade, há discussão doutrinária em torno dos desdobramentos do interesse de agir: a) há quem só fale em interesse-utilidade (colocando-o como sinônimo de necessidade, GRECO, Leonardo. **Teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40); b) há quem admita o interesse-utilidade e o interesse-necessidade, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação Declaratória e interesse*. In **Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 17; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 278 ss.; BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v., p. 366); c) existem aqueles que adotam o interesse-utilidade e o interesse-adequação (a ex. de RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 141); e, até mesmo, d) aqueles que reconheçam os três tipos de interesse (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 2 v., n. 544, p. 309-313; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Interesse de agir na ação declaratória**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 101). Cf. levantamento de FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação. Enfoque sobre interesse de agir**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 118).

⁶⁷⁰ Segundo Enrico Tullio Liebman, “o interesse de agir é representado pela *relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito*; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 207). Ressalve-se que nem sempre a causa de pedir é uma situação antijurídica (ex.: ação de responsabilidade civil por ato lícito). Pode-se estar diante de situação de licitude que, ainda, assim, implique uma proteção do direito.

⁶⁷¹ Ou, mais amplamente, “quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 206).

⁶⁷² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v., p. 218; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 283.

⁶⁷³ E essa diferença substancial entre falta de interesse-utilidade (perda do objeto) e reconhecimento da procedência do pedido, é reconhecida em jurisprudência, como se extrai dos casos a seguir: i) “A regularização do óbice pela Receita Federal, vindo à tona após a impetração do *mandamus* e a concessão do pedido liminar, com as informações da autoridade impetrada, não induz à perda de objeto, mas ao reconhecimento do pleito”. (TRF1, 8.^a T, MS n. 12222/DF, rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, j. em 30.3.2007, publicado no DJ de 25.5.2007); ii) “Se no curso da demanda o réu atende a pretensão deduzida, ocorre a situação prevista no art. 269, II, do CPC, que dispõe sobre a extinção do processo com julgamento do mérito, o que afasta a tese de carência de ação por falta de interesse de agir”. (STJ, 6.^a T., Resp n. 104.184/RS, rel. Min. Vicente Leal, j. 11.11.1997, publicado no DPJ de 9.12.1997). Também assim, STJ, 6.^a T., Resp n. 147760/RS, rel. Min. Vicente Leal, j. em 13.10.1998, publicado no DPJ de 16.11.1998.

Diz-se faltar interesse-utilidade, também, para o pleito de tutela executiva de valor tão irrisório, que chega a ser absorvido pelos custos da execução⁶⁷⁴ - apesar da divergência jurisprudencial⁶⁷⁵.

Há *interesse-necessidade* quando a tutela jurisdicional pretendida é imprescindível para que se consiga alcançar o resultado favorável almejado. Ou seja, “decorre da *necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial*; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse⁶⁷⁶”.

Isso se dá basicamente quando o jurisdicionado não puder lograr o benefício/vantagem visado sem a intervenção do Estado-juiz, o que normalmente ocorre quando a parte adversa não *pode* ou não *quer* (simples resistência) satisfazer voluntariamente a pretensão deduzida, não propiciando extrajudicialmente o resultado desejado.

Na verdade, se a tutela pretendida recair sobre direito a uma prestação, exige-se que o autor aponte não só o fato constitutivo do seu direito como também o fato *lesivo*, i.e., uma lesão (ou *ameaça* de lesão⁶⁷⁷) ao seu direito não cessada. E a dificuldade de distinguir a lesão ou ameaça de lesão (e sua cessação) do mérito da causa⁶⁷⁸⁻⁶⁷⁹ decorre exatamente do fato de com ele (o mérito) se imiscuírem, integrando a causa de pedir e conduzindo à necessidade do pedido de tutela⁶⁸⁰.

Em se tratando de uma ação constitutiva, basta afirmar o direito potestativo e a necessidade da tutela estatal para realizá-lo⁶⁸¹ – sem que se fale em qualquer lesão ou ameaça de lesão⁶⁸². Isso porque direitos potestativos não podem ser lesados⁶⁸³.

⁶⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 283.

⁶⁷⁵ A favor, STJ, 3.^a T., REsp n. 796.533, rel. Min. Paulo Furtado, j. em 9.2.10, publicado no DPJ de 24.02.2010; contra, considerando violação ao acesso à justiça, quando não há lei dispensando a cobrança de pequeno valor, STF, Pleno, RE n. 591033, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 17.11.10, publicado no DPJ de 24.02.2011.

⁶⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 206.

⁶⁷⁷ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação. Enfoque sobre interesse de agir**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 155.

⁶⁷⁸ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126.

⁶⁷⁹ Tanto que se diz que só será questão estranha ao mérito se analisada *in statu assertionis*, à luz do quanto afirmado na inicial e aprioristicamente considerado. Isso, com base na teoria da asserção, comentada a seguir (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação. Enfoque sobre interesse de agir**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127 e 127; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Interesse de agir na ação declaratória**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88; ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 234). Parece acolher a sugestão, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 285.

⁶⁸⁰ Reconhece ser solução de mérito, SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 126.

⁶⁸¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no direito processual civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 174; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 286.

No contexto das chamadas *ações necessárias* (sempre constitutivas), que veiculam pretensão que não pode ser satisfeita extrajudicialmente, o interesse-necessidade é intrínseco à própria natureza da demanda, sendo uma inerência sua, dispensando-se sua aferição casuística. São casos em que há presunção absoluta de interesse.

Impõe-se invariavelmente a intervenção estatal, pois o bem da vida pretendido só pode ser obtido por intermédio do Poder Judiciário. É o caso da ação rescisória, da interdição, da falência e de muitos procedimentos de jurisdição voluntária⁶⁸⁴.

Vista sua configuração, exemplifique-se a falta de interesse-necessidade.

O art. 14, do Código Civil, admite a doação de corpo humano *post mortem*, para fins científicos. Basta, para tanto, que pessoa capaz manifeste sua intenção em vida, através de simples declaração de vontade registrada por tabelião de notas. Não é necessária, pois, intervenção judicial, quando inexistente oposição ao ato de disposição do doador, caso em que uma demanda judicial seria desnecessária.

Outro exemplo. Há precedente do STJ no sentido de que, na ação reivindicatória, quando não há demonstração da existência de ocupação injusta do imóvel, o proprietário não precisa de decisão judicial para reavê-lo⁶⁸⁵.

Percebe-se, pois, que o interesse se afere em concreto, a partir de um vínculo de utilidade e de necessidade entre o pedido (de uma tutela jurisdicional) e a causa de pedir (a situação material afirmada). Ou, mais especificamente, a verificação de se a tutela pleiteada é útil e necessária para combater a lesão ou ameaça de lesão ao direito em jogo ou simplesmente realizá-lo (ou declará-lo, dando-lhe certeza jurídica).

Há quem diga que a verificação do interesse de agir decorre mais especificamente da análise da causa de pedir.

⁶⁸² Na ação declaratória, diz-se emergir o interesse de agir da afirmação de um fato produtor de incerteza jurídica atual, que deve constar na causa de pedir. (TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no direito processual civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 175). Há quem diga que deve ser uma incerteza objetiva, séria, fundada. (CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Ação declaratória**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 90). Rodrigo da Cunha Lima Freire assevera, contudo, que são heterogêneas as situações que ensejam o interesse de agir, nem sempre abrangendo dúvida ou incerteza em torno do direito. Daí concluir que é a segurança nas relações jurídicas que justifica o interesse de agir na ação declaratória. (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação. Enfoque sobre interesse de agir**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 154 e 155). Os arts. 19 e 20, CPC, para que não haja dúvida em torno desse interesse, preveem: “Art. 19. O interesse do autor pode se limitar à declaração: I – da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II – da autenticidade ou da falsidade de documento. Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

⁶⁸³ Cf. DIDIER Jr., Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 159, 2008, p. 65-76.

⁶⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 284 e 285.

⁶⁸⁵ STJ, 3.^a T., REsp n. 1.003.305, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18.11.10, publicado no DPJ de 24.11.2010.

A *necessidade* da tutela seria aferida à luz da narrativa fática (causa de pedir remota)⁶⁸⁶ – o que não se observa no caso das ações constitutivas necessárias e não necessárias, como visto, quando basta a afirmação do direito e a justificativa da necessidade de intervenção do Estado.

A *utilidade* da tutela seria extraída do direito afirmado⁶⁸⁷ (causa de pedir próxima)⁶⁸⁸.

Observe-se, contudo, que a tutela é o pedido imediato. E o que se verifica é a utilidade e necessidade da tutela pretendida sobre dado direito material (causa de pedir). Então a análise é da relação do pedido com a causa de pedir.

Seu vínculo com o pedido é tão forte que o próprio Liebman, ao excluir a possibilidade jurídica como condição da ação, acabou por incorporá-la ao interesse de agir, quando afirma ser uma “inutilidade proceder ao exame da demanda para conceder ou negar o provimento postulado (...) quando ele não puder ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex.: a prisão por dívidas)⁶⁸⁹”.

Seu preenchimento exige, assim, profundo mergulho no mérito, consistindo em tema de Direito substancial.

Por fim, o chamado *interesse-adequação* é a exigência de que a providência jurisdicional solicitada e o procedimento eleito sejam aptos e adequados para a tutela do direito material. Impõe-se “a escolha das ferramentas processuais adequadas (processo, procedimento, provimento)⁶⁹⁰”. É extraído da afirmativa de Enrico Tullio Liebman de que falta interesse agir quando o provimento é “inadequado ou inidôneo a remover a lesão⁶⁹¹”.

Por exemplo, o procedimento especial monitorio não é adequado para a tutela de um direito de crédito espelhado em nota promissória⁶⁹².

⁶⁸⁶ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no direito processual civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 173.

⁶⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 207; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 278.

⁶⁸⁸ Identificando que se afere o interesse de agir da causa de pedir, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 4 v., p. 18 e 19; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação. Enfoque sobre interesse de agir**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128 e 129; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Interesse de agir na ação declaratória**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 101.

⁶⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 206.

⁶⁹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 2 v., p. 239.

⁶⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 206.

⁶⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 278.

Questiona-se, em doutrina, se a adequação é manifestação de interesse ou exigência de respeito à forma⁶⁹³ - o que torna o interesse-adequação o mais controverso desdobramento do interesse de agir.

Diz-se, com razão, que a utilização de via inadequada (pedido ou procedimento) não é uma manifestação de falta de interesse, mas, sim, um equívoco formal que conduz a vício perfeitamente sanável, que não impede o prosseguimento do feito rumo a uma decisão de mérito. Arbitrário seria extinguir o processo sem exame do mérito, em casos tais. É o que se extrai dos artigos 275, 281, 327 e 551, do CPC, por exemplo⁶⁹⁴. Inclusive, o art. 328, do CPC-2015, não reproduz o art. 295, V, do CPC-1973, não inserindo o erro na escolha do procedimento como hipótese de indeferimento na petição inicial.

Trata-se, na verdade, de requisito processual de validade, consistente na exigência de respeito ao formalismo processual, no caso, a adequação formal do pedido e do procedimento. É, pois, tema de Direito processual.

5.6.3 Legitimidade *ad causam*.

Nas mais clássicas definições, a *legitimidade ad causam* é “a titularidade ativa e passiva da ação⁶⁹⁵”, que define a sua pertinência subjetiva⁶⁹⁶. É “a identidade entre quem propôs a ação e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo⁶⁹⁷”.

⁶⁹³ “Em que sentido a adequação poderia criar interesse para alguém?” E a inadequação revelar desinteresse? Muito pelo contrário. O afoito de tão interessado pode acabar incorrendo no inadequado (ex.: partindo para execução sem que tenha título executivo). (CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Ação declaratória**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 61-64; conforme observação de José Carlos Barbosa Moreira na arguição de sua tese de livre-docência de Cândido Rangel Dinamarco, DINAMARCO, Cândido. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 405-406; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287).

⁶⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287 e 288. Quanto à natureza formal do vício e possibilidade de sanção, vide FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação. Enfoque sobre interesse de agir**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 144 e 145; GRECO, Leonardo. **Teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 36 e 37.

⁶⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 208.

⁶⁹⁶ “(...) resolve-se na pertinência do interesse de agir ao autor e na pertinência ao réu do interesse de defender-se, porque a tutela invocada pelo primeiro se destina a incidir sobre a situação jurídica e prática do segundo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 211). Define-a como essa pertinência subjetiva, BUZAID, Alfredo. **Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 89.

⁶⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 211.

Em outras palavras, é o poder dado a alguém de figurar como parte da ação concretamente considerada e, pois, de conduzir aquele dado processo. É, portanto, uma “situação jurídica do sujeito diante de determinado processo⁶⁹⁸”.

A legitimação para a causa é bilateral. Aquele autor detém legitimidade para demandar aquele específico réu que, por sua vez, só tem legitimidade para ser demandado por aquele autor em particular. Se um deles estiver ausente, falta legitimidade para ambos⁶⁹⁹.

Em regra, tem o poder de figurar como parte da demanda aquele que é parte da relação material discutida em juízo, quando se configura a *legitimação ordinária*. É o que se observa, por exemplo, quando locador e locatário, sujeitos da relação material locatícia, figuram como parte autora e ré de uma demanda de despejo.

Portanto, é a titularidade do direito material afirmado que confere legitimação ordinária, pressupondo sua verificação um exame de mérito – o que a torna instituto de Direito substancial⁷⁰⁰.

Excepcionalmente, admite-se, mediante expressa autorização legal (ou como uma decorrência lógica do sistema) - e, no regime do CPC-2015, art. 189, também por determinação negocial⁷⁰¹ -, que seja parte da demanda aquele que não é parte da relação material deduzida em juízo, quando se caracteriza a chamada *legitimação extraordinária*⁷⁰², também denominada de *substituição processual*⁷⁰³, prevista no art. 18 do CPC-2015

⁶⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 231.

⁶⁹⁹ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 103. Enrico Tullio Liebman originariamente já dizia: “tratando-se de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para fins do provimento do pedido, apareça como titular do interesse oposto – ou seja, aquele em cuja esfera jurídica o provimento pedido produzirá efeitos”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 209).

⁷⁰⁰ LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 05.

⁷⁰¹ “O art. 18 do NCPC exige, para atribuição da legitimação extraordinária, autorização do ‘ordenamento jurídico’, e não mais da lei. Além disso, o art. 191 do NCPC consagrou a atipicidade da negociação processual (...) Não há, assim, qualquer obstáculo *a priori* para a *legitimação extraordinária de origem negocial*. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passará a permitir a *legitimação extraordinária atípica*, de origem negocial”. (DIDIER JR., Fredie. Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, 2014, n. 232, p. 71 e 72).

⁷⁰² Ou aquele que também é parte da relação material deduzida, sendo legitimado ordinário, mas reúne a condição de legitimado extraordinário, pois o direito é igualmente de outrem. (ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 120).

⁷⁰³ Para minoria doutrinária, a legitimação extraordinária é gênero do qual a *substituição processual* é espécie. Só haveria substituição processual nos casos em que o legitimado extraordinário litiga em juízo solitariamente, não estando (*litis*) consorciado com o titular do direito material em jogo, substituindo-o, pois, de fato. Não haveria, contudo, autêntica substituição processual nos casos em que o legitimado extraordinário litiga em juízo em (*litis*) consórcio com o legitimado ordinário, quando atua ao seu lado, e, não, em seu lugar. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 1 v., p. 131; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária.

(“Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”). É um poder estritamente processual.

É conferida, segundo Enrico Tullio Liebman, quando esse substituto tem interesse pessoal (ou, acrescente-se, institucional), legítimo e especial de agir em juízo em busca da tutela do direito alheio⁷⁰⁴.

Exemplifique-se com o poder dado ao Ministério Público de postular em juízo o reconhecimento de paternidade em nome de uma criança, verdadeira titular da relação material afirmada em juízo, em face de suposto pai.

Já a cooperativa não pode litigar em defesa de direito de seus associados, pois inexistente lei que preveja isso, e, nem mesmo a interpretação sistemática e conjugada do art. 83 e demais dispositivos da Lei n. 5.764/1971 autoriza tal atuação⁷⁰⁵.

5.6.4 Natureza das normas sobre as condições da ação.

5.6.4.1 *Corrente processualista.*

Para a teoria eclética de Enrico Tullio Liebman, a ação e, pois, as condições da ação são institutos eminentemente processuais, regidos pela lei processual. Em sendo as condições da ação requisitos constitutivos da demanda, estes “requisitos para a existência da ação acham-se estabelecidos pelo direito processual. Os de procedência dependem do direito substancial”, que regule o objeto da demanda⁷⁰⁶.

De modo afim, José Ignacio Botelho Mesquita⁷⁰⁷ afirma que aquilo que se refira “ao *exercício* do direito de ação” e do direito à “administração da justiça” (direito a julgamento puro e simples, mesmo que não seja de mérito) é objeto das normas processuais.

Revista dos Tribunais. São Paulo, 1969, n. 404, p. 12 ss.). Entretanto, para a maioria da doutrina, não se justifica semelhante distinção. Com toda razão. *Legitimação extraordinária e substituição processual são sinônimos.* (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 211; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 2 v., p. 318; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v., p. 213). Isso sem falar na crítica de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda à expressão “substituição processual” e à insistência de chamar o titular do direito de “substituído”, por implicar retorno à visão privatista da relação processual, ainda que inconscientemente. (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações.** Campinas: Bookseller, 1998, 1 t., p. 267).

⁷⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 211.

⁷⁰⁵ Segundo STJ, 4ª T., REsp n. 901.782, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 14.6.2011, publicado no DJe de 01.07.2011.

⁷⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 202 e 212.

⁷⁰⁷ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Da ação civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 94 e 95.

Cândido Rangel Dinamarco⁷⁰⁸, por sua vez, identifica nas condições da ação mais um “ponto de estrangulamento” entre os planos material e processual, reconhecendo a íntima conexão entre eles nesse contexto.

Mas justifica que isso decorreria de uma difusão do instrumentalismo em todo o sistema, em particular sobre a ação e suas condições. Admite que para o preenchimento das condições da ação é indispensável análise da situação material concretamente deduzida. Mas conclui que isso não afeta a processualidade do instituto, pois: “A presença ou não de cada uma delas, contudo, é algo que diz respeito ao direito processual e projeta efeitos de ordem processual, não-obstante venha do plano substancial o acervo de elementos que em cada caso servirá para essa verificação⁷⁰⁹”.

Já Celso Neves identifica que o problema das condições da ação é “fronteiriço”, encontrando-se na “linha de limite entre o processual e o material, porém dominado por este, enquanto relacionado à *res in iudicium deducta*⁷¹⁰”.

Isso já revela que há dificuldades em desvincular as condições da ação do Direito material.

5.6.4.2 Teoria da asserção.

Há um grupo de processualistas que enxerga as dificuldades doutrinárias existentes para extremar as condições da ação do mérito da causa (e do Direito material), bem como para diferenciar a carência da improcedência da ação, e explicar as repercussões práticas e teóricas dessa visão.

E, por isso, propõem uma teoria de espírito conformador: a chamada *teoria da asserção* (ou prospecção)⁷¹¹.

⁷⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 223 ss.

⁷⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225.

⁷¹⁰ NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 124.

⁷¹¹ Vide MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1 v., p. 181 e 182; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, 1 v., p. 127; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 306 e 307; WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 80-89; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. *In Temas de direito processual*. 1.ª Série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 200-202; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação. Enfoque sobre interesse de agir**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Interesse de agir na ação declaratória**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 88. Assim, STJ, 3ª T., REsp n. 832.370-MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 02.08.2007, publicado no DJ de 13.08.2007, e REsp n. 265.300-MG, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 21.09.2006, publicado no DJ de 02.10.2006, dentre outros.

De acordo com essa teoria, a leitura diferenciada das condições da ação, tal como previstas em lei, ocorreria nos seguintes termos:

i) Se a presença das condições da ação for *aferida no início do processo*, à luz das primeiras afirmações do autor (*in statu assertionis*), em sua petição inicial, tomando-as como abstratamente verdadeiras, devem enquadrar-se como matéria estranha ao mérito. Assim, uma vez ausentes, conduzirão à *carência de ação* e extinção do processo sem resolução do mérito.

Insiste-se, a aferição proposta é em abstrato, sob pena de reconduzir-se a uma visão concretista da ação.

ii) Agora, se o preenchimento das condições da ação for *aferido no curso do processo*, sobretudo *depois da produção de provas* sobre o alegado, quando já investigada concretamente sua veracidade, devem enquadrar-se como matéria de mérito. Nesse caso, uma vez ausentes, conduzirão à *improcedência de ação* e à extinção do processo com exame do mérito, por decisão apta a fazer coisa julgada.

O enquadramento da legitimidade, possibilidade (não mais referida no CPC-2015) e interesse como condições da ação ou como mérito é algo que depende, para todos, do modo como são *aferidas* (em abstrato ou em concreto) e do momento em que são *aferidas* (antes ou depois da dilação probatória).

Para alguns, pressupõe, também, a definição do *grau de cognição* exercido pelo juiz (se superficial ou profundo)⁷¹². Quando a cognição judicial sobre a legitimidade, possibilidade (hoje ausente no CPC-2015) e interesse é sumária e superficial, recaindo sobre o quanto afirmado em tese pelo autor, enquadrar-se-iam como condições da ação; quando sua cognição é mais aprofundada, operando-se sobre afirmações cuja veracidade já fora verificada mediante produção de provas, a análise já seria de mérito⁷¹³.

Para seus adeptos, a teoria da asserção tem o valor de revelar a verdadeira função das condições da ação, enquanto matéria estranha ao mérito, que é rejeitar o exercício manifestamente infundado da ação, evitando-se atividade processual inútil, em franco prestígio ao princípio da economia processual.

⁷¹² Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 96.

⁷¹³ Já Fredie Didier Jr diz: “Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-á nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva”. (DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217). Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211 e 212.

Parece, contudo, uma tentativa bem intencionada de preservar um instituto que não se sustenta. Independentemente de como e quando são analisadas, as condições costumam confundir-se com o mérito. Não há escapatória.

O art. 267, §3.º, CPC-1973, previa que o preenchimento das condições da ação poderia ser verificado a qualquer tempo e grau de jurisdição. O art. 482, §3.º, CPC-2015, em que pese não fale em condições da ação, só em legitimidade e interesse, afirma que sua presença pode ser analisada a qualquer tempo e grau de jurisdição. *E pode ser necessário que se produzam provas* para aferir-se sua presença, que deve ser averiguada não com base no que foi inicialmente alegado, mas, sim, à luz do que foi provado. Tanto que o próprio Liebman admite o preenchimento superveniente de condição da ação.

Segundo Enrico Tullio Liebman, “é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida⁷¹⁴”. Pelo mesmo motivo, seria indiferente que elas estivessem satisfeitas no momento da propositura da demanda se, no curso dela, vieram a faltar⁷¹⁵.

Não pode o juiz simplesmente admitir a veracidade do que foi afirmado pelo autor, *sem a prova* que se faça necessária, para apreciar seu preenchimento⁷¹⁶, seja como questão de admissibilidade (processual), seja como questão de mérito. E mais, a natureza da

⁷¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 204. Entretanto, pontue-se que Luiz Machado Guimarães informa que Enrico Tullio Liebman em 1949 teria dito, ao proferir uma conferência, que havendo contestação e instrução não há que se falar mais em legitimação e interesse, mas, sim, de uma questão de mérito (GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. *In Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 102 e 103).

⁷¹⁵ Nesse sentido, encontram-se julgados do STJ admitindo perda ou preenchimento superveniente de condições da ação, como, por exemplo: *i*) “(...) Se a pretensão deduzida tinha por objeto a substituição de membro eleito para o conselho fiscal, a expiração do mandato para o exercício do cargo, antes do julgamento da causa, acarreta a superveniente perda do interesse de agir”. (REsp n. 471048-PR, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, publicado no DJ de 04.08.2003); *ii*) “Perda da condição de proprietário pelo locador. (...) Ilegitimidade ativa superveniente. Revogação da dação em pagamento por decisão judicial, não constitui alienação de coisa litigiosa a título particular. (...) Destituído da propriedade do imóvel, o ex-locador não podia permanecer na lide vindicando indenização que, a rigor, não lhe é devida”. (REsp n. 10676-SP, 2.ª T, rel. Min. Peçanha Martins, publicado no DPJ de 05.08.1996); *iii*) reconhecendo possibilidade jurídica superveniente, também se disse que “a Lei nº 7.841/89 revogou, expressamente, o art. 358 do Código Civil, que vedava o pedido de investigação de paternidade pelo filho dito adulterino, com o que deu ensanchas a que fosse revisto o despacho que considerou, quando do ajuizamento da ação, não existir possibilidade jurídica”. (REsp n. 257580- PR, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 29.05.2001, publicado no DPJ de 20.08.2001).

⁷¹⁶ Daí Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes dizerem que os defensores dessa visão “caem na desastrosa consequência de bastar ao autor da demanda mentir para adquirir o direito à jurisdição!”. (SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127).

questão não pode simplesmente mudar a depender do momento e do modo em que é analisada⁷¹⁷.

Inclusive, essa visão inviabiliza a definição da natureza das normas sobre as condições da ação. Disciplinada que foi, em abstrato, a referida categoria, por uma legislação (CPC-1973) que só a previa como requisitos de admissibilidade da causa, cuja ausência impede o exame de seu mérito, há que se definir se as normas que daí decorrem são materiais ou processuais. O mesmo problema se coloca com o CPC-2015, que, apesar de não falar em condições da ação, coloca o interesse e a legitimidade como requisitos de admissibilidade.

Como dizer abstratamente se a questão é material (afeta ao mérito) ou processual (estranha ao mérito), se para essa teoria sua natureza só se define em concreto, considerando o momento (ou modo de verificação) no processo em que aferidas?

Assim, como estabelecer a competência legislativa. Tomadas as condições da ação como instituto material, seriam de competência privativa da União – ao menos no que se refere ao campo cível e comercial (e outros referidos no art. 22, I, CF), por exemplo -, mas se vistas como categoria processual, há que se questionar se caberia falar em competência concorrente dos entes federados para sobre elas legislar, caso vista como tema procedimental (que aqui não se distingue do processual) e, sobretudo, no processo que corre em sede de juizados (art. 24, X e XI, CF).

5.6.4.3 Corrente materialista.

Melhor razão tem aqueles que se pode alcunhar abstrativistas puros – que adotam visão materialista das condições da ação. Para eles, o *direito* de ação é abstrato e incondicionado, não se admitindo a existência de nenhum requisito para sua existência.

Rejeitam, assim, a ideia do direito de ação como direito ao julgamento do mérito, condicionado à presença de requisitos, no caso, as chamadas condições da ação.

Consideram, inclusive, que o seu preenchimento (das condições da ação) seria aferido, em concreto, à luz do direito material em jogo – o que se afasta do abstrativismo propugnado para a ação -, por pressupor que se verifique:

i. se a parte é titular do *direito material*⁷¹⁸ ou tem poder para defendê-lo (exigência de legitimidade);

⁷¹⁷ É o que sustenta Fredie Didier Jr., em que pese reconheça que a teoria da asserção é mais consistente que a teoria de Liebman por minimizar seus problemas. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, 1 v., p. 237).

- ii. se é necessária e útil a tutela do *direito material* (exigência de interesse);
- iii. se é juridicamente possível a pretendida tutela do *direito material* (exigência de possibilidade jurídica, cuja exclusão do CPC-2015 já foi diversas vezes referida).

Não reconhecem as condições da ação, muito menos que sua ausência conduza ao fenômeno da “carência de ação” e conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito.

As condições da ação, dizem, *confundem-se com o mérito*, por já haver, na sua aferição, de alguma forma, análise da própria pretensão de tutela do direito material⁷¹⁹ (sua titularidade, necessidade, utilidade e possibilidade).

A carência de ação confundir-se-ia, assim, com a improcedência da ação, conduzindo à extinção do processo com resolução do mérito.

Para essa visão, o entendimento eclético gera repercussões de duas ordens:

- i. *teórica*, pois se considera inexplicável o fenômeno que teria ocorrido no caso da chamada carência de ação. Se o autor é carecedor de ação e não houve julgamento de mérito, não teria havido ação? Não teria havido processo (e, pois, jurisdição)?⁷²⁰ Qual a

⁷¹⁸ Nesse particular, Enrico Tullio Liebman acaba se posicionando ao dizer, a partir de caso concreto enfrentado em tribunal italiano, que: “A questão abstrata do direito, sobre caber o ressarcimento do remetente ao destinatário nas circunstâncias indicadas, pode ser colocada de duas diferentes maneiras, com relevantes conseqüências práticas (se de legitimação, a questão pode ser suscitada de ofício e vir a ser proposta pela primeira vez em sede de Cassação): *a*) ou como questão de mérito, quando, através dela se nega que o autor tenha o direito deduzido em juízo; *b*) ou como questão de legitimação (portanto, em via preliminar), quando se sustenta que o direito, mesmo que existisse, pertenceria de qualquer modo ao destinatário da mercê e não ao remetente que propôs a ação”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 1 v., p. 209 e 210, nota 13). O que não percebe é que quando se diz que o direito pertence a terceiro, também se “nega que o autor tenha o direito”, e isso também seria exame de mérito.

⁷¹⁹ Essa é a razão pela qual se diz que a teoria eclética não seria abstrativista, mas, sim, concretista, pois não há como se falar em desvinculação do direito de ação em relação ao direito material, quando se está diante da ação assim condicionada. (PASSOS, J. J. Calmon de. **Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Bahia: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 33; MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211).

⁷²⁰ Daí Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes afirmarem que a coerência da teoria pressupõe que não tivesse havido jurisdição, mas, sim, uma atividade preliminar de filtragem ou “joeiramento prévio”. E mais, não haveria como se definir se o fenômeno observado seria ou não um processo enquanto não verificada a presença das condições da ação. (SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 121 e 122). Senão, necessário seria reconhecer ter havido o exercício de um novo tipo de função estatal (“administração da justiça”). (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 93-95). Entretanto, há que se tomar como premissa que só existem três funções estatais, essa é a realidade jurídica brasileira, logo, falar-se em uma quarta função é irreal e agir como se o problema não existisse ou simplesmente eliminá-lo ao invés de resolvê-lo. (SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 124; GOMES, Fábio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 290). Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. **Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Bahia: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 26 ss.

natureza do ato que extingue o processo? É “sentença”?⁷²¹ E o que teria ocorrido até o momento da prolação da “sentença”?⁷²²

ii. e *prática*, ao menos na égide do CPC-1973 (arts. 467 e 468), pois se a sentença de carência de ação (em verdade, improcedência macroscópica da ação) era de mérito, e não estivesse mais sujeita a recurso, teria aptidão para fazer coisa julgada material, impedindo a repositura da *mesma* demanda⁷²³.

Assim, o preenchimento das condições implica exame de mérito e é, pois, questão de Direito material.

Na melhor das hipóteses, há aqueles que entendem, nesse contexto, só seriam a legitimação extraordinária e o interesse de agir temas de Direito processual, submetidos à regência da legislação processual⁷²⁴. Por isso, essas são “condições da ação” que merecem exame à parte.

⁷²¹ O curioso é que o CPC-1973, no seu art. 267, *caput* e inc. VI, que adotava a categoria das condições da ação, firmava ser caso de extinção do processo. Ora, só se poderia extinguir o que existisse. Então o legislador, em que pese falasse em ausência de condição da ação (i.e., carência de ação), admitia que tinha havido processo a ser extinto. E mais, no art. 162, §1.º, do mesmo CPC (1973), expressamente, dizia ser tal ato uma “sentença”. Se havia processo jurisdicional a ser extinto e sentença que o extinguisse, não se poderia admitir que fosse o autor carecedor de ação e, pois, que não tivesse havido ação provocando autêntico exercício de jurisdição. Somava-se isso ao entendimento do STJ (acolhido no art. 483, §1.º, CPC-2015, já citado) de que só seria possível repropor a ação mediante correção do vício, i.e., preenchendo o requisito de admissibilidade ausente. Isso significava, em *ultima ratio*, que seria necessário mudar um elemento da ação, só se podendo propor, portanto, nova ação. Disto só se pode depreender que houve exame do mérito da ação anterior por decisão que teria aptidão para fazer coisa julgada impedindo sua exata repositura.

⁷²² Questionamentos de DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 209-211.

⁷²³Cf. sobre a identificação das condições da ação com o mérito, SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117, 118, 125 e 129; PASSOS, J. J. Calmon de. **Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Bahia: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 42; PASSOS, J. J. Calmon de. Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, 1964, v. 4, p. 65; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1 v., p. 181; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v., p. 204; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 213, 215, 216, 219 e 220; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 109.

⁷²⁴ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 213, 215, 216 e 219. Para o autor, só a legitimidade ordinária, por se aferir à luz relação jurídica material, e a possibilidade jurídica, por se referir ao próprio pedido (mérito em si), implicam uma análise de mérito. Mas não se justifica manter a categoria das condições da ação só para incorporar a legitimação extraordinária e o interesse de agir, afinal, esses dois requisitos, a seu ver, devem ser inseridos dentre os “pressupostos processuais” ou, simplesmente, dentre os chamados “requisitos de admissibilidade do processo”. Na verdade, Cândido Rangel Dinamarco já sugeria que pressupostos processuais e condições da ação (por ele integralmente aceitas) fossem agrupados na categoria dos pressupostos de admissibilidade. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 2 v., p. 635 e 636). Adroaldo Furtado Fabrício cogita melhor acomodação do interesse de agir dentre pressupostos processuais – em que pese diga que sem esforço se enquadraria no mérito (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Extinção do Processo e Mérito da Causa**. In **Ensaio sobre direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 388). Parece ver o interesse de agir como pressuposto, cf. PASSOS, J. J. Calmon de. **Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Bahia: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, p. 38.

A *legitimação extraordinária* é um poder jurídico de condução do processo, que não decorre do fato de o legitimado ser titular do direito material. É típica situação jurídica processual (unissubjetiva), conferida por lei processual⁷²⁵. Enquadra-se bem dentre os pressupostos processuais, como um tipo de capacidade no seu sentido mais lato⁷²⁶.

Já o *interesse de agir*, viu-se, é a necessidade e a utilidade da tutela do *direito material*. A busca da utilidade e necessidade decorre do exame do pedido (de tutela), à luz da causa de pedir (da situação material deduzida). Se o provimento pleiteado é apto a protegê-la e indispensável para tanto. Sua análise dá-se, pois, no cerne do mérito.

Assim como o pedido impossível não se distingue do improcedente, o pedido inútil e desnecessário não pode nem deve distinguir-se. É caso de improcedência macroscópica.

Em que pese seja proposta interpretativa que destoe do que pode tomar-se como a literalidade do texto de lei⁷²⁷, ou daquilo que semanticamente se possa dali extrair, não deve ser abandonada⁷²⁸. Nem que seja como um estímulo a novas reflexões e posturas legislativas no porvir⁷²⁹, senão, quiçá, a uma interpretação doutrinária e jurisprudencial⁷³⁰ que analise a questão com mais bom-senso e à luz da razoabilidade e da segurança jurídica.

Além disso, como disseram Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes na vigência do CPC-1973, “estamos frente a uma realidade que enseja um exame conforme ela própria, e não consoante outra criada pela lei; e esta não tem força para mudar uma realidade evidente⁷³¹”.

⁷²⁵ Inclusive, a doutrina alemã já distinguia a legitimidade (problema de mérito) do direito de conduzir o processo como um pressuposto processual, cuja ausência conduz à inadmissibilidade da demanda. (ARMELIN, Donald. **Legitimidade para agir no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 115 e 116).

⁷²⁶ Fala-se entre alemães em direito ou capacidade autônoma de conduzir o processo. (Cf. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, 2009, p. 23).

⁷²⁷ Afinal, mesmo no CPC-2015, o art. 482, VI, coloca o interesse como tema estranho ao mérito e não especifica o tipo de legitimidade que estaria nesse contexto.

⁷²⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. *In* **Ensaio sobre direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 209.

⁷²⁹ Se a opção do CPC-1973 foi fortemente influenciada pela marcante presença de Liebman em São Paulo e a liderança intelectual exercida pelos seus seguidores, a opção do CPC-2015 reflete, em parte, a irrisignação, senão desconfiança, que toma crescente número de doutrinadores brasileiros. Não se fala mais em condições da ação. Há avanço.

⁷³⁰ Tal como aquela do STJ já mencionada linhas atrás de que, ainda na vigência do CPC-1973, não se poderia repropor a mesma demanda em caso de carência da ação, sem que se preenchesse a condição da ação ausente – o que implicaria alterar um dos elementos da demanda e a própria demanda.

⁷³¹ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

O legislador não é onipotente, afirma Adroaldo Furtado Fabrício, e não pode positivar o absurdo, como decretar que “sejam do sexo feminino todas as pessoas nascidas nos dias ímpares” e, por isso, “se a lei ofende o senso comum ou briga com a realidade concreta, por si mesma se condena à inoperância. De resto, os *fundamentos* que se utilizam na controvérsia jurídica não são *só* os legais⁷³²”.

Não é sensato que se admita que, nos casos de “carência de ação”, embora negando a titularidade do *direito material* e a utilidade/necessidade da tutela sobre ele pretendida, ao mesmo tempo se diga não ter havido ação, processo, decisão ou coisa julgada – sem que se possa justificar juridicamente toda a atividade até então exercida pelas partes e pelo juiz. Muito menos que o mesmo autor possa voltar a juízo em face do mesmo réu para rediscutir o mesmo direito, pretendendo sobre ele obter a mesma tutela, nas mesmas circunstâncias. Isso sim é atentatório à razoabilidade e à economia processual⁷³³.

A legitimidade e interesse na tutela do direito material são, assim, temas de Direito material – ressaltando-se unicamente a legitimação extraordinária, processual que é. É a conclusão que se pode desde então sustentar, cabendo, ainda, algumas especificações e desdobramentos a seguir.

5.6.4.4 *Visão adotada.*

Partindo da visão abstrativista (pura) já adotada e dos argumentos ali expostos e analisados, só se pode concluir que as condições da ação se confundem com o mérito e sua natureza é material⁷³⁴.

⁷³² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. In **Ensaio sobre direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379.

⁷³³ Identificando que, ao menos, não há ganho em termos de economia, MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 212; DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 213.

⁷³⁴ Não se pode deixar de registrar que o tema de que se ocupou até então, nesse trabalho, foi a legitimidade e o interesse para a demanda inicial. Mas esses são institutos que podem ser vistos sob ótica muito mais ampla. Viu-se, no Capítulo 02 desse trabalho, que o processo é série encadeada de atos e situações jurídicas. Um sujeito pode titularizar diferentes situações jurídicas, colocando-se em diferentes posições ao longo de um mesmo processo. Por essa razão, é necessário que se compreenda que a legitimidade e o interesse podem ser analisados à luz de cada ato e de cada situação jurídica em que se coloca o sujeito. Um sujeito não está preso a uma única posição processual; é comum e até corrente que migre de posições e polos, o que revela a dinamicidade processual. (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, 2009, p. 21-24 e 40; DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v., p. 238-240). Por exemplo, o juiz, sujeito imparcial, pode colocar-se em situação de parcialidade. Admite-se que venha a ter legitimidade ativa para demanda incidental de conflito de competência; legitimidade passiva para incidentes de arguição de suspeição e impedimento; e até legitimidade para recorrer da decisão que reconhece seu impedimento ou manifesta suspeição e o condena nas custas processuais (art. 146, §4.º, CPC). Ainda a título de exemplo, observe-se que, na demanda reconventional, o autor reconvinte passa a assumir legitimidade passiva e o réu reconvinte assume

Na verdade, a ausência das condições da ação – que no CPC-2015 não são mais referidas, só se podendo falar em ausência de “interesse” e “legitimidade” - é uma exceção material (em sentido lato). Ou, mais especificamente, uma objeção material, preliminar em relação ao restante do mérito⁷³⁵, que pode ser conhecida de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, quando conduz peremptoriamente à extinção do processo *com*⁷³⁶ resolução do mérito.

A legitimidade *ad causam* ordinária tende a ser reconhecida como objeção material *dilatória*, diante da possibilidade de, em alguns casos, e dentro das hipóteses de lei, ser corrigida mediante sucessão processual. A ideia é que a parte ilegítima saia para que o terceiro legitimado entre em seu lugar. É o que se tem sustentado no contexto da tutela coletiva⁷³⁷ e o que se observa no polo passivo dos processos em geral, nos termos do art. 335 e 336, CPC-2015⁷³⁸.

Reconhecida a substancialidade do instituto, as normas que o regem também devem ter admitida sua natureza material. As normas sobre as condições da ação são normas materiais; independentemente da categoria em que se enquadrem as normas sobre interesse e legitimidade ordinária (vez que o CPC-2015 não fala em condições da ação) são materiais. E se estão e tendem a ser mantidas no CPC isso significa que são heterotópicas em que pese também e ainda sejam encontradas no CC (ex.: art. 899, §1.º, Código Civil).

Por isso, a competência para sobre elas legislar é privativa da União, ao menos quanto aos ramos do Direito material previstos no art. 22, I, CF⁷³⁹.

legitimidade ativa. (DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1 v., p. 238-240).

⁷³⁵ O que nota FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. *In* **Ensaio sobre direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 390 e 391.

⁷³⁶ Tanto que só se pode voltar a juízo corrigindo o vício, com alteração de um dos elementos da ação, o que significa propor nova ação e não reproduzir a anterior.

⁷³⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 4 v., p. 191 e 192.

⁷³⁸ “Art. 335. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, §8º. Art. 336. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação. § 1º Aceita a indicação pelo autor, este, no prazo de quinze dias, procederá à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 335. §2º No prazo de quinze dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu”.

⁷³⁹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (...)”.

6 ANÁLISE DA DOCTRINA QUE DISTINGUE NORMA DE PROCESSO E DE PROCEDIMENTO.

6.1 A norma processual e sua classificação.

Até então, pretendeu-se definir e delimitar o campo de atuação e disciplina da norma processual.

A conclusão foi a de que a norma processual, foco desse trabalho, é aquela restrita ao campo jurisdicional e que é estaticamente considerada.

Ou seja, é toda aquela que define o critério de proceder no exercício da jurisdição, disciplinando o procedimento de produção da decisão judicial, em seus atos, fatos e efeitos jurídicos (situações jurídicas) - independentemente de vir a funcionar, dinamicamente, como critério de julgar.

E a norma processual assim definida não é passível de classificações úteis com base em seu objeto, em termos teóricos ou didáticos.

Mas, ainda assim, é tradicional a lição de que a norma processual pode ser subdividida em: norma de organização judiciária, norma processual em sentido estrito e norma procedimental⁷⁴⁰.

A norma de organização judiciária é considerada aquela responsável pela criação e estruturação dos órgãos jurisdicionais e de seus auxiliares⁷⁴¹⁻⁷⁴².

Trata-se de norma que constitui, organiza e distribui órgãos jurisdicionais no respectivo território, promove a sua divisão judiciária, em comarcas e distritos, disciplina os recessos forenses, a carreira da magistratura, cria os órgãos de foro extrajudicial etc. Seu objeto é a administração da justiça. Tem, pois, natureza administrativa.

⁷⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. 25 ed. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95 e 96.

⁷⁴¹ BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Practica**. 7 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910, §41, p. 42 e 43; MARQUES, José Frederico. Organização judiciária e processo. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, V. 1, 1960, p. 20; GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. 25 ed. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95 e 96.

⁷⁴² José Manuel Arruda Alvim Neto traz visão diferente. Ao lado das normas processuais em sentido estrito e procedimentais (que serão a seguir analisadas, inclusive no ponto de vista do autor), coloca o que chama de normas processuais *lato sensu* que tratam da organização judiciária de cada Estado. (ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 146 e 147).

Tanto não é processual que o Constituinte não a abrangeu ao cuidar da competência privativa da União para legislar sobre o “direito processual”, tratando-a como uma matéria distinta e à parte no que se refere à competência legislativa⁷⁴³.

⁷⁴³ José Frederico Marques, décadas atrás, reconhecia uma dificuldade de diferenciar normas de organização judiciária de normas de processo. Mas já asseverava serem normas de organização judiciária aquelas que cuidam da “administração da justiça” (administração dos órgãos investidos na jurisdição), enquanto as normas processuais se refeririam à “atuação da justiça” (à tutela jurisdicional). Tudo que se referisse à administração da justiça fugiria à natureza processual. (MARQUES, José Frederico. Organização judiciária e processo. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, 1960, 1 v., p. 19-21). Leo Rosenberg diferencia a jurisdição em sentido estrito da administração da justiça. A administração da justiça tem como papel construir pilares externos para que a jurisdição (em sentido estrito) seja exercida, criando e organizando tribunais, tratando da nomeação, remuneração e disciplina das atividades dos juizes e servidores da justiça, e, inclusive, da competência objetiva e territorial. (ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, 1 t., p. 45 e 46). Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, a organização judiciária abrange definição do quadro de julgadores e do provimento de cargos, tratando-a como tema distinto, embora afim, ao Direito processual. Lembra que, antes da Constituição de 1934, os Estados cumulavam poder de legislar sobre processo e organização judiciária. E, por isso, os Códigos de Processos misturavam a disciplina das duas matérias. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 61 e 62). Mas outra fora opção das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, deixando com o Poder Central a disciplina do Direito processual e com os Poderes Locais a competência para tratar de sua organização judiciária. E isso faz surgir o problema de diferenciar a legislação processual daquela relativa à organização judiciária. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 54 e 55). Normas de organização judiciária e processuais são normas que contêm disposições fortemente ligadas e a fronteira entre elas é, de fato, difícil de ser identificada. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora; HIJO, Ricardo Levene. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945, 1 t., p. 27 e 28). Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco reconhecem ser controversa a inserção das normas de organização judiciária dentre as normas processuais, questionando-se, até mesmo, se integrariam ramo autônomo da ciência do Direito. Mas dizem não ter dúvidas de que são normas que “ao menos por reflexo, tem consequências relevantes na *atuação da justiça*”, como normas de administração de uma justiça que atuará processualmente, sendo, pois, processuais. A tendência atual, dizem, seria aproximar Direito processual e organização judiciária, pois ficaria reduzido o valor das boas normas processuais se não contassem com “o suporte de bons juizes e de uma justiça bem aparelhada”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. 25 ed. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185 e 186). Cândido Rangel Dinamarco ratifica essa tendência, mas reconhece preponderarem as normas organizacionais despidas de natureza processual, que regem a administração do Judiciário. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros: 2009, 2 v., p. 70, 366 e 367). Já Sálvio de Figueiredo Teixeira simplesmente diz serem processuais as normas de organização judiciária. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, 1989, p. 05). Vistos todos esses posicionamentos, pode-se dizer que as normas de organização judiciária não se inserem dentre as processuais. Visam à organização administrativa do Judiciário (administração da justiça). Visualizar a organização judiciária como tema não processual não significa qualquer prejuízo ao bom funcionamento do processo. Muito pelo contrário. A boa administração da justiça é questão administrativa e será mais bem tratada se regulada nesse contexto (que é o adequado). Misturar sua regência com questões estritamente processuais é que pode ser prejudicial à qualidade da atuação do processo. Inclusive, como dito, esta foi a opção do Constituinte ao falar da competência para legislar sobre a organização judiciária separadamente da competência para legislar sobre o processo. Agora, dentre esses temas que costumam ser inseridos no âmbito da organização judiciária, há que se destacar a competência jurisdicional. A Lei de Organização Judiciária tem por objeto a criação e distribuição de órgãos no território em questão, a divisão judiciária deste território, com definição e classificação de foros, os recessos forenses, a carreira da magistratura, os órgãos de foro extrajudicial etc. A atribuição de competência a cada órgão jurisdicional, embora decorra de uma Lei de Organização Judiciária, não é norma administrativa; é norma processual. Fonte e norma não se confundem. É tema processual, porquanto se trate da atribuição de poder e, pois, da disciplina da situação jurídica processual (unipessoal de poder) com base na qual aquele juízo ou colegiado pratica atos dentro do processo.

Interessante pontuar que existe precedente do Pleno do STF que parece sinalizar em sentido diferente. Considerou inconstitucional lei estadual gaúcha que trata de gerenciamento de contas de depósitos judiciais. Foi tomado como atividade administrativa, mas voltada para o exercício da jurisdição, o que se inseriria no campo

Afora as normas de organização judiciária encontradas na própria Constituição (art. 92 ss.), confere-se competência à União para organizar sua Justiça (no campo federal) e ao Distrito Federal e Estados-membros, em relação à sua própria Justiça (cf. arts. 22, XVII, 107, §1.º, 110, 112, 113, 121, 124, parágrafo único, 125, *caput* e §§1.º e 3.º, e 126, CF)⁷⁴⁴.

A definição e distinção da norma processual em sentido estrito e da norma procedimental não parece teoricamente viável, afinal, processo é procedimento. São noções conceitualmente coincidentes entre si. Foi o que se tentou demonstrar no capítulo anterior.

Mas a Constituição Federal de 1988 criou para os estudiosos do Direito processual o desafio de distingui-las, ao prever competência privativa da União para legislar sobre Direito processual (art. 22, inc. I) e conferir competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, inc. XI) - bem como sobre criação, funcionamento e processo nos juizados (art. 24, inc. X).

Um mergulho na doutrina brasileira permite confirmar que é difícil, senão inviável, a referida diferenciação, em que pese se tenha dela valido a Constituição Federal ao distribuir competência legislativa entre os entes federados.

Mas prevalece o grande esforço doutrinário em promovê-la.

Naturalmente, para a doutrina que encara este desafio, as normas processuais são consideradas aquelas que regem o processo e as normas procedimentais aquelas que regem o procedimento. Por conseguinte, a grande questão é a distinção entre processo e procedimento, o que foi o objeto de estudo no capítulo anterior.

Mas as propostas de distinção de processo e procedimento, já vistas, não coincidem inteiramente com aquelas de distinção das normas que os regem. Até porque essa preocupação de diferenciar as respectivas normas de regência é mais presente na doutrina

do Direito processual. (STF, Pleno, ADI n. 2.909/RS, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 12.05.2010, publicado no DPJ de 11.06.2010). Foi o que se firmou sem nenhum outro argumento.

⁷⁴⁴ Todas as Constituições republicanas, de modo explícito ou implícito, concederam aos Estados-membros a competência para legislar sobre a organização das respectivas Justças. Parte-se do pressuposto de que o legislador estadual conheça bem as necessidades do Estado e identifique mais facilmente a solução para seus próprios problemas. No início, essa competência era conferida às Assembleias Legislativas. A EC n. 1/1969 transferiu a atribuição para os Tribunais de Justiça, mediante o voto da maioria absoluta de seus membros, estabelecendo que só seria possível a alteração de organização judiciária a cada cinco anos (art. 144, § 5.º, da EC n. 1/1969) - prazo este muito criticado, porquanto não se tenha considerado a rapidez com que as circunstâncias pertinentes mudam. O art. 96, II, “d”, da CF/1988, a seu turno, limita-se a prever a competência do Tribunal de Justiça para propor a alteração da organização e a divisão judiciária, não impondo mais qualquer prazo para tanto. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Justiça Estadual na República. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 160, 2008, p. 06).

brasileira (processualista), já que decorre da Constituição brasileira, e, mesmo assim, ainda é timidamente abordada⁷⁴⁵.

É assim, partindo dessas premissas, que se identificam, basicamente, cinco linhas de pensamento a serem examinadas, que partem de diferentes critérios, concebidos no intuito de justificar a distinção. São eles os critérios da: *i*) dissociação fático-eficacial; *ii*) finalístico; *iii*) estrutura dialética; *iv*) admissibilidade da demanda e da conformidade com as normas fundamentais; e *v*) eclético.

6.2 Critério da dissociação fático-eficacial.

A *primeira visão* tem como principal representante Cândido Rangel Dinamarco⁷⁴⁶. Parte da ideia de que o processo é entidade complexa que abrange o procedimento (elemento externo) e a relação jurídica (elemento interno).

Assim, a norma processual seria aquela que disciplina a relação processual, e a sucessão de posições jurídicas de direito, poder, dever, ônus, faculdade, assumidas por seus sujeitos⁷⁴⁷.

Já a norma procedimental disciplina o procedimento, e a série de atos concatenados e voltados para um ato final que é a decisão judicial e seu cumprimento - especialmente a sequência, a ordem, o tempo, o lugar, a forma que revestirá estes atos e que seguirá o respectivo procedimento e, inclusive, os diferentes tipos de procedimento admitidos como adequados⁷⁴⁸.

Impossível dissociar, contudo, ato e efeito processual para fins legislativos⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ Gajardoni constata a falta de trabalhos de fôlego sobre o tema, depois de mais de 25 anos de vigência da CF/1988. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29).

⁷⁴⁶ Sua inspiração é a visão de Liebman de que o processo pode ser considerado do ponto de vista da relação entre seus atos (enquanto procedimento) e do ponto de vista interno da relação entre seus sujeitos (enquanto série de posições agrupadas em relação processual). (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. V. I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62-65). Vide DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 2 v., p. 23 ss. e 454 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v., p. 68 e 69.

⁷⁴⁷ Parece, a princípio, ser seguida por Marcia Cristina Xavier de Souza, em que pese inclua também as condições, requisitos e pressupostos para atuações dos sujeitos processuais, o que a aproxima da corrente eclética a seguir exposta. (SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. A competência constitucional para legislar sobre processo e procedimentos. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**, Rio de Janeiro, n. 13, 2008, p. 121).

⁷⁴⁸ Conferir DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros: 2009, 2 v., p. 454 e 45; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros: 2009, 1 v., p. 68 e 69.

⁷⁴⁹ Cândido Rangel Dinamarco afirma, inclusive, que não é possível diferenciar com segurança, clareza e em caráter genérico normas de processo e de procedimento, pois: “Toda norma sobre procedimento em juízo é norma processual porque o procedimento integra o conceito de processo”. Reconhece que as normas de

A disciplina do modo como é praticado um ato processual interfere no efetivo exercício da situação jurídica com base na qual ele é praticado (que o antecede) e da situação jurídica que dele nasce (que o sucede).

De um lado, não há como regradar um ato integrante da cadeia procedimental separadamente da situação jurídica que serve de fundamento para sua prática (que o antecede). Isso porque a forma, ordem, lugar e tempo em que o ato se dá determinam se a situação jurídica exercida em sua realização fora ou não efetivamente concretizada (e garantida).

Por exemplo, a garantia do efetivo exercício do ônus de apresentar réplica previsto em lei federal é decisivamente influenciado pelo estabelecimento do modo como essa réplica será elaborada e protocolada, i.e., como esse ato será praticado. É o que se observa quando a lei estadual determina, por exemplo, que *i)* só aceitará réplica oral em mesa de audiência – ainda que a causa seja de alta complexidade; ou *ii)* que o protocolo da petição escrita somente será feito em setor centralizado que funcione diariamente da 08h-10h, restringindo sobremaneira o horário de prática do ato.

Indiscutível que a maneira como se pratica ato de replicar determina se a situação jurídica com isso exercida (ônus de réplica e direito ao contraditório) foi realmente efetivada e assegurada.

De outro, são insuscetíveis de disciplina apartada o ato e a situação jurídica processual, relacional ou não, dele nascente (que o sucede), que é o seu efeito e lhe confere relevância jurídica. Até mesmo porque o modo como o ato é praticado é que será decisivo na produção de sua eficácia jurídica e na salvaguarda do desempenho da posição jurídica que dele decorre.

Por exemplo, não há como destacar, com nitidez, a disciplina da forma de cientificação (ato processual) do autor acerca do oferecimento de contestação, pelo réu, com afirmação de fatos novos (outro ato processual), do ônus de replicá-la (situação jurídica nascente). Uma intimação feita por email, telefone, whatsapp, edital divulgado por rádio, alto-falante em praça pública ou por sms - como poderia vir a ser autorizado por uma lei estadual - , poderia interferir na garantia efetiva do direito ao contraditório e no legítimo exercício do ônus de replicar, previsto em lei federal. Todas essas possíveis exigências formais estaduais podem representar ingerências no devido exercício do ônus de replicar.

procedimento influenciam no modo-de-ser da relação processual que atua como sua base. Declara insistir na dissociação, sentindo-se obrigado a renunciar a precisão técnica e conceitual, por ter sido essa a opção do Constituinte ao tratar da competência para legislar sobre tais matérias. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros: 2009, 1 v., p. 69).

Em suma, o regramento do modo como um ato será praticado (tempo, lugar, forma, sequência etc.) determina a efetiva garantia de exercício regular e democrático da situação jurídica que dele decorre (e o sucede) e da situação jurídica da qual ele decorre (que o antecede).

Não há como disciplinar legislativamente ato (e sua forma) sem que essa disciplina também implique as situações jurídicas (efeitos) que lhe preceda e lhe suceda.

Acrescente-se que a definição do procedimento adequado a ser seguido para o oferecimento da tutela jurisdicional é, substancialmente, a definição do processo adotado. Se processo é procedimento, quando se institui mais de um tipo de procedimento, naturalmente se está a instituir mais de um tipo de processo⁷⁵⁰.

Ao se criar um novo procedimento comum ou especial, seja por lei estadual, seja por lei federal, não se preveem só os atos aí praticados (em sua forma, ordem, tempo e lugar), como também as situações jurídicas com base nas quais são praticados e as situações jurídicas deles decorrentes (seus efeitos).

Conclui-se, assim, ser inviável o legislador federal e estadual valerem-se de um critério de dissociação fático-eficaz para identificação de sua competência legislativa, de forma que o legislador estadual possa legislar sobre atos processuais e suas formalidades considerando não estar interferindo no contexto eficaz (de situações jurídicas) que se encontra em seu entorno.

6.3 Critério finalístico (ou formal).

A *segunda visão* é reflexo da doutrina maciça já examinada no capítulo precedente, que concebe o processo como conjunto de atos coordenados e voltados ao alcance de um resultado final (decisão para o caso concreto), e o procedimento numa ótica estrutural e formal, como seu aspecto extrínseco⁷⁵¹e/ou, simplesmente, como a forma ou modo como caminha o processo⁷⁵².

⁷⁵⁰ Inclusive, o CPC-1939 instituiu “processos” sem qualquer preocupação de referir-se a procedimentos (como faz o CPC-1973) – mais apropriado, afinal, coincidem em essência. Era subdividido em livros denominados “Do processo em geral” (Livro II), “Do processo ordinário” (Livro III), “Dos processos especiais” (Livro IV).

⁷⁵¹ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 3 v., p. 04 e 05; MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1974, 1 v., p. 8; ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 110, 140 e 546.

⁷⁵² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34-36; PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 3 v., p. 04 e 05; BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 129; TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos especiais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 749, 1998, p. 491 e

Talvez seu principal representante seja Arruda Alvim.

Segundo Arruda Alvim⁷⁵³, as normas processuais devem ser classificadas em razão da sua finalidade, quando se subdividem em normas processuais em sentido estrito e normas processuais estritamente procedimentais.

As normas *processuais* em sentido estrito são aquelas relacionadas ao processo em si e que disciplinam as atividades de seus sujeitos, no processo contencioso⁷⁵⁴.

As normas *procedimentais* são aquelas que tratam da forma do procedimento, no contexto do processo contencioso e do procedimento de jurisdição voluntária. Toda norma processual exigiria norma procedimental correlata, que lhe conferisse funcionalidade, admitindo, inclusive, que estivessem ambas amalgamadas em um mesmo dispositivo – ou seja, de um mesmo dispositivo ambas pudessem decorrer.

Para o autor, a identificação nítida do que é *processual* e do que é *procedimental* é dada a partir de dois parâmetros: *i)* a íntima correlação entre determinadas normas processuais e o direito material; e *ii)* a igualdade perante a lei, que vedaria que normas procedimentais de Estados diferentes pudessem gerar direitos diferentes⁷⁵⁵. Explique-se, com mais detalhes, o posicionamento do autor.

Opina o processualista que devem ser tomados como processuais temas ligados ao direito de ação (como legitimação), às partes (como a capacidade), às provas e à sentença (sua existência e validade), naquilo que têm de essencial.

São matérias que exigem uniformidade e devem ser objeto de normas gerais federais para que estejam em simetria com o direito material, disciplinado que é pelo mesmo tipo de norma (geral federal). Afinal, o direito material é veiculado pela ação, titularizado pela

492; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 2 v., p. 295; FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 235-237; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 2 v., p. 38; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66. Também o dizem alguns administrativistas como, SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 35; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.

⁷⁵³ Toda sua visão consta em ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 135-150. No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidade do processo e da sentença**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 28-30.

⁷⁵⁴ Ou, nas suas palavras, “as atividades das partes, o reflexo dessas atividades nas próprias partes e, eventualmente, sobre terceiros, o órgão jurisdicional e sua atividade, bem como a atividade dos auxiliares da Justiça”. (ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 135).

⁷⁵⁵ ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 150.

parte legítima (no caso da legitimação ordinária apenas, embora o autor não faça essa distinção), traduzido ou demonstrado pela prova⁷⁵⁶ e reconhecido (ou não) por sentença.

É por isso que conclui o autor que, em nome da igualdade perante a lei material, tais matérias (“processuais”) devem ser regidas unicamente pela lei federal geral, nos seguintes termos:

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, certamente, de ser compatível com o princípio da igualdade de todos perante a lei (...) Ou seja, se todos são iguais perante a lei, *e se, correlatamente não existe a competência dos Estados federados para legislar sobre direito material* (dentro das matérias arroladas no art. 22, CF/22), disto se segue que as normas *procedimentais* não podem chegar ao ponto de criar *direitos diferentes*, nos Estado federados e no Distrito Federal, dentro desse espectro desse art. 22⁷⁵⁷.

Interessante observar que Arruda Alvim utiliza, como base de sua argumentação, institutos limítrofes, para muitos situados nas fronteiras entre o Direito material e o Direito processual, e cuja natureza é bem controvertida. São eles a prova e as condições da ação. Inclusive, em itens anteriores, já se justificou a natureza material das normas sobre prova e sobre a legitimidade *ad causam* ordinária, bem como de outros institutos.

Na verdade, a uniformidade (e a igualdade) da disciplina de tais temas (prova e legitimidade) já é assegurada pela sua essência material, ao menos no campo cível e comercial (e outros previstos no art. 22, CF), que as coloca como de competência privativa da União.

No mais, curiosamente, atribui-se essência *processual* aos atos de instauração e encerramento do *procedimento*: ação e sentença⁷⁵⁸. São atos que integram a cadeia procedimental, inaugurando-a e finalizando-a (a sentença, em uma de suas fases, ao menos), não podendo ser visualizados como algo que não pertença ao fenômeno do procedimento.

Fora isso, a preocupação do autor parece ser com a instrumentalidade do processo em relação ao direito material. Manifesta o receio de que um processo inadequado

⁷⁵⁶ ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 138 e 139; mais sinteticamente em ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. O Código de Processo Civil, seus matizes ideológicos, o ambiente sócio-político em que foi editado e as duas décadas que se lhe seguiram, com suas novas necessidades – a complementação do sistema processual – processo e procedimento, no sistema constitucional de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 70, 1993, p. 10.

⁷⁵⁷ ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 139.

⁷⁵⁸ Reconhece esse fato DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 2 v., p. 456.

ou de regramento variável a cada localidade determine tratamento desigual e heterogêneo para direitos materiais afins.

Há, aí, com a devida vênia, três equívocos no raciocínio adotado.

O primeiro deles consiste na falha de percepção de que a instrumentalidade visada é do processo, é do procedimento e é das formas que os revestem (em seus atos). A necessidade é de que processo e procedimento (indissociáveis entre si) sejam instrumentalmente adequados à tutela do direito material.

O segundo deles decorre da não observância de que a uniformidade e a igualdade visadas no instrumento de tutela do direito material não são asseguradas por uma exclusividade da União para legislar sobre a matéria dita processual. Até porque a matéria não é de sua competência privativa. Processo e procedimento se confundem e há competência concorrente para outros entes federados sobre eles tratar.

Isso será garantido com o exercício adequado da competência da União para dar à matéria um regramento geral, uniforme e igualitário, reservando-se os demais entes da federação a exercer sua competência suplementar (ou supletiva), com um regramento localizado para o que há ali de peculiar.

Tudo aquilo que há de receber tratamento homogêneo e paritário em abstrato, em plano nacional, fica reservado à lei federal geral. Só cabe à lei estadual suplementar detalhamentos que se imponham para que atendam às necessidades da população local - podendo dar-lhes tratamento diferenciado exatamente na medida das suas diferenças, o que só assegura equilíbrio e igualdade substancial.

E isso já decorre da própria concorrência da competência legislativa que deve ser considerada lado a lado com a necessidade de que o processo (que é procedimento) seja um instrumento adequado para a proteção do direito material.

O terceiro equívoco advém do fato de Arruda Alvim pressupor o “Direito material” como um dos Direitos materiais decorrentes da competência legislativa da União apenas. Esquece que os Municípios e os Estados também legislam sobre Direito material (ex.: regras municipais e estaduais tributárias).

O processualista paulista não fica por aí. Segue com sua reflexão e sustenta que deve ser tomado como procedimental tudo aquilo que se refere à forma assumida pelo processo, ou seja, à coordenação de atos e fatos processuais em termos de formalidades, tempo e lugar. É o que poderia ser objeto de regulamentação distinta a cada Estado.

Exemplifica com a possibilidade de instituição de novos modos de citação e intimação, por lei estadual suplementar, respeitados os princípios constitucionais (em especial contraditório, ampla defesa e devido processo legal)⁷⁵⁹.

Como exemplos, traz novas regras estaduais sobre formalidades em torno do protocolo de petições e do cumprimento de cartas (precatória⁷⁶⁰ e de ordem).

Chega a cogitar como exemplo a instituição de um procedimento especial por lei estadual (como uma imissão de posse com pedido liminar). Neste último caso, argumenta que isso não alteraria a substância do direito nem geraria desigualdade de tratamento, só garantindo nesse Estado uma prestação jurisdicional mais célere⁷⁶¹.

A verdade é que um procedimento especial é também um processo especial (como dito em capítulo anterior) que oferece tutela diferenciada a certo tipo de situação litigiosa. Se uma norma estadual suplementar está a criar um rito específico para determinado direito é para atender uma necessidade jurisdicional peculiar, que é ali observada (ainda que não seja comum a outros Estados ou até mesmo contrarie interesse de algum deles).

Assim, o que com isso se faz é dar tratamento distinto a situações distintas o que se coaduna com a garantia de uma igualdade material – e não formal como parece que vem sustentando Arruda Alvim até então.

Quando diz o autor ser procedimental a *forma* como se realiza o processo, a ex. da forma de citação, de intimação, de protocolo, de comunicação entre comarcas (carta precatória) e de comunicação entre tribunal e juízo (carta de ordem) etc., talvez não perceba que está a abordar diretamente o modo de realização de atividades das partes e órgãos jurisdicionais e auxiliares. E essas atividades ou atos foram acima definidas como *processuais* pelo mesmo autor. Ou seja, refere-se a forma dos atos processuais.

Sucedo que não há como se isolar a disciplina da forma como o ato é praticado do próprio ato. Até porque a forma é a exteriorização do ato e da vontade que ele representa. Pode ser elemento completante do suporte fático, quando indispensável para sua existência, ou elemento especialmente para ele proibido ou exigido (forma especial), quando determina sua validade.

Em termos jurídicos, só a vontade exteriorizada, conhecida pelas pessoas, é considerada suficiente para integrar o suporte fático de um ato jurídico. “A vontade que

⁷⁵⁹ Quando deveriam ser consideradas regras constitucionais também.

⁷⁶⁰ Salvo se a comunicação for interestadual, quando deve prevalecer legislação federal. A não ser que um estado federado aceite aplicar norma de outro. (ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 141).

⁷⁶¹ ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 140 e 141.

permanece interna (...) não serve à composição de suporte fático do ato jurídico, pois que difícil, senão impossível, apuração”. Daí prever o art. 110, CC, que não se considera a reserva mental de querer o não manifestado, salvo se dessa vontade o destinatário tinha conhecimento⁷⁶².

Tudo que ocorre no mundo se reveste de determinada forma. Para que se torne realidade pressupõe certa externalização para que seja percebido. O mesmo se dá com a vontade, que se exterioriza, necessariamente, por determinada forma⁷⁶³. Nesse sentido, a forma é elemento *completante* do suporte fático de um ato, sendo essencial à sua concreção, completando seu núcleo. Determina, pois, sua (in)existência⁷⁶⁴.

A forma também pode ser exigida (ou proibida) por lei como elemento *complementar* do suporte fático, cuja ausência determina sua concretização deficiente e consequente invalidade (art. 104, III, CC). Essa é a opção legislativa prevalecente atualmente:

modernamente, se não tiver sido formalizado segundo as exigências legais ou negociais (=forma prescrita) ou se o foi por meio proibido (=forma defesa em lei), o ato jurídico existe, contudo nulamente. Há, porém, espécies, embora poucas, em que a forma constitui elemento completante do núcleo do suporte fático, sendo, desse modo, dado essencial à própria existência do ato jurídico, não apenas à sua validade⁷⁶⁵.

No Direito processual, a forma é, muitas vezes, legal e colocada como requisito objetivo de validade de cada ato e de todo o procedimento (exigência de respeito ao formalismo processual). Mas o desrespeito à forma, para que implique invalidade, pressupõe que o ato não alcance sua finalidade e, com isso, cause prejuízos (arts. 187⁷⁶⁶, 275, 279, segunda parte, 280, §1.º e 281, CPC).

A forma processual se coloca, assim, para externar o ato de vontade e sempre deve ser pensada e instituída para atender suas finalidades, contribuindo para a justa e efetiva

⁷⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144 e 145. Não se ignora que o silêncio também pode ser considerado exteriorização da vontade.

⁷⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144 e 145.

⁷⁶⁴ Para Marcos Bernardes de Mello, testamento gravado em vídeo é considerado inexistente, por exemplo, e negócios reais não existem sem a formalidade da tradição. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144 e 145). Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, 1 t., p. 151-154.

⁷⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40-42.

⁷⁶⁶ “Art. 187. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. O art. 187, CPC, sugere acolhimento de uma regra de liberdade das formas, na medida em que prevê ser a forma livre se não houver previsão de forma determinada em lei. Todavia, a lei rege minuciosamente as formalidades a serem observadas na prática dos atos processuais, de modo que o sistema acaba sendo da legalidade das formas.

tutela do direito material. A forma é instrumental e não pode ser concebida desprendida de seus fins.

Forma, ato e fins visados devem ser, sempre, conjugadamente considerados, em qualquer iniciativa legislativa processual. Não há como se cogitar que possa uma lei estadual tratar da forma de um ato processual sem que isso diga respeito, diretamente, à vontade manifestada (seu conteúdo) e à sua susceptibilidade de alcance das finalidades pretendidas⁷⁶⁷.

Por conseguinte, quando o legislador prevê dada forma para a expressão do ato está a tratar do próprio ato, de modo sempre determinante para a obtenção de seus fins e, inclusive, para a realização das normas constitucionais com oferecimento de tutela justa e efetiva.

Exemplifique-se com alguns casos em que:

i) a citação ou intimação pudesse ser cumprida por formas diferentes (como telefone ou por via de comunicação mais moderna). A normatização da *forma* da citação ou intimação (telefônica ou outra) é a normatização da exteriorização da vontade estatal contida no próprio *ato* de comunicação processual, e interferiria diretamente no alcance seus fins (efetiva ciência do destinatário) e na concretização do contraditório, ampla defesa e devido processo legal;

ii) o modo como se distribui a petição inicial, que é a exteriorização da propositura da demanda perante dado juízo. A normatização da *forma* da distribuição é a normatização da exteriorização da vontade do autor contida no próprio *ato* de acionar, e

⁷⁶⁷ Especificamente no âmbito processual, Marcos Bernardes de Mello chega a afirmar que: “O ato processual não pode ser considerado apenas no seu aspecto formal. Há nele, essencialmente, um conteúdo, que lhe dá substância. Sob o aspecto da validade processual, tanto a sua forma propriamente dita, a sua exteriorização, como o seu conteúdo têm de ser levados em conta, porque constituem conjunto inseparável. Há inseparabilidade da forma e do conteúdo que a enche”. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46). A despeito disso, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que forma e fundo (conteúdo) são noções opostas e inconfundíveis, considerando que o “fundo” representaria a substância do ato. E exemplifica com a petição inicial, em que a presença de fundamentos é forma, mas os fundamentos em si são fundo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 2 v., p. 456). Sem dúvidas. Ambos os autores têm razão. Mas, quanto à lição de Dinamarco, duas ressalvas são cabíveis. Em primeiro lugar, a questão precípua que se coloca é a insusceptibilidade de regramento apartado da forma do ato em relação ao ato em si (independentemente de seu conteúdo). Por isso se diz que ditar a forma como deve ser proposta a demanda por petição inicial, já é a disciplina do ato de demandar. Em segundo lugar, o conteúdo do ato é relevante para verificação do cumprimento da finalidade visada com aquela formalidade, sendo ambos, pois correlacionados entre si. É o que se constata quando se percebe que a análise dos fundamentos da petição inicial (conteúdo) é que permite verificar se a causa de pedir é completa ou clara o bastante para que alcance seu fim que é permitir contraditório efetivo para o adversário e bitolar atuação do juiz, garantindo oferecimento de tutela justa. Se incompleta ou obscura, a petição pode ser tida como inepta e inválida. Assim, o ato processual deve ser considerado em sua forma e fundo, inclusive para verificação de sua regularidade.

interferiria diretamente no alcance seus fins (provocação da atuação jurisdicional de órgão isento e competente) e na concretização do acesso à justiça e do juiz natural;

iii) as vias possíveis de envio e cumprimento de uma carta (precatória ou de ordem) que veicule um ato de comunicação local (citação ou intimação) ou uma cooperação no ato de coleta de prova, por exemplo. A disciplina da forma como se realizam afeta, inevitavelmente, e diz respeito ao próprio ato probatório e à própria comunicação processual, bem assim ao alcance seus fins (buscar a melhor verdade do que foi alegado e dar ciência efetiva ao destinatário da comunicação) – determinando a realização do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça;

iv) a criação de veículo especial de protocolo de petição (ex.: um posto itinerante que circule em centro empresarial ou por email ou por protocolo eletrônico) concernirá ao próprio ato que por ela (petição) se realiza, como, por exemplo, o oferecimento da resposta do réu ou de réplica. O protocolo da petição é o que concretiza a prática do ato (contestar, replicar, recorrer etc.) e permite que atinja seus objetivos, estando eles implicados entre si.

A causalidade procedimental também determina que a forma como será praticado um ato influencie diretamente no direito/dever/ônus/poder de praticar o ato que lhe sucede, do qual é pressuposto, com repercussões diretas ou indiretas na efetivação das normas constitucionais processuais. Já se viu como a forma de intimação do autor pode interferir no exercício do seu ônus de replicar.

Enfim. O processo é procedimento. É esse ato complexo de formação sucessiva, cujos atos integrantes são encadeados, coordenados e voltados para o fim precípuo e maior que é a prestação jurisdicional. Seus atos são enlaçados e intimamente correlacionados, sobretudo pelo escopo comum.

Inviável sustentar que a regência de um (em sua forma) não interfere na regência, ao menos, daqueles que estão próximos, que os avizinham, estando todos eles instrumentalmente conectados com o ato final e a própria realização do direito material.

6.4 Critério da estrutura dialética.

A *terceira visão* é aquela sustentada por Rosemiro Pereira Leal, a partir da concepção fazzalariana (já analisada no capítulo anterior) do processo como procedimento em contraditório.

Partindo dessa premissa, defende-se que a norma *processual* é aquela voltada para a realização do conteúdo do contraditório e da ampla defesa. A norma *procedimental*, a seu turno, refere-se à construção de procedimentos em que se dispensa contraditório e ampla defesa⁷⁶⁸.

Aqui, também, o questionamento. Se o processo é procedimento em contraditório, não se vê como seria possível falar de regência de procedimento “em matéria processual” sem contraditório⁷⁶⁹, em que seja prescindível uma atuação jurisdicional democrática.

O procedimento deve realizar-se e caminhar passo a passo em contraditório. Nada pode ocorrer sem que os interessados tenham conhecimento e possam manifestar-se cooperativamente – sempre em tempo de influenciar no convencimento do juiz. Ao menos não validamente.

Demais disso, não há nada de processual, a ser objeto de lei federal geral, que não seja também essencialmente procedimental e possa ser igualmente disciplinado por lei estadual suplementar (ou supletiva em caso de ausência de lei federal). Todo ato processual é, também, procedimental e deve ser regrado por lei para ser praticado democraticamente.

Alguns exemplos.

A previsão de *intimação pessoal* dos procuradores de um Estado para fins de início de prazo recursal representa a necessidade de sua cientificação adequada e efetiva, viabilizando o exercício regular do contraditório, ampla defesa e duplo grau. A forma de citação/intimação, apontada por muitos como matéria estritamente procedimental, é determinante na observância do direito de informação inerente ao contraditório e no dever do Judiciário de assegurá-lo no exercício democrático da jurisdição.

O *interrogatório por videoconferência*, sem a presença física do interrogado, gera discussões sobre o contraditório, ampla defesa e devido processo legal, pois é forma de realização de meio de prova e meio de defesa.

O modo, tempo ou lugar de *protocolo de uma petição* deve ser definido com atenção ao contraditório e ampla defesa, afinal a apresentação de uma petição instrumentaliza um ato de participação do processo, concretizando esses princípios constitucionais.

A forma de envio e cumprimento de uma *carta precatória ou de ordem*, que pode visar a uma citação, a uma intimação, a coleta de uma prova, a avaliação e penhora de

⁷⁶⁸ Vide LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 5 ed. São Paulo: Síntese, 2004, p. 119.

⁷⁶⁹ Manifestam dificuldades na distinção GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 57 e 58; BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e Procedimento. **Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia**, Uberlândia, v. 2, 1991, p. 228.

um bem é só uma maneira diferente e adequada para prática desses atos em outra localidade ou juízo (de primeira instância), que são atos de exercício do contraditório – ou que devem ser realizados com sua observância.

Ora, citação e intimação são atos de comunicação do quanto ocorrido no processo para viabilizar participação; coleta de provas é oportunidade de demonstrar a veracidade do que se alegou em contraditório – afinal participar pressupõe não só oportunidade de alegar como também provar a veracidade do que se alegou; a penhora e avaliação de um bem são atos que implicam constrição patrimonial sobre bem do devedor (ou outro responsável), no exercício de poder estatal executivo, e que devem ser acompanhados pelas partes, em sua solicitação, determinação e concretização. Tudo isso é envolto por exigências de informação, oportunidade de participação (cooperativa) e interferência no convencimento do juiz.

Até a tentativa de conciliação das partes, em audiência, é ato de diálogo e participação de todos os sujeitos do processo cooperativamente.

Em verdade, aquilo que a lei determina que seja realizado no processo que *não vise assegurar* o contraditório é juridicamente *irrelevante* para o regular andamento do feito e se não observado não conduzirá a nenhuma invalidade. E aquilo que a lei determine seja realizado no processo que *não assegure* o contraditório é substancialmente *inconstitucional*, por violação ao art. 5.º, LVI e LV, CF.

Enfim, não há essa norma dita estritamente procedimental, que seja juridicamente relevante e constitucional, só voltada para a construção de procedimentos em que se dispensa contraditório e ampla defesa.

Logo, todas essas normas são processuais e, por isso, procedimentais.

6.5 Critério da admissibilidade da demanda e da conformidade com as normas fundamentais.

A *quarta visão* é a proposta por Marcelo Abelha Rodrigues, que parece se basear na visão estritamente processual dos requisitos de admissibilidade da demanda e dos atos de concretização de princípios.

Para o autor, a norma processual é a que (i) versa sobre pressupostos processuais e condições da ação, a que (ii) esteja diretamente relacionada à isonomia ou

“princípios processuais” e, enfim, a que (iii) exija uniformidade do processo em território nacional, definindo-se, residualmente, aquilo que seria “procedimental”⁷⁷⁰.

Seria norma procedimental toda aquela que não é processual, não importando ofensa a “princípio processual” e não exigindo uniformidade nacional. Exemplifica com a afirmação de que a definição do modo de citação é tema procedimental, pois não implica perda do contraditório; já criar ou suprimir recurso seria tema processual, pois está relacionado ao princípio do duplo grau⁷⁷¹.

O discurso não se sustenta, se partirmos da premissa de que as condições da ação, que sequer foram mantidas no CPC-2015, confundem-se com o mérito (ou, na pior das hipóteses, enquadram-se como pressupostos processuais, como se diz da legitimação extraordinária e do interesse de agir, para alguns, como visto) e que os pressupostos processuais determinam a existência e regularidade (ou validade) do *procedimento* e de cada ato do *procedimento*⁷⁷².

Inclusive, só os atos (no caso, ato complexo ou procedimental) passam pelo plano de validade e, no que se refere à sua existência, o mínimo para existir é o ato de provocação inicial, normalmente demanda (que é o ato inaugural do *procedimento*), praticado por autor perante órgão investido na jurisdição⁷⁷³. Tudo isso é *procedimental*.

Também não há cabimento em dizer-se ser processual aquilo que se refira a “princípios processuais”, à isonomia e à uniformidade do processo em território nacional.

No que diz respeito aos “princípios processuais”, o autor se atém, em seus exemplos, aos constitucionais - só falando em princípios e ignorando as regras. Demais disso, não percebe que não só normas processuais, como também as normas procedimentais (se é que diferem entre si) devem referir-se e estar de acordo com normas (princípios ou regras) fundamentais (sobretudo as constitucionais a que se apega o autor em seus exemplos), sob pena de inconstitucionalidade.

⁷⁷⁰ RODRIGUES, Marcelo abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 2 v., p. 28.

⁷⁷¹ RODRIGUES, Marcelo abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 2 v., p. 28.

⁷⁷² Cf., por todos, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107 e 108.

⁷⁷³ Fala genericamente em ato de provocação inicial, BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v., p. 402. Colocam a demanda como o ato de provocação inicial, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Relação Jurídica Processual** In SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsó, s/a, 48 v., p. 90 e 91; DIDIER JR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111-133.

No mais, como já dito páginas atrás, há de receber tratamento abstratamente *uniforme e igualitário* em plano nacional, aquilo que fica reservado à lei federal *geral*. Só cabe à lei estadual local agir em caráter suplementar, portando minúcias e particularidades que atendam às necessidades da população local.

Isso decorre do simples fato de a competência ser concorrente - e por essa concorrência de atribuições é assegurado - e não do conteúdo ou da natureza da norma produzida (processual *ou* procedimental), até porque é um só (processual *e* procedimental).

Dito isso, o que afirma o autor ser processual: ou é material (condições da ação); ou é igualmente procedimental, devendo estar de acordo com normas constitucionais; podendo ser regido por norma geral federal (se exigir uniformidade e igualdade) ou norma suplementar estadual.

6.6 Critério eclético.

Essa *quinta visão*⁷⁷⁴ parece ser a mais ampla e que perpassa pelas anteriores, acolhendo elementos de todas elas⁷⁷⁵. Conjuga todas as visões acima analisadas, colocando quase tudo, direta ou indiretamente, como objeto de norma processual.

Vários são os autores que adotam essa postura eclética, mas essa exposição tomará como base a visão de Fernando da Fonseca Gajardoni, que é a mais abrangente e sistematizada e cuja análise, indiretamente, acaba alcançando todas elas.

Diz o autor, a princípio, que a norma processual disciplina a relação processual, cuidando dos princípios e regras relativas à administração da justiça, enquanto a norma procedimental regula o procedimento.

⁷⁷⁴ Encontrada em MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 53 e 54; BERMUDEZ, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 5, 1991, p. 163 e 164; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 204 e 205; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Processo, procedimento e intimação pessoal da fazenda pública. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 95, 2011, p. 84; SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 3 v., p. 1 e 2. Ao menos a definição de norma processual como aquela que trata da gênese da relação processual, tem-se WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

⁷⁷⁵ Inclusive, Fernando da Fonseca Gajardoni, um de seus adeptos, declara não ver diferença no acolhimento de qualquer uma das teorias que definem processo (salvo do processo como contrato e quase contrato) para determinar o conteúdo da norma processual, o que certamente contribui para o ecletismo de sua opinião. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31, nota 35).

Assim, as normas processuais seriam aquelas relacionadas à gênese da relação jurídica processual, disciplinando a jurisdição, ação, defesa e contraditório⁷⁷⁶— o que abrangeria a definição de temas como pressupostos processuais, condições da ação, prova, decisão, coisa julgada⁷⁷⁷⁻⁷⁷⁸⁻⁷⁷⁹.

Não se nega, porém, que esses mesmos institutos, puramente processuais, exigem disciplina procedimental⁷⁸⁰, através do que Gajardoni chama de “norma acidentalmente procedimental”. Esse tipo de norma trataria do modo e do prazo de realização dos atos processuais. Seria o caso daquelas que cuidam da forma de apresentação da petição inicial, resposta do réu, recurso, citação, intimação etc.⁷⁸¹.

⁷⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 204. Bermudes diz serem aquelas que tratam de elementos referentes às partes, à prestação jurisdicional e sua eficácia (instituições do processo). (BERMUDES, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 5, 1991, p. 164). Nessa linha, SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. A competência constitucional para legislar sobre processo e procedimentos. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, n. 13, 2008, p. 127.

⁷⁷⁷ BERMUDES, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 5, 1991, p. 164; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 204.

⁷⁷⁸ Nesse rol de matérias, Luiz Rodrigues Wambier insere as decisões em geral, os incidentes intermediários prejudiciais à prestação jurisdicional, os pressupostos processuais, as condições da ação, a prova (por se referir à existência do direito material). (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92). Nesse particular, já se disse que prova e condições da ação são temas de Direito material. Só se ressalvam a legitimação extraordinária que é pressuposto processual e o modo de produzir a prova em juízo que são temas processuais e igualmente procedimentais. Já se demonstrou, ainda, no item anterior, que os pressupostos processuais referem-se à existência e à validade do procedimento. Além disso, a decisão é o ato de encerramento do procedimento (ou que resolve questão sem encerrá-lo). Mas integra cadeia procedimental, finalizando-a ou não. E os incidentes processuais nada mais são que procedimentos menores que correm em processo pendente (desvios procedimentais). Assim, nada disso se distingue ou se exclui da esfera procedimental.

⁷⁷⁹ Edson Ribas Malachini adota essa postura eclética e abrangente, mas visualiza a natureza processual também de normas sobre competência, daquelas que impõem a exigência de citação e intimação (em razão do contraditório), das que tratam dos requisitos da sentença e dos recursos cabíveis, dos princípios da execução, das regras de expropriação. Só não seria processual aquilo que se refira ao modo ou forma como esses atos se dão ou o rito seguido. (MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 53 e 54). E, como já dito, não se separa, assim, a forma do ato para fins de repartição de competência legislativa.

⁷⁸⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 205; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 34.

⁷⁸¹ BERMUDES, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 5, 1991, p. 164.

Já as normas procedimentais propriamente ditas tratam do modo de desenvolvimento da relação jurídica processual⁷⁸², da forma como se combinam os atos lógicos e cronologicamente⁷⁸³. Ou seja, tratam do lugar de cada ato dentro do procedimento e sua ordenação.

Mas o autor prossegue em sua análise, investindo em exemplos.

De um lado, especifica que a norma processual seria aquela que confere situações jurídicas variadas aos sujeitos processuais (poderes, deveres, ônus, direitos), que trata da admissibilidade do processo (pressupostos processuais e condições da ação), de manifestações do exercício do direito de ação (intervenção de terceiros), da maneira de se postular em juízo (petição inicial, contestação, prova, recursos etc) e dos efeitos da sentença e da coisa julgada⁷⁸⁴.

A maior parte do que aí se sustenta como sendo de caráter processual perde seu sentido quando se retorna ao item anterior desse trabalho onde se demonstra que não é possível legislar separadamente sobre ato processual e efeitos processuais (situação jurídica) e, por isso, também, sobre a sentença (ato) e seus efeitos. Tratar da situação jurídica processual (eficácia jurídica) implica interferir no ato que com base nela se pratica e no ato que ensejou seu nascimento, ambos integrantes da cadeia procedimental.

A coisa julgada, inclusive, encontra-se nesse plano de eficácia sentencial, na medida em que constitui situação jurídica de imutabilidade (efeito) decorrente de decisão lastreada em cognição exauriente e não mais passível de recurso (pressuposto fático composto)⁷⁸⁵.

O que não exclui seja a coisa julgada tratada como fato, visto que sua não ocorrência é pressuposto processual negativo de validade (extrínseco) do procedimento (a coisa julgada é impedimento processual) e a sua ocorrência é pressuposto processual

⁷⁸² BERMUDEZ, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 5, 1991, p. 164.

⁷⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 204 e 205. Malachini foi inspiração, pois afirma que é procedimental a norma que trata do *modo* como atos vistos no contexto processual são praticados (como a citação, intimação, a produção da prova) – o que equivale ao que Gajardoni chama de norma acidentalmente procedimental -, bem como aqueles que tratam dos ritos, procedimentos propriamente ditos, i.e., “sobre a sequência dos atos a ser praticados em casos comuns (ordinária, sumária ou executivamente) ou em casos especiais”. (MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 54).

⁷⁸⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32 e 33.

⁷⁸⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 2 v., p. 426 e 427.

intrínseco de validade da execução definitiva da sentença que reconhece prestação, por exemplo, bem como de uma demanda rescisória.

E nada disso diz respeito a uma suposta relação processual, dita objeto da norma processual. Refere-se a atos procedimentais (situação de imutabilidade de um ato decisório) e procedimentos (requisito de validade de procedimentos em geral, em especial do executivo e rescisório).

Não há como se dizer que atos que estruturam o procedimento não pertencem ao procedimento e não integram o que se denomina de “procedimento em matéria processual”.

Quanto aos diferentes modos de se postular em juízo, como a petição inicial, contestação, prova e recursos, citados pelo autor, também não podem ser vistos como inerentes a uma relação processual.

A prova já se viu ser instituto de Direito material. E o modo de produzi-la em juízo é procedimental. Dá-se por um procedimento probatório, iniciado por um requerimento probatório (ato de postulação) ou uma determinação de ofício (ato decisório), sucedidos por sequência de outros atos de produção e coleta da prova.

Petição inicial, contestação e recursos são atos postulatórios e integrantes da série procedimental. A petição inicial e o recurso, inclusive, atuam como ato de instauração do procedimento inicial (de primeiro grau) e recursal, respectivamente, ou seja, consistem no primeiro ato de um procedimento, não havendo como ser vistos como algo alheio ao próprio procedimento.

A intervenção de terceiros, por sua vez, é ato jurídico processual (de postulação, como os outros analisados) que conduz à instauração de incidente processual, que é, em substância, um procedimento menor instaurando no processo pendente (um desvio procedimental). Sua essência é postulatória, de ato de inauguração de fenômeno procedimental incidente, que visa a ingresso e à integração do terceiro no procedimento principal. É em si procedimental.

De outro lado, Fernando da Fonseca Gajardoni se ocupa, também, de explicitar quais seriam as normas puramente e acidentalmente procedimentais.

Dentre as normas *puramente* procedimentais insere as responsáveis pela ordenação da prática de atos processuais no rito comum e especial, pelo sequenciamento dos

atos praticados em audiência, inclusive a produção de provas, e pela ordem dos processos nos tribunais⁷⁸⁶⁻⁷⁸⁷.

Seriam exemplos de normas *acidentalmente* procedimentais aquelas relativas aos requisitos formais (ou forma de apresentação) dos atos de postulação (petição inicial, contestação, reconvenção, recursos), aos prazos, ao modo de citação e intimação e todas que tratem da forma de realização dos atos (e não da sua combinação como um todo)⁷⁸⁸⁻⁷⁸⁹.

Rigorosamente, dentro do que considera normas pura e acidentalmente *procedimentais*, o autor insere aquelas que definem basicamente o *modo* como os atos são praticados e *ordenados* no tempo e no espaço, inclusive procedimental. E já se viu não ser possível legislar separadamente sobre o ato e sua forma de exteriorização.

Como é praticado (ex.: escrito ou oralmente), quando é praticado (ex.: prazos), onde é praticado (ex.: o delegado ou vereador ser ouvido no local em que exercem sua função) e em que ordem isso ocorrerá (ex.: oitiva de testemunha liminarmente) são

⁷⁸⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 39.

⁷⁸⁷ Luiz Rodrigues Wambier coloca a liquidação no contexto do procedimento, como uma exteriorização do processo (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 94).

⁷⁸⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 39 e 40. Segundo Marcia Xavier Souza, refere-se ao modo de prática dos atos e como se encadeiam. (SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. A competência constitucional para legislar sobre processo e procedimentos. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, n. 13, 2008, p. 127).

⁷⁸⁹ Guilherme Lunelli traz uma proposta de diferenciação parcialmente semelhante a essa (ao menos no contexto da norma procedimental). Peculiariza-se pela sua visão de processo, que afirma ser finalística. Ele não aceita que o processo seja relação jurídica. Define o processo como método de atuação do poder estatal no Estado Democrático Brasileiro, sendo o procedimento a forma como se movimenta. Daí dizer ser a norma processual aquela que legitima a atuação do Estado-juiz, cumprindo-lhe assegurar, em caráter *uniforme e universal*, o desempenho da função jurisdicional conforme a Constituição. Instituiria um “núcleo processual duro” que confere legitimidade constitucional aos procedimentos. Já a norma procedimental trata da forma, lugar, tempo e ordenação dos atos processuais, i.e., o modo ou forma do movimento processual. Mas o autor justifica que isso não quer dizer que as normas procedimentais não precisem estar vinculadas à Constituição. Diz que devem estar, sim, de acordo com a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade, mas que seus comandos não precisariam ser aplicados uniformemente a todos os procedimentos. (LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 224, 2013, p. 403-406, 411 e 412). Dito isso, percebe-se que, no final das contas, o próprio autor reconhece o que seria inegável: todas essas normas que se denomina de processo e de procedimento devem garantir que a atuação jurisdicional se dê conforme a Constituição. Não há como negar que normas sobre forma de citação (que o autor traz como exemplo de norma de procedimento) são instituídas visando efetiva cientificação do seu destinatário e garantia de contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Assim, só se pode concluir que o que ele coloca, efetivamente, como fator diferencial das normas de processo e procedimento seria o fato de que as normas processuais, a seu ver, devem garantir a observância da Constituição com *uniformidade e universalidade*, no plano nacional. Não nota, contudo, que isso é uma decorrência natural da essência concorrente da competência legislativa que, por si só, assegura que a União edite as normas gerais de abrangência nacional, só se permitindo que Estados e Distrito Federal tratem de questões locais, que decorram de peculiaridades existentes naquela região. E é por isso que a lei federal certamente trará um “núcleo processual duro”.

circunstâncias que interferem diretamente na realização do próprio ato e, quiçá, na consecução de seus efeitos e fins.

Mas não é só. Especial atenção merece a competência, definindo-se se deve ser enquadrada como instituto organizatório ou processual/procedimental.

Observa-se que todos aqueles que seguem essa visão eclética, de uma forma ou de outra, acabam inserindo a competência como um tema processual. Malachini o faz expressamente⁷⁹⁰. Fernando da Fonseca Gajardoni⁷⁹¹ acaba por defendê-lo não só ao dizer ser processual a norma que trata das situações jurídicas atribuídas aos sujeitos do processo (como a competência atribuída ao juiz, situação unipessoal que é) como também quando, seguindo Luiz Rodrigues Wambier⁷⁹², define como processual o que diga respeito aos pressupostos processuais, já que a competência é pressuposto subjetivo de validade relativo ao juiz.

O que parecem não perceber é que, ao definir as normas de competência como estritamente processuais e, portanto, de competência privativa da União, estariam olvidando todas as outras fontes normativas (estaduais e regimentais) que distribuem competência dentre órgãos jurisdicionais no ordenamento brasileiro.

Isso se resolveria se fosse admitido, como muitos já admitiram⁷⁹³, que a distribuição de competência é objeto das chamadas normas de organização judiciária⁷⁹⁴, que

⁷⁹⁰ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 53 e 54. Guilherme Lunelli também o faz expressamente, só que com o fundamento de que norma processual é a que concretiza a Constituição com uniformidade e generalidade, e a norma de competência seria processual exatamente por garantir o juiz natural. (LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 224, 2013, p. 413).

⁷⁹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32 e 33.

⁷⁹² WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

⁷⁹³ BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica**. 7 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910, §41, p. 42 e 43. Paula Baptista afirma que “Leis de organização judiciaria são aquelas, que criam juizes e tribunaes, repartem e distribuem entre eles a autoridade judiciaria segundo a diversidade de matérias e a natureza especial de certos negócios, as diversas ordens e categorias de juizes e a divisão do território” (BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica**. 7 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910, §41, p. 42). José Frederico Marques diz que: “Ao legislador de processo incumbe traçar ‘a posição do juiz no processo’; mas a capacidade deste para estar no processo, como órgão da justiça, quem a disciplina e regulamenta é a lei de organização judiciária. E isto ela o faz dizendo quais as atribuições do juiz, qual a sua circunscrição territorial, quais os seus impedimentos, e fixando as épocas do trabalho forense”. Observa-se da obra do autor que considera norma de competência ora processual, ora de organização judiciária. (MARQUES, José Frederico. Organização judiciária e processo. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, 1960, 1 v., p. 21). Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, as regras de competência são de organização judiciária (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 62 e 63). No STF, há precedente que enquadra tais normas ora como processuais, ora como procedimentais, ora como organizatórias. É caso emblemático da inconsistência das decisões do STF sobre a matéria (STF, Pleno, ADI n. 4414/AL, rel. Min. Luiz Fux, j. em 31.05.2012, publicada no DPJ de 17.06.2012).

⁷⁹⁴ Neste particular, José Frederico Marques coloca a competência como grande problema no contexto da controvérsia da definição do que se insere no campo processual e o que se insere no campo da organização

garantem a boa administração da justiça. Isso porque, tais normas, por expressa autorização constitucional, têm origens legislativas variadas, como:

i) a Constituição Federal, que trata da competência das justiças especiais e dos tribunais superiores (arts. 102, I, e 105, I, 108, 109, 114, 121, 124, CF);

ii) o CPC, que traz normas como as de competência territorial (art. 46 ss.);

iii) constituições estaduais, que criam os tribunais do estado e regulam as respectivas competências, na órbita que lhes é reservada (art. 125, §1.º, CF); e

iv) as leis estaduais de organização judiciária da Justiça do Estado, vez que responsáveis pela criação e distribuição de órgãos e a determinação da sua competência – havendo também a lei de organização judiciária federal (da Justiça Federal), com esse mesmo papel.

Entretanto, a atribuição de competência não tem essa natureza (de organização judiciária).

É objeto de norma processual – que não se logrou distinguir da procedimental –, pois trata da atribuição de poder ao órgão jurisdicional e, portanto, da disciplina da situação jurídica processual (unipessoal de poder) com base na qual aquele juízo pratica atos dentro do processo e que, além disso, é efeito de outros tantos atos processuais⁷⁹⁵.

Em outras palavras, a competência é o fundamento para a prática de atos processuais judiciais (ex.: o poder de julgar embargos de declaração contra sua própria decisão é fundamento do ato judicial de julgá-los), assim como é efeito de outros atos

judiciária. (MARQUES, José Frederico. Organização judiciária e processo. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, 1960, 1 v., p. 23 ss.).

⁷⁹⁵ Não é por outra razão que o Conselho Federal da OAB ajuizou a ADI n. 4748-DF, cujo relator é o Min. Gilmar Ferreira Mendes, visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 23 da Lei n. 12.153/2009 (“Art. 23. Os Tribunais de Justiça poderão limitar, por até 5 (cinco) anos, a partir da entrada em vigor desta Lei, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, atendendo à necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos”). Argui-se que a lei federal conferiria competência ao Tribunal de Justiça para limitar competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o que seria tema processual e, pois, matéria de reserva legal (na sua visão, destinada à lei federal por ser de competência privativa da União). O Ministério Público Federal, em 28 de dezembro de 2012, deu parecer a favor da constitucionalidade da norma por ser portadora de uma limitação provisória em torno da contenção do volume de processos a serem distribuídos em dado período a estes juizados, para que o Tribunal possa organizar seus serviços administrativos e judiciários. Lembra, ainda, que o art. 96, I, “a”, da CF dá poder para o tribunal prover sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos – olvidando, contudo, que se está a tratar, ali, dos órgãos internos do próprio tribunal. Não é correta essa visão. A competência é tema processual e não *pode ser tratada por norma produzida administrativamente* pelo Tribunal. Interessante constatar que, no Estado do Rio de Janeiro, a matéria foi adequadamente regrada. Não foi objeto de ato do tribunal, afinal, realmente, é reservada à lei. Mas por força do art. 24, X, CF, é de competência concorrente da União, Estados e DF, o que confere competência legislativa suplementar e supletiva aos Estados (art. 24, §2.º e §3.º, CF). Assim, a Lei n. 5.781/2010 do Estado do Rio de Janeiro, no seu art. 49, excluiu da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, pelo prazo de 2 (dois) anos, temas como tributos, benefícios previdenciários, entrega de medicamentos e outros insumos de saúde, realização de exames, de cirurgias, de internações e outras ações fundadas no direito à saúde (Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 07 out 2014). Essa é uma legítima atuação legislativa estadual em matéria processual – *in casu*, em torno da competência.

praticados dentro do processo (o ato da parte de interpor embargos declaratórios tem como efeito processual o poder do juiz prolator da decisão embargada de decidi-los).

Isso sem falar que é requisito de validade dos atos decisórios como um todo (que são atos procedimentais), impondo-se o regramento de temas como os tipos de competência (absoluta e relativa), o seu regime jurídico, os incidentes processuais provocados com atos de sua arguição e reconhecimento (ex.: conflito de competência), as hipóteses de modificação de competência (por atos e fatos como conexão, continência, convenção de foro), a perpetuação da competência.

Mas se as normas de competência são processuais, são, também, inevitavelmente procedimentais, pois ao discipliná-las o legislador está tratando da competência como fundamento da prática de atos do procedimento (e da forma como se exteriorizam) e, também, da competência como efeito de tantos outros atos rituais (e deles indissociável).

É o que se observa, por exemplo, com: *i*) a exigência formal de que a petição inicial seja dirigida ao órgão competente (requisito de forma da inicial); *ii*) a definição do órgão concretamente competente com o ato de distribuição (efeito da distribuição e fundamento para atividades judiciais que se sucedam); *iii*) o fato de que é sua competência (do órgão) que lhe dá poder para praticar atos em geral e, sobretudo, proferir decisões (atos procedimentais); *iv*) a circunstância de que sua incompetência é situação jurídica que determina a prática de atos como a possível invalidação de atos decisórios⁷⁹⁶ ou de remessa dos autos para outro órgão.

E é por isso que as normas de competência se encontram legitimamente colocadas não só na Constituição Federal e em lei federal (como a competência territorial prevista no CPC), como também são suplementarmente trabalhadas no plano estadual. A constituição do estado e as leis estaduais, ao organizar a justiça local, também detalham no contexto daquela localidade como será repartida a competência de seus órgãos (ex.: conferindo competência para matéria de família a uma vara de uma localidade)⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ No regime do CPC-2015, a incompetência não conduz à invalidação automática dos atos decisórios praticados. Em caso de reconhecimento de incompetência, preserva-se a eficácia da decisão proferida pelo juízo incompetente, até que o juízo competente profira outra e delibere sobre o caso. É o teor do §3º do art. 64 do CPC: “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

⁷⁹⁷ Relembre-se que os regimentos internos dos tribunais tratam das competências internas do tribunal – dos órgãos administrativos e jurisdicionais (câmaras, grupos, turmas, seções) -, das atribuições jurisdicionais do presidente, do vice-presidente e relator, critérios para prevenção de seus próprios juízes, por força do art. 96, inc. I, a, CF.

Equivoca-se, assim, o legislador federal ao atribuir à “norma de organização judiciária” a distribuição de competência (arts. 44, CPC). É tema que se coloca como objeto de norma processual e, pois, inevitavelmente procedimental. E por isso é disciplinada concorrentemente pelos entes da federação⁷⁹⁸.

7 NORMA DE PROCESSO COMO NORMA DE PROCEDIMENTO (E VICE-VERSA).

Viu-se, no item anterior, que os critérios que têm sido erigidos em doutrina para diferenciar norma de processo e norma de procedimento são inconsistentes e falham na árdua missão assumida.

Não há como distinguir legislativamente o ato e a forma como é praticado, tampouco dissociá-los da situação jurídica que os precede (fundamento de sua prática) e os sucede (seu efeito). Além disso, se o processo é procedimento e exige contraditório, é pouco provável a possibilidade de falar-se de regência de procedimento “em matéria processual” sem contraditório. Já as polêmicas condições da ação confundem-se com o mérito ou, na pior das hipóteses, enquadram-se como pressupostos processuais (caso da legitimação extraordinária e, para alguns, do interesse de agir). E os pressupostos processuais, por sua vez, determinam a existência e regularidade do procedimento e de cada ato do procedimento, não podendo ser vistos como categoria estranha ao fenômeno procedimental.

Isso demonstra ser indefinido e impreciso o conteúdo de normas ditas processuais que não seja também procedimental – e vice-versa -, sem que seja necessário reiterar outras tentativas frustradas e acima já analisadas de definir e distinguir tais normas.

Essa falta de consistência e consenso doutrinário contamina o Judiciário e faz com que se profiram decisões incoerentes e divergentes sobre a matéria, que serão analisadas no capítulo derradeiro⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ Inclusive, nesse mesmo dispositivo, fala-se que normas de competência serão estabelecidas, “no que couber, pelas constituições dos Estados”.

⁷⁹⁹ Altamiro J. Santos parecia prever o problema ao dizer, em 1991, que o procedimento integra o Direito processual e os Estados e Distrito Federal não poderiam tratar concorrentemente da matéria sem invadir competência da União: “Demonstrou-se sobejamente que *procedimento em matéria processual* é um instituto de Direito Processual Civil (...) admitir que os Estados e o Distrito Federal, por quaisquer de seus Poderes, legislem sobre ‘procedimento em matéria processual’, *datissima vênia*, por força da ‘competência concorrente’, poder-se-á estar ingressando no exercício de competência privativa da União para legislar sobre ‘Direito Processual Civil’”. (SANTOS, Altamiro J. *Processo e Procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988 – Competência para Legislar*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, 1991, p. 241-244). Aroldo Plínio Gonçalves parte do pressuposto de que não há distinção entre processo e procedimento, e conclui que só a União pode tratar de processos federais, cabendo aos Estados legislar concorrentemente com a União para processos estaduais. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 57 e 58). Também não os distingue, inclusive para fins legislativos, MACHADO, Antonio Claudio Costa. **Código de**

Até mesmo o Legislativo e o Executivo já se desentenderam nesse particular.

O Projeto de Lei n. 95, de 1993 (n. 3.588/1989, na Câmara de Deputados), no intuito de viabilizar a aplicação prática do art. 24, XI, CF, e delinear a esfera de atuação do legislador estadual na regência local do procedimento, dispôs, em seu artigo 1.º, que: “os processos de competência dos Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal obedecerão aos procedimentos previstos na respectiva lei de organização judiciária”, já “os recursos dirigidos a outros tribunais reger-se-ão exclusivamente pela lei federal”⁸⁰⁰. Entretanto, seriam regidos por lei federal atos praticados fora dos limites do território do Estado ou DF.

Considera-se, assim, passível de disciplina por lei local “forma, tempo, lugar e prazo dos atos processuais”, e, nesse contexto, outras formas de citação, intimação, carta precatória, carta de ordem, respeitado o contraditório (art. 3.º do dito projeto).

O Senado manifestou-se pela sua aprovação.

O então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, todavia, vetou o projeto de lei, entendendo tratar de matéria de Direito processual⁸⁰¹, e que a normatização estadual invadiria competência privativa da União, mas não sem ressalvar a possibilidade de lei complementar autorizar o Estado a sobre elas legislar (art. 22, parágrafo único, CF) e ser dispensável um projeto de lei desta ordem, porquanto o art. 24, XI, CF, seja autoaplicável⁸⁰².

Processo Civil Interpretado e Anotado: artigo por artigo. 5 ed. Barueri: Manole, 2013, p. 34. Carlos Ari Sundfeld não chega à conclusão de que não há distinção entre processo e procedimento, mas percebe que não há como dissociá-los enquanto objeto de atividade legislativa, pois a disciplina do procedimento pressupõe um processo instituído e regrado, colocando o procedimento como suplemento do processo: “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”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Competência legislativa em matéria de processo e procedimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 657, 1990, p. 5).

⁸⁰⁰ No seu art. 3.º ressalva, contudo, que na ausência de lei estadual, será aplicada a legislação federal (Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39768ECFEB1B840325A4421B8D5212DF.node1?codteor=1149896&filename=Avulso+-PL+3588/1989>. Acesso em 21 set 2014).

⁸⁰¹ Isso se deu com a Mensagem de veto n. 644 de 14 de junho 1995, com o seguinte teor: “Direito Processual, segundo informa a doutrina, é o conjunto de princípios e normas jurídicas destinados a possibilitar a administração da Justiça, enquanto que o procedimento processual é o modo pelo qual aqueles princípios e normas devem ser aplicados. Em suma, o Direito Processual constitui um todo do qual o procedimento processual é uma das partes. Assim, tempo, lugar, prazos e comunicações dos atos processuais, inclusive recursos, constituem matéria do Direito Processual, mas não do procedimento processual, e, em consequência, matéria a ser disciplinada privativamente pela União, nos termos do art. 22, I, da Constituição, salvo se, mediante lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas de Direito Processual (parágrafo único do art. 22 da Constituição). Ora, pelo seus arts. 1º e 3º, o projeto de lei ordinária pretende deferir aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar, precisamente, sobre essas matérias, o que refoge aos mandamentos dos preceitos constitucionais transcritos. Aliás, o Distrito Federal sequer poderia ser abrangido, pois à União cabe a administração da Justiça do Distrito Federal e Territórios. Demais, trata-se de projeto de lei despiciendo, isso porque o art. 24, XI, da Constituição é autoaplicável, independentemente de lei federal regulamentadora, eis que a competência dos Estados emana do próprio texto constitucional. Dessa maneira, impõe-se o veto total ao Projeto de Lei nº 95, de 1993, face à sua inequívoca inconstitucionalidade”.

⁸⁰² Veto do Presidente ao Projeto de Lei n. 95/93, Mensagem n. 644, de 14.06.1995, DJU 16.06.1995. Sobre o tema, NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional.

O histórico desse projeto de lei também ratifica a reconhecida dificuldade de diferenciar processo e procedimento. Um bom exemplo que evidencia a problemática é a *forma de citação e intimação*, apontada que é, por muitos⁸⁰³, como matéria procedimental, mas que para outros se revela determinante na observância do direito ao contraditório, dizendo-se ser processual⁸⁰⁴.

Talvez, por isso, não se tenha conhecimento de número considerável de leis estaduais representativas regrido o procedimento. Ou de um código estadual de procedimento. Na melhor das hipóteses, encontram-se iniciativas legislativas conservadoras, porém destemidas, nos Estados de São Paulo e Pernambuco, analisadas em capítulo posterior.

Se parece certa a necessidade de que os estados federados tenham competência para produzir leis estaduais que afeiçãoem o procedimento “em matéria processual” às particularidades locais, incerta é a viabilidade de divisar de forma minimamente segura e precisa aquilo que, sem ser processual, é meramente procedimental, ao menos à luz das propostas existentes.

Isso se dá porque não há como diferenciar processo e procedimento, e a relação entre eles, como se viu em capítulo anterior, é mais do que de inclusão, é de equivalência.

O processo jurisdicional é procedimento. E o procedimento jurisdicional é processo.

Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 730, 1996, p. 686 e 687; ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 140.

⁸⁰³ Tal como ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 140 e 141; BERMUDEZ, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 5, 1991, p. 164; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 204 e 205; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Processo, procedimento e intimação pessoal da fazenda pública. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 95, 2011, p. 84; julgado do STJ, 2ª Turma, em sede do EDcl no Ag n. 710585-BA, cujo relator foi o Min. Francisco Peçanha Martins (j. 06.12.2005, DJ 06.03.2006), acima citado; Projeto de Lei n. 3.588/89 da Câmara de Deputados, vetado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 14 de junho de 1995, que em seu art. 3.º, parágrafo primeiro, previa o caráter procedimental e possibilidade de regramento por lei estadual de outras formas para citação, intimação, carta precatória e carta de ordem, desde que assegurado o contraditório e ampla defesa (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/1995/Mv644-95.htm>. Acesso em 21 set 2014; mencionado por NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 730, 1996, p. 686).

⁸⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Inconstitucionalidade das leis processuais estaduais. In CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (org.). **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 19 e 20. Foi um dos motivos do veto do Presidente Fernando Henrique Cardoso, de 14 de junho de 1995, ao Projeto de Lei n. 3.588/89 da Câmara de Deputados, a natureza processual da matéria ali prevista, inclusive a instituição de novas formas de intimação, ressaltando-se, contudo, a possibilidade de o Estado ser autorizado mediante lei complementar a legislar sobre questões particulares de Direito processual (art. 22, parágrafo único, CF). (NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 730, 1996, p. 686).

Por essa razão não se consegue diferenciar norma de processo e norma de procedimento. Têm o mesmo objeto. É um só tipo de norma. É partindo dessa premissa que se deve compreender e resolver o problema da repartição da competência legislativa para tratar de tema processual/procedimental no Brasil.

8 NOTA CONCLUSIVA.

Após extensa pesquisa, foi possível concluir que a norma de processo impõe o critério de proceder no exercício do poder de produção de decisão estatal e a norma material impõe o critério de julgamento dessas decisões estatais.

Disso se extraiu que a norma de processo jurisdicional, que é o foco do trabalho, é aquela que define o critério de proceder no exercício da jurisdição, em contraditório, regrando atos (e fatos) processuais, em todos os seus planos (existência, validade e eficácia), teleologicamente enlaçados pelo escopo comum que é a obtenção da decisão jurisdicional (e seu cumprimento). E isso, tomando-a em perspectiva estática e objetiva, desconsiderando sua aptidão para, dinamicamente, atuar como critério de julgamento nas causas (incidentes ou recursos) que versem sobre questões ou bens jurídicos processuais (ex.: ação rescisória por incompetência absoluta).

Mas essa norma processual assim definida não foi considerada suscetível de classificação útil e tecnicamente justificável. Isso porque a norma de organização judiciária não é processual, mas, sim, administrativa, sendo responsável pela disciplina da estrutura, organização e administração da justiça. E as normas ditas processuais em sentido estrito e procedimentais são indissociáveis entre si.

Normas processuais e procedimentais têm o mesmo conteúdo e papel, acima já expostos, que é a disciplina do exercício procedimental da jurisdição em contraditório, abrangendo todos os seus atos e fatos, em sua existência, validade e eficácia.

Assim, ambas compõem o “Direito processual” (art. 22, I, CF) e pertencem ao fenômeno do “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI, CF), não havendo distinção entre elas que sirva de critério para repartir a competência legislativa.

Há que se compatibilizar a competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF) e concorrente da União, Estados e Distrito Federal (art. 24, XI, CF) sobre a mesma matéria. Ainda mais quando se percebe a importância dos Estados e do Distrito Federal adequarem a legislação processual às necessidades locais.

Num raciocínio atrelado à realidade brasileira de Estado federalista e com dimensões continentais, em que as diversidades locais, em termos estruturais, culturais, sociais, econômicos são acentuadas, seria bem razoável imaginar, por exemplo, que:

i) uma lei estadual ampliasse prazos exíguos – como, por exemplo, o prazo de três dias para comprovar a interposição de agravo de instrumento de primeira instância, do art. 1.015, §2.º, CPC -, considerando as distâncias e dificuldades de deslocamento entre as comarcas que integram dado Estado, com meios de transporte lentos e deficientes (como, por exemplo, embarcações que demoram dias para chegar a cidades próximas na Região Amazônica);

ii) lei estadual conferisse força executiva a documentos difundidos no comércio local – ainda que não previstos no rol de títulos executivos da lei federal;

iii) fosse instituído no plano estadual o interrogatório ou coleta de depoimento de parte ou testemunha por telefone (como já admitido na Inglaterra) ou outra via eficiente, a depender dos recursos tecnológicos existentes na localidade, evitando que presos de alta periculosidade se desloquem à sede do juízo ou viabilizando acareações entre sujeitos que estão em comarcas diversas;

iv) o próprio estado federado, tendo em vista o enorme volume de processos em que figura como parte, o crescente incremento de sua demanda judicial, e as concretas dificuldades de administrá-la – com controle de prazos, realização de diligências, cargas, extração de cópias, e a precariedade da comunicação entre procuradores e agentes estatais -, poderia, em nome do interesse público e de sua usual indisponibilidade, prever, por lei estadual, a possibilidade de oferecerem *contestação por negativa geral* sem que sofram a confissão ficta;

v) estabelecer, por lei estadual, novas formas de citação ou intimação – como a comunicação por cartório extrajudicial ou na pessoa da sociedade de advogados que patrocina litigante habitual com sua demanda de massa⁸⁰⁵;

vi) novas formas de cumprimento de mandado, como por email, fax⁸⁰⁶, tablet etc.;

vii) indo mais além, saindo do contexto de simples atos processuais, para adentrar o âmbito de procedimentos inteiros, há que se cogitar a construção de

⁸⁰⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 221.

⁸⁰⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n.186, 2010, p. 221.

“*procedimentos especiais novos, não previstos por lei federal, mas capazes de tutelar de maneira mais adequada situações comuns no estado (como a previsão local de uma ação de imissão na posse*⁸⁰⁷ com a possibilidade de concessão de liminar, de uma nova cautelar típica com particularidades procedimentais próprias, de um novo procedimento para executivos fiscais estaduais”⁸⁰⁸ ou, ainda, a criação de procedimento de jurisdição voluntária necessário para a tutela de direitos)⁸⁰⁹.

A questão é: se todas essas são matérias que justificam uma normatização local, não é francamente aceita em doutrina e jurisprudência sua natureza procedimental, de modo que se enquadrem na autorização para que os Estados-membros e Distrito Federal sobre elas legislem.

Entretanto, a partir das premissas aqui expostas, a única conclusão a que se pode chegar é que tudo aquilo que há de relevante em termos jurídico-processuais é elemento integrante do processo e do procedimento. Não há nada de processual (art. 22, I, CF) que não seja procedimental; e não há nada de procedimental “em matéria processual” (art. 24, XI, CF) que não seja igualmente processual.

Diante disso, ou bem se admite que as leis estaduais ditas procedimentais são sempre inconstitucionais, por interferirem, inevitavelmente, em matéria processual, de competência privativa da União; ou bem se admite que as leis estaduais ditas procedimentais, apesar de processuais, desde que suplementares e locais (ou supletivas), são constitucionais, reconhecendo-se que, em um devido processo legislativo, o legislador estadual é aquele com competência adequada para criá-las, no intuito de ajustar as leis federais gerais de processo às especificidades e às vicissitudes daquela localidade.

A primeira opção é mais cômoda e parece que vem sendo comumente adotada no STF, cujos julgados, em sua maioria, consideram inconstitucionais leis estaduais pretensamente procedimentais sob o argumento de que interferem no Direito processual de competência privativa da União⁸¹⁰. Mas torna letra morta o texto do art. 24, XI, CF, que atribuiria uma competência legislativa estadual insuscetível de ser exercida em conformidade com a Constituição.

⁸⁰⁷ Como sugerido originariamente por Arruda Alvim em lição antes comentada.

⁸⁰⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n.186, 2010, p. 221.

⁸⁰⁹ Ou outros cogitados e comentados no capítulo quinto desse trabalho.

⁸¹⁰ O STF eventualmente se depara com a necessidade de controlar a constitucionalidade formal de lei processual (em sentido lato), com base nas regras de competência legislativa. Seus julgados serão cuidadosamente examinados no capítulo final.

A segunda opção é mais trabalhosa, menos comum, mas a única que preserva a finalidade do art. 24, XI, CF. Exige uma interpretação histórica, teleológica e sistemática das normas de competência legislativa em questão, assentada na Constituição, e que garanta a unidade e integração político-constitucional, atribuindo eficácia ótima às normas constitucionais levadas em consideração. E isso exige um estudo muito mais aprofundado a ser realizado nos capítulos seguintes.

CAPÍTULO 4

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A COMPETÊNCIA.

1.1 Competência na Teoria Geral do Direito.

A competência é tema da Teoria Geral do Direito, que está relacionado à origem, à consequência e à função da norma jurídica.

A norma jurídica, em perspectiva analítico-estrutural, é um juízo de dever-ser que tem como uma das suas funções conferir poder ou competência⁸¹¹.

Uma das funções normativas é a atribuição de competência, enquanto poder jurídico de produzir normas (e.g. lei, a decisão administrativa ou o negócio jurídico) ou de participar da produção de normas (e.g.: por ação, recurso, voto etc.) – equiparando-se, inclusive, a capacidade negocial à competência⁸¹².

A competência é, nessa perspectiva, ponto de partida e ponto de chegada na produção normativa, pois determina a criação da norma⁸¹³ e é por ela criada.

Interessa, entretanto, para o presente trabalho, a competência na esfera estatal, que confere e delimita o poder de ação e atuação de entes estatais – vista, aqui, em sentido mais amplo.

A competência assim considerada, em sentido lato, confere e delimita o poder de ação e atuação de entes estatais, abrangendo o poder não só de normatizar, mas também aplicar e executar normas (ex.: competências administrativas)⁸¹⁴.

É, pois, “conjunto de poderes funcionais”⁸¹⁵, poderes estes que devem ser exercidos por procedimento juridicamente regulado, em nome do *due process of law*.⁸¹⁶ Deve-

⁸¹¹ Assim, Kelsen, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 2-4.

⁸¹² Kelsen, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 166 e 167. Havendo que se falar, também, em competência para aplicação e execução de normas, por atividades administrativas, como ressaltado por Canotilho – mas, ainda assim, ligada ao fenômeno normativo. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 543).

⁸¹³ E sua execução.

⁸¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 543. Segundo Jorge Miranda, é o “conjunto de poderes de que uma pessoa colectiva pública dispõe para a realização de suas atribuições”, admitindo subsistir no campo das pessoas colectivas de direito privado, caso seja necessária a distribuição de poder entre seus órgãos. (ex.: associação, fundação ou sociedade). (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 263).

⁸¹⁵ PINHO, Jose Cândido de. **Breve ensaio sobre a competência hierárquica**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 10.

⁸¹⁶ Cf. BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

se seguir iter procedimental adequado para assegurar os direitos fundamentais processuais e as normas fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Assim, pode-se concluir que o procedimento legislativo é modo de exercício da função legislativa; o procedimento administrativo é modo de exercício da função administrativa; e o procedimento jurisdicional é modo de exercício da função jurisdicional⁸¹⁷.

O procedimento, conclui-se, é o modo (instrumento) de exercício desse poder.

1.2 Princípio da prescrição normativa (tipicidade e disponibilidade).

De acordo com o princípio da prescrição normativa (ou da *tipicidade*), toda competência é conferida pelo Direito objetivo, sendo normativamente estipulada e pré-estabelecida⁸¹⁸. A competência de órgãos constitucionais deve ser definida e enunciada na Constituição. Seus poderes são constitucionalmente constituídos, devendo ser compreendidos dentro do sistema que integram e exercidos com observância das normas que os instituem⁸¹⁹.

Além disso, em nome do princípio da prescrição normativa (agora em sua manifestação da *indisponibilidade*), a competência constitucionalmente atribuída a dado órgão não pode ser transferida para outro. Não se admite que o órgão dela disponha, que seja ela transmitida a outro órgão ou seja, enfim, configurada diversamente⁸²⁰. Nesse contexto, competências legais (conferidas por lei) de órgãos soberanos devem ter base constitucional – sendo questionável se seriam elas (competências legais) também, por si sós, indisponíveis⁸²¹.

Toda essa exigência de competências pré-definidas por normas de acordo com a Constituição e não passíveis de disposição, transferência ou moldagem de forma diversa, nada mais é do que uma manifestação do devido processo legal. Impõe que o poder seja exercido por procedimento regulado por lei, e conduzido por uma autoridade natural, i. e., previamente individualizada, constituída, cujos poderes de ação e atuação sejam delimitados objetiva e abstratamente em lei.

⁸¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 45 e 46; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 45 e 46.

⁸¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 264.

⁸¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 264; também assim, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 546.

⁸²⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 264; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 547.

⁸²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 547.

A competência tem dimensão positiva e negativa. A competência, em sua dimensão positiva, consiste em autorização para a prática de atos jurídicos. E a competência, em sua dimensão negativa, é o limite para essa prática⁸²².

Assim, a exigência principiológica de que seja normativamente prescrita é manifestação da limitação do poder público, garantindo-se não só a preservação da esfera de liberdade das pessoas, como também a da separação e interação dos órgãos estatais entre si⁸²³. Daí se dizer só haver relevância no estudo da competência quando existe mais de um ente constituído para o exercício do poder.

1.3 Competência escrita e não escrita (explícita e implícita).

A competência pode ser normativamente atribuída de forma explícita ou implícita, admitindo-se seja escrita ou não escrita.

Isso significa que a competência, ainda que não conste em texto normativo expreso, pode constar em texto normativo cujo sentido (implícito) seja evidenciado a partir do emprego de métodos interpretativos teleológico, sistemático, histórico etc. Assim se identifica uma competência implícita.

Malgrado não expressamente enunciada, a competência implícita é inerente ou necessária para a efetivação de competências expressas ou dos fins por ela visados. Ela se apresenta como meio hábil para que se realizem fins constitucionais e se viabilize o desempenho de poderes explicitamente positivados. De nada adiantaria instituir poderes e finalidades correlatas sem se legitimar os meios exigíveis para que sejam cumpridos e realizados, ainda que devam ser identificados (tais meios) nas entrelinhas da Constituição, estando ali subentendidos⁸²⁴.

⁸²² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 265

⁸²³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 264.

⁸²⁴ Sobre as diversas concepções doutrinárias, no plano internacional, dos poderes implícitos, cf. DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 35-41. Fala-se em poderes implícitos como condição de eficácia de poderes expressos (sentido estrito); ou em poderes implícitos como condição de alcance efetivo dos objetivos visados, mediante meios adequados e necessários, para desempenho de atribuições que tenham sido conferidas (sentido lato); ou, ainda, dos poderes inerentes ou implícitos pela natureza das coisas como logicamente indissociáveis de um estatuto funcional, uma base principiológica ou de uma estrutura organizacional; isso sem falar que no Direito constitucional norte-americano os poderes implícitos também abrangem os poderes resultantes, decorrentes ou emergentes, os chamados *resulting powers*, que são aqueles extraídos de um conjunto de competências explícitas, sistematicamente. Todas essas visões parecem válidas e não se excluem, antes se complementam. E essa parecer ser a opção sincrética da própria autora ao anunciar que: “*Os poderes implícitos designam aquelas competências que, não estando enunciadas de forma directa na norma tipificadora de competência, são inerentes ou necessárias à realização eficaz dos fins da entidade jurídica ou das respectivas*

Foi a Suprema Corte norte-americana que, no famoso caso *McCulloch v. Maryland* (1819), conduzido sob presidência do Juiz John Marshall⁸²⁵, reconheceu que, ao lado dos poderes explicitamente enunciados na Constituição, poderiam ser extraídos *poderes implícitos*⁸²⁶.

Não é necessário, contudo, que haja previsão constitucional de uma cláusula expressa de poderes implícitos, a exemplo do art. I, seção VIII, último parágrafo, da Constituição norte-americana que, no âmbito da competência legislativa, estabelece a possibilidade de aprovação de “leis que forem necessárias e convenientes” ao desempenho de poderes enumerados na Constituição⁸²⁷.

Os poderes implícitos têm fundamento jurídico nos próprios poderes expressos ou na realização dos fins por eles (poderes expressos) pretendidos, independentemente de permissivo constitucional a esse respeito⁸²⁸.

Basta que, por uma interpretação constitucional, seja conferido ao dispositivo que prevê poderes expressos, um sentido que permita dele extrair eficácia ótima⁸²⁹, eventualmente harmonizando direitos fundamentais que estejam em consideração, sobretudo a exigência de exercício do poder por autoridade natural (e adequada) e por um processo devido.

Os poderes expressos são estaticamente consagrados na Constituição.

Os poderes implícitos, como instrumentos hábeis para seu exercício (dos poderes expressos) e para o alcance de suas finalidades, permitem sua dinamização, porquanto identificados e concebidos a partir das necessidades do caso e de fatores circunstanciais (históricos, políticos, culturais etc.)⁸³⁰.

Contudo, a competência implícita só é admissível quando apta e necessária para garantir a realização dos fins e atribuições constitucionais daquele órgão soberano, não

competências expressas”. (DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 55).

⁸²⁵ Para mais detalhes, SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 53-55.

⁸²⁶ DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 27; CUSHMAN, Robert Eugene. **Leading constitutional decisions**. New York: F.S. Crofts & Co., 1925, p. 09 ss.

⁸²⁷ DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 41.

⁸²⁸ DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 41.

⁸²⁹ DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 47.

⁸³⁰ FARIA, Eliana Goulart Leão de. Poderes implícitos na Constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 65, 1983, p. 119.

invadindo indevidamente a esfera de competência de outros⁸³¹. Esse é o conteúdo do chamado “princípio da intangibilidade das competências alheias”.

Mas o princípio não é absoluto. Admite-se uma “afecção razoável de competências alheias”. Diante de um conflito de competências, o que se aceita como razoável é que um órgão exerça poderes implícitos que afetem e adentrem a esfera de competência do outro sem, contudo, esvaziá-la. Essa possibilidade se avalia com base na máxima da proporcionalidade⁸³², considerando a necessidade de equilíbrio (ou reequilíbrio) dos interesses implicados (ex.: o estadual e o federal), sempre preservando o núcleo essencial das atribuições de cada esfera de decisão⁸³³. E, mesmo assim:

na prática, esta ponderação representa um considerável desafio à independência e objectividade do Juiz, demasiado vulnerável às pulsões sistémicas que o impelem a legitimar a forma e o modo de exercício do poder pelo órgão ou pelo nível de decisão que revela vontade de consolidar sua predominância institucional, ou já o conseguiu mesmo. O federalismo norte-americano, na óptica da repartição de competências entre a União e os Estados, é o paradigma de uma evolução marcada por uma clara aceitação da predominância necessária do interesse federal sobre o interesse estadual⁸³⁴.

Só se pode operar a complementação de competência constitucional tida como tácita, mediante métodos aceitos de interpretação (em especial, sistemático e teleológico), seja para se encaixar no programa normativo-constitucional de uma competência explícita, não a ampliando (ex.: órgão competente para prolatar decisão também o será para conduzir o procedimento de sua produção), seja para preencher lacunas visíveis na Constituição⁸³⁵,

⁸³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 548; MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 265; DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 87; REALE, Miguel. Competências Constitucionais. Legislação sobre urbanismo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 75, 1985, p. 03.

⁸³² Os próprios constitucionalistas norte-americanos propugnam que o critério de conexão entre a competência expressa e a implícita é a razoabilidade dos meios que permitam que o órgão haja em prol do bem comum (Informação trazida por REALE, Miguel. Competências Constitucionais. Legislação sobre urbanismo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 75, 1985, p. 04). Para John Marshall, a segura interpretação da Constituição dá ao Congresso certa discricção em torno da escolha dos meios pelos quais os poderes que lhe foram outorgados serão exercidos. Os meios adequados ao alcance de fins legítimos e consonantes com escopo da Constituição, se não proibidos e coerentes com letra e espírito da Constituição, são constitucionais. (**The Constitutional Decisions of John Marshall**. V. 1. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltda., 1905, p. 329; Cf. CUSHMAN, Robert Eugene. **Leading constitutional decisions**. New York: F.S. Crofts & Co., 1925, p. 16).

⁸³³ DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 87 e 88.

⁸³⁴ DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 88.

⁸³⁵ Segundo Fredie Didier Jr., não é possível haver vácuo de competência: sempre haverá um órgão competente (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 145).

valendo-se de interpretação e aplicação, analógica e sistemática, dos princípios constitucionais⁸³⁶.

Nessa linha, é, também, razoável admitir a possibilidade de reconhecimento de competências implícitas que aprofundem ou colmatem os termos da lei, adequando-a ao quanto subentendido na própria Constituição. Representaria um esforço do intérprete de garantir que o poder seja exercido por aquele que tem melhores condições de realizar fins e tarefas constitucionais em que foi investido, bem como admitir competências implícitas que conformem previsões constitucionais aparentemente incompatíveis, esclarecendo e evidenciando os termos da própria Constituição.

Isso pode colaborar, como se verá, para, em uma leitura mais atenta, detida e sistemática do princípio do juiz ou autoridade natural, admitir-se que exige que o ente estatal seja não só aquele prévia e abstratamente competente, como também concretamente competente para conduzir um processo que seja devido – com boas condições de conduzir um procedimento público, ético e democrático de produção de atos normativos.

A medida é relevante não no caso de competência exclusiva, mas, sim, em caso de competência concorrente, em que há mais de um órgão abstratamente competente, devendo prevalecer o poder daquele que seja, também, *in concreto*, competente.

1.4 Competência concorrente e exclusiva.

A competência exclusiva é aquela atribuída a um só órgão; competência concorrente é aquela igualmente atribuída a mais de um órgão⁸³⁷.

A princípio, a competência atribuída a um órgão é privativa ou exclusiva (*e.g.*: art. 22, CF). Mas há casos em que a competência é concorrente (*e.g.*: art. 24, CF, arts. 21 e 53, V, CPC), sendo conferida a dois ou mais órgãos, que a titularizam simultaneamente, apesar de não poderem exercê-la ao mesmo tempo, nos mesmos termos. O seu exercício é excludente, o que significa que quando é exercida por um dos órgãos que a titularizam, automaticamente o outro não poderá fazê-lo, ao menos não sobre a mesma temática ou com a mesma função especificamente considerada. Só pode ser exercida, pois, singularmente⁸³⁸.

⁸³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 549.

⁸³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 547.

⁸³⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 51 e 52.

Conclui-se, assim, que a competência concorrente é outorgada de modo plural, comum e simultâneo, mas só pode ser exercida isoladamente⁸³⁹, pelo órgão concretamente competente (mais adequado e conveniente), o que se deve observar em quaisquer das esferas estatais (administrativa, legislativa e jurisdicional).

1.5 Competência administrativa, legislativa e jurisdicional.

A competência estatal pode ser subdividida, ainda, em administrativa (executiva), legislativa ou jurisdicional (judicial).

Essa é uma classificação tradicional estreitamente ligada ao princípio da separação dos poderes, que tem como pressuposto a existência de órgãos integrantes do poder político dotados de competência voltada ao desempenho das funções de legislar, administrar e julgar⁸⁴⁰.

O objetivo desse trabalho é o estudo da competência legislativa e sua repartição dentre parlamentos de diferentes esferas da federação brasileira. Como envolve as regras dos arts. 22, I, e 24, X e XI, CF, que portam comandos aparentemente dissonantes, imprecisos e que exigem uma concretização constitucional e democrática, é de grande importância considerar a possibilidade de ali serem identificadas competências implícitas, que complementem e deem coerência e efetividade a esse programa constitucional legislativo; além disso, é preciso garantir que essas competências sejam exercidas por autoridade natural e adequada.

Para tanto, necessário que sejam atribuídas e desempenhadas não só por órgão abstratamente competente, como também por aquele que revele, em concreto, deter a competência adequada para esse fim.

1.6 Competência adequada.

Em abstrato, as competências encontram limites formais e substanciais na Constituição e nas leis. Exige-se que o desempenho dessas competências se dê na forma procedimental (inclusive por processos jurisdicionais, administrativos e legislativos) e seja substancialmente restrito à normatização de situações e questões ali definidas.

⁸³⁹ PINHO, Jose Candido de. **Breve ensaio sobre a competência hierárquica**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 68.

⁸⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 546.

Aquele ente que exercerá esse poder deverá ser previamente constituído e investido nas atribuições e tarefas que lhe cabem, com base em critérios gerais, objetivos e abstratos. É o que o torna uma autoridade natural.

Mas existem inúmeras situações em que há mais de um ente previsto como igualmente competente para dados atos e ações estatais. Basta pensar nos casos de competência jurisdicional internacional concorrente (*e.g.*: art. 21, CPC), ou de competência jurisdicional interna territorial concorrente (*e.g.*: art. 53, V⁸⁴¹, 513, parágrafo único⁸⁴², CPC, ou art. 93, II, CDC), ou, ainda, de competência legislativa concorrente (*e.g.*: art. 24, CF).

Em casos tais, o exercente do poder, mais do que abstratamente competente, deve ser *concretamente* competente, e, sobretudo, deve ser aquele que se revela como o mais adequado e apropriado para o desempenho de suas tarefas e atribuições constitucionais, por procedimento que possa viabilizar a participação direta ou indireta do indivíduo (ou comunidade) interessado em seu resultado.

E isso deve ser considerado em todas as esferas estatais (legislativa, administrativa e jurisdicional).

O direito fundamental à competência adequada é manifestação do devido processo legal e de seus muitos corolários. Um processo estatal devido é aquele conduzido pela autoridade adequadamente competente para tanto.

Fala-se na exigência de competência adequada na esfera jurisdicional, com exemplos no âmbito da competência internacional e interna, mais especificamente nas seguintes situações⁸⁴³:

i) no âmbito da limitação da jurisdição brasileira em confronto com a de outros países (competência internacional concorrente, art. 21, CPC), havendo mais de um Estado abstrata e concorrentemente competente, em que pese caiba à parte a escolha daquele de sua preferência (*forum shopping*), poderá o Estado escolhido dizer não ser o mais adequado ou conveniente; deve predominar o exercício da jurisdição daquele que, no caso concreto, teria competência adequada para julgar a causa, por estar, por exemplo, mais próximo do local do

⁸⁴¹ “Art. 53. É competente o foro: (...) V – de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves”.

⁸⁴² “Art. 513. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I – os tribunais, nas causas de sua competência originária; II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”.

⁸⁴³ Todas elas analisadas com mais aprofundamento em: BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 219, 2013.

fato ou por facilitar a defesa do réu etc. Seria um corolário do devido processo legal, da adequação e da boa-fé⁸⁴⁴, apesar de partir da controversa doutrina do *forum non conveniens*⁸⁴⁵⁻⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 4 v., p. 117-119; DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v., p. 136-139.

⁸⁴⁵ Nesses casos de competência internacional concorrente, confere-se ao autor da demanda o direito potestativo de escolha do Estado ou do foro de sua preferência, no exercício do chamado *forum shopping* (interno ou internacional), optando, usualmente, por aquele que melhor atenda suas necessidades e interesses (Cf. WHYTOCK, Christopher A. **The evolving forum shopping system**. Forthcoming, Cornell Law Review, Vol. 96 (2010-2011) Draft: April 21, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596280>. Acesso em: 05 jul 2012, p. 482-490; JUENGER, Frederich K. Forum non conveniens – who needs it? *In Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998, p. 351). Esse poder de escolha é expressão da sua liberdade e autonomia da vontade, que se concretiza por ato tipicamente negocial. (TAVARES, Sara. **A doutrina do forum non conveniens e o processo civil brasileiro**. 2011. 170 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2011, p. 75). Entretanto, pode ocorrer o exercício abusivo desse poder, que se dê com espírito meramente emulativo, só para dificultar a defesa do adversário, o bom andamento do feito, ou, simplesmente, optando-se por jurisdição inadequada. Daí criar-se, na Escócia, como limite ao *forum shopping*, a doutrina do *forum non conveniens*. Trata-se do poder de recusa do juízo internacionalmente escolhido, deixando ao seu arbítrio a possibilidade de negar a prestação jurisdicional se demonstrada a competência concorrente de outro Estado, como mais adequada para atender aos interesses e reclames, públicos e privados, das partes e da melhor justiça. (JATAHY, Vera Maria Barrera. **Do conflito de jurisdições**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37 e 38; Conferir, sobre o tema, JUENGER, Frederich K. Forum non conveniens – whoneeds it? *In Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998, p. 353-357). A opção da parte não pode comprometer o direito a um processo devido e adequado, que é aquele conduzido por um juízo *apropriadamente* competente para tanto, e que pode, *in concreto*, assegurar o bom andamento do feito, com contraditório efetivo e ampla defesa para os envolvidos. Daí Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior falarem em um princípio da competência adequada, como decorrência do devido processo legal, adequação e boa-fé. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 4 v., p. 117-119; DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v., p. 136-139). O que ora se propõe não é violação, mas, sim, uma mais profunda concretização do juiz natural. Desenvolve-se a tese de que é necessário compreender-se que não basta que o órgão (ou Estado) seja previamente constituído e individualizado como aquele objetiva e abstratamente competente para a causa. Deve ser, também, concretamente competente, i.e., o mais conveniente e apropriado para assegurar a boa realização e administração da justiça (art. 5.º, XXXVII e LIII, da CF). Busca-se algo que corresponda a um “appropriate or natural forum” (foro natural ou adequado). (KARAYANNI, Michael. **Forum non conveniens in the Modern Age: a comparative and methodological analysis of Anglo-American law**. New York: Transnational Publishers, 2004, p. 2 e 3). Junto a isso, é pertinente admitir o *forum non conveniens* como garantia de efetividade do processo e da dignidade de justiça, afinal, num foro mais conveniente certamente será assegurada melhor administração e exercício da jurisdição, afastando escolhas abusivas e atentatórias à sua respeitabilidade, com um processo de resultados mais justos e efetivos. (Cf. NERY JR, Nelson. Competência no Processo Civil Norte-Americano: o instituto do Forum (non) Conveniens. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 781, 2000, p. 30 e 31). Mas nem todos pensam assim. Nega a doutrina, sob o argumento de que não se adéqua ao ordenamento brasileiro, por conflitar com o acesso à justiça e possivelmente comprometer a segurança jurídica e a duração razoável do processo, RESCHEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280-282. Já se encontra julgado da Terceira Turma do STJ, no bojo da MC n. 15.398, sustentando não estar aqui expressamente previsto. (STJ, 3.ª T., MC n. 15398, rel. Min. Nancy Andrighy, j. em 02.04.2009, publicado no DJe de 23.04.2009).

⁸⁴⁶ “In the United States’ federal system, the *forum non conveniens* doctrine serves a dual purpose, namely to curtail interstate as well as international forum shopping” (JUENGER, Frederich K. Forum non conveniens – who needs it? *In Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998, p. 363). Ou seja, nos EUA o *forum non conveniens* serve a este duplo propósito de reduzir os *forum shopping* interestadual e internacional (o que se pretende ocorra aqui). O *forum non conveniens* foi concebido para questões de competência internacional. Sua expansão para o âmbito da competência interna deu-se (e mantém-se) nos EUA, e isso se deve, sobretudo, pelo fato de adotar-se

ii) nos casos em que o magistrado reconhece, de ofício, a ineficácia da cláusula abusiva de foro de eleição, determinando a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu (cf. art. 63, §3.º, CPC⁸⁴⁷), ter-se-ia uma manifestação do *forum non conveniens*, como anuncia Nelson Nery Jr.⁸⁴⁸, pois elegem, as partes, por disposição negocial, o foro competente para seu caso, mas se admite (agora, por lei) que o juízo concretamente escolhido diga, de ofício, ser aquela escolha abusiva, e prejudicial ao acesso da parte hipossuficiente (não raro, consumidor) à justiça;

iii) na hipótese que se extrai, em doutrina, do art. 513, parágrafo único⁸⁴⁹, CPC, em que, escolhido dado foro (e juízo) para a fase de execução, se nele já houverem sido expropriados todos os bens disponíveis do devedor, havendo outro (foro), mais conveniente, onde ainda haja bens expropriáveis - suficientes para cobrir saldo remanescente da execução - , admite-se que o processo seja para lá transferido, em nome da efetividade da jurisdição⁸⁵⁰⁻⁸⁵¹.

modelo de estado federativo, integrando diversas unidades federativas (tal como no Brasil), que permite a instituição de regras de competência territorial concorrente (com foros concorrentes). A despeito disso, observa-se que, no EUA, na maior parte dos Estados, o *forum non conveniens* justifica-se menos pela busca de um foro adequado e mais para combater abusos. (JUENGER, Frederick K. *Forum non conveniens – whoneeds it? In Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998, p. 362).

⁸⁴⁷ Art. 63, §3.º, CPC: “Antes da citação, a cláusula de eleição de foro pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz se abusiva, hipótese em que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu”.

⁸⁴⁸ NERY JR., Nelson. Competência no Processo Civil Norte-Americano: o instituto do Forum (non) Conveniens. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 781, 2000, p. 31 e 32.

⁸⁴⁹ “Art. 513. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I – os tribunais, nas causas de sua competência originária; II – o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”.

⁸⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, 5 v., p. 227 et seq.; BUENO, Cássio Scarpinella de. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190; POZZA, Pedro. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (coord.). **A nova execução: Comentários à Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 219; GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 36, 2006, p. 74.

⁸⁵¹ Constate-se que esse seria um caso em que o *forum non conveniens* quebra a perpetuação da competência (art. 43, CPC). Ora, o juízo originário tinha competência adequada para a causa. Entretanto, com o esgotamento dos bens penhoráveis do devedor naquela localidade, deixa de ser o melhor e mais conveniente. Vislumbra-se, a partir de então, a competência adequada e superveniente de juízo diverso, situado em foro onde ainda restem bens aptos a satisfazer a execução, para onde deve ser ela transferida, em nome da sua agilidade, efetividade e celeridade – o que revela o interesse público na determinação da competência adequada deste novo juízo. Nesse caso, ou bem se entende que houve alteração de competência adequada e absoluta, decorrente que é de interesse público, por mudança de fato superveniente (indisponibilidade *in loco* de bens expropriáveis), aplicando-se exceção à *perpetuatio* tipificada no art. 43, CPC; ou bem se entende que seria uma nova exceção à *perpetuatio*, não prevista em lei (art. 43, CPC), que se justifica para garantir os mesmos fins por ela visados. Sim, pois se a *perpetuatio* firma e pereniza a competência de dado órgão para evitar mudanças que prejudiquem a agilidade, efetividade e celeridade processual, neste caso, admitir a quebra da *perpetuatio* e a mudança de competência, colabora para a consecução destes mesmos fins (essa segunda interpretação, já foi registrada em obra coletiva:

iv) nas ações coletivas decorrentes de dano regional ou nacional, já que, na forma do art. 93, II⁸⁵², do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), nesses casos, é competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (foros concorrentes)⁸⁵³, só que o juízo da Capital escolhida (ou o próprio Distrito Federal) pode ser muito distante do foco do dano, sugerindo-se que seja reconhecida, em concreto, a competência adequada dos juízos das comarcas efetivamente envolvidas e atingidas pelo dano (ou ilícito) – porquanto facilite a produção da prova, a defesa do réu, a publicidade da demanda para a coletividade atingida, a adequada notificação e cientificação de seus membros etc.⁸⁵⁴.

Mas nada impede seja vislumbrada a exigência de competência adequada no contexto de outras competências estatais, a exemplo da *legislativa concorrente* (ainda mais se desafinada com regra de competência legislativa privativa).

Particularmente relevante é o caso da questão central desse trabalho: a repartição de competência para legislar sobre processo e procedimento.

Como algumas vezes já referido, a Constituição Federal de 1988 traz duas diferentes regras de competência para legislar na esfera processual que devem ser identificadas, analisadas e interpretadas, de forma a que convivam harmonicamente no sistema brasileiro. O art. 22, I, confere à União competência privativa para legislar sobre processo (“direito processual”) e o art. 24, XI, atribui à União, Estados e Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre procedimento (“em matéria processual”). Admitem-se, assim, leis federais gerais e leis estaduais suplementares (ou supletivas) de procedimento “em matéria processual”.

Partindo-se do pressuposto de que são indissociáveis as noções de processo e procedimento, é preciso questionar se prevaleceriam a competência privativa da União e o interesse nacional sobre a matéria ou a competência concorrente suplementar (e supletiva) dos demais entes federados e o interesse local existente sobre ela.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, 5 v., p. 224 ss.).

⁸⁵² Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

⁸⁵³ Sobre a concorrência da competência quando o dano é *regional*, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 808. Se o dano é *nacional*, já entendeu o STJ (STJ, 2.^a S., CC n. 26842, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 10.10.2001, publicado no DPJ de 05.08.2002), que é caso de competência concorrente da Capital dos Estados-membros e do Distrito Federal (em sentido diverso, dizendo ser competência exclusiva do Distrito Federal, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 808; e CBPC-IBDP).

⁸⁵⁴ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, 4 v., p. 143 ss. e 117 ss.

Não seria bem um choque efetivo das normas de competência, como admitido por Fernanda Dias de Menezes Almeida⁸⁵⁵. Trata-se muito mais de um choque aparente de regras constitucionais que podem ser harmonizadas a partir de boa interpretação.

A doutrina não deixa de perguntar se prevaleceria a *regra* de competência privativa da União, como sugere Fernanda Almeida⁸⁵⁶ e Altamiro Santos⁸⁵⁷, ou a competência concorrente suplementar e supletiva dos Estados e Distrito Federal, e, pois, o *interesse* local e peculiar, considerado predominante⁸⁵⁸, nem que seja como um poder implícito, não previsto explicitamente na Constituição, mas que assegura e viabiliza a implantação dos fins constitucionalmente visados, conforme construção da Suprema Corte Norte-Americana, acolhida pelo STF⁸⁵⁹.

Nesse contexto, uma das linhas de argumentação a ser desbravada, à luz do princípio da competência adequada, é, ao que parece, inovadora.

Parte-se da premissa de que o processo legislativo é, também, um procedimento democrático de produção de enunciados de norma (leis) conduzido pelo Poder Legislativo e informado pelo princípio do devido processo legal. Um processo legislativo devido é aquele conduzido pelo legislador natural e competente, isto é, aquele com competência legislativa adequada para tratar de questões processuais gerais e locais.

Daí se sugere: admitindo-se um princípio da competência *legislativa* adequada, é necessário reconhecer os Poderes Legislativos da União *ou* dos Estados-membros (e Distrito Federal) como autoridades naturais e adequadamente competentes⁸⁶⁰, em caráter concorrente,

⁸⁵⁵ Acredita a autora que “caso interessante de conflito de competência legislativa pode surgir quando matéria objeto de competência legislativa privativa de determinada esfera de poder também se possa interpretar como sendo objeto de competência legislativa concorrente”. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141).

⁸⁵⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 142.

⁸⁵⁷ SANTOS, Altamiro J. Processo e procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988: competência para legislar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, 1991, p. 242-244.

⁸⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 9; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade. Conceito e revolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, 1995, p. 52-54; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 84, 90 e 91.

⁸⁵⁹ Vale conferir a este respeito, LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989, p. 90 e 91; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, 1 v., p. 128 e 129; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 161-167.

⁸⁶⁰ José Alfredo de Oliveira Baracho, malgrado não fale em competência legislativa adequada, ao abordar o princípio da subsidiariedade no âmbito da repartição de competência, sustenta: “a cada nível de poder não se deve atribuir senão competências que ele pode melhor exercer”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade. Conceito e revolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, 1995, p. 52).

para legislar sobre procedimento em material processual – que se confunde com a noção própria de processo (ambos englobados pelo “direito processual”).

Considerando a grande extensão territorial, marcada pela diversidade geográfica (física e humana) e cultural brasileira, desponta a necessidade de um regramento suplementar e particularizado advindo do legislador estadual para questões procedimentais locais – e inevitavelmente processuais⁸⁶¹. Afinal, trata-se de agente estatal local, eleito pela população local, próximo e ciente das suas demandas e necessidades e, pois, presumidamente portador de sua vontade.

Assim, uma das propostas interpretativas é a de identificar competência implícita e adequada dos Estados para legislar em caráter suplementar e supletivo sobre processo e procedimento (categorias que se confundem entre si). Mas não sem antes compreender a repartição da competência legislativa na federação brasileira, sobretudo no que diz respeito às regras aqui analisadas (art. 22, I, e 24, XI, CF).

2 TÉCNICAS DE REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.

2.1 Federalismo e repartição de competências.

2.1.1 O Estado e suas formas (unitária e composta).

É necessário definir, estruturalmente, a *forma* que assumirá o Estado; é dizer, a forma como será exercido esse poder político, que pode ser mais ou menos centralizada.

Quando há maior centralização e unidade de poder sobre a população e território em que se situa (ex.: França e Chile), pode-se dizer ser o Estado *unitário*.

Se há descentralização e repartição do poder por unidades territoriais com competência e organização governamental própria e autônoma, como se dá nas federações (ex.: EUA e Brasil)⁸⁶²⁻⁸⁶³, o Estado se diz *composto*.

⁸⁶¹ Como parecem sugerir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 165-166; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85 e 86; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 58. Aroldo Plínio Gonçalves defende que o art. 22, I, CF, somente se aplique aos processos da Justiça Federal e o art. 24, XI, CF, e a competência suplementar dos Estados e Distrito Federal seja para legislar sobre processo e procedimento que tramite perante a Justiça Estadual.

⁸⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98 e 99.

⁸⁶³ Há variações dessa sintética classificação, com categorias intermediárias. Fala-se em *Estado unitário descentralizado*, que não se confunde com o federal, pois não há autonomia político-constitucional dos entes internos, que são dependentes do poder central, ficando sujeitos à sua vontade, sobretudo a legislativa. É o caso

A descentralização tem suas vantagens.

Permite que o ente descentralizado tome decisões mais adequadas, rápidas e efetivas para a solução dos problemas daquela região ou localidade, já que os vivencia e administra com maior proximidade e intimidade.

Além disso, a repartição e distribuição do poder por entes diversos é uma forma de dividi-lo e, pois, limitá-lo (o poder), preservando a liberdade particular e inibindo o arbítrio estatal. Como a população destinatária das decisões proferidas no exercício deste poder repartido e desconcentrado encontra-se mais perto do ente que o exerce, pode interferir e fiscalizar melhor esse processo decisório⁸⁶⁴.

Tudo isso é assegurado, em maior ou menor medida, no Estado federal, por ser forma estatal em que a descentralização é acentuada, descentralização esta que pode ser vista não só em perspectiva estática (da eficácia normativa) como também dinâmica (da competência e do procedimento de produção da norma).

Estaticamente, há descentralização porque:

i) há normas com validade em todo território nacional, que compõem uma ordem jurídica parcial *central* e constituem uma comunidade jurídica (ou ente) correlata (a “federação”); ao lado de

do Estado brasileiro na fase imperial. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50 e 51). Na verdade, todo Estado, mesmo dito estritamente unitário, tem grau mínimo de descentralização. “Seria impossível a um Governo querer estender a sua eficácia até os limites do território sem, ao mesmo tempo, adotar alguma forma de descentralização. Mesmo as cidades-estado na Grécia antiga se valeram, ainda que em escala reduzida, deste recurso. Não houve necessidade de exercitá-lo com mais intensidade em razão das exíguas dimensões territoriais dessas organizações políticas”. (BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 13; assim também, SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 48). A descentralização decorre da atribuição do poder de decidir a entes descentralizados. A descentralização será *administrativa*, quando só lhe é conferido poder de produzir decisões individuais; será *legislativa*, quando lhe é conferido poder de produzir decisões ou normas gerais e abstratas (de interesse local); será *política*, quando for, ao mesmo tempo, administrativa e legislativa. Entretanto, mesmo diante de uma descentralização mínima (de natureza administrativa), o Estado não deixa de ser unitário, na medida em que essa descentralização fica ao alvedrio do poder central, que pode interferir na sua existência e amplitude, normalmente por simples iniciativa legislativa. (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50 e 51; MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 49). Outra forma intermediária é a do chamado *Estado regional*, autônomo ou constitucionalmente descentralizado (ex.: Itália e Espanha). São casos em que há uma descentralização política decorrente do próprio texto constitucional e, pois, constitucionalmente estável. Não fica sujeita à mera vontade do poder central (i.e., poder constituído central), só podendo ser alterada por vontade Constituinte, ou seja, da mesma forma que se modifica a Constituição. Esses entes internos ou regiões não têm um poder constituinte próprio, sendo organizadas por lei central. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2004, 3 v., p. 275-280; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51 e 52; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99).

⁸⁶⁴ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

ii) normas com validade territorial limitada a dada região ou localidade, integrando uma ordem jurídica parcial *regional ou local* e instituindo uma comunidade jurídica (ou ente) periférica (os chamados “Estados componentes”)⁸⁶⁵.

“Desse modo, cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação⁸⁶⁶”.

E, *dinamicamente*, há descentralização política de competência (administrativa e legislativa) que, em vez de ser concentrada em comunidade jurídica central, é partilhada com comunidades jurídicas regionais e locais⁸⁶⁷.

Colocando-se em poucas palavras, pode-se dizer que essa descentralização estática e dinâmica que modela o Estado federal se configura nos casos em que os enunciados normativos válidos para o território de apenas um Estado-membro (ou Município, como no Brasil) sejam aprovados pela legislatura local eleita pelos cidadãos dessa unidade parcial federada; e aqueles válidos para todo território do país sejam decorrentes da legislatura central e federal.

Mas não existe um modelo único e rígido de federalismo.

Há, isso sim, mais de um modelo de Estado federal, com graus de descentralização diversos. Cada um assume o formato constitucionalmente delineado para aquele Estado determinado. De todo modo, isso não impede que sejam apontadas características comuns que, juntas, estruturam a forma federativa.

2.1.2 Estado Federal e sua caracterização.

Há uma multiplicidade e variedade de Estados federais em todo mundo, com características distintas. São experiências federalistas com considerável diversidade de soluções, o que revela a sua maleabilidade e capacidade de adaptação, aos novos tempos, aos diferentes povos e distintas ideologias⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 452 e 453.

⁸⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 452 e 453. Coexistem, deste modo, ordens jurídicas *parciais* (central e regionais/locais) que são parte da ordem jurídica *total* do Estado federal, assim como comunidades jurídicas parciais (o ente central, chamado de “federação”, e os regionais/locais) que integram a comunidade total (o Estado federal total).

⁸⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 433, 440-442 e 451-453; TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 60-63 e 98; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 127-132.

⁸⁶⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 147.

Por isso, pode-se dizer que Estado federal é conceito vago e indeterminado⁸⁶⁹, o que implica que, em abstrato, só haja um centro essencial de sentido⁸⁷⁰, abrangendo aqueles elementos que, somados, permitem que se identifique a presença desse modelo estatal.

Preliminarmente, pode-se dizer que se caracteriza o Estado federal, basicamente, pela: *i*) junção de pluralidade de unidades políticas (central e periféricas); *ii*) indissolubilidade do vínculo que as une; *iii*) partilha de poderes e competências entre unidades parciais (central e periféricas), de modo que se assegurem descentralização e a autonomia a estas últimas – sem excluir a necessidade de centralização e a possibilidade de intervenção daquela primeira, nas hipóteses constitucionalmente previstas; e *iv*) a criação de uma Corte Superior que atue como guardiã da Constituição Federal e, pois, da federação⁸⁷¹.

Resta analisar o que há de mais relevante nisso.

Inicialmente, a principal característica do federalismo, que define sua essência, é o fato de consistir em *reunião ou associação de Estados* num todo (Estado federal), sem subtrair autonomia às suas partes componentes (unidades políticas federadas, central e regionais/locais)⁸⁷². Etimologicamente, isso se justifica a partir da origem latina da palavra (“federação”) advinda do latim “foedus”, “foederis”, que significa união/associação⁸⁷³.

O que os mantém unidos é a necessidade de conciliar interesses de toda a nação com interesses de cada região e localidade, agregando todo um povo de todo um território em torno de governo que assegure a soberania do Estado no contexto internacional⁸⁷⁴. Ou seja, o que se pretende é a subsistência internacional de uma comunidade total (Estado federal) sem anular a autonomia interna de suas comunidades parciais (central e periféricas).

No contexto do Direito constitucional, diz-se que o fenômeno do federalismo surge com a Constituição norte-americana de 1787, embora não tenha ali recebido, de modo claro, essa denominação⁸⁷⁵. Dá-se com a junção de unidades políticas autônomas, os

⁸⁶⁹ CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 58 e 59.

⁸⁷⁰ Já se abordou o tema em item dedicado aos conceitos indeterminados no primeiro capítulo.

⁸⁷¹ Em grande parte, visão de HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 58. Outras características existem que não são aí colocadas por serem questionáveis, controversas ou acidentais – não revelando pertinência para o epicentro desse trabalho -, motivo pelo qual são eventualmente abordadas em notas de rodapé.

⁸⁷² Há uma junção de unidades políticas autônomas, os Estados, com objetivos comuns. (SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 49).

⁸⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 14.

⁸⁷⁴ CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 04.

⁸⁷⁵ É o que informa Paulo Ramos, dizendo que, da sua leitura, percebe-se não estar o fenômeno nitidamente “patenteado” nesse texto constitucional com a nomenclatura federação, federalismo ou Estado federal. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 16).

chamados Estados federados ou Estados-membros ou simplesmente Estados⁸⁷⁶. A depender da federação, outros entes podem integrá-la como Territórios Federais, o Distrito Federal e os tipicamente brasileiros Municípios (arts. 1.º e 18, CF/1988).

O Estado federal, mais do que um Estado constitucionalmente descentralizado, é aquele em que o modelo federativo é inabalável. No Brasil, por exemplo, é objeto de cláusula pétrea (art. 60, §4º, I, CF); a federação brasileira é uma *união indissolúvel* (art. 1.º, CF).

O Estado federal consiste, assim, em organização e ordenação estatal permanente, durável e estável, constituída com pretensão de definitividade – e, não, um pacto transitório e precário⁸⁷⁷.

Na estrutura do federalismo, o *Estado federal* é pessoa jurídica de direito público *internacional*, titular da soberania e do poder de autodeterminação; ao lado disso, são pessoas jurídicas de direito público *interno*, entes como a União, os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, como no caso do Brasil – em outros Estados federais, as denominações dos entes internos variam.

A União é ente federal central que representa a reunião das unidades políticas regionais (ou locais) integrantes da federação. Os Estados-membros são estas unidades políticas regionais que integram a federação, e se caracterizam por gozar de autonomia, com a prerrogativa de autorreger-se dentro da esfera de competências que lhe é assegurada pela Constituição⁸⁷⁸.

A autonomia das unidades parciais federativas não se assegura, assim, com a simples divisão de território e distribuição espacial de poder – o que se observa em Estados unitários descentralizados, que não são federações. É necessária, além de uma descentralização territorial e administrativa⁸⁷⁹, uma descentralização política, o que pressupõe a produção normativa própria⁸⁸⁰. “Autonomia provém, etimologicamente, de *nómos*, e

⁸⁷⁶ BERCOVICI, Gilberto. “Separação de poderes” no Estado Federal norte-americano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 150, 2001, p. 255 e 256.

⁸⁷⁷ SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, p. 421-423; MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 34; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 25.

⁸⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99 e 100.

⁸⁷⁹ HORTA, Raul Machado. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte; UFMG, 1964, p. 25 ss.

⁸⁸⁰ José de Anhaia Mello também coloca como elemento de definição do Estado federal a participação das coletividades parciais na formação da vontade normativa central e federal. Uma de suas maiores expressões é a casa legislativa que representa o Estado-membro com parlamentares estaduais (como um Senado, cf. art. 46, CF brasileira). (MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max

designa, tecnicamente, a edição de normas próprias, que vão organizar e constituir determinado ordenamento jurídico⁸⁸¹”.

Assim, pode-se dizer sinteticamente que essa *autonomia* se desdobra: no poder de *autogoverno*, por órgãos próprios, cujas seleção e investidura são independentes de um poder central⁸⁸²; e na *divisão de competências*, com a atribuição de uma gama de outros poderes aos entes federais, que lhe conferem as capacidades de *auto-organização* e *autolegislação*⁸⁸³.

A *auto-organização* é o poder de elaborar constituição própria, observados limites da Constituição Federal, de modo que possam se estruturar e atuar como unidade estatal, exercendo funções semelhantes àquelas desempenhadas no plano federal⁸⁸⁴. A

Limonad, 1960, p. 31). Também assim, HORTA, Raul Machado. *Reconstrução do Federalismo Brasileiro*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 58 e 70; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 25; TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63. Kelsen enxerga como elemento de um “tipo ideal” de federalismo, em especial quando Estados-membros são igualmente representados no Senado. (KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 454). Rafael Mello discorda. Não considera elemento essencial, em que pese saiba ser visão dominante. A princípio, deve-se observar que nem todos os Estados federais adotam o bicameralismo (a manifestação mais comum dessa dita característica federal), a ex. de Camarões e Paquistão. Demais disso, a forma mais comum de escolha dos membros do Senado se dá por eleições diretas, caso em que os senadores votam seguindo orientações de seus respectivos partidos políticos, sem consideração dos interesses dos Estados-membros que representam. Há casos em que senadores de um mesmo Estado votam até mesmo de modo oposto sobre um mesmo assunto e de interesse do Estado cujo povo os elegeu. Além disso, é um contrassenso o Município ter reconhecida a sua condição de ente federativo e não participar da formação dessa vontade política central. (MELLO, Rafael Munhoz de. **Aspectos Essenciais do Federalismo**. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 141 e 142; nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 30). É uma reflexão válida. Compartilha desses questionamentos, acrescentando tantos outros, Cármen Lúcia Rocha, considerando que mais valeria que os Estados-membros participassem diretamente da vontade central com suas próprias Assembleias Legislativas. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 193-195).

⁸⁸¹ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 331; HORTA, Raul Machado. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: UFMG, 1964, p. 16-18.

⁸⁸² E que é também um poder, uma competência dada ao Estado-membro, inclusive de escolher seus dirigentes. “Em todos os Estados federados, os seus órgãos governamentais são providos por elles proprios”. No Brasil, isso se dá por eleições diretas. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 96 e 97). Cf. Barroso, que abrange, aqui, a prerrogativa de autolegislação, BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 23.

⁸⁸³ Na Federação brasileira, é o que se extrai dos arts. 18 e 25, CF. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 100; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53).

⁸⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 23; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil**. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 67 e 68. Barroso parece inserir, nesse contexto, o que chama de “auto-administração”, enquanto poder dos Estados de assumir a própria administração, executando leis vigentes, em busca do bem comum. (BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 23).

autolegislação é o poder de produzir suas próprias normas por fontes diversas (como leis ordinárias, complementares, regulamentos etc.)⁸⁸⁵⁻⁸⁸⁶.

Autonomia não se confunde com soberania.

A soberania é independência de um Estado (em seu poder, território e população) em relação a outros, externamente, não se encontrando o fundamento de validade da ordem jurídica soberana em ordem jurídica superior⁸⁸⁷. No federalismo, o Estado federal é, externamente, soberano em relação aos demais, enquanto comunidade total, sendo que as comunidades parciais, central e ou periféricas, que o integram gozam de autonomia política internamente, enquanto poder de agir dentro dos limites da sua competência constitucionalmente fixada⁸⁸⁸.

A autonomia é, pois, poder. Poder, em ambiente democrático, pressupõe limites. Por isso, “não é uma amplitude incondicionada ou ilimitada de atuação na ordem jurídica, mas, tão-somente, a disponibilidade sobre certas matérias, respeitados, sempre princípios fixados na Constituição”. É, assim, esfera de competência juridicamente delimitada⁸⁸⁹.

A Constituição, ao adotar o modelo federativo, concede esfera de atribuições político-administrativas aos Estados-membros -, e, no Brasil, também aos Municípios -, que

⁸⁸⁵ HORTA, Raul Machado. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte; UFMG, 1964, p. 17; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil**. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 68.

⁸⁸⁶ Daí dizer-se, em outras palavras, que se caracteriza a federação pela repartição da competência legislativa entre entes federativos (*autolegislação*); pela atuação direta do governo de cada unidade política (Estados) sobre pessoas e bens situados dentro dos seus limites territoriais (o que se pode chamar de *autogoverno*); e pela preservação do desempenho das funções necessárias para dar cumprimento às leis no contexto estadual, que devem ser estruturadas com Judiciário e Executivo próprio – assegurando-lhe a *auto-organização*. (SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 49).

⁸⁸⁷ PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**. 5 ed. Milano: Giuffrè, 1957, p. 54.

⁸⁸⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 134.

⁸⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 18. É necessário, contudo, que cada ente tenha uma órbita de competência própria e exclusiva, para que seja reconhecida sua autonomia. As competências concorrentes têm se destacado, mas se considera a competência exclusiva uma necessidade para que se configure um genuíno modelo federal. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 24; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 138). Além disso, de nada adianta que os entes regionais (ou periféricos) tenham conjunto de atribuições e tarefas, que pressupõem recursos e investimentos para serem realizadas, se não tiverem renda própria e suficiente. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 138 e 139).

só pode ser alterada ou suprimida por reforma constitucional, jamais pela simples vontade do Poder Central⁸⁹⁰.

A autonomia é garantida e se assenta na atribuição de plexo de poderes e competências aos Estados-membros pela Constituição Federal, que não pode ser deles tomado ou subtraído⁸⁹¹. Por isso, existem ao menos dois ordenamentos simultâneos e independentes: o federal e o estadual (acrescendo-se, no Brasil, o municipal).

Exatamente pelo fato de uma ordem central e ordens parcelares coexistirem e incidirem sobre um mesmo território e uma mesma população, o funcionamento do Estado federal é complexo e potencialmente ensejador de conflitos.

Frequentes são os conflitos de competência legislativa, quando um ente produz lei cujo conteúdo invade esfera de atribuições legislativas do outro, por exemplo. Daí o papel crucial da Corte Constitucional como guardião da Constituição e, pois, da federação⁸⁹².

2.1.3 Alguns tipos de federalismo.

A formação do Estado federal pode ocorrer por *agregação ou segregação*⁸⁹³.

O federalismo por *agregação* se dá pela união de Estados que já existiam (ex.: EUA⁸⁹⁴ e Alemanha). Dá-se por centralização, mas tem maior aptidão para preservar poderes

⁸⁹⁰ MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 46 e 47; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil**. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 65.

⁸⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 856. É necessário, assim, constituição escrita e rígida. (TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65 e 66; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 23 e 24). É a constituição rígida que faz a repartição de competências, garantindo autonomia política aos entes parciais. Essa autonomia ficaria completamente comprometida se ficasse à mercê da simples vontade central. (MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 135 e 136).

⁸⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 15. Por isso, a presença de um Tribunal Constitucional que resolva conflitos surgidos nesse contexto também é tomada como elemento essencial da federação. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 26; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 136 e 137). É indispensável a presença de um órgão (preferencialmente do Judiciário, pela sua imparcialidade) que tenha o poder de sancionar com invalidade a lei que usurpa competência legislativa de ente federativo; sem sanção, essa invasão de competência seria eficaz e colocaria em xeque a indispensável autonomia *a priori* garantida aos entes federativos pela rigidez constitucional. (MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 137).

⁸⁹³ Cf. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

⁸⁹⁴ No caso dos EUA, temia-se um “suicídio dos Estados” (expressão de Del Vecchio), pois as antigas colônias, agora independentes, receavam que sua integração a esse novo Estado federal restabelecesse a indesejada condição de submissão. Assim, para conter essa resistência, a estratégia política foi conceder-lhes a prerrogativa

periféricos descentralizados em razão da sua origem. Tende a resistir mais à tendência que se tem observado de federalização das decisões que decorre em especial da intervenção federal (da entidade central) no âmbito da economia.

O federalismo por *segregação* decorre da descentralização de Estado unitário, que é desagregado para instituírem-se internamente Estados-membros, componentes, periféricos em relação ao Poder Central. Foi o que ocorreu no Brasil⁸⁹⁵.

Essa gênese do federalismo se reflete nos demais tipos e modalidades que surgiram ao longo da história.

Inicialmente, nos séculos XVIII e XIX, o federalismo era *dualista*, isolando-se em absoluto as esferas de atuação do ente central e dos Estados federados. Por isso, empregava-se predominantemente a repartição horizontal de competências, conferidas com exclusividade (e isolamento) a cada ente. Esse federalismo dual é segregador e isolacionista, opondo-se a contatos ou interações habituais dos poderes periféricos com poder central.

Ocorre que, após a Primeira Guerra Mundial, passou a predominar um novo tipo de federalismo, o chamado federalismo *cooperativo*, em que finalmente se coordenam as esferas federais e estaduais, colocando-se, contudo, sob regência do ente central. Daí o uso de repartição vertical de competências, com a atribuição de competências concorrentes e partilhadas sobre mesma matéria para entes central e regionais⁸⁹⁶.

O federalismo dual é típico dos Estados liberais, observados a partir do constitucionalismo do fim do século XVIII. O federalismo cooperativo tem o seu surgimento correlacionado com as doutrinas sociais do século XIX, chegando ao seu auge com o intervencionismo estatal que marcou o pós Segunda Guerra Mundial, e que determina uma postura definitivamente centralizadora⁸⁹⁷, com fortalecimento do ente central em relação aos Estados-membros. Foi o que se observou no Brasil e nos EUA⁸⁹⁸.

de manter o nome de “Estado” e de criar suas próprias constituições (sujeitas à Constituição Federal). (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal**. São Paulo: Ática, 1986, p. 16).

⁸⁹⁵ Há quem ressalve e relativize uma dita tendência centralizadora do federalismo por segregação e descentralizadora do federalismo por agregação. Diz-se variar em cada Estado seu pendor, não havendo uma postura uniforme observada. (CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil**. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 58).

⁸⁹⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54 e 55.

⁸⁹⁷ LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989, p. 89.

⁸⁹⁸ HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 63; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 145 ss.; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil**. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 60. Para uma evolução histórica mais detalhada nos EUA, com

Classifica-se, ainda, a federação quanto a maior ou menor concentração de poder, quando se subdivide em centrípeta, centrífuga e de equilíbrio.

O federalismo *centrípeto* é aquele que concentra poderes no ordenamento central, decorrendo de movimento que vai da periferia para o centro.

O federalismo *centrífugo* é aquele que descentraliza, ampliando poderes estaduais, por movimento que parte do centro para periferia⁸⁹⁹.

E o federalismo de *equilíbrio* é aquele que dosa de modo equânime esses poderes federais e estaduais⁹⁰⁰.

No Brasil, México e Áustria, a formação do federalismo se deu por um movimento centrífugo – ao contrário de países como os EUA em que isso se deu por força centrípeta⁹⁰¹ -, o que não significa que seja a tendência atual, que é mais voltada para um desejado equilíbrio.

2.1.4 Sistemas de repartição de competências federativas (horizontal e vertical).

O sistema de repartição de competências é determinante na garantia de autonomia dos Estados componentes e na verificação da efetiva configuração do modelo federativo.

Não é qualquer repartição de competências que assegura a autonomia esperada do federalismo. É necessário que essas competências refiram-se a temas de relevo e sejam significativas para exercício de autêntico poder político-administrativo⁹⁰².

O critério basilar da repartição da competência deve ser a natureza e a extensão do interesse a ser atendido – se nacional ou setorizado (regionalizado)⁹⁰³.

notícia de mudança de pendor no último quartel do século XX, SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo Norte-Americano Atual**. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 26 ss., 45 ss. e 64 ss.

⁸⁹⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 69.

⁹⁰⁰ HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 55.

⁹⁰¹ RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 45. Essa força centrípeta, movimento da periferia para o centro, foi a presente na formação da maioria das federações. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 69).

⁹⁰² Além de serem correlacionadas com a atribuição dos recursos financeiros necessários para que possam ser efetivamente desempenhadas. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 185 e 186).

⁹⁰³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 183 e 184.

Deve-se destinar ao ente central (União, no Brasil) tarefas que se refiram ao país como um todo, perpassando por questões relativas às suas relações externas e ao que há de genérico e nacional no âmbito das relações internas.

Já aos Estados-membros deve-se reservar aquilo que se refira ao seu território, ao seu povo e a suas próprias funções (administrativas e jurisdicionais, por ex.), sendo, pois, interesse da região em que situados.

Pode parecer simples a repartição feita com esse critério, mas uma das grandes dificuldades que daí avulta é o fato da dimensão do interesse em questão ser constantemente sujeita a mudanças e variações no tempo e no espaço. “Assim, v.g., interesses que, ontem, eram regionais, devendo ser atendidos pelos Estados-membros, hoje, se revestem de um cunho de generalidade, que exige e justifica sua incorporação ao setor específico da União⁹⁰⁴”.

Definido o critério de repartição, resta definir a forma como ela ocorrerá. Existem, basicamente, duas técnicas de partilha de competência reveladas no direito comparado: a *horizontal* e a *vertical*.

A repartição *horizontal*, a mais antiga e típica do federalismo dualista, delinea o âmbito de *competência exclusiva ou privativa* do ente central (União, p. ex.) e dos Estados federados, que só pode ser exercida unicamente pelo ente a quem foi atribuída e por nenhum outro, sob pena de inconstitucionalidade⁹⁰⁵. A competência é destinada e reservada para aquele determinado ente tratar de toda uma matéria, em todas as suas perspectivas (geral e particular), excluindo a atuação de qualquer outro⁹⁰⁶.

A repartição *vertical*⁹⁰⁷, característica do federalismo cooperativo, foi empregada de modo pioneiro na Constituição Austríaca de 1920 e na Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn)⁹⁰⁸. Institui campo a ser objeto de *competência concorrente* (ou comum) dos entes federais, prevendo papéis diferentes para cada qual na disciplina ou atuação em torno da mesma matéria. Podem tratar de um mesmo assunto, simultaneamente,

⁹⁰⁴ RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 58.

⁹⁰⁵ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

⁹⁰⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativa**, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990, p. 6 e 7.

⁹⁰⁷ Também chamada de técnica moderna, renovada ou de legislação concorrente, como o faz Raul Machado Horta ao tratar do tema. (Cf. HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 401-404).

⁹⁰⁸ HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 60-62; HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 366, 367, 403 e 404; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 204.

mas com focos diversos (ou “níveis” diferentes): a um ente é dado estabelecer normatização geral; a outro, normatização particular ou complementar⁹⁰⁹.

São campos normativos submetidos ao “condomínio legislativo” do poder central e dos poderes parciais ou periféricos (como Estados e Distrito federal). O ente central fixa normas e regras gerais e Estados federados (e Distrito Federal, no Brasil) ficam responsáveis por sua especificação e particularização que permita sejam adaptadas a contextos locais. Daí falar-se na construção de um “ordenamento misto” com a coparticipação do ente central e dos entes periféricos⁹¹⁰.

Parte-se do pressuposto de que são temas de interesse comum ou convergente e a coexistência de normatização geral do ente central com uma especificação normativa de iniciativa regional assegura, de um lado, uniformidade para o que é de representatividade geral e, de outro, variedade adaptada para o que é de relevo local e situado. Os ordenamentos geral/central e locais/periféricos (suplementar ou supletivo) convivem harmonicamente⁹¹¹.

É o que se observa da Constituição brasileira de 1988, que, no seu art. 24, prevê competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre as matérias ali previstas. À União incumbe estabelecer normas gerais sobre tais temas, enquanto aos Estados (e Distrito Federal) compete trazer normas suplementares locais ou normas supletivas que preencham a ausência de normas gerais⁹¹² - que perderão eficácia com advento de lei federal geral (art. 24, §§1º e 3º, CF)⁹¹³.

A verticalização da distribuição de competência é apropriada para federação de países cujo território é de amplitude continental, e que são marcados pela grande diversidade econômica, geográfica, social e cultural entre unidades regionais e locais, como o Brasil. Compatibiliza-se a necessidade de legislação federal geral, que uniformize soluções em todo o país para matérias de interesse nacional, com a demanda por legislações estaduais (e distritais)

⁹⁰⁹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativa**, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990, p. 6 e 7.

⁹¹⁰ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 418 e 419; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 78 e 79.

⁹¹¹ Cf. CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p.79. Essa concorrência de atribuições legislativas sobre dadas matérias não perturba a autonomia federativa, diz Oswaldo Aranha. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 99).

⁹¹² Segue-se aqui o corriqueiro uso doutrinário de empregar os termos suplementar e supletivo para designar situações distintas: suplementar (ou complementar) seria estabelecer norma particular quando já há uma geral; suprir seria estabelecer uma norma sobre determinada matéria, que a reja em sua plenitude, diante da ausência de norma geral.

⁹¹³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

que a adéque às várias e sortidas realidades e exigências que emergem de diversas localidades⁹¹⁴.

No mais, de fato, o federalismo dualista, e sua ênfase na separação dos poderes dos entes federativos, prefere a técnica da repartição horizontal; o federalismo cooperativo, e sua demanda de atuação interativa, coordenada e cooperativa entre entes federados, tende a uma repartição vertical. Mas é necessário ressaltar que o federalismo cooperativo não pressupõe uso exclusivo da repartição vertical. Sempre existem matérias que são objeto de competência privativa de um ente (sobretudo o central), que decorre de repartição horizontal⁹¹⁵. É o que ocorre no Brasil, a exemplo dos arts. 22 e 24, CF.

Mas não é só. Ainda no campo técnico, as constituições que usam uma repartição horizontal e de isolamento de competências, o fazem distribuindo poderes taxativos (“enumerados”) e residuais (“remanescentes”).

Predomina, nesse contexto, o método de atribuição ao ente central de poderes taxativos e enumerados, deixando aos entes periféricos poderes residuais e remanescentes (como nos EUA, Suíça e México). Rara é a técnica inversa, usada praticamente só no Canadá. Também incomum o método do sistema indiano, em que ente central e entes periféricos têm poderes expressos e enumerados, com uma repartição taxativa⁹¹⁶⁻⁹¹⁷.

A teoria dos poderes enunciados (do ente central) e remanescentes (dos Estados), originariamente concebida e adotada na Constituição norte-americana⁹¹⁸, foi objeto

⁹¹⁴ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 356 e 420; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 79.

⁹¹⁵ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativa**, Rio de Janeiro, n. 179 e 1980, 1990, p. 8; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 150.

⁹¹⁶ RIBEIRO, Manoel. O Estado Federal. **Revista dos Institutos dos Advogados**, Salvador, número especial, 1987, p. 33; BORGES NETTO, Andre Luiz. **Competências legislativas dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 85; MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 122 e 128; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 76; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476. Com exposição mais extensa dessa forma de repartição, inclusive da técnica norte-americana dos poderes enumerados do ente central que inspirou a brasileira, HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v 315, 1991, p. 55. Observa-se, contudo, que Raul Machado Horta e Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas afirmam que o sistema de repartição canadense não é invertido. Coincidiria com indiano, com repartição dual e integral. A diferença, segundo Raul Machado Horta, é que no indiano há previsão de legislação concorrente. (HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 402 e 403; HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v 315, 1991, p. 56 e 57; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 204).

⁹¹⁷ HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 364 ss.

⁹¹⁸ Na verdade, a Constituição de 1787, em seu texto originário, apenas enumerava poderes legislativos que se transferiram para o Congresso Federal. Foi a Décima Emenda à Constituição de 1791 que inseriu a cláusula

de interpretação posterior da Suprema Corte daquele país, no caso *McCulloch v. Maryland* (1819)⁹¹⁹, que reconheceu que, ao lado dos poderes explicitamente enunciados, o ente central deteria *poderes implícitos*, i.e., aqueles que colocassem instrumentos necessários para que se alcançassem finalidades expressamente pretendidas⁹²⁰. A visão foi acolhida por grande parte dos estudiosos da federação. Isso permitiu o desenvolvimento gradual e engrandecimento do poder central⁹²¹.

Ao lado dos poderes implícitos, que viabilizam o exercício dos poderes enumerados (com seu caráter instrumental), também se mencionam nos tribunais norte-americanos os “*poderes resultantes*” (deduzidos pelo Chief Justice Marshall), que são aqueles que decorrem inevitavelmente do exercício de poderes explícitos (como o exemplo, mencionado pelo Chief Justice Marshall, do poder de governar o território, decorrente da aquisição de um território pelo Estado)⁹²².

O grau de descentralização do federalismo interfere na repartição de poderes.

Quando a descentralização é mais intensa, são conferidas competências mais amplas aos Estados-membros (ex.: EUA). Quando a centralização se acentua é concentrada maior parcela de competência no poder central.

segundo a qual os poderes não conferidos ao poder central e não vedados aos Estados, ficam reservados aos Estados ou a Povo (respectivamente). (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Competência Legislativa Concorrente*. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 204).

⁹¹⁹ Foi caso conduzido sob presidência do Juiz John Marshall, no qual se discutia a constitucionalidade da criação do segundo Banco dos Estados Unidos pelo Congresso Federal, na ausência de previsão de regra constitucional que concedesse ao poder central semelhante competência. Posicionou-se, então, o Presidente da Corte Suprema (John Marshall) no sentido de que: “Entre os poderes enumerados não encontramos o que estabelece a fundação de um banco ou a criação de uma empresa. Mas não há qualquer frase no instrumento que ... exclua poderes incidentais ou implícitos, e que exija de tudo o que seja concedido deva ser expressamente e minuciosamente descrito”. Se o poder não previsto contribui para o exercício de poderes expressos, deve ser considerado implícito, desde que os fins visados sejam legítimos, não sejam vedados e estejam de acordo com o espírito da Constituição, concluiu o magistrado norte-americano. Com mais detalhes, SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 53-55.

⁹²⁰ DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 27. Conferir item dedicado ao tema no início desse capítulo.

⁹²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 22, 23, 26 e 27; HORTA, Raul Machado. *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 58. E a Constituição brasileira de 1891 seguiu essa linha. Incluiu previsão de poderes implícitos ao lado dos enumerados para a União (art. 34, n. 33). Mas essa precaução legislativa teria sido abandonada nas constituições seguintes, que se ativeram à técnica dos poderes reservados aos Estados. (HORTA, Raul Machado. *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 58).

⁹²² RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 70. Segundo Oswaldo Trigueiro, são os que, não estando implícitos em poderes enumerados, decorrem de duas ou mais incumbências explícitas (ex.: a competência do poder central de regular imigração decorre do poder de dirigir política exterior e de legislar sobre naturalização). (TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 89). São poderes resultantes, decorrentes ou emergentes (“resulting powers”), emanados de conjunto de competências explícitas, sistematicamente. (DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 55).

Mas na federação não há supremacia do poder central sobre Estados, nem dos Estados sobre o poder central. A despeito disso, no federalismo norte-americano, tem-se colocado em voga o chamado “princípio de supremacia nacional sobre Estados” para o contexto do conflito constitucional de competências legislativas.

A jurisprudência norte-americana sustenta que se lei estadual contraria lei federal, quando ambas revelam sinais razoáveis e consideráveis de constitucionalidade, prevalece a lei federal. Isso porque sua Constituição prevê que a lei federal, a Constituição e os tratados são legislação suprema no país. A ideia é que lei federal não pode ser contrariada por lei estadual por mais que essa última seja produzida no exercício de competência constitucionalmente assegurada.

No Brasil, a questão é resolvida no contexto da aferição da constitucionalidade formal da lei - i.e., se o Estado, ao produzi-la, invadiu esfera de competência da União. Por isso, o princípio citado, segundo Celso Bastos, não faria sentido aqui⁹²³. A despeito disso, há doutrina que com ele se impressione a ponto de afirmar uma suposta supremacia da lei federal sobre a estadual (princípio da hierarquia das leis). Segundo Celso Bastos, isso é importação acrítica, simplista e exacerbadora do sentido desse princípio norte-americano (de aplicação restrita e excepcional nos EUA)⁹²⁴.

Prova de que essa visão não tem cabimento no ordenamento constitucional brasileiro é a previsão do art. 102, III, “d”, CF (inserida pela EC n. 45/2004), de que o STF tem competência para julgar, em recurso extraordinário, causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida reputar “válida lei local contestada em face de lei federal”. Cabe ao STF dizer se, pela CF, quem tinha competência para legislar sobre a matéria era o Estado, por lei local, ou a União, por lei federal; se deve prevalecer a lei local ou federal, o que denota que não se dá tratamento privilegiado a nenhuma das entidades federativas ou suas leis.

Entretanto, considerando os fins desse trabalho, imprescindível mesmo é aprofundar no sistema de distribuição de competências *legislativas* adotado com CF brasileira de 1988, e os fins visados pelo Constituinte nacional.

⁹²³ O que ratificam, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 886 e 887.

⁹²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 29-31.

2.2 Sistema brasileiro. Visão crítica.

2.2.1 Federalismo brasileiro.

Nem sempre se pôde falar em federalismo no Brasil.

Com a independência do Estado brasileiro⁹²⁵, tendo em vista a amplitude e diversidade geográfica, cultural, econômica e social, bem como as dificuldades de comunicação no país, reivindicou-se por uma formação federalista⁹²⁶. Mas a Constituição de 1824 conferiu-lhe estrutura de Estado unitário descentralizado⁹²⁷.

⁹²⁵ Antes mesmo disso, Haroldo Valladão identifica alguma descentralização, inclusive legislativa, em razão das Capitâneas e dos poderes administrativos e normativos dados aos donatários. Portugal admitia até mesmo que as Capitâneas construíssem textos que excepcionassem a legislação portuguesa geral, as Ordenações. (VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 20; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 28). Assim, mesmo quando colonizado e estritamente unitário, a Corte portuguesa dividiu o território brasileiro nestas capitâneas hereditárias – esboço das províncias imperiais e, de certo modo, primeiros sinais do que viriam ser as unidades federativas estaduais republicanas. Já havia certa descentralização. Uma capitânia não interferia na outra. “Esta circunstância foi apurando, através dos tempos, o sentimento regionalista que cimenta o federalismo”. (RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 39; cf. MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 130 e 131).

⁹²⁶ Sobre os primeiros sinais do ideal federalista na fase colonial e imperial brasileira, com destaque para a confederação do Equador, RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 40 ss. Menciona as manifestações federalistas da época, MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 131.

⁹²⁷ O Brasil imperial era Estado unitário que viveu duas diferentes fases. A primeira fase foi de centralização mais intensa, após 1834, já contou com boa dose de descentralização. A Constituição imperial de 1824 promoveu tímida descentralização com a divisão do território do país em vinte províncias governadas por dirigentes nomeados pelo poder central em caráter precário (*ad nutum*) e com atribuições mínimas. (BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 30). Após a abdicção de D. Pedro I, levou-se a cabo uma reforma constitucional como a aprovação do Ato Adicional à Constituição, 1832-1834, que, dentre outros, instituiu as chamadas “Assembleias Legislativas Provinciais”. A essas Assembleias eram conferidos poderes para legislar sobre assuntos específicos, sobretudo os atrelados à vida jurídica local, o que abrangia organização judiciária, civil, expropriação, tributos devidos à Província e Municípios etc. Há quem diga que esse foi o primeiro sinal de um futuro federalismo, ainda que sutil. Diante dos possíveis conflitos de competências e divergências interpretativas da legislação daí decorrente, reservou-se à Assembleia Geral o poder de interpretar o Ato e os textos normativos vigentes e dirimir dúvidas quanto ao seu sentido e aplicação. Daí o advento da lei geral de 1840, que prevê cabimento de recurso do Presidente da Província contra decisões das Assembleias Provinciais que prejudiquem a Província ou atentem contra Tratado ou a Constituição, perante o Governo e a Assembleia Geral. Isto, para muitos, representaria um cerceamento da autonomia local. Mas a verdade é que foi uma forma que suprir a ausência de uma Corte Suprema para exercer esse papel. Além disso, as Assembleias Provinciais participavam de algum modo da vontade central, na medida em que enviavam deputados e senadores para a Assembleia Geral. (VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 21). Com outros detalhes, MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 131 e 132; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 30 e 31; VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 20 e 21).

Rui Barbosa, um dos defensores do federalismo (sem excessos), em discurso proferido em 1916, no auditório de “La Prensa”, em Buenos Aires, colocava a federação como forma de Estado inevitável para o Brasil, diante da imensidão de seu território e de sua população. Um Estado unitário atentaria contra as condições naturais e humanas, geográficas e demográficas, do país. A federação seria uma fatalidade⁹²⁸.

O federalismo, aqui, não veio sanar dissensos étnicos, linguísticos ou religiosos. Os poucos movimentos contrários à ideia de estado unitário ocorreram na fase colonial – não sobrevivendo até o século XIX, quando a questão já estava adormecida⁹²⁹. O acolhimento do formato federal deu-se por outras razões, já apontadas (extensão e diversidade territorial e populacional), e também para atender ao anseio de elites regionais - sobretudo a paulista e a cafeeira -, que se sentiam excluídas dos processos de decisão política, então monopolizado pela monarquia, a despeito do seu grande poder econômico⁹³⁰.

E se, na federação, os Estados costumam se aglutinar para formar União e Estado federal total, no Brasil ocorreria o contrário: o Estado unitário haveria que ser relaxado em nome da federação. Isso se daria para atender às múltiplas e citadas diferenças de um Brasil que sempre se desdobrou em inúmeros Brasis⁹³¹.

Foi com o advento da República que se adotou, aqui, uma forma federalista, inicialmente dualista e por segregação⁹³².

O Decreto n. 01 de 15 de novembro de 1889 transformou províncias imperiais em Estados autônomos, conferindo-lhe esfera de atuação própria e estanque⁹³³. Entretanto, a Constituição de 1891 foi a responsável pela incorporação efetiva desse modelo federativo⁹³⁴.

⁹²⁸ MAGALHÃES, Dario de Almeida. A crise do federalismo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 158, 1955, p. 19. Concorda, RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 39 e 40.

⁹²⁹ SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia e Política da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 24, 2005, p. 106.

⁹³⁰ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 28.

⁹³¹ RIBEIRO, Manoel. O Estado Federal. **Revista dos Institutos dos Advogados**, Salvador, número especial, 1987, p. 33.

⁹³² Diferente de Celina Souza, acima citada, que não identifica, nessa fase, movimentos contrários ao Estado unitário, Raul Machado Horta explica que o federalismo dual da Constituição de 1891 resulta de movimento ultra federalista que teve êxito parcial em seus propósitos ao garantir autonomia organizatória dos Estados-membros, mas sem chegar a anular ou desconsiderar papel e relevância da União. Falou-se, na época, em soberania dual, propugnando-se uma *soberania* dos Estados. A inspiração ideológica foi norte-americana (HORTA, Raul Machado. Problemas do federalismo brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 178, 1958, p. 07 e 08).

⁹³³ O federalismo foi introduzido no Brasil com a República, mais especificamente com o Decreto n. 01 de 15 de novembro de 1889, arts. 2º e 3º, cujo texto fora lavrado por Ruy Barbosa: “Art. 2º. As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.”; “Art. 3º. Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva elegendos os seus corpos deliberantes e os seus governos locais”. (BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional**

Mas o que não se observou é que muitos desses Estados, então criados, não tinham condições econômicas para fazer frente às novas atribuições que lhes foram transferidas.

A instituição do federalismo no Brasil não levou em conta as desigualdades entre os recém-nascidos Estados-membros, muitos deles sem um aparato financeiro suficiente para sustentar sua engrenagem político-administrativa⁹³⁵. Isso acabou contribuindo para o seu empobrecimento, para o aumento das diferenças regionais e para sua dependência do apoio federal. Ademais, o maior poderio político e econômico de alguns desses Estados federados desequilibrava a participação estadual na formação da vontade decisória nacional⁹³⁶.

O federalismo dual, tal como adotado, também não se coadunava com a mentalidade e cultura centralizadora prevalecente. Tanto que os próprios Estados trabalharam para que houvesse uma concentração de tarefas com a União, aumentando a esfera de competência federal.

Por isso se diz que, com o federalismo da Constituição de 1934, e mais ainda com a Constituição de 1937 (Estado Novo), o papel da União no trato de interesses gerais é predominante, restringindo-se campo de atuação estadual⁹³⁷.

Na verdade, a Constituição de 1934 até tentou estabelecer um federalismo que se possa dizer cooperativo⁹³⁸, mas sem êxito, diante do seu pouco tempo de duração. Foi

Brasileiro. O problema da federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 32; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil.** O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 59).

⁹³⁴ MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas.** São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 138.

⁹³⁵ A delimitação das unidades federadas em muitos casos foi feita artificialmente, só levando em consideração interesses privados ou conveniências administrativas. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal.** São Paulo: Ática, 1986, p. 61).

⁹³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal.** São Paulo: Ática, 1986, p. 61 e 62; CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil.** O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 64). As desigualdades não contribuem para a descentralização e manutenção de federalismo bem-sucedido. (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico.** São Paulo: s/ ed., 1997, p. 67 e 68).

⁹³⁷ Nas Constituições posteriores à de 1891, não se restaura federalismo dual. Há uma tendência à centralização e unitariedade, a ponto de se falar em interregno unitário com Constituição de 1937 em que o federalismo seria meramente nominal, caracterizando-se um Estado unitário descentralizado. (HORTA, Raul Machado. Problemas do federalismo brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 178, 1958, p. 08 e 09). Sobre o perfil das constituições brasileiras mais antigas entre o federalismo dual de 1891 e o federalismo cooperativo, vide HORTA, Raul Machado. Problemas do federalismo brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 178, 1958, p. 07 ss.; RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira.** Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 47 ss. Sobre a centralização crescente do poder e a crise do federalismo entre décadas de 1930 e 1950, MAGALHÃES, Dario de Almeida. A crise do federalismo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 158, 1955, p. 17-19 e 23 ss. Com abordagem mais ampla, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 187-189, 196 e 197; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 56-58.

⁹³⁸ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com a Constituição de 1934, inicia-se fase em que o federalismo dualista é substituído por federalismo cooperativo, quando a União assume papel de destaque no trato do

rapidamente substituída pela Constituição de 1937 que firmou, a rigor, um Estado unitário descentralizado⁹³⁹, com dissolução de Assembleias Estaduais (assim como Câmara e Senado) e com a colocação dos Estados-membros sob jugo direto do poder central, tendo sido nomeados até mesmo interventores pelo Presidente da República com esse fim⁹⁴⁰.

A Constituição de 1946 mantém o papel centralizador e unitarista da União⁹⁴¹.

Com o passar dos anos, esse perfil não se altera significativamente. O Golpe Civil e Militar de 1964 e a Constituição de 1967 limitaram-se a intensificar esse movimento centrípeto, a ponto de haver quem diga que se teria instaurado um novo tipo de federalismo, que mais se aproxima da unitariedade estatal (o chamado “federalismo de integração”⁹⁴²⁻⁹⁴³).

Só a Constituição brasileira de 1988 é que vem atribuir mais autonomia e ampliar esferas de atuação dos Estados-membros, adotando também um federalismo equilibrado e cooperativo⁹⁴⁴.

Tanto que se diz que foi com essa Carta Constitucional que se estabeleceu o federalismo mais próximo da noção original e autêntica que dele se faz (sem tanta centralização e concentração de poder federal)⁹⁴⁵.

interesse geral. (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57).

⁹³⁹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 32.

⁹⁴⁰ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 201.

⁹⁴¹ Malgrado dê mais autonomia aos Estados que a anterior. (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 201).

⁹⁴² Federalismo de integração é aquele que se aproxima mais de um Estado unitário descentralizado, em razão da sujeição dos Estados à União. (RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: s/ ed., 1997, p. 75). Segundo Raul Machado Horta, esse seria um federalismo nominal ou aparente (HORTA, Raul Machado. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 54, 1982, p. 58).

⁹⁴³ Para mais detalhes sobre histórico do federalismo nas constituições brasileiras anteriores, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 191-193.

⁹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101 e 102.

⁹⁴⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 32. Paulo Bonavides é mais radical, chegando a afirmar que nunca houve federalismo propriamente dito no Brasil, doutrinária ou institucionalmente. O Estado brasileiro teria sido sempre marcado por executivos fortes e proeminentes. A autonomia estadual somente emprestou aos executivos estaduais “expressões oligárquicas de um poder aparentemente constitucional”, que têm como base o coronelato, unindo-se, inicialmente, aqueles executivos parciais mais fortes (como São Paulo e Minas) para lidar com mínima altivez com o poder central. O marco, ao longo da história, diz o autor, é a concentração de competências com a União e o aumento de atribuições presidenciais. Até mesmo o “federalismo cooperativo” centraliza e dissimula o fenecimento do federalismo. Sugere a construção de um novo federalismo, dito regional, a partir de novos pressupostos, como único modo de fugir à sufocante centralização do poder e intervencionismo econômico. Os Estados devem agregar-se, na sua visão, em regiões que reúnam interesses afins; assim, se fortalecem e põem-se a requerer. A linguagem política parlamentar, diz o autor, é regionalista. (BONAVIDES, Paulo. O Federalismo e a Revisão da Forma de Estado. **Revista Forense Comemorativa – 100 anos**, Rio de Janeiro, v. 1, 2005, p. 533-544).

2.2.2 A autonomia limitada dos entes federativos.

Uma das principais expressões da autonomia dos Estados federados no ordenamento constitucional brasileiro se encontra nas regras atribuídas aos arts. 18 e 25, CF/1988.

De acordo com esses dispositivos, os Estados gozam de autodeterminação para estabelecer suas Constituições e as leis que os regem (autolegislação), como base para o exercício de sua capacidade de auto-organização e autogoverno (art. 25, *caput*).

Mas esse é um poder limitado, na medida em que o legislador e o próprio Constituinte estadual só podem exercer competências e poder de autorregramento que não sejam vedados pela CF (art. 25, § 1º) e com observância de suas regras e princípios próprios. Devem ser respeitadas normas específicas que determinam sua estrutura, conformação e atuação.

Dentre as *regras* a serem seguidas, há aquelas que disciplinam a organização, a disposição e a competência de órgãos estaduais (ex.: arts. 24, 27, 28, 75, CF). Dentre os *princípios* a serem observados, há aqueles retirados dos arts. 34, VII, 60, § 4º, CF, como a forma republicana e federativa, o sistema representativo, o regime democrático, a separação de poderes, os direitos e garantias da pessoa humana etc.

No exercício de competências estaduais (e distritais), por exemplo, não se observam direitos fundamentais, como o devido processo legal e seus corolários. É o caso da necessidade de que o processo legislativo seja devido, o que pressupõe que seja conduzido por uma autoridade legislativa adequadamente competente.

Daí se dizer que, na compatibilização sistemática de regras de competência legislativa aparentemente conflitantes, deve prevalecer o poder do ente mais adequado para legislar sobre a questão, de modo que, se o interesse for central (nacional), será a União, e se interesse for parcial (regional ou local), será de Estados, Distrito Federal ou Município.

No campo desses condicionamentos e exigências normativas emanados da Constituição Federal, que limitam a atuação estadual, há o que se pode chamar de “*regras de subordinação normativa*”, que predeterminam o conteúdo da legislação dos entes federados.

Essa subordinação é *direta* quando decorre da própria Constituição (a exemplo dos arts. 37 e 39 CF). É *indireta* quando se dá por intermédio da legislação federal impositiva para Estados. É o que ocorre no âmbito da competência legislativa concorrente (art. 24, CF), em que cabe à União produzir enunciados de normas gerais, aos quais estão sujeitos os

Estados e Distrito Federal na edição de normas suplementares e supletivas (art. 24, §§1º-4º, CF)⁹⁴⁶.

2.2.3 A repartição de competências legislativas na CF/1988.

2.2.3.1 Sistema misto e da predominância do interesse.

Uma das questões fundamentais do sistema federal é, como já dito, a repartição de competência entre entes federados. A autonomia dos Estados-membros (e outros entes como DF e Municípios) tem como premissa uma adequada divisão de poderes que defina o campo para o exercício devido de suas atividades normativas⁹⁴⁷.

Depois da análise das variadas técnicas de repartição de competência desenvolvidas ao longo da história, vê-se que a Constituição brasileira de 1988 instituiu um sistema misto e quase global, pois encaixa muitos dos métodos já testados em termos de federação.

É um sistema complexo, que combina competências privativas (no plano horizontal), competências concorrentes (no plano vertical), com possibilidade de delegação de competências federais para outros entes federativos periféricos⁹⁴⁸.

O Estado brasileiro caracteriza-se, como dito, pela adoção de um federalismo cooperativo⁹⁴⁹. Isso foi determinante para a adoção conjugada de técnicas de repartição de competência horizontal e vertical, com o estabelecimento de competências privativas e concorrentes para União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É o resultado de uma tentativa constitucional de reestruturar a federação com divisão mais equilibrada de tarefas entre seus entes.

A boa razão, proporção e medida nessa partilha da competência são asseguradas pelo chamado *princípio da predominância do interesse* (ou *peculiar interesse*), que determina que se incumba à União a competência de cuidar de temas e questões sobre os

⁹⁴⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990, p. 2-6.

⁹⁴⁷HORTA, Raul Machado. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte; UFMG, 1964, p. 49 e 50.

⁹⁴⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 88.

⁹⁴⁹ Não é equivocado dizer que se adotou um federalismo misto, conjugando características do federalismo americano dual clássico e do federalismo alemão cooperativo moderno, com distribuição horizontal e vertical de competências. (CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 04).

quais prevaleça interesse geral ou nacional, reservando-se aos Estados a tarefa de tratar daquilo em que prevaleça o interesse regional e, por fim, aos Municípios, debruçar-se sobre assuntos de interesse mais localizado⁹⁵⁰.

Não se podem ignorar, contudo, as dificuldades atuais em distinguir esses diferentes tipos de interesses (nacional, regional e local⁹⁵¹). Não só porque são de dimensão mutável no tempo e espaço, como antes dito – o que era local pode adquirir dimensão regional ou nacional. Mas também pelo fato de serem noções insuficientes para abarcar toda a realidade. Basta pensar nas questões que não são nacionais nem estaduais (regionais), mas, sim, interestaduais. É o que se pode falar de problemas ligados à Amazônia e ao Vale de São Francisco, por exemplo⁹⁵². Nesses casos, a solução talvez seja considerar geral tudo aquilo que se refere a mais de um Município que não esteja em um mesmo Estado e que exija tratamento uniforme para afastar atritos federativos.

Demais disso, o que verdadeiramente se propugna é o que advém do chamado *princípio da subsidiariedade*⁹⁵³, segundo o qual a cada nível de poder devem ser concedidas

⁹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476; MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 144. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assevera que a distribuição de competência se dá com base na regra do “peculiar interesse”, constatando que os interesses ou são peculiares (particulares) a uma certa “zona” – interessando diretamente àquela localidade e só indiretamente a todo país - ou são gerais, interessando diretamente a todo país. Assim, o que se leva em consideração na identificação do interesse peculiar ou particular é a predominância do interesse local sobre o nacional e, não, a exclusividade do interesse local. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 72 e 73).

⁹⁵¹ Sobre o interesse local (municipal) e a fórmula para distingui-lo dos demais, SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 272.

⁹⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 476. Dificuldades também reconhecidas por MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002, p. 144 e 145.

⁹⁵³ Inicialmente, a subsidiariedade era vista como princípio filosófico ou política social almejada, quando abordada por autores como Aristóteles e Dante Alighieri e, mais recentemente, na doutrina social da Igreja. O princípio da subsidiariedade, em termos jurídicos, se origina do Tratado do Direito Comunitário europeu (Tratado de *Maastricht*, em especial no art. 3B). A ideia é a proximidade das decisões e dos cidadãos a que se destinam. Em termos de competência, lá estabelece que a competência da Comunidade Europeia deve ser reservada para casos em que a atividade não possa ser suficientemente realizada pelos Estados-membros ou seja, quando se justifique, em razão do alcance e das repercussões dessa atuação, que seja melhor realizada no plano comunitário. É o que sintetiza Raul Machado Horta ao afirmar que: “A regra de competência concebe o princípio em função dos critérios da realização suficiente, quando se tratar dos Estados-membros, e da *melhor* realização, no caso da Comunidade”. (HORTA, Raul Machado. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 21, 2002, p. 153-161). Sua primeira manifestação em termos de Direito constitucional dá-se na previsão do art. 23 da Lei Fundamental da República Alemã, quando é colocado dentre os princípios democráticos, sociais etc. necessários para a construção da Comunidade Europeia. No Direito constitucional brasileiro, o princípio não é explicitamente consagrado. Mas se observa um ambiente jurídico, político e cultural profícuo para seu acolhimento e desenvolvimento, tendo em vista ser uma ordem federativa de três planos (federal, estadual e municipal), com incorporação de técnica de repartição vertical de competências concorrentes. A subsidiariedade contém a ideia de subsídio, complementação e supletividade, que são afins, pois, com as atribuições dos Estados-membros de suplementar e suprir leis federais gerais no âmbito da competência concorrente. É um corolário do federalismo cooperativo e do regime de

as competências que melhor podem exercer⁹⁵⁴, de modo que, nada deve ser exercido por poder nível superior quando o possa sê-lo por poder de nível inferior. Isso significa que só serão atribuídas competências ao plano federal, que não possam ser desempenhadas no estadual; e só serão destinadas competências ao plano estadual, quando não possam ser desempenhadas no plano municipal. Ou seja, o Município prefere ao Estado que, por sua vez, prefere à União.

Daí dizer-se que as decisões legislativas e administrativas devam ser tomadas pelo nível político mais baixo e mais próximo dos seus destinatários (da decisão)⁹⁵⁵, presumidamente tomado como o mais adequado.

Em que pese haja quem pense que esse foi um norte considerado pelo Constituinte originário de 1988 na repartição de competência⁹⁵⁶, outros denunciam sua postura centralizadora a partir da qual muito pouco fora destinado aos Estados, cuja competência ficou deveras reduzida em extensão e relevância⁹⁵⁷. Teria havido um desvirtuamento do princípio a tal ponto que Celso Ribeiro Bastos, tem admitido, contrariado, que “a regra de ouro da nossa federação tornou-se a de que a União cumpre um papel hegemônico na atividade legislativa em todos os níveis”⁹⁵⁸.

O que resta é, pois, a possibilidade de implemento de interpretações do texto da CF que se conduzam por esse espírito de busca do interesse que predomine em torno da decisão legislativa ou administrativa a ser adotada (geral, regional ou local), mantendo-a o

repartição de competência adotado. E, admitida a subsidiariedade como ínsita ao Direito constitucional brasileiro, as palavras de ordem são descentralização e valorização da atuação de unidades parciais regionais e locais. (HORTA, Raul Machado. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 21, 2002, p. 160-165).

⁹⁵⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

⁹⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 9; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, 1995, p. 52-54; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 84, 90 e 91; CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 06 e 07. Juraci Mourão visualiza a aplicação do princípio no ordenamento brasileiro com reservas, diante das grandes diferenças e desigualdades regionais e locais, que implicariam dificuldades de implemento das atribuições conferidas a certos Estados e Municípios. Para o autor, a ideia de preponderância do interesse aplicada isoladamente é mais moderada e eficaz, permitindo que entes periféricos atuem próximos de sua realidade na medida do possível. (FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências Federativas**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 261-263). Na verdade, a leitura conjunta de ambos princípios permite chegar ao meio-termo.

⁹⁵⁶ BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 85 e 91. Apesar do autor, em seguida, reconhecer que a descentralização almejada não se implementou, concentrando-se maior soma de poderes com a União.

⁹⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 197.

⁹⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 259.

mais próxima possível da população destinatária. Isso nada mais é do que uma leitura voltada para a identificação da autoridade com competência adequada para decidir.

2.2.3.2 Quadro geral de competências legislativas explícitas e implícitas.

A Constituição de 1988 regulamenta dois grandes tipos de competência: a administrativa (ou material) (arts. 21 e 23, CF) e a legislativa (arts. 22, 24 e 25, §§ 1º e 2º, CF). Para os fins desse trabalho, interessa unicamente a competência *legislativa*, em sua repartição horizontal e vertical, e respectivos desdobramentos.

A repartição *horizontal* da competência legislativa, no regime constitucional de 1988, com a atribuição de competências privativas e exclusivas aos entes federados, dá-se da seguinte forma:

i) à União foi outorgada competência privativa para legislar sobre matérias enumeradas no art. 22, CF – dentre elas, o “direito processual” (art. 22, I, CF) –, sendo possível, na forma do parágrafo único do art. 22, CF, sua delegação para Estados pela via de lei complementar;

ii) aos Municípios foi conferida competência exclusiva no âmbito do art. 30, CF, em especial para “legislar sobre os assuntos de interesse local” (art. 30, I, CF) – o que representa, a propósito, autêntica manifestação do *princípio da predominância do interesse na atribuição do poder de condução do processo legislativo*;

iii) aos Estados é concedida uma competência residual ou remanescente para legislar sobre tudo aquilo que não foi destinado à União e aos Municípios e não foi abrangido pela regra de competência concorrente (art. 24, CF), afinal, o art. 25, § 1º, CF, lhes reserva as competências não vedadas pela Constituição⁹⁵⁹;

iv) ao Distrito Federal deu-se poder simultaneamente enumerado e remanescente de legislar sobre tudo que não foi atribuído à União, que não foi objeto de competência concorrente, ou foi destinado aos Municípios, tendo em vista que o art. 32, § 1º, CF, lhe confere “competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ Em termos de competências privativas dos Estados, pode-se considerar, ainda, a de instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º) e a de criar municípios (art. 18, §4º). (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 601).

⁹⁶⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59 e 60; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990, p. 8.

Há, ainda, a técnica da *repartição vertical*, cujo emprego resulta na atribuição de competência concorrente não-cumulativa à União, aos Estados e ao Distrito Federal sobre a matéria enumerada no art. 24, CF – inclusive “procedimento em matéria processual” e “processo” em juizados -, de modo que:

i) à *União* cabe editar *normas gerais* sobre tais temas (art. 24, § 1º, CF);

ii) aos *Estados e Distrito Federal* incumbe estabelecer, de um lado, *normas suplementares*, que complementem a normatização geral da União para atender a peculiaridades regionais e locais (art. 24, § 2º, CF) e, de outro, *normas supletivas* que supram lacunas, diante da ausência de norma geral da União (art. 24, § 3º, CF)⁹⁶¹ - caso em que editando a União norma geral superveniente irá ela sobrepor-se e prevalecer sobre aquelas produzidas por Estados e Distrito Federal (art. 24, § 4º, CF).

Por fim, apesar de o Constituinte não conceder ao Município competência legislativa concorrente com os demais entes federativos (União, Estados e Distrito Federal) por força do dispositivo do art. 24 já comentado, confere-lhe o poder de suplementar lei federal ou estadual para atender interesse local (art. 30, II, CF)⁹⁶².

Ao lado das competências privativas ou exclusivas⁹⁶³, enumeradas ou remanescentes⁹⁶⁴, explicitadas na Constituição, há que se admitira existência de competências

⁹⁶¹ A Constituição de 1988 não usa mais os termos competência “complementar” e “supletiva”, diante das controvérsias em torno do seu sentido – se diverso ou coincidente. Limita-se a falar em competência suplementar para referir-se aos casos em que os Estados e Distrito Federal podem elaborar normas que desdobrem o sentido das normas gerais federais, para atender necessidades regionais e locais. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 479, nota 8). Afora isso, só se refere à competência plena (chamada de supletiva no corpo desse texto) dos Estados e Distrito Federal diante da inexistência de legislação federal geral sobre a matéria, a ser exercida “para atender a suas peculiaridades” (art. 24, § 3º, CF).

⁹⁶² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 60.

⁹⁶³ José Afonso da Silva diferencia competência privativa e exclusiva. Sustenta que a privativa é delegável (ex.: art. 22, CF) e a exclusiva não (art. 21, CF). Mas reconhece que a Constituição não incorpora e usa essa terminologia com rigor técnico. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 478 e 479). Mais adequado usar como sinônimos os termos, tendo em vista que, na língua portuguesa, têm o mesmo significado. Ambos conduzem à idéia de algo que foi conferido a um ente com exclusão dos outros. Essa é a opção terminológica de FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 224; CRETELLA JR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991, 3 v., p. 1439 e 1440; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 63 e 64.

⁹⁶⁴ José Afonso da Silva afirma que competência reservada e remanescente é aquela que resta para um ente do que foi expressamente atribuído a outro. Já a residual é aquela que resta para um ente depois do que foi enumerado para todos os outros. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 478). Essa distinção não é clara nem justificada o bastante. Merece ser desconstruída. Não se vê razão que justifique conferir sentidos diversos às palavras *remanescente e residual*. Referem-se a uma mesma situação; representam um mesmo conteúdo. Em ambos os casos, a ideia é atribuir o que sobra, o que resta de poderes, depois de explicitamente partilhadas competências. Resíduo na língua portuguesa é o que remanesce (sobeja). (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 64 e 65). Utiliza-se, ainda, a expressão “poderes reservados” para indicar essa competência dita remanescente dos Estados. Esse uso decorre da origem agregadora do federalismo norte-

implícitas (e resultantes), que devem ser reconhecidas e adequadamente exercidas, como visto em item anterior. Segundo José Afonso da Silva, decorrem da natureza do ente e devem referir-se “à prática de atos ou atividades razoavelmente considerados necessários ao exercício de poderes expressos e reservados”⁹⁶⁵.

Por mais que se diga que as competências implícitas subsistiriam no intuito de prover os meios necessários para exercício de competências *privativas* explícitas, dando-lhes efetividade⁹⁶⁶, é necessário que sejam reconhecidas também no âmbito de concorrência de poder⁹⁶⁷.

Devem ser assegurados, por exemplo, aos Estados-membros, os poderes necessários (mesmo implícitos) para o desempenho de sua competência concorrente suplementar⁹⁶⁸ (e supletiva) explícita, assim como os poderes que dela simplesmente resultem. Se a Constituição lhes confere esse poder, deve, também, outorgar as vias

americano, que reuniu Estados então soberanos em federação, “reservando” para eles, enquanto unidades políticas autônomas, poderes não destinados à União. Surge, assim, a terminologia “poderes reservados dos Estados”. A história da federação brasileira é de desagregação de Estado unitário, não ocorrendo essa “reserva de poderes”. Os Estados eram antes simples províncias que não tinham poderes que pudessem ser conservados consigo. Na verdade, foram munidos com poderes concedidos pelo Estado brasileiro. A despeito disso, as Constituições de 1946 e de 1988 (art. 25, § 1º) falam em poderes reservados aos Estados – ao invés de prevalecer a fórmula mais adequada da Constituição de 1967 que se referia a poderes conferidos aos Estados. (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 196 e 197; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 65 e 66). Rigorosamente, falar-se em poderes reservados aos Estados, nos termos do art. 25, § 1º, CF, não revela nenhuma impropriedade. São, de fato, poderes destinados aos Estados residualmente por não serem vedados pela CF. O problema é que a expressão “poderes reservados” colocada sem referência ao seu destinatário não significa obrigatoriamente poderes residuais ou remanescentes dos Estados. Trata-se de expressão que equivale a poderes próprios, privativos, independentemente do seu destinatário. Diante dessa ambiguidade, Fernanda Almeida, por exemplo, prefere sempre especificar em sua obra de que poderes reservados está a referir-se quando usa a expressão. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 65-67).

⁹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 478. Cf. BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 162; REALE, Miguel. **Competências Constitucionais**. Legislação sobre urbanismo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 75, 1985, p. 03; CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, 1 v., p. 29-31.

⁹⁶⁶ BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 162-164; CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, 1 v., p. 31 e 32.

⁹⁶⁷ Assim, DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 57, 58 e 81.

⁹⁶⁸ Sem abordar diretamente essa hipótese, mas admitindo que haja poderes implícitos dos Estados onde hajam poderes expressos, FARIA, Eliana Goulart Leão de. Poderes implícitos na Constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 65, 1983, p. 122; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 167. Na Bélgica, não só se consagra expressamente o mecanismo dos poderes implícitos, como também são eles conferidos a unidades federadas (DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 64). Mas há quem ache que a teoria dos poderes implícitos não se aplicaria aos Estados por não representar qualquer utilidade, na medida em que seriam dotados de competência residual (art. 25, §1.º), de modo que possa exercer todo e qualquer poder não proibido ou não atribuído a outros entes parciais. (TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 90).

necessárias e adequadas para que se o exerçam e realizem – além de contarem com tudo aquilo que dele naturalmente decorra.

Ora, não há, assim, como cogitar que um Estado trate de procedimento em matéria processual em caráter suplementar ou supletivo (art. 24, XI, CF), exercendo esse poder que lhe foi expressamente concedido, sem tratar do próprio processo e, pois, do “direito processual” (art. 22, I, CF).

Nem se diga que isso *contrariaria* regra de competência privativa⁹⁶⁹, pois o Estado trataria de tema (“direito processual”) de competência legislativa exclusiva da União. Na verdade, essa é a proposta interpretativa que *conciliaria* essas regras, dentro da razoabilidade⁹⁷⁰, já que as matérias em questão (“direito processual” e “procedimento em matéria processual”) são insusceptíveis de distinção, o que se daria dentro do espírito federativo e da predominância do interesse.

Segundo o princípio da predominância do interesse, se é questão procedimental/processual regional (ou local), o legislador estadual é aquele mais adequado para discipliná-la, por ser aquele que se encontra próximo, presente e diretamente ciente dos problemas e necessidades ali identificados, naquele território parcial e para a respectiva população. Esse seria um ato de exercício de poder de legislar atento aos princípios da Constituição, mais especificamente ao devido processo legislativo, ao juiz/autoridade natural e ao seu corolário, que é a competência (legislativa) adequada.

2.2.3.3 Entre o propósito descentralizador e a tradição centralizadora

O que se destaca no modelo da CF de 1988 é a pretensão de mais bem aproveitar as competências concorrentes, para atender aos anseios de maior descentralização, sem prejuízo da desejada uniformidade nacional em determinadas matérias. Amplia-se esfera de atuação estadual, em termos de concorrência, e é estimulada sua produção legislativa⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ Um dos requisitos para que se admitam poderes implícitos, na visão daquele que os idealiza, Marshall, é que não estejam proibidos nem sejam incompatíveis como espírito da Constituição, como se viu em item anterior. (SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 53-55).

⁹⁷⁰ Viu-se, no item inicial desse capítulo (dedicado a competência não escrita), que, no caso de conflito aparente de competências, o que se aceita como razoável é que um órgão exerça poderes implícitos que invadam a esfera de atuação do outro, desde que não a esvazie e o faça dentro dos limites da proporcionalidade, harmonizando interesses em jogo, e sempre conservando o núcleo essencial das atribuições de cada esfera de decisão. (DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 87 e 88).

⁹⁷¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60 e 61.

O problema é que esse espaço para tratar de questões suplementares e supletivas não lhe tem sido efetivamente garantido, pelas incertezas e controvérsias que existem em torno da sua delimitação, a serem adiante analisadas. Um dos maiores problemas do Direito constitucional brasileiro é a definição do que seriam as normas gerais de competência da União e o que restaria de normatização suplementar para os Estados disciplinarem.

Não só de competência concorrente se vive e se sustenta a autonomia estadual. Para que haja autêntica autonomia, é necessário que se preserve uma esfera significativa de competência privativa para os entes periféricos (estaduais e municipais), até para que se respeite a ideia de subsidiariedade e predominância do interesse.

As fontes imediatas de inspiração do Constituinte brasileiro foram a Constituição brasileira de 1934, com sua postura de fixar um rol de competências comuns a mais de uma esfera estatal, e a Lei Fundamental de Bonn de 1949, com seu sistema de repartição globalmente considerado⁹⁷²⁻⁹⁷³.

O equilíbrio encontrado na federação alemã e incorporado à federação brasileira se deve, em grande parte, à forma como se dispôs sobre a competência legislativa, enfatizando-se e ampliando-se, ao menos em tese, a atuação estadual, com estreitamento do papel federal (da União). “A partilha do poder de legislar é sempre o fulcro da repartição de competências, já que a lei – pensando-se em termos de Estado de Direito – é que dá a dimensão ao exercício dos poderes pelos respectivos titulares⁹⁷⁴”.

Além de um federalismo equilibrado, a Lei Fundamental de Bonn buscou eficiência dando primazia ao *princípio da subsidiariedade*, para, com isso, não conferir ao ente central aquilo que pode ser realizado pelos entes periféricos, próximos que estão dos

⁹⁷² No modelo alemão, que tanto influenciou o brasileiro, estão estabelecidas competências legislativas e materiais da União em artigos diferentes, isolando-se, também, em dispositivos distintos, as competências comuns, legislativas e materiais, com a previsão da delegação de competência da União, por lei federal, para os Estados, sem se furtar em valer-se da técnica vertical de distribuição de competência legislativa concorrente para União (com edição de normas gerais) e Estados (com produção de normas suplementares). (CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 05; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60).

⁹⁷³ Contribuiu para isso a participação de José Afonso da Silva e Raul Machado Horta nos bastidores da Constituinte. A proposta de José Afonso da Silva de redação dos artigos relativos à repartição de competência na CF/1988 entregue à Comissão Afonso Arinos foi quase que reeditada no anteprojeto que deu origem ao texto final. A proposta foi adotada pelo então relator do tema, Raul Machado Horta, com algumas alterações. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 475 e 476). E isso denota a forte influência alemã no texto constitucional brasileiro, vez que um dos seus autores e responsáveis (Raul Machado Horta) é franco simpatizante do modelo germânico. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60).

⁹⁷⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

problemas locais, podendo, por isso, desempenhar suas atribuições com maior eficácia e sem tantos custos e formalidades⁹⁷⁵.

Esse é o espírito da CF/1988: prestigiar mais a autonomia estadual.

O problema é que não o faça contento.

A verdade é que a tradição centralizadora do federalismo brasileiro ainda se evidencia a partir de análise global e sistemática da Constituição. Basta observar, por exemplo, o imenso rol de atribuições privativas da União em detrimento de outros entes federativos, com uma possibilidade de delegação que só pode se dar por lei complementar e que depende de iniciativa da própria União⁹⁷⁶.

Isso sem falar que a competência concorrente reserva à União o poder de produzir normas gerais, normas estas cujos limites conceituais e aplicação prática são tão de difícil definição e compreensão, que acabam por contribuir para manter o pendor centralista⁹⁷⁷.

Daí se propor que, para além do princípio da predominância do interesse, se dê mais ênfase ao princípio da subsidiariedade⁹⁷⁸, prestigiando interpretações que valorizem a capacidade dos Estados e do Distrito Federal de exercer atribuições legislativas e materiais de modo mais econômico, eficiente e compatível com necessidades regionais e locais – sem abrir mão da presença de um ente central que assegure a união nacional, obviamente.

A partilha e exercício da competência concorrente revelam bem esse desafio federativo: regionalizar, mas com certa dose de centralização.

Por isso imaginar que os Estados-membros brasileiros não possam legislar sobre “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI, CF), tema objeto de competência concorrente de União, Estados e DF, porque se confunde com o “direito processual”, de competência privativa da União (art. 22, I, CF), é prestigiar o federal em detrimento do estadual (e distrital). É uma negação da predominância do interesse e, sobretudo, da subsidiariedade, ignorando a moldura axiológica e a dimensão teleológica da Constituição em termos de federalismo e divisão de poderes.

⁹⁷⁵ CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 5.

⁹⁷⁶ Com mais detalhes, CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 05 e 06.

⁹⁷⁷ Com mais detalhes, CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 05 e 06.

⁹⁷⁸ Propondo a ênfase, CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 06 e 07.

3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO E CONCORRENTE DA UNIÃO E DOS ESTADOS (E DISTRITO FEDERAL) NA CF/1988.

3.1 Competência legislativa privativa da União.

Já se expôs o sistema de repartição de competências legislativas da CF/1988 no item anterior. O foco desse trabalho é, contudo, a competência privativa da União, em especial para tratar do “direito processual”, e a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, para disciplinar o “procedimento em matéria processual” (arts. 22, I, e 24, XI, CF).

A competência privativa para legislar é conjunto de atribuições conferidas a ente federado, voltadas para produção de leis, sem interferência ou sujeição a outros centros de poder. A cada centro de poder autônomo deve ser assegurada a competência necessária para construir o direito de regência da sua respectiva órbita de atuação⁹⁷⁹.

É a Constituição que atribui o poder de legislar, estabelecendo áreas exclusivas de atuação legislativa para cada ente (competência própria, privativa). Se um ente invade a área de atuação restrita do outro, usurpando sua competência, estará, com isso, atentando contra a Constituição e produzindo lei inconstitucional.

Isso se configura não só quando se invade esfera de competência privativa de um ente, como também nos casos em que um dos entes vai além do seu papel e da tarefa que lhe é conferida no contexto da competência concorrente⁹⁸⁰.

A competência legislativa privativa da União não está disciplinada em apenas um dispositivo. Concentra-se no art. 22, CF, mas há várias outras hipóteses no art. 48, CF, isso sem falar em outros dispositivos da CF, que exigem lei federal para que produzam efeitos em sua plenitude (ex.: art. 5º, VIII e XIII, e art. 9º, § 1º, CF)⁹⁸¹.

Uma análise de todo rol de matérias de competência legislativa privativa da União foge ao escopo desse trabalho. Mas essa visão panorâmica já permite perceber que é rol extenso, além de confirmar a supremacia da União em termos de criação legislativa, presente ao longo da história do Direito constitucional brasileiro, a qual dificilmente cederá em nome de uma maior descentralização legislativa.

⁹⁷⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81.

⁹⁸⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81.

⁹⁸¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 81-84.

Entretanto é recomendável uma avaliação dogmática crítica, que permita perceber que algumas das competências reservadas com exclusividade para a União poderiam ser realocadas e inseridas como hipótese de competência concorrente dos entes federados (art. 24, CF) ou até mesmo como caso de competência privativa de uma das unidades parciais (periféricas) e autônomas da federação.

O fato de a União ter competência em demasia colabora para a desvalorização do Direito estadual. Piora essa situação a postura do STF de decretar a inconstitucionalidade das poucas leis estaduais que os Estados-membros tomam a iniciativa de elaborar, nos casos em que sua competência não está especificada na CF, não sendo a eles vedada a atuação e, também, nos casos de “conflito de competência” entre entes federados⁹⁸². Os Estados-membros acabam sendo colocados como simples responsáveis pela execução ou repetição de leis federais⁹⁸³.

Interessa, aqui, investigar tão-somente a previsão do art. 22, I, CF. Mais especificamente, se todo aquele amplo elenco de setores do Direito ali previsto deve ser, de fato, reservado ao legislador federal, em especial o “direito processual”.

Na vigência da Constituição de 1891, era atribuída à União a tarefa de legislar sobre “direito processual” a ser empregado na Justiça Federal (art. 34, n. 23, e, após emendas de 1926, no n. 22), reservando-se aos Estados-membros a construção do Direito processual aplicável à Justiça Estadual⁹⁸⁴.

Não houve prejuízo para a qualidade técnica do Direito processual e se permitia que a disciplina do instrumento de exercício de função estadual (o processo jurisdicional) fosse feita pelo próprio Estado, afeiçoando-a às particularidades e demandas do aparato judiciário atuante em seu território e para sua população.

Daí dizer Fernanda Dias Menezes Almeida que o processo deve ser “adaptado às condições da região, para que atenda à sua finalidade. Sendo essas condições, no Brasil, extremante díspares, tudo recomenda não ser uno o direito processual, mas sim variarem suas normas de Estado para Estado”. Uma das formas de minimizar as grandes diferenças que existem de região para região, diz a autora, é inserir o Direito processual como tema de

⁹⁸² CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Das Normas gerais**. Belo Horizonte, Forum, 2010, p. 64-68.

⁹⁸³ SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia e Política da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 24, 2005, p. 111; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 42 e 43.

⁹⁸⁴ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 165.

competência concorrente, reservando-se aos Estados competência legislativa suplementar para tratar de questões locais⁹⁸⁵.

Num primeiro olhar, essa solução não foi expressa e claramente adotada na CF/1988. A autora toma como um avanço, porém, a inserção na esfera da legislação concorrente da competência para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” e o “processo” do juizado de pequenas causas⁹⁸⁶.

O que não percebeu é que isso gerou um problema ainda maior (e insuperável, pensamos), que é diferenciar “direito processual” de “procedimento em matéria processual”, problema este que tem inibido iniciativas legislativas estaduais, determinando o insucesso da maior parte daquelas poucas existentes, cuja inconstitucionalidade formal, por vício de competência legislativa, vem sendo reconhecida em muitos julgados do STF, a serem analisados no capítulo final.

Demais disso, importante notar que se trata de dispositivos só aplicáveis a processos jurisdicionais⁹⁸⁷.

Quanto aos processos administrativos, as regras de competência são outras.

Carlos Ari Sundfeld fala em competência privativa de cada pessoa política para organização da Administração Pública, produzindo para si leis próprias. Dentre a matéria organizatória aí abrangida, diz o autor, estariam os procedimentos a serem adotados para suas atividades administrativas. É o que extrai da leitura conjunta dos arts. 18⁹⁸⁸, 21⁹⁸⁹, 25, §1.^{o990}, 30, V⁹⁹¹, 39⁹⁹² e 48⁹⁹³, CF.

⁹⁸⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85 e 86.

⁹⁸⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86. A mesma autora trata do tema em comentários ao art. 24, X e XI, CF, (*In* CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; LEONCY, Léo Ferreira (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 754 e 755)

⁹⁸⁷ Tanto que Raul Machado Horta lamenta ter passado despercebido ao Constituinte a necessidade de inserir no campo da competência concorrente o processo administrativo. (HORTA, Raul Machado. *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 65; HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 420).

⁹⁸⁸ “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”.

⁹⁸⁹ “Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II - declarar a guerra e celebrar a paz; III - assegurar a defesa nacional; IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal; VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; VII - emitir moeda; VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de

Ressalvam-se o procedimento administrativo de desapropriação, a ser disciplinado por lei federal (art. 22, II, CF), e as normas *gerais* de licitações e contratos administrativos, também restritas à esfera federal (art. 22, XXVII, CF). Mas o próprio autor admite que, produzida lei federal regulando atividade administrativa dos Estados e Municípios (ex.: no caso de desapropriação), seja ela suplementada por lei estadual e municipal que preveja requisitos mais rígidos sobre o tema⁹⁹⁴.

radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios; XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão; XVII - conceder anistia; XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação; XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”.

⁹⁹⁰ “§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

⁹⁹¹ “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

⁹⁹² “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”.

⁹⁹³ “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas; IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União; VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas; VII - transferência temporária da sede do Governo Federal; VIII - concessão de anistia; IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal; X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; XII - telecomunicações e radiodifusão; XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal. XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I”.

⁹⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 274-276. Alice Gonzalez Borges ressalta a importância dos entes federados organizarem o exercício de suas próprias funções e atribuições e o aparelhamento necessário para tanto, o que

Outros problemas também se observam nesse contexto. Dentre eles, não deixa de ser curioso observar que o Constituinte comete um deslize técnico, ao inserir no âmbito da competência privativa da União hipóteses de competência concorrente.

Isso ocorre porque as regras dos incisos IX, XXI, XXIV e XXVII do art. 22, consagram hipóteses em que à União só cabe a normatização geral – restando aos Estados, naturalmente, uma disciplina complementar ou supletiva. Só seriam autênticas hipóteses de competência privativa da União se a ela incumbisse sua disciplina integral e plena, em todos os seus aspectos, gerais e específicos⁹⁹⁵.

O simples fato de essas regras estarem equivocadamente inseridas na listagem de casos de competência privativa não lhes garante essa natureza. A competência é concorrente⁹⁹⁶.

Soa, em termos técnicos, igualmente equivocada a postura dos redatores do texto constitucional de imaginar que poderiam dar competência privativa à União para cuidar do Direito processual (art. 22, I) quando é concorrente a competência para “procedimento em matéria processual” (e para o “processo” em juizados, cf. art. 24, X e XI).

Processo e procedimento são indecomponíveis para fins legislativos. Foi o que já se esclareceu em capítulos anteriores. O simples fato de o inciso I, na parte em que fala de “direito processual”, ser erroneamente incluído no art. 22 e no quadro da competência privativa da União, sem qualquer ressalva, não pode eliminar a competência concorrente suplementar e supletiva dos Estados e do Distrito Federal para tratar da matéria na forma do

teria ensejado, a seu ver, que a competência para legislar sobre Direito administrativo não tenha sido explicitada na CF, afinal seria inerente à competência das três ordens parciais. (BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 45).

⁹⁹⁵Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 501 e 502; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87. O art. 22, IX, XXI, XXIV e XXVII, CF, preveem essa competência da União para estabelecer normas e diretrizes gerais sobre política nacional de transportes, organização das polícias militares, diretrizes e bases da educação nacional e licitação e contratos da Administração Pública em geral. E a inserção errônea dessa competência concorrente no rol de competências privativas não se deu sem o surgimento de graves problemas práticos. Mais especificamente com interpretações inadequadas no sentido de que seriam matérias exclusivas da União, em prejuízo da competência legislativa estadual. Sobre essa dificuldade, cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87 ss.

⁹⁹⁶Yara Monteiro justifica seu deslocamento do art. 24 para o art. 22 para afastar a incidência sobre tais matérias do art. 24, §3.º, i.e., da possibilidade de admitir-se que, no caso de ausência de lei federal, possam os Estados legislar supletivamente. (MONTEIRO, Yara Darcy Police. Partilha de Competência na Constituição de 1988. **Normas Gerais: Características e Elementos Configuradores. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 21, 1997, p. 154 e 155). Entretanto, implicitamente, ter-se-ia conferido a Estados e, inclusive, Municípios, competência para legislar suplementarmente sobre tais temas. (FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 90, São Paulo: 1995, p. 250 e 251; MONTEIRO, Yara Darcy Police. Partilha de Competência na Constituição de 1988. **Normas Gerais: Características e Elementos Configuradores. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 21, 1997, p. 154 e 155).

art. 24, X e XI, CF, seja porque procedimento se confunde com processo, seja por que o processo em juizados compõe o Direito processual.

Além disso, interessante observar que o art. 22, parágrafo único, CF, prevê a possibilidade de *delegação de competências privativas* da União. Fica estabelecido que o parlamento federal, que detém essa competência legislativa constitucional, poderá transferir para o parlamento estadual parte dela, delimitando formal e materialmente como será exercida (inclusive por lei complementar).

A previsão remonta o art. 71 da Lei Fundamental de Bonn de 1949, que contém regra semelhante. No Brasil, o art. 17 da Constituição de 1937 tem conteúdo semelhante, mas a lei estadual produzida no exercício de competência federal delegada pressupunha aprovação do Governo Federal para vigor.

Trata-se de iniciativa do Constituinte muito elogiada e aplaudida por contribuir para descentralização. Ressalva-se, contudo, que a delegação não deve ser obrigatoriamente feita ao mesmo tempo e nos mesmos termos para todos os Estados. Deve ocorrer considerando peculiaridades e necessidades de cada Estado⁹⁹⁷. Estados em condições desiguais devem ter atribuições desiguais, na medida de suas desigualdades - em nome da igualdade material⁹⁹⁸.

Há quem veja essa providência delegatória com reservas, sob argumento de que é tema essencial, que se encontra no âmago do federalismo (a competência), e deveria ter sido exclusivamente regrado no contexto da própria Constituição, “salvo se houver motivos ponderáveis para em alguns pontos, transferir à legislação infraconstitucional a definição a respeito”⁹⁹⁹.

Junto a isso, não se acredita que os Estados venham a ser favorecidos com incremento de suas tarefas legislativas a partir desse dispositivo. É hipótese incerta de delegação que fica à mercê da vontade federal¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **O anteprojeto dos notáveis**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 18.

⁹⁹⁸ Fernanda Dias Menezes Almeida chega a dizer que a delegação desigual (em nome da igualdade material) deveria ter sido expressamente autorizada na CF, flexibilizando o federalismo brasileiro e atendendo às diversidades e diferenças entre suas unidades federativas. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 94 e 95). Assim, BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 157.

⁹⁹⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 91; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 153.

¹⁰⁰⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 92.

E, na prática, trata-se de regra sem atuação expressiva. A centralização da produção normativa é a tradição no Congresso Nacional brasileiro e os Estados não ensaiam qualquer movimento contrário de relevo ou digno de atenção¹⁰⁰¹.

Na esfera do “direito processual”, pode-se dizer que essa transferência de competência foi promovida pelo Constituinte, a teor do art. 24, X e XI, CF, ao permitir que Estados-membros regrem complementarmente procedimentos em tema processual e processo em Juizados.

Essa é a melhor interpretação, diante da confusão das matérias (processo e procedimento).

Pressupor que seria necessária delegação legislativa, por lei complementar, para que Estados adéquem processo e procedimento à sua realidade seria desanimador. Em tese, uma saída possível; na prática, um ou alguns problemas a mais para se resolver.

Isso porque a delegação é faculdade do legislador federal, cujo exercício fica a seu exclusivo critério e pode nem se concretizar¹⁰⁰². Fora isso, depende de lei complementar cuja aprovação é mais árdua, na medida em que exige quórum qualificado (maioria absoluta)¹⁰⁰³. E mais: admite-se que essa lei traga condicionamentos extras (formais e materiais) para que a competência delegada seja exercida (ex.: prazo, limite de conteúdo, ratificação federal etc.). Isso sem falar que a delegação tem que ser pontual, para legislar sobre “questões específicas” (art. 22, parágrafo único), o que denota a grande extensão e complexidade que o conteúdo de uma lei desta pode implicar para atender toda demanda legislativa processual local¹⁰⁰⁴. E não menos desanimadora é a visão de que a delegação é precária, pois da mesma forma que se pode “autorizar os Estados a legislar”, poderão eles (os Estados) ser desautorizados pelas mesmas vias formais¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰¹ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências Federativas**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 220.

¹⁰⁰² Até porque o parlamento nacional poderá sentir-se mais seduzido pela opção de produzir logo a lei sobre o assunto do que delegar sua produção. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 262).

¹⁰⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 262.

¹⁰⁰⁴ Conferir reflexões sobre esse empecilho genericamente considerado de, FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 177 e 178; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 91-95

¹⁰⁰⁵ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências Federativas**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 221 e 222.

3.2 Competência legislativa concorrente.

A competência legislativa concorrente é aquela que pode ser exercida conjuntamente pelos componentes da federação, nos termos da Constituição, tendo sido concentrada nos arts. 24 e 30, II, já mencionados.

Um dos marcos da CF/1988 é a ênfase dada à competência concorrente e suas possibilidades de descentralização da tarefa legislativa¹⁰⁰⁶. Mas, para compreendê-la, necessário visitar algumas de suas classificações.

A competência concorrente pode ser *clássica ou limitada*¹⁰⁰⁷.

Será *clássica* quando houver previsão de poder ilimitado da União para tratar da matéria, de modo, inclusive, exaustivo (em termos gerais e específicos). O poder dos Estados fica limitado à suplementação dessa legislação federal (ou ao seu suprimento em caso de omissão federal).

É *limitada* quando há restrições para atuação da União e dos Estados. A União fica incumbida da fixação das diretrizes e normas gerais (fundamentais) e os Estados adstritos às normas específicas e aplicativas. Coincide com a competência concorrente não-cumulativa (na sequência comentada) e, pois, com a previsão do art. 24, CF.

A *competência concorrente* pode ser, ainda, *cumulativa ou não cumulativa*.

É *cumulativa* quando os entes federativos podem exercê-la em pé de igualdade, podendo tratar ilimitadamente de toda a matéria. Havendo contradição entre norma federal e estadual, prevalece aquela editada pela União – tal como se diz a partir da máxima alemã “Bundesrecht bricht Landesrecht”. Nesse caso, a competência não é propriamente repartida, dividida verticalmente. É comum e simultânea aos entes a que foi conferida.

A competência concorrente será *não-cumulativa* quando houver repartição vertical, pois a matéria é trabalhada pelos entes competentes em escalas diversas e inconfundíveis. A União estabelece princípios e regras gerais e os Estados-membros e Distrito Federal atuam em caráter complementar/suplementar (ou supletivo e pleno, em caso de ausência de norma geral, o que não deixa de ser atuação complementar)¹⁰⁰⁸⁻¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ Em que pese seja modalidade inaugurada com Constituição de 1934. (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 201).

¹⁰⁰⁷ Classificação de NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 100, 1988, p. 129-133.

¹⁰⁰⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativa**, Rio de Janeiro, n. 179 e 80, 1990, p. 7.

¹⁰⁰⁹ A competência legislativa concorrente pode ser *primária*, quando estabelecida explicitamente na própria Constituição, ou *secundária*, quando implicitamente decorrente da exigência de realização e exercício da

A competência legislativa concorrente não-cumulativa, como técnica que viabiliza a criação de uma legislação nacional uniforme e compatível com legislação regional adaptada às particularidades de cada Estado (e DF), foi mais prestigiada do que nunca na CF/1988.

A Constituição de 1946 só previa seis hipóteses, que aumentaram para sete com Constituição de 1967, chegando a nove com a Emenda n. 1/1969¹⁰¹⁰. Promulgada a CF/1988, essa modalidade de partilha de tarefas dá uma guinada, com mais de trinta assuntos abrangidos no seu contexto, na forma do seu art. 24 – para não mencionar outros casos alocados em outros artigos da CF¹⁰¹¹.

Alguns já eram casos de competência legislativa concorrente na égide da Constituição anterior (ex.: Direito financeiro, orçamento, educação, desporto etc.). Outros só foram abrangidos nessa seara com o advento da CF/1988, pois antes eram, por exemplo, de competência privativa da União (como legislação sobre florestas, caça e pesca), embora se admitisse, para alguns deles, legislação supletiva dos Estados (como assuntos concorrentes às juntas comerciais, produção e consumo)¹⁰¹².

Situação especial é a do Direito processual.

Tal como no regime passado, continua sendo matéria de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF). Mas determinados assuntos, que se imaginou pudessem ser isolados do Direito processual, passaram a ser de competência concorrente. Foi o que se deu com o procedimento em matéria processual e o processo do juizado de pequenas causas¹⁰¹³⁻¹⁰¹⁴. A ideia é que:

competência material comum. Há raras hipóteses de competência legislativa concorrente secundária cumulativa (ex.: poder de legislar sobre modo de dar cumprimento ao art. 23, I, CF). Já as competências concorrentes primárias podem ser cumulativas (ex.: exercício de competência estadual delegada), mas o destaque fica por conta das não-cumulativas, concentrada no art. 24 e 30, II, CF. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 123 e 124).

¹⁰¹⁰ Para Paulo Luiz Neto Lobo, não se trata propriamente de competência legislativa concorrente, que só fora efetivamente introduzida com a CF/1988. Trata-se de competência estadual só voltada para tratamento de lacunas e deficiências na legislação federal. (LOBO, Paulo Luiz Neto. *Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989, p. 93 e 94).

¹⁰¹¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais*. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, n. 100, 1988, p. 134.

¹⁰¹² O inverso também ocorreu. Registros públicos e tabelionatos (ressalvados seus emolumentos) eram matérias de competência concorrente que passaram a ser competência privativa da União (vide art. 24, X, e 236, § 2º, CF). (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 124). Outras mudanças também podem ser pontuadas, como se observa do aprofundamento no tema constante na obra de ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 125.

¹⁰¹³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 125.

Em tema de Direito Processual, a maior flexibilidade nos procedimentos deverá prestar-se à agilização da prestação jurisdicional, adaptando-se os aspectos formais do processo às necessidades e às particularidades do meio em que se exerce a jurisdição, o mesmo valendo dizer em relação ao processo do juizado de pequenas causas¹⁰¹⁵.

Tudo isso se observa dentro de um contexto de significativa ampliação do campo de atuação do legislador estadual, sendo esta mais uma temática que fica na dependência da iniciativa política dos Estados.

Interessante pontuar que, no Estado de São Paulo, com a elaboração da sua Constituição estadual em 1989, a Assessoria Técnica-legislativa do governo (parte da Procuradoria Geral do Estado), requisitou às secretarias uma listagem de matérias de suas respectivas áreas que demandassem legislação estadual integradora da eficácia da Constituição, elaborando projetos de lei.

Da secretaria de justiça advieram projetos de lei e, dentre eles, alguns sobre temas de competência concorrente supletiva do Estado.

Daí a elaboração de projeto em torno da criação de procedimentos judiciais mais ágeis, breves e de menor custo para demandas cujo objeto central fosse a proteção de direitos e liberdades fundamentais, na forma do art. 2.º da Constituição estadual.

Também se produziu, por exemplo, projeto de lei sobre assistência judiciária, tratando da fixação de honorários de advogados que não sejam defensores públicos, ao prestar assistência a necessitados (cf. art. 107 da Constituição de São Paulo).

Mas o Executivo paulista acabou não remetendo os projetos de lei para a Assembleia Legislativa¹⁰¹⁶.

Mais recentemente, veio à tona o Projeto de Código de Procedimentos em Matéria Processual do Estado de São Paulo, de autoria da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Foi divulgado em 27 de novembro de 2009 (Projeto de Lei n. 1258/2009), já tendo sido levado ao trâmite do Legislativo estadual e aprovado na CCJ¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ Quando o art. 24, X, CF, fala em juizados de pequenas causas, deve-se daí extrair que o Constituinte refere-se aos juizados especiais do artigo 98, I, CF, objeto de disciplina pela Lei n. 9099/95. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 127). Trata-se questão controversa e que, por isso, será mais detidamente analisada no capítulo seguinte.

¹⁰¹⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 127.

¹⁰¹⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 127 e 128.

¹⁰¹⁷ Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014.

Foi produto do trabalho de grupo constituído por iniciativa do deputado estadual Fernando Capez¹⁰¹⁸. Mas nasceu de sugestão do Prof. José Afonso da Silva, ao proferir palestra sobre as competências legislativas das unidades federadas, na Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em 19 de setembro de 2008¹⁰¹⁹.

Não se pode deixar de mencionar, também, o Projeto de Código de Procedimentos em Matéria Processual do Estado de Pernambuco (Projeto de Lei n. 1733/2013), cujo substitutivo final também já foi aprovado por unanimidade na CCJ da Assembleia Legislativa local¹⁰²⁰.

Iniciativas políticas como essas são raras, não só pela dificuldade de se segregar o que seria procedimental sem ser igualmente processual (matérias de resto inconfundíveis), como também pela complexidade que envolve a tarefa de diferenciar normas gerais, que só podem ser federais, das suplementares e supletivas, únicas que podem ser produzidas em plano estadual (ou distrital)¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ Segundo CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Das Normas gerais**. Belo Horizonte, Forum, 2010, p. 80 e 81.

¹⁰¹⁹ Conforme justificativa constante no projeto citado (Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014).

¹⁰²⁰ Disponível em <<http://www.alepe.pe.gov.br/paginas/?id=3598&legislatura=&doc=685C4FC708FA41B203257D32004CC69F&paginapai=3576>>. Acesso em 29 set 2014.

¹⁰²¹ O art. 30, II, CF, inclui o Município nessa partilha horizontal e concorrente de poderes, cabendo-lhe complementar leis federais e estaduais naquele contexto, para atender interesse local. Em que pese haver quem diga que é competência administrativa, para regulamentar leis, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho. (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 212), a melhor interpretação é de que é caso de competência legislativa. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139). Mas qualquer nota a mais sobre o assunto é despicienda para os fins desse trabalho, pois não há uma jurisdição municipal que se exerça por processo municipal que justifique uma legislação complementar do Município sobre a matéria. E o Município não pode normatizar o instrumento de exercício de funções atribuídas a outros entes da federação. Seria, assim, “sem propósito que a lei municipal suplementasse a legislação estadual atinente (...) à organização da justiça estadual”. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139) ou o processo respectivo. Não custa informar, todavia, que Carlos Ari Sunfeld adota visão diversa. Para o autor, o Município não teria poderes equivalentes aos dos Estados sobre matérias do art. 24, CF, até porque não foi nesse dispositivo referido. O Município ficaria vinculado às normas gerais federais e normas suplementares estaduais. Essa competência do Município refere-se, por exemplo, à suplementação das normas gerais de licitação e contratos administrativos, de competência privativa da União. Os Municípios só poderiam complementar normas gerais federais e normas suplementares estaduais quando se tratam de regras fixadas em competência concorrente que interfiram na atividade administrativa municipal nos limites do que lhe foi assegurado pela CF. Por exemplo, proteção do patrimônio histórico-cultural é tema de competência concorrente, na forma do art. 24, VII, mas que pode ser suplementada por Município por força do art. 30, IX. (SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 277).

3.3 Identificação de normas gerais e suplementares.

3.3.1 Colocação do problema.

A competência legislativa concorrente pressupõe duas esferas paralelas e não cumulativas de atuação. De um lado, a esfera federal, em que se atribui à União o poder de centralizar e uniformizar o tratamento da matéria, com estabelecimento de normas gerais. De outro, a esfera estadual (e distrital), em que se reserva aos Estados o poder de diversificar e particularizar o seu regramento, com a produção de normas estaduais suplementares ou supletivas.

O objetivo é estabelecer legislação homogênea e nacional para aquilo que é essencial, com normas gerais, e, junto a isso, preservar o cabimento de legislação estadual (ou distrital) para aquilo que é acidental e próprio dos Estados e Distrito Federal. A uniformidade federal, obtida com essas leis gerais, evita e contém exageros na diversificação normativa que coloquem em xeque a unidade e coesão federativa¹⁰²².

O primeiro grande problema que se apresenta é o de definir o que seriam normas gerais e como identificá-las com mínimo de precisão.

É imprescindível diferenciar normas gerais daquelas que não o sejam. Isso porque, a princípio, as normas gerais deverão ser exclusivamente federais e as suplementares, estaduais. União, Estados e Distrito federal devem ficar adstritos às suas respectivas atribuições, sob pena de, extrapolando-as, incorrer em inconstitucionalidade formal por vício de competência¹⁰²³.

As normas gerais já eram mencionadas na Constituição de 1934, mas é diante da previsão de normas gerais de Direito financeiro no art. 6º, XV, “b”, da Constituição de 1946, que desperta a doutrina, sobretudo do Direito financeiro e tributário, para a necessidade de compreendê-las¹⁰²⁴.

A necessidade de uma análise sistemática e profunda do tema observou-se, inicialmente, entre tributaristas, razão pela qual passaram a ser consideradas de leitura

¹⁰²² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 100, 1988, p. 158; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 128.

¹⁰²³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 128 e 129.

¹⁰²⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129.

indispensável as obras de Carvalho Pinto¹⁰²⁵, tido como o pioneiro, e daqueles que o seguiram, Rubens Gomes de Souza¹⁰²⁶ e Geraldo Ataliba¹⁰²⁷⁻¹⁰²⁸.

Entretanto, de suma relevância lembrar que a proposta de atribuir à União a competência para tratar de normas gerais de Direito Financeiro adveio de Aliomar Baleeiro.

Aliomar Baleeiro, confessadamente, sugeriu falar-se em “normas gerais” sem ter um sentido para a expressão em mente. O objetivo era conseguir textualizar uma proposição normativa que nacionalizasse a legislação sobre a matéria, sem assombrar os mais fervorosos adeptos da descentralização e preservação da autonomia estadual. Sua batalha era alinhar um acordo político, vencendo resistências nesse contexto.

Por essa razão, Rubens Gomes de Souza, membro da Comissão responsável pelo Projeto de Código Tributário Nacional, conclui:

o importante era introduzir na Constituição a ideia; a maneira de vestir a ideia, 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 de competência atribuída, mas em termos que nem ele próprio, Aliomar, elaborara ou raciocinara. Era o puro compromisso político. E a partir dessa política, juridicamente espúria, nós tivemos uma enorme produção bibliográfica, que até hoje continua a respeito do que sejam normas gerais¹⁰²⁹.

Os percalços encontrados pela doutrina são visíveis¹⁰³⁰ e serão aqui examinados. Afinal, imprescindível é preservar a esfera de legiferação dos Estados-membros e do Distrito Federal, com o advento do CPC-2015, reconhecendo-se que só pode ter aplicação integral e irrestrita para processos que tramitem na Justiça Federal, já que, para os processos que tramitem na Justiça Estadual, só serão aplicáveis normas gerais, de caráter e

¹⁰²⁵ PINTO, Carlos Alberto de Carvalho. **Normas gerais de direito financeiro**. Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 24 ss.

¹⁰²⁶ SOUZA, Rubens Gomes de. Normas Gerais do Direito Financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 37, 1954, p. 12-34.

¹⁰²⁷ ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 10, 1969.

¹⁰²⁸ Informação de GONZALEZ, Alice Borges. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 33.

¹⁰²⁹ SOUSA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 17 e 18.

¹⁰³⁰ Como se depreende das seguintes obras: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 189 e 190; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 166 ss.; PINTO, Carlos Alberto Carvalho. **Normas gerais de direito financeiro**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 25, 41-43; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 127 e 128; FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 90, São Paulo: 1995, p. 249 e 250; com excelente apanhado doutrinário sobre o tema: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, n. 100, 1998, p. 159; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Das Normas gerais**. Belo Horizonte, Forum, 2010, p. 57-60.

abrangência nacional¹⁰³¹, deixando-se aos Estados federados os detalhamentos que atendam às necessidades da população local. É o que se espera da primeira codificação processual elaborada após a CF/1988.

Tomando como premissa ter-se adotado um federalismo cooperativo¹⁰³², que impõe interação e colaboração coordenada e recíproca dos entes federativos¹⁰³³ e, pois, a necessidade de uniformização na disciplina de certos interesses, imperioso distinguir as normas gerais das não-gerais, para que cada centro de poder seja exercido dentro de limites previamente postos, evitando a inconstitucionalidade da lei editada em razão da incompetência do órgão produtor.

3.3.2 Propostas de solução. Critérios de distinção das normas gerais e suplementares.

3.3.2.1 Critério genético e material.

Diferentes critérios são construídos pela doutrina para definir as normas gerais¹⁰³⁴: alguns, *por exclusão*, dizendo ser geral o que não é suplementar (ou não-geral); outros, *por definição* dessa generalidade.

Inicialmente, pode ser mencionado um critério que soa de somenos importância, pois sem base interpretativa aceitável. É aquele proposto por José Cretella Junior.

O autor elege um *critério genético e material* (quanto à *origem e ao conteúdo*), sustentando ser geral tudo aquilo que se origine de lei federal e verse sobre as matérias em torno das quais o Constituinte só admita normatização dessa natureza (ex.: art. 24, CF). Assim, assevera que:

¹⁰³¹ Concretizando-se o que profetizava e almejava Paulo Lôbo ao asseverar que “a manutenção dos atuais Códigos de processo nacionais será um obstáculo: poderão ser entendidos como ‘normas gerais’, quanto aos procedimentos, inibindo a iniciativa dos Estados, embora não proibindo sua criatividade, nessa matéria. Afinal, o que não for entendido como pressupostos, requisitos essenciais, poderão ser alterados pelos Estados-Membros, no âmbito do que se constituam normas especiais, não prevalecendo as normas antigas”. (LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989, p. 101). Também manifesta preocupação com o problema, ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. **Revista do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal**, Brasília, n. 13, 2011, p. 186.

¹⁰³² BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 89.

¹⁰³³ Como desponta, inclusive, dos arts. 1.º e 3.º, CF, e da exigência de solidariedade, diminuição das desigualdades regionais, bem como a garantia de desenvolvimento nacional.

¹⁰³⁴ Para uma lista didática das definições, NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 100, 1998, p. 149 e 150.

normas gerais são leis federais que o legislador entende como tais, discricionariamente, desde que assim rotuladas taxativamente pela Constituição e, em especial, sobre as matérias do art. 22, incisos XXI, e XXVII. Qualquer lei federal sobre ‘licitação e contratação’ é, em 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 promulgada, em projeto ou em discussão¹⁰³⁵.

Já a lei estadual suplementar – alcunhada pelo autor de “especial” – teria como papel preencher lacunas e funcionar como um regulamento, sem construir um novo direito ou preterir direitos existentes¹⁰³⁶.

Não conta o autor, contudo, com a possibilidade de uma lei *federal* produzir inconstitucionalmente norma suplementar sobre *matérias* constantes no art. 24 ou 22, XXI e XXVII, CF, por exemplo, para atender necessidade de dada localidade, invadindo esfera de competência legislativa estadual. A origem da norma é federal e a matéria tratada é de competência concorrente dos entes federativos, mas, ainda assim, a norma produzida não é geral.

Dessa forma, jamais será a origem da lei (federal ou não) ou a sede constitucional do tema nela tratado (como arts. 24 ou 22, XXI e XXVII) que definirá sua natureza geral ou suplementar.

Outros critérios, contudo, revelam maior pertinência e consonância com o quadro normativo constitucional. E sugerem noções que contribuem para a distinção pretendida – em que pese não estejam a salvo de críticas.

3.3.2.2 Critério da extensão subjetiva e/ou objetiva.

Há quem se valha do *critério da extensão subjetiva e objetiva da matéria*. É a clássica e pioneira visão de Carlos Alberto de Carvalho Pinto. Para o autor, seriam normas gerais aquelas cuja extensão visa alcançar amplamente os sujeitos públicos, em suas relações em geral (em termos subjetivos), e as mais variadas situações ou institutos da mesma espécie, em seus aspectos fundamentais (em termos objetivos), sempre respeitada a autonomia dos Estados-membros (e outras unidades parciais)¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. 2 ed. V. 3. São Paulo: Forense universitária, 1991, p. 1581.

¹⁰³⁶ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. 2 ed. V. 3. São Paulo: Forense universitária, 1991, p. 1580 e 1581.

¹⁰³⁷ Carlos Alberto de Carvalho Pinto faz uma proposta *por exclusão*. Diz não serem gerais aquelas normas que afetam parcela de entes públicos congêneres (um ou alguns), que figurem em certos vínculos jurídicos; que se

Décadas depois, Eduardo Cambi¹⁰³⁸ propôs visão que também perpassa pelos campos subjetivo e objetivo, ainda que de modo sutilmente mais restrito. Subjetivamente, entende que a norma geral é aquela dirigida a todos os entes federativos, operando-se a nível nacional – não sendo geral, mas simplesmente federal, portanto, aquela que só se dirige à União. Em que pese negue uma ótica objetiva, o autor acaba por dizer que normas gerais devem tratar de aspectos essenciais das matérias disciplinadas, estabelecendo “diretrizes e bases nacionais”, sem invadir autonomia dos Estados-membros.

O critério da extensão subjetiva não é lá muito seguro para fins de identificação do significado da norma geral. Isso porque não se cogita que se discipline por norma geral federal instituto, fato ou situação que, por natureza, não se observe em todos os três planos da federação brasileira (federal, estadual e municipal), mas só em um ou dois deles, sem que isso afaste o caráter de generalidade da norma. É o que se dá com a competência concorrente da União para firmar normas gerais sobre procedimento em matéria processual (art. 24, XI, CF) e o processo dos juizados (art. 24, X, CF). Regra-se genericamente, aí, instituto (processo e procedimento jurisdicional) que só atua no plano federal e estadual. Não há justiça municipal. Mas nem por isso a norma deixa de ser geral¹⁰³⁹.

Será útil o critério se considerar-se que a norma geral é aquela que se dirige nacionalmente a todas as unidades federativas em que o instituto, fato ou situação atue e seja pertinente.

Fato é que muitos autores focam na *extensão objetiva*, para enxergar generalidade ou não na norma, a partir da fundamentalidade ou não do seu conteúdo.

Assim, seriam normas gerais aquelas que tratam daquilo que é fundamental em torno da matéria¹⁰⁴⁰, estabelecendo princípios, diretrizes básicas, linhas fundamentais e

refiram a determinados contextos jurídicos (um ou alguns estados/situações ou categorias jurídicas sem abranger outros afins); e aquelas que detalhem e tratem de minúcias de uma situação, sem abordar o que é básico e essencial. É visão considerada clássica e inaugural esta de que normas suplementares miram uma ou algumas pessoas jurídicas de direito público, uma ou algumas situações ou institutos, descendo a detalhes que se distanciem das noções básicas e fundamentais. (PINTO, Carlos Alberto de Carvalho. **Normas gerais de direito financeiro**. Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 28 ss. e 41-43). Partindo de critério subjetivo e objetivo e com visão próxima, FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências Federativas**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 235-237. Mas Juraci Mourão não acredita em definições apriorísticas da categoria.

¹⁰³⁸ CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 09 e 10.

¹⁰³⁹ SOUZA, Rubens Gomes de. Normas Gerais do Direito Financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 37, 1954, p. 14.

¹⁰⁴⁰ Carlos Alberto de Carvalho Pinto foi criticado por Rubens Gomes de Souza, que repudiou a possibilidade de uma definição apriorística de normas gerais, traçando diretrizes que permitam compreendê-las. Percebe-se, contudo, ser mais um autor (Rubens Souza) preso à essencialidade e fundamentalidade do que será disciplinado. Assim, destaca, no entendimento do que seja norma geral, a necessidade de que: *i*) a competência concorrente geral esteja explícita ou implícita na Constituição e seja plenamente exercida (em extensão e profundidade), realizando integralmente o comando constitucional, sem apego a uma definição apriorística de normas de

nacionais que dão o norte para a sua regulação¹⁰⁴¹. Segundo Cláudio Pacheco, é o caso daquelas que versam sobre “estrutura, plano e orientação”¹⁰⁴²⁻¹⁰⁴³. Ou, na visão Diogo de Figueiredo Moreira Neto, seriam as que portam “declarações principiológicas” com orientações e diretrizes nacionais sobre o tema, que limitam atuação de seus destinatários¹⁰⁴⁴. Sugerindo, ainda, Carlos Ari Sunfeld, sejam aquelas que, sem tratar de temas particulares ou contingentes, instituem princípios, deveres básicos e instrumentos a serem empregados administrativamente¹⁰⁴⁵. Ainda há Alice Gonzalez Borges, que, partindo da visão de clássicos,

conceituação e normas de detalhamento; *ii*) observe-se, no contexto da normatização geral, a disciplina do que seja *essencial* à realização integral da norma constitucional de competência; *iii*) que isto se dê sem eliminar ou dificultar o exercício da competência suplementar no plano estadual ou municipal (ou até mesmo sua competência exclusiva explícita ou implícita) nos casos em que essa diversidade normativa não se desafine com a realização integral no comando constitucional (SOUZA, Rubens Gomes de. Normas Gerais do Direito Financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 37, 1954, p. 14-17).

¹⁰⁴¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1 v., 1997, p. 189 e 190; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179 e 1980, 1990, p. 09. Diz José Afonso da Silva, com definição afim (porém mais ampla), que seriam “normas de leis”, “direito sobre direito”, com esses princípios e balizas que norteiam e enquadram atividade legislativa de todos os entes da federação, com generalidade de aplicação e conteúdo. (SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 78 e 79). Na linha de José Afonso da Silva, encontra-se Hely Lopes Meirelles, que acrescenta que tais normas devem também prevenir potenciais conflitos de tarefas entre entes federativos (como disse antes Geraldo Ataliba, cuja visão será adiante analisada) com comandos aplicáveis em todo território brasileiro. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Urbanístico – Competências Legislativas. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 73, 1985, p. 98; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 438).

¹⁰⁴² PACHECO, Cláudio. **Tratado das Constituições brasileiras**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1958, 2 v., p. 255.

¹⁰⁴³ Para Raul Machado Horta, “uma lei quadro, uma moldura legislativa”. (HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 65; HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 419 e 420). Nessa linha, o Min Carlos Velloso já disse ser “moldura do quadro a ser pintado” por entes parciais periféricos (STF, Pleno, ADI n. 927/MC, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 03.11.1993, publicado no DPJ de 11.11.1994). Mas a verdade é que o STF não definiu, em essência, o que seja norma geral, firmando seu entendimento caso a caso, sem uniformidade. (FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências Federativas**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 238).

¹⁰⁴⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 100, 1998, p. 159. Vale conferir o excelente apanhado que o autor faz sobre o tema. Nessa linha, BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 135 e 136; LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989, p. 98. Para Diogo Neto, as normas gerais não seriam propriamente princípios, mas um meio-termo entre princípios (que são generalíssimos) e as chamadas normas particularizantes. A norma geral “coparticipa” da natureza principiológica, explica, por estabelecer diretrizes no plano de questões fundamentais. Mas o autor não se furta em seguir pontuando o que as diferencia (normas gerais) dos princípios (que não podem ser particularizados), partindo de critérios e premissas bem distintas daquelas adotadas no capítulo inicial desse trabalho. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 100, 1998, p. 154 e 155).

¹⁰⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 277. Estariam fora desse campo geral, diz o administrativista, regras sobre prazos, competência para determinados atos, fixação de valores de multas, detalhamento procedimental etc. Contrária o que pensa, contudo, o fato de encontrar-se, por exemplo, toda uma unificação de prazos, valores de punições e regras de competência no CPC, amplamente aplicáveis não só no plano federal, como também no estadual. Até a CF disciplina competência. Não se vê problema em tais matérias serem objeto de normas gerais, se forem

diz serem aquelas que se atêm ao mínimo necessário para viabilizar cumprimento de preceitos da Constituição (que devem ser plenamente realizados), com a maior generalidade (de aplicação e conteúdo) e abstração possíveis, atuando como diretrizes para o legislador regional atuar¹⁰⁴⁶.

As normas não gerais consistiriam, por sua vez, naquelas que descem a detalhes e minúcias¹⁰⁴⁷, com caráter particularizante e específico, visando adequar o que foi genericamente disposto (como princípios, diretrizes e lineamentos nacionais) às necessidades e peculiaridades daquela região (cf. art. 24, § 3º, CF)¹⁰⁴⁸.

Agora, é impositivo que essas especificidades sejam firmadas respeitando diretivas nacionais sobre o tema e visando a sua incidência imediata no contexto das situações mais concretas a que se destinam, daquele determinado território, em que vive e convive aquele povo¹⁰⁴⁹.

Trata-se de critério que pode e deve ser considerado na definição da norma geral e suplementar, mas não sem ressalvas.

De um lado, a disposição de norma geral não se restringe a definir, por exemplo, diretrizes gerais ou declarações principiológicas. Não há só princípios gerais; há

passíveis de uniformização para todas as ordens parciais em todo território nacional. O que se deve respeitar é que necessidades regionais e locais podem justificar que sejam reservadas ao legislador estadual, em atividade de suplementação ou suprimento. Por exemplo, prazos muitos curtos que exijam trânsito entre comarcas (como o do art. 1.015, §2.º, CPC), devem ser objeto de disciplina em cada Estado, que sabe das suas distâncias e eventuais dificuldades de locomoção; já o prazo para interposição de recurso em órgão que esteja na mesma localidade em que processo tramita (como o prazo para embargos de declaração) não gera, a princípio, essa preocupação.

¹⁰⁴⁶ BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 44-46. Acolhe sua visão, STF, Pleno, ADI n. 927/MC, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 03.11.1993, publicado no DPJ de 11.11.1994; SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. A competência constitucional para legislar sobre processo e procedimentos. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, n. 13, 2008, p. 124 e 125.

¹⁰⁴⁷ PINTO, Carlos Alberto de Carvalho. **Normas gerais de direito financeiro**. Prefeitura do Município de São Paulo, 1949, p. 41; BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 46; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitações. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 83, 1987, p. 27; CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 09; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 135 e 136.

¹⁰⁴⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 189; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativa**, Rio de Janeiro, n. 179 e 1980, 1990, p. 09. Seriam aquelas que especificam, instituem soluções ou caminhos alternativos, concretizam ritos, estabelecendo e pontuando serviços, atividades, e requisitos ou modalidades especiais de atuação etc. (PACHECO, Claudio. **Tratado das Constituições brasileiras**. V. 2. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1958, p. 256). Ou simplesmente as que preenchem a moldura da lei geral federal, conformando-a às peculiaridades locais. (HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 65; HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 419 e 420).

¹⁰⁴⁹ Cf. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, n. 100, 1998, p. 159.

regras gerais, inclusive em maior quantidade – que muitas vezes minudenciam uma disciplina de ordem nacional.

Basta pensar em todas as regras do CPC sobre atos a serem praticados em procedimento executivo (penhora, arresto, alienação por iniciativa particular etc.) que definem imediatamente comportamentos a serem adotados, com previsão de requisitos e consequências específicas, mas a serem observados homogeneamente nas jurisdições federais e estaduais (onde se apliquem normas processuais civis). Isso vai muito além de instituir meras orientações ou diretrizes. São enunciados dos quais decorrem regras determinadas e precisas de comportamento diretamente exigidas dos sujeitos do processo.

De outro, inevitável reconhecer que há casos em que a União legisla plenamente e com detalhamento¹⁰⁵⁰, por dispositivo de norma que nem é geral, por só tratar de interesse da União, i.e., de pessoas, bens e situações a ela vinculadas ou relacionadas; nem é suplementar, por não ser estadual (ou distrital). *São simplesmente normas federais.*

É o que ocorre quando os enunciados normativos criados se referem à atuação da administração ou jurisdição federal¹⁰⁵¹. Por exemplo, cabe ao Estado (e DF) produzir normas sobre processos em juizados (arts. 24, X, CF) que complementem o regramento genérico do exercício desta sua jurisdição estadual. Mas quando se trata de jurisdição federal (relativa ao juizado federal), o processo a ser ali empregado, só poderá ser disciplinado, em todos os seus aspectos (gerais e específicos), pela União. O interesse em questão é federal – e, não, estadual ou municipal -, consistindo em jurisdição que se exerce em todo território do país e para toda sua população¹⁰⁵².

Carlos Ari Sunfeld traz mais um exemplo relativo à legislação orçamentária (art. 24, II, CF). Reconhece que, se os orçamentos estaduais e municipais se produzem com base na legislação federal geral e, também, em leis suplementares do ente federativo respectivo, o orçamento federal não pode ser realizado apenas com base em lei federal geral, que só contenha enunciados normativos gerais da União. Por isso, conclui, a União acaba sendo forçada a produzir para si “normas suplementares” de orçamento, para que cumpra sua tarefa orçamentária devidamente: “(...) a União edita tanto normas gerais como normas

¹⁰⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 276 e 277.

¹⁰⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 277.

¹⁰⁵² Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas identifica essa questão. E diz que nesses casos em que a União também desce a pormenores a disposição normativa respectiva só será vinculante para a própria União e as entidades a ela vinculadas. (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 209).

suplementares. Porém só as normas gerais são nacionais – vinculando o Poder Público federal, estadual e municipal¹⁰⁵³”.

Já Alice Gonzalez Borges justifica a situação afirmando que essas seriam leis federais não gerais pela falta de abrangência nacional, pois só se referem à ordem da União (e, não, a outras ordens parciais) - sem chegar a afirmar que seriam, por essa razão, suplementares¹⁰⁵⁴, até porque, só se atribui “competência suplementar” aos Estados (cf. art. 24, §2.º, CF).

Por isso, o que se pode dizer é que leis federais produzidas no exercício de competência concorrente da União podem conter enunciados normativos gerais (ditos por alguns “nacionais”), bem como enunciados normativos não gerais (só federais), específicos para a União, é dizer, para pessoas, bens e situações que a ela se refiram, o que torna ainda mais confusa a identificação dessas espécies normativas¹⁰⁵⁵.

Além disso, é possível e até mesmo recomendável que os Estados e o Distrito Federal, ao produzirem uma lei suplementar, reproduzam, ou ao menos se refiram, ao enunciado normativo geral que se está ali complementando, à luz dos interesses e necessidades daquela localidade. É uma medida de organização e sistematização legislativa, que facilita sua interpretação e aplicação – o que afasta qualquer argumentação formalista no

¹⁰⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional das Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 277.

¹⁰⁵⁴ BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 41 e 42. Geraldo Ataliba é quem anuncia que a norma geral é contida em lei nacional, que é aquela que alcança todas as pessoas políticas da federação, esclarecendo que não se confunde com lei federal que se atém à União. Fala, assim, em uma dupla atuação do Congresso brasileiro, como Legislativo nacional (para normas gerais para todos os entes federativos) e como Legislativo federal (para normas circunscritas à atuação da União). Difícil é, contudo, distinguir as leis nacionais gerais das leis federais, na medida em que advém de um mesmo órgão, um mesmo processo produtivo, podendo acomodar-se em um mesmo diploma. (ATALIBA, Geraldo. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 53 e 54, 1980, p. 61 e 62). Assim, CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998, p. 08 e 09; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129 e 130. José Cretella Jr. reconhece essa realidade, mas critica a terminologia “lei federal nacional” por ser pleonástica e também porque, quando em confronto com as leis simplesmente federais, percebe-se não serem dotadas tais leis de natureza diversa nem se colocarem em níveis distintos. A diferença entre “lei federal nacional” (que o autor prefere chamar de “lei federal geral”) das demais leis (segundo o autor “leis federais especiais”) encontra-se na abrangência dos seus destinatários (pessoas, bens e situações que regula) - no primeiro caso seriam todos em todo território nacional e no segundo só uma categoria de pessoas. O autor dá como exemplo de lei federal não geral (dita especial) aquela que regra os funcionários públicos ou bens da União, por exemplo, não extensível a funcionários ou bens públicos dos Estados ou Municípios. (CRETILLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. 2 ed. V. 3. São Paulo: Forense universitária, 1991, p. 1443-1447).

¹⁰⁵⁵ Constatação de BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 41; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 133. Fernanda Almeida acusa ser ainda mais árdua a tarefa de distinção em razão da “ausência de vetor constitucional sobre a forma de apresentação dessas normas, que muitas vezes aparecem junto com normas específicas no mesmo diploma legal”.

sentido de que repetir enunciado de norma geral da União seria invadir sua competência e incorrer em vício de inconstitucionalidade¹⁰⁵⁶.

Existem, ainda, outras propostas de distinção, que se baseiam em critérios diversos.

3.3.2.3 Critério da profundidade.

Digno de menção é o *critério da profundidade* no tratamento da matéria, desenvolvido por Pontes de Miranda¹⁰⁵⁷, que indaga se este tratamento é *exaustivo*, abordando tudo que a ela se refira, ou não, portando regramento *limitado*.

Para o autor, são gerais as normas fundamentais que fixam diretrizes essenciais para o assunto, sem chance de abordagem legislativa exauriente ou viabilidade de codificação que o esgote. Logo, em contrapartida, só poderiam ser tomados como não gerais os diplomas normativos que a complementassem de modo exaustivo.

O problema dessa visão é que não há propriamente um trabalho legislativo exaustivo (federal e/ou estadual). Toda lei é porosa e nem tudo é previsto e cogitado abstratamente pelo legislador. Não há, assim, essa lei que possa ser definida como não geral por esgotar o regramento do assunto, ao complementar uma lei federal geral. É um critério inconsistente.

3.3.2.4 Critério de excepcionalidade (ou subsidiariedade).

Geraldo Ataliba trabalha, ainda, com um *critério de excepcionalidade (ou subsidiariedade)*, dizendo só incumbir à União estabelecer normas gerais em situações excepcionais – para atuar como mecanismo de garantia efetiva da harmonia entre pessoas políticas.

Só cabem leis federais ditas gerais naqueles casos em que não interfiram na autonomia local, no federalismo e na independência de poderes.

Ou seja, são cabíveis quando há necessidade de preencher omissões constitucionais, não passíveis de integração pela pessoa política interessada, bem assim para

¹⁰⁵⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 135. Para Cretella Jr., em contrapartida, a lei estadual que repete a lei federal é inconstitucional (CRETILLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988**. 2 ed. V. 3. São Paulo: Forense universitária, 1991, p. 1579).

¹⁰⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 169.

prevenir um atrito entre entidades federativas, na presença de espaços constitucionais em aberto que não possam ser preenchidos por ordens parciais¹⁰⁵⁸.

Assim, fixa o autor o que considera um princípio rígido de que:

[...] tudo que possa ser disciplinado por lei simplesmente federal (na esfera da União), estadual (na esfera do Estado) ou municipal (no âmbito do Município), *sem manifesto e palpável perigo de atrito ou usurpação de competência alheia, não pode absolutamente ser objeto de norma geral*¹⁰⁵⁹.

Parece ser um critério parcialmente próximo àquele proposto por Tércio Ferraz Sampaio¹⁰⁶⁰, ao menos na sua perspectiva teleológica (da dimensão do interesse a ser atendido).

3.3.2.5 Critério lógico e teleológico. A dimensão do interesse a ser atendido.

Para Tércio Ferraz Sampaio¹⁰⁶¹, em perspectiva *lógica*, a generalidade pode ser entendida quanto aos seus destinatários e quanto ao seu conteúdo – o que remete à análise originariamente proposta em doutrina da extensão subjetiva e/ou objetiva da norma.

Quanto aos seus *destinatários*, a norma geral (ou universal) é aquela que se aplica a todos indiscriminadamente; a particular (ou especial) é a aplicável a uma coletividade ou classe determinada; a individual, a um único destinatário.

Quanto ao seu *conteúdo*, a norma é geral quando se referir a todos os casos (fatos geradores) daquele tipo; particular se só se remete a uma parcela deles; singular se limitada a um caso isoladamente.

Tércio Ferraz Sampaio percebe que essa análise lógica até contribui, permitindo que se diga que norma geral é que estabelece princípios e diretrizes fundamentais para todos os casos e indistintos destinatários. Não seria, contudo, suficiente para resolver o problema.

Necessária se faz interpretação *teleológica*, que se volte para a consideração do *interesse predominante* na estrutura federativa.

Conclui, assim, que deve ser objeto de normatização geral tudo aquilo que extrapole os limites dos interesses de um só ente federado - municipal ou estadual, pois -, seja

¹⁰⁵⁸ ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 10, 1969, p. 52, 61 e 70-73.

¹⁰⁵⁹ ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 10, 1969, p. 70.

¹⁰⁶⁰ FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 90, São Paulo: 1995, p. 248-250.

¹⁰⁶¹ FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 90, São Paulo: 1995, p. 248-250.

por representar interesse comum de todos os entes federados, seja pela necessidade de evitar desarmonia ou dificuldades de interação federativa que possam decorrer de regramentos particularizados¹⁰⁶².

Já no que diz respeito à normatização suplementar e, pois, particular, explica que:

isto nos leva a concluir que a competência suplementar não é para a edição de legislação concorrente, mas para a edição de legislação decorrente, que é uma legislação de regulamentação, portanto de normas gerais que regulem situações já configuradas na legislação federal¹⁰⁶³.

Essa última, sem dúvidas, é a visão mais acertada e compatível com os propósitos da Constituição e que serve de inspiração para o posicionamento aqui firmado.

3.3.3 Critério adotado (ecclético).

Para definição do que seja norma geral e suplementar, necessário considerar seu objeto (conteúdo), seus sujeitos (destinatários) e seus fins (interesse a ser atendido).

Em termos *objetivos* e *subjetivos*, a norma geral é aquela que se traduz em princípios e regras comuns para todos os casos (fatos e situações) daquela espécie e indistintos destinatários, sem restrição territorial ou demográfica.

Por exemplo, a regra de que a petição inicial de uma demanda deve conter “os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número no cadastro de pessoas físicas ou no cadastro nacional de pessoas jurídicas, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu” (art. 317, II, CPC) é comum aos processos federais e estaduais, independentemente de quem sejam seus sujeitos, em todo território nacional.

Em termos *teleológicos*, é necessário definir qual o interesse predominante na disciplina da matéria (regional ou nacional).

Assim, a norma geral é aquela que trata de todo o necessário para atender interesse *nacional* na matéria, isto é, aquele interesse que diga respeito a mais de um ente federativo e que exija tratamento uniforme, em todo o território brasileiro, para toda população e todas as ordens parciais (inclusive a central/federal).

¹⁰⁶² FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 90, 1995, p. 249 e 250.

¹⁰⁶³ FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo: 1995, v. 90, p. 250.

Isso pode ocorrer quando: *i*) o interesse é compartilhado por todos os entes federativos ou, quando; *ii*) não sendo por eles compartilhado, refere-se a alguns ou muitos deles, impondo-se tratamento homogêneo para afastar divergências ou complicações nos contatos interestaduais que poderiam advir de distintas disciplinas locais sobre o tema.

Partindo do mesmo exemplo dado acima (art. 317, II, CPC), é fácil visualizar ser interesse compartilhado por todas as unidades federativas (central e periféricas) e suas respectivas justiças, que os processos que ali tramitem contenham a qualificação completa daqueles que são partes, por variadas razões, como identificar e individualizar a demanda para fins de determinação, no plano nacional, de fenômenos como a conexão, a coisa julgada, a litispendência, o foro competente, dentre outros.

Dito isto, resta à lei estadual ou distrital a suplementação daquilo que fora genericamente estabelecido na lei federal, destrinchando-a e regulamentando-a em nível regional.

Essas disposições normativas suplementares são aquelas voltadas objetiva e subjetivamente a uma parcela dos casos (fatos e situações) daquela espécie que envolvem certo agrupamento de destinatários. Além disso, são elaboradas para atender a interesse local ou regional (não-nacional), atinente à respectiva população, daquele território, da ordem parcial implicada. A ideia é adequar o regramento geral à realidade ali vivida, sem gerar prejuízo ou dificuldades práticas com essa legislação fracionada¹⁰⁶⁴⁻¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴ Sergio Bermudes, a propósito, sustenta que a CF/1988, ao determinar que a União limitar-se-á editar normas gerais, não estaria propriamente restringindo a sua esfera de competência às normas genéricas, no sentido de normas que só construam institutos e estabeleçam princípios. Na verdade, diz, o objetivo é só vedar que a União produza enunciados normativos específicos e particulares para determinados territórios, afinal, o Estado-membro está muito mais habilitado a identificar e propor soluções para seus próprios problemas. (BERMUDES, Sérgio. Competência Legislativa Concorrente sobre Procedimentos em Matéria Processual. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, 1994, p. 49).

¹⁰⁶⁵ Daí o STF considerar inconstitucional lei estadual complementar de São Paulo (Lei n. 10.813/2001) que impunha naquele Estado restrições a atividades diversas em torno de *amianto*, por ser prejudicial à saúde, tendo em vista os reflexos que essa lei local provocaria na economia do Estado de Goiás, onde fica a maior reserva natural da sobredita matéria-prima (o amianto). Entendeu que o interesse na questão é nacional, não havendo justificativa para que o Estado de São Paulo desse tratamento próprio e diferenciado, havendo lei federal em vigor (Lei n. 9055/1995). (STF, Pleno, ADI n. 2656/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 08.05.2003, publicado no DPJ de 01.08.2003). O que chama atenção no julgado é que sua análise foi formal, concluindo que, porque o tema foi tratado em lei federal geral e repercutiu em outros entes federativos, não poderia ser objeto de tratamento diverso em lei estadual complementar. Isso, independentemente da matéria em consideração. Entretanto, a mesma questão voltou a julgamento do STF em 2008, em razão do advento de outra lei paulista, e o posicionamento majoritário (não-unânime) do Plenário do STF foi pela constitucionalidade da lei. Partiu-se de análise realizada sob prisma material, para firmar entendimento de que, mesmo havendo lei federal geral admitindo manejos diversos de amianto, a lei estadual que o veda deve prevalecer por tutelar a saúde da sua população, valor constitucional a ser prestigiado em situações deste viés. (STF, Pleno, ADI MC n. 3937/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 04.06.2008, publicado no DPJ de 09.10.2008). (FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências Federativas**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 253-255). A conclusão é que, havendo razão material e axiológica relevante, pode lei estadual complementar contrariar lei federal geral, inclusive com repercussão em outras unidades federativas.

Nada impede, por exemplo, que lei estadual suplementar, para os processos da Justiça daquele Estado e seus figurantes, exija que, na qualificação da parte, constante na petição inicial, seja indicado seu RG e seu telefone, como objetivo de estabelecer identificação mais precisa da parte e do seu paradeiro e facilitar comunicações e interações processuais locais¹⁰⁶⁶.

Além disso, ao dizer-se que a União deve legislar plenamente, quando necessário para atender à demanda de regramento da sua administração ou jurisdição *federal*, por exemplo, isso não quer dizer que produziu enunciados normativos gerais ou suplementares. Suas normas, em que pese federais, não são gerais, porque não regram todos os casos (fatos e situações) daquela espécie e sujeito correlatos, para atender interesse respeitante a mais de um ente federativo no âmbito de todas as ordens parciais da federação (não atingindo a estadual, municipal e distrital). Só se referem à máquina administrativa e judiciária da União, afeta aos seus administrados e jurisdicionados. E não são suplementares, porquanto não atendam a interesse estadual, tampouco se voltem a tratar das particularidades de certos territórios. *São simplesmente federais*.

Cauteloso deve ser, ainda, o emprego do termo “geral” para definir esses enunciados normativos. Toda lei é portadora de enunciados normativos marcados pela generalidade – seja ela federal ou estadual suplementar. Nesse sentido, a disposição normativa legislativa é geral quando se refere a conduta universal e indiscriminadamente posta como prescrita – havendo, em contraposição, disposições normativas individuais (ex.: dispositivo de uma sentença), que se referem a uma conduta específica e individualmente considerada prescrita¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁶ Outro exemplo. Observem-se as graves dificuldades que a diversidade legislativa poderia gerar no deslocamento automotivo nas estradas brasileiras se cada Estado ou Município deliberasse sobre os combustíveis que poderiam ou não ser comercializados e usados em seu território. Por isso, essa tem que ser matéria de lei federal geral/nacional (art. 238, CF). (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141 e 142).

¹⁰⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 10 e 11. Mas o “direito geral” é expressão polissêmica. Há outros sentidos possíveis, falando-se em: a) direito geral como aquele incidente em todo território nacional (ex.: direito federal) em contraposição ao direito particular ou local que se refere a uma parte do território (ex.: direito estadual ou municipal); b) ou o direito geral (ou comum) como o que trata de todas ou de grupo vasto de relações travadas no seio da sociedade (ex.: direito civil), enquanto o direito especial cuidaria de uma parte ou de grupo restrito de relações (ex.: direito de família); c) ou, ainda, o direito geral como o aplicável a todas as pessoas e relações indiscriminadamente, distinguindo-se do direito particular ou excepcional instituído para uma certa classe de pessoas ou situações a título de exceção (ex.: as restrições da capacidade para litigar em processo de juizados em relação ao processo em geral). (GROPALI, Alessandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 43-45). Só considera o uso do termo norma geral na primeira acepção, JACQUES, Paulino. **Da Norma Jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 52 e 53).

A generalidade a que se refere o Constituinte ao instituir a competência legislativa concorrente é aquela subjetiva e objetivamente determinada mas, sobretudo, condicionada pelo interesse a ser observado.

A lei é tomada como veículo de enunciados normativos gerais quando venha atender a um interesse de dimensão nacional, que alcance território e população de mais de um Estado federado, assegurando-se homogeneidade de tratamento e evitando atrito na interação federativa. Seu contraponto não é a individualidade normativa, mas, sim, a sua complementaridade, que é uma busca normativa de regulamentação, desdobramento normativo, adaptação e modelagem do quanto genericamente disposto no plano federal ao plano estadual, atendendo a casos (fatos e situações) particulares de coletividade de destinatários, no contexto de certo território da ordem parcial considerada.

Não é exatamente subjetivismo que há na identificação de normas gerais¹⁰⁶⁸.

Trata-se, na verdade, de mais um conceito aberto e indeterminado. E, por isso, em tese, só há como estabelecer um centro mínimo de significado, como o ora proposto, pois suas zonas marginais de incerteza deverão ser definidas a cada caso em que exercida essa competência concorrente para legislar.

Como a complexidade conceitual que há em torno do tema naturalmente conduz a conflitos concretos de competência, fundamental o papel do Supremo Tribunal Federal de solucionar esses entreveros federalistas, inclusive em declarar-se sobre que base de sentido trabalhará com a definição do que é geral e particular – malgrado não o venha fazendo a contento.

3.3.4 Opção terminológica.

Como visto, no âmbito da competência concorrente, à União cabe editar “normas gerais”. É o que prevê o art. 24, §1º, CF. Esse mesmo dispositivo, nos seus demais parágrafos (§§2º-4º), trata da competência suplementar e supletiva dos Estados (e do DF, por força do *caput* do art. 24).

A previsão assemelha-se à do regime constitucional anterior, com avanços e mudanças terminológicas no sentido de dar mais clareza a certas determinações¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁸ Ao contrário do que dizem ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 133; NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, n. 100, 1998, p. 159.

¹⁰⁶⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 133 e 134.

Basta observar que o art. 24, §2º, CF, inova ao falar em competência “suplementar” dos Estados. O termo “suplementar” não era antes empregado.

Nas Constituições de 1934 e 1946, falava-se em competência “complementar” ou “supletiva”. Dizia-se, mais especificamente, que a competência da União para legislar sobre determinados assuntos não suprimia a possibilidade de lei estadual “complementar” ou “supletiva” sobre eles, o que gerou discussões sobre significado desses termos, se iguais ou distintos.

A rigor, complementar é acrescentar algo mais, detalhando; e suprir é substituir, colocando-se no lugar de algo ausente. A questão é que quem supre, preenche, e, também, acaba complementando; junto a isso, quem complementa não deixa de suprir, inserindo algo novo quando detalha a norma geral¹⁰⁷⁰.

Diante da aproximação semântica desses termos, a Constituição anterior, no seu art. 8º, parágrafo único, limitou-se a dispor que os Estados teriam competência para legislar supletivamente, sem referência a uma competência complementar. Para dar o maior aproveitamento possível ao texto do enunciado, a interpretação mais profícua era no sentido de que o termo “supletivamente” deveria ser lido no seu sentido mais lato, para abranger a competência complementar¹⁰⁷¹.

Com o advento da CF/1988, faz-se uso de nova terminologia, falando-se, agora, em competência “suplementar”. Mas há quem diga que não teria havido ganho em termos de clareza, pois “suplementar” poderia assumir o sentido de “complementar” ou de “suprir”¹⁰⁷². Como dito acima, semanticamente, não há diferença entre o suplementar (ou complementar) e o supletivo.

Aquele que complementa, supre algo que faltava (particulariza o geral), aquele que supre, inevitavelmente complementa a ordem jurídica. Trata-se de terminologia, nesse particular, ambígua¹⁰⁷³.

Mas é corriqueiro o uso doutrinário destes termos para referir-se a situações distintas: suplementar (ou complementar) seria estabelecer norma particular quando já há uma

¹⁰⁷⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 183.

¹⁰⁷¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 99 e 100.

¹⁰⁷² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 134.

¹⁰⁷³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativa**, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990, p. 7.

geral; suprir seria estabelecer uma norma sobre determinada matéria, que a reja em sua plenitude, diante da ausência de norma geral¹⁰⁷⁴.

Assim, a melhor abordagem interpretativa dos parágrafos do art. 24, CF, é a sistemática, de modo a concluir-se que Estados e Distrito Federal detêm competência complementar e supletiva. O art. 24, §2º, CF, seria o portador da regra que confere competência complementar, ali denominada de suplementar, para que Estados e Distrito Federal adéquem normas gerais à realidade local ou regional, atendendo a interesse próprio daquela unidade política. O art. 24, § 3º, CF, atribui a competência supletiva enquanto poder de suprir ausência de norma geral federal, com a produção de legislação que atenda suas necessidades¹⁰⁷⁵.

3.4 Competência supletiva dos Estados e Distrito Federal

No que se refere à competência supletiva, é também uma previsão constitucional que revela que essa partilha do geral para a União e do suplementar para Estados e Distrito Federal não é tão rigorosa assim.

Basta observar que o art. 24, §3º, CF, dispõe que, não havendo lei federal (com normas gerais), a lei estadual (ou distrital) pode preencher esse vácuo, para, no exercício de uma competência plena (e supletiva), “atender a suas peculiaridades”.

Admite-se, assim, em casos tais, que a lei estadual perpassa pelo regramento de toda matéria, em sua inteireza, visando prover o que há de particular no nível regional.

Mas a interpretação dessa regra também gera suas dificuldades.

Inicialmente, na definição do que seria essa atuação legislativa estadual colmatadora, no sentido de “atender a suas *peculiaridades*”.

Há quem diga que, de acordo com esse dispositivo, a competência estadual supletiva só poderia ser exercida para preencher lacunas normativas no intuito de dar conta de *peculiaridades* locais quando elas (as peculiaridades) efetivamente existirem¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ Mas Paulo Luiz Neto Lobo, por exemplo, adota terminologia diversa. Usa o termo suplementar no sentido de suprir ausências. (LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989, p. 99).

¹⁰⁷⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 134 e 135.

¹⁰⁷⁶ Foi o que manifestou indiretamente o STF, Pleno, ADI n. 1086/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 01.08.1994, publicado no DPJ de 16.09.1994. Assim, BERMUDEZ, Sérgio. Competência Legislativa Concorrente sobre Procedimentos em Matéria Processual. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, 1994, p. 49.

Entretanto essa não é a melhor opção, que se revela demasiadamente hermética e limitada.

Para uma adequada análise da regra, deve-se observar que o poder de suprir é uma manifestação mais abrangente do poder de suplementar. Suprir é mais que suplementar. É, pois, poder de dar tratamento integral a toda uma matéria – diante da ausência de legislação geral e nacional -, com os desenvolvimentos necessários para que seja adaptada à parcela de casos (fatos e situações) e respectivos destinatários daquela ordem parcial estadual territorialmente considerada.

Mas isso não significa que deve haver uma singularidade própria, única, específica daquele Estado a ser regulamentada, não encontrada em nenhum outro, para que esse poder seja exercido. Basta que o regramento supletivo e pleno venha atender a uma realidade ali vivida – independentemente de ser comum a outras unidades da federação – e que, por ser eficaz apenas para o Estado do qual se originou, não implique dificuldades ou graves comprometimentos na sua relação e/ou coexistência com outros entes parciais¹⁰⁷⁷⁻¹⁰⁷⁸.

E se o interesse ali legislativamente protegido, por aquele Parlamento estadual, for compartilhado por todos os outros entes federados (ou muitos deles), caberá ao Parlamento federal produzir a legislação nacional que lhe substitua (a lei estadual) em eficácia, naquilo que a reiterar ou contrariar de modo inconciliável.

Assim, inerte a União, os Estados e o Distrito Federal podem legislar plenamente, produzindo normas que atendam às suas demandas e peculiaridades – não necessariamente exclusivas –, cuja eficácia ficará restrita ao território e população do Estado que a produziu, no espectro de sua ordem parcial¹⁰⁷⁹.

Na falta de normas gerais federais, os Estados e o Distrito Federal não terão base com que trabalhar e para complementar; não terão o que incrementar à luz das exigências e vicissitudes parcelares da região ou localidade em que exercem poder. Privá-los de

¹⁰⁷⁷ Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas admite ser essa competência ampla e plena. (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 213 e 214). Edson Ribas Malachini critica a opção de restringir a competência supletiva e plena dos Estados em caso de omissão federal, “para atender suas peculiaridades”. Se a competência é plena há que admitir que produzam as normas gerais que inexistam no plano federal, diz. (MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 52).

¹⁰⁷⁸ Carlos Ari Sunfeld sustenta que, na ausência de normas federais e estaduais sobre tema relativo a atuação dos Municípios, estarão eles autorizados a exercer também essa competência supletiva, para viabilizar o desempenho de suas atribuições que se imponham sob pena de violação a dever constitucional (ex.: art. 23, II, III, IV e VI, CF). (SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 278).

¹⁰⁷⁹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 191.

estabelecer normas abrangentes, que tratem da matéria como um todo – inclusive naquilo que se revelaria de interesse nacional -, seria suprimir sua competência supletiva constitucionalmente conferida¹⁰⁸⁰.

Para fugir a essa dificuldade é que o Constituinte lhe atribui competência supletiva plena, para: i) o que seria “geral”, que representaria objeto de um interesse nacional, mas que só vigera no território daquele Estado e nos limites de sua ordenação parcial; ii) e o que é particular, ou seja, correlato a interesse estadual, e que, uma vez disciplinado por lei local, não implique dissonância ou dificuldades de convivência federativa. Mas, naturalmente, as normas “gerais” que venham a ser produzidas por ordens parciais (dos Estados ou Distrito Federal) só vinculam no território para as quais editadas e só regem as funções por elas exercidas (ex.: jurisdição estadual). Afinal, trata-se de uma competência legislativa plena conferida ao ente federativo para atender suas necessidades, não podendo prevalecer nacionalmente¹⁰⁸¹.

Não é só. A par disso, a ausência de lei federal que autoriza o exercício desse poder integral de suprir a lacuna por lei estadual não pressupõe a inexistência absoluta de qualquer disposição normativa sobre o tema (ex.: inexistência de lei criando recursos). Basta não haver manifestação legislativa federal sobre aquele ponto ou parcela determinada do tema, que se quer tratar no plano estadual (ou distrital) (ex.: inexistência de lei que trate da forma e do protocolo do recurso)¹⁰⁸².

Não é necessária preexistência de lei federal, cujas omissões possam ser supletivamente preenchidas - como dava a entender art. 8º, parágrafo único, da Constituição anterior, ao dizer que seria conferida competência supletiva, “respeitada lei federal”. O art. 24, § 3º, CF, só exige, em sua literalidade, inexistência de lei federal (sobre normas gerais)¹⁰⁸³. Basta, assim, ausência de diploma federal para que se produza lei estadual supletiva.

¹⁰⁸⁰ Essas normas estaduais não podem ser gerais em termos subjetivos, para sujeitar outros entes da federação (seu território e sua população), nem em termos inteiramente objetivos e finalísticos de modo a visar “equilibrar ou conformar sua própria atuação com a de outros entes, elidindo e disciplinando eventuais e possíveis conflitos, por ser assunto de alçada nacional”. Nessa normatização supletiva, os Estados têm que ficar adstritos aos limites da sua própria autonomia, diz-se. (FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências Federativas**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 249 ss.). Cita-se posicionamento do STF nesse sentido. (STF, Pleno, RE n. 149.955, rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.08.1993, publicado no DPJ de 03.09.1993).

¹⁰⁸¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 137 e 138.

¹⁰⁸² É a visão da lacuna a ser suprida por lei estadual de MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 175 e 176.

¹⁰⁸³ Acolhendo interpretação proposta por FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.100 e 101.

Por fim, o art. 24, §4º, CF, prevê que, sobrevindo lei federal geral sobre matéria, fica suspensa a eficácia da lei estadual dantes produzida, naquilo que lhe contrariar¹⁰⁸⁴.

Trata-se de regra afinada e bem acomodada no sistema. Isso se explica porque a competência supletiva estadual (e distrital) não subtrai o poder na União que existe e subsiste, só que não teria sido ainda exercido. Quando a União, titular primária e originária da competência, atua no sentido de desempenhá-la, é sua produção normativa que naturalmente prevalecerá, negando-se eficácia à legislação do Estado ou Distrito Federal naquilo que lhe contrariar – seja no plano geral, seja no plano complementar¹⁰⁸⁵.

3.5 Conflito aparente de competências legislativas (privativa e concorrente).

Cogita-se, ainda, em doutrina¹⁰⁸⁶, a possibilidade de *conflito de competência* legislativa privativa e competência legislativa concorrente.

Isso se dá, diz-se, quando se pode interpretar que matéria de competência privativa de dado ente, seja também de competência concorrente de outros.

Por exemplo. O art. 238, CF, prevê que a lei tratará da venda e revenda de combustíveis, observados os princípios constitucionais. Sustenta-se que essa lei deve ser

¹⁰⁸⁴ Discute-se se a lei federal superveniente revoga (ou derroga) ou só suprime eficácia da lei estadual que dela destoa. Na vigência da Constituição anterior, Pontes de Miranda sustentava ser caso de revogação ou derrogação. Por isso, se a própria lei federal fosse posteriormente revogada isso não faria com que a lei estadual revivesse. Só se restabeleceria a competência legislativa supletiva do Estado. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 178 e 179). Também fala em revogação, mesmo no regime atual, LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, p. 1989, p. 100. Entretanto, a CF/1988, no § 4º do art. 24, fala expressamente em suspensão da eficácia da lei estadual – não cogitando de sua revogação ou derrogação. E isso dá ensejo a que se diga que, se revogada for a lei federal que sustou efeitos da lei estadual, a lei estadual retomará sua eficácia, voltando a incidir normalmente. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 502; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 214). Segue esse raciocínio André Netto, só destacando que, a seu ver, isso se justifica porque lei federal não revoga lei estadual e vice-versa, tendo em vista que não há hierarquia entre elas. (BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 146 e 147). O que deve ser considerado é que a lei estadual foi produzida no exercício regular de competência constitucionalmente conferida. A produção posterior de lei federal com normas gerais sobre a matéria não infirma nem anula isso. Prudente a postura do Constituinte de preservar a existência e validade da lei estadual, só sustando sua eficácia, até para que o Estado não fique descoberto, sem regramento da matéria, em caso de revogação da lei federal, ou tenha o trabalho de reproduzir a lei anterior que tivesse sido revogada.

¹⁰⁸⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 138.

¹⁰⁸⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141 e 142.

federal em razão do monopólio da União sobre petróleo, como também pelo fato da União ter competência exclusiva para legislar sobre transporte e trânsito (art. 22, XI, CF).

Entretanto, inegáveis os efeitos perniciosos que o uso de determinados combustíveis pode ter sobre a saúde e meio ambiente, o que é tema de competência concorrente de entes federados (art. 24, VI e XII, CF).

Por isso, no início da década de 1990, alguns Estados e Municípios vedaram a comercialização de álcool combustível contendo metanol, considerando o prejuízo que representaria para o meio ambiente e saúde de seus habitantes. Mas a União já autorizara sua venda nacionalmente. E estaria aí instalado um conflito (aparente) de competências legislativas privativa e concorrente.

Para Fernanda Almeida, nesse caso, deve prevalecer a competência privativa da União¹⁰⁸⁷ e a normatização daí decorrente, tendo em vista que:

quando o constituinte não obstante conscientizado da importância de uma maior descentralização e colaboração entre os entes federativos, defere privativamente a um deles competência para normatizar determinada matéria, é porque haverá razões suficientes para a concentração da competência¹⁰⁸⁸.

E segue ilustrando o quão complexo seria no exemplo dado um veículo movido a gasolina ou óleo diesel chegar em um Estado em que esses combustíveis porventura fossem vetados com necessidade de abastecer. Faria menos sentido essa possibilidade quando se observa que a venda do combustível é liberada pela União mediante estudo técnico prévio sobre repercussões negativas na saúde e meio ambiente, afastando-as¹⁰⁸⁹.

Mas não é bem assim que a questão deve ser encarada.

Em casos tais, o que há não é propriamente um conflito de normas constitucionais de competência. Qualquer choque, nesse contexto, é aparente, pois a suposta dissonância será cuidadosamente resolvida a partir de uma interpretação evolutiva – consoante eventuais dados e mutações históricas, políticas e sociais –, teleológica, sistemática e principiológica da Constituição. É o indispensável para que se assegure a unidade e

¹⁰⁸⁷ Comentando as origens do federalismo norte-americano, Gilberto Bercovici informa que o poder político se desdobrou em federal e estadual, mas que uma esfera não seria superior a outra, prevalecendo sobre ambas a Constituição. Mas ressalva que em dadas circunstâncias o poder central deve se sobrepor: “A interpretação hoje dominante é a de que, nas hipóteses de competência concorrente ou em que não há elementos suficientes para uma afirmação indubitável de competência, a que prevalece é a da União”. (BERCOVICI, Gilberto. “Separação de poderes” no Estado Federal norte-americano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 150, 2001, p. 226).

¹⁰⁸⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141 e 142.

¹⁰⁸⁹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competência na Constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141 e 142.

integração político-constitucional, de forma a atribuir eficácia ótima às normas constitucionais em questão.

E, no final das contas, foi isso que a autora acabou realizando.

Inicialmente, considerou sistematicamente dispositivos diversos da Constituição. Levou em conta, ainda, o objetivo do Constituinte de assegurar uniformidade nacional sobre a questão do combustível, até mesmo em razão da mobilidade automotiva interestadual. Seguiu constatando que a União é, por lei, competente para firmar normas gerais sobre saúde e meio ambiente e se liberou nacionalmente dado combustível, mediante estudo prévio dos seus impactos, não é dado aos Estados e Distrito Federal contrariá-la, senão, na melhor das hipóteses, afeiçoar suas regras suplementarmente às exigências locais.

Fora tudo isso que fora colocado pela autora, acresça-se, por fim, que a União é a autêntica titular da competência adequada para tratar do tema com a condução de um processo legislativo devido, pois só ela pode assegurar, com legislação federal, o interesse nacional de abastecimento de veículos automotores com os mesmos combustíveis em todos os Estados brasileiros – sem prejuízo à saúde e meio ambiente em plano nacional.

Isso não quer dizer que essa é a solução para todos os casos. Nem sempre há que predominar interesse nacional ou a homogeneidade assegurada pela lei federal¹⁰⁹⁰.

Necessário lembrar que fora esclarecido, em item anterior, que há aqueles¹⁰⁹¹ que sustentam que o Constituinte originário, nessa repartição vertical de competências, levou em consideração o princípio do interesse predominante ou do peculiar interesse (e a própria subsidiariedade), segundo o qual nenhum poder será exercido por ente de estatura superior se puder sê-lo por ente inferior.

Assim, o ente federal só deve fazer aquilo que não possa ser realizado senão com esse grau de universalização e generalidade – para atender necessidades nacionais e que pressupõem preservação de interação interestadual; caso contrário, há preferência do Estado e

¹⁰⁹⁰ Apesar da postura do STF de prestigiar a União em “conflitos” de competência legislativa, como anuncia e exemplifica, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Das Normas gerais**. Belo Horizonte, Forum, 2010, p. 64-68. É o que Paulo Luiz Neto Lobo constata que se faz em nossos tribunais com base no princípio da supremacia federal. Mas o autor ressalva que esse princípio deve ser manipulado com cautela no regime da Constituição de 1988, tendo em vista que, com essa Carta Constitucional, foram ampliados os poderes dos Estados-membros, com foco na competência concorrente e no incremento de suas atribuições e capacidade tributária. Assim, “não se poderá solucionar o conflito de competências legislativas aplicando o princípio da supremacia federal de forma absoluta, como ocorreu sob a égide da Constituição de 1969”. (LOBO, Paulo Luiz Neto. *Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989, p. 96 e 97). É esta a mesma linha de atuação do STF (centralizadora) no que se refere à competência para legislar sobre processo e procedimento, como se demonstrará no capítulo final.

¹⁰⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986, p. 9; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1996; BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 84.

do Município. É preciso, pois, identificar e segregar matérias de interesse nacional, estadual e municipal, prestigiando, sempre, a tomada de decisões legislativas pelo ente político de nível mais baixo possível.

Além disso, uma interpretação restritiva das atribuições dos Estados-membros no contexto da competência legislativa concorrente sempre revela o perigo de ferir o princípio federativo¹⁰⁹². A forma federativa é princípio fundamental da CF/1988, que se assenta na autonomia estadual e revela importância extrema, tanto que erigido à condição de cláusula pétrea (art. 60, §4.º, I)¹⁰⁹³.

É o que se percebe diante da problemática desse trabalho, por exemplo.

À União foi conferida competência privativa para legislar sobre “direito processual”. Paralelamente a isso, à União, Estados e Distrito Federal foi concedida competência concorrente para disciplinar o “procedimento da matéria processual”, de modo que sejam produzidas simultaneamente, legislação federal geral e legislação estadual (e distrital) suplementar (ou supletiva).

Não há, porém, como diferenciar processo e procedimento para fins legislativos (que são, inclusive, objeto do “direito processual”). Ao tratar de um, inevitavelmente se trata do outro. Foi o que se demonstrou nos capítulos 02 e 03 desse trabalho.

Ambos são atos jurídicos complexos de formação sucessiva, compostos por sucessão de atos jurídicos processuais (e seus efeitos), todos eles voltados para a produção de decisão judicial (ato normativo), em contraditório. E o que seria, então, um “procedimento em matéria processual” senão um procedimento em contraditório e, pois, o próprio processo?

Se há interesse regional ou local predominante a ser considerado em adaptar regras processuais às peculiaridades de seu povo e seu território, sem contrariar legislação federal geral e sem gerar disparidades nacionais perniciosas, é o que deve prevalecer. O legislador estadual e distrital, diante de sua proximidade dos problemas locais e da Justiça Estadual (ou Distrital) é o titular da competência adequada para moldar o processo instituído por lei federal ao ambiente jurisdicional do seu Estado.

Isso é o que emana, outrossim, das entrelinhas da Constituição e do pacto federativo. Nada mais razoável que admitir que os Estados (e Distrito Federal) complementem

¹⁰⁹² Tomado como uma das “vigas mestras” da Constituição. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 245).

¹⁰⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 599; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000, p. 215-217.

e supram a legislação que rege o instrumento de trabalho de uma função sua, a jurisdição estadual, que pode ser tomado, inclusive, como um poder implícito e decorrente da leitura conjunta do art. 22, I, e art. 24, X, e XI, CF.

Pode-se afirmar que, diante da indissociabilidade do fenômeno processual e procedimental, e da previsão de competência suplementar (e supletiva) explícita dos Estados para legislar sobre procedimento, será decorrência natural seu poder (daí *resultante*) de tratar do processo, ainda mais se para regradar questões regionais.

Isso sem falar na possibilidade de ser reconhecido como poder *implícito*. Partindo do pressuposto de que processo e procedimento são temas não passíveis de segregação, admitir a produção de legislação suplementar e regional sobre o *processo* é meio indispensável para viabilizar a produção de legislação suplementar e regional sobre *procedimento* (fim constitucional), e, pois, garantir o desempenho dessa atribuição expressamente conferida aos Estados (e DF) pela CF/1988.

Tudo isso para atender a fins legitimamente consagrados na Constituição: assegurar que o processo de produção legislativa seja conduzido por autoridade natural, com competência adequada, que atenda ao interesse predominante (e peculiar) de adaptação da legislação federal geral às necessidades regionais e locais.

CAPÍTULO 5

NORMA PROCESSUAL E NORMA PROCEDIMENTAL E A REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA PROCESSUAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

1.1 Da colônia ao império. Um Estado unitário.

Na fase de colonização, eram vigentes e aplicáveis em solo brasileiro os diplomas normativos processuais portugueses, mais especificamente o Livro III das Ordenações Afonsinas (de 1500 a 1521), das Ordenações Manuelinas (de 1521 a 1603) e das Ordenações Filipinas (a partir de 1603).

Com advento da Constituição Imperial de 1824 (art. 1.º), instalou-se Estado unitário e atribuiu-se à Assembleia Geral (Legislativo imperial), o poder de legislar sobre processo (art. 15, VIII¹⁰⁹⁴).

Essa competência legislativa não foi imediatamente exercida. O Livro III das Ordenações Filipinas continuou em vigor, em todo território nacional, por força de Decreto de 20.10.1823 da Assembleia Geral Constituinte – acrescido de regras decorrentes de leis esparsas, destacando-se a Lei da Boa Razão de 18.08.1769¹⁰⁹⁵⁻¹⁰⁹⁶.

No campo penal, observa-se que a Constituição de 1824 limitou as práticas cruéis e desumanas do Livro V das Ordenações Filipinas (então dedicado ao Direito e ao processo penal), vedando, por exemplo, a prisão sem prévia demonstração de culpa. Além

¹⁰⁹⁴ “Art. 15. E da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer leis, interpretal-as, suspendel-as, e revogal-as”.

¹⁰⁹⁵ COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 01 e 02.

¹⁰⁹⁶ Não se pode ignorar que na fase imperial já se identificava certa ânsia que impulsionava iniciativas no sentido de descentralizar a regulamentação judiciária e processual, com a possibilidade de adequar o tratamento da matéria às particularidades locais. (BASTOS, Aureliano Cândido de Tavares. **A Província: estudo sobre a descentralização do Brasil**. Brasília: Editora Fac-Similar, Senado Federal, 1996, p. 199-205). Registra-se esse movimento pouco após a ratificação das Ordenações Filipinas. Em 1831, foi atribuída às Províncias imperiais competência para estruturar e organizar a justiça de primeira instância, o que se cristalizou com Ato adicional de 12 de agosto de 1834 – posteriormente restringido pela Lei de Interpretação de 12 de maio de 1840. Esse é, segundo Pontes de Miranda, um hiato na fase imperial em que não há centralização absoluta do poder de regerar organização judiciária e Direito processual e que enseja discussões sobre a adequação desse regime. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 52 e 53).

disso, essa mesma Carta Constitucional estabeleceu a necessidade de elaborar-se com urgência um Código Criminal inspirado na justiça e na equidade¹⁰⁹⁷.

Em 1830, foi instituído o Código Criminal do Império cuja aplicabilidade exigia uma legislação processual penal nova. Assim, em 1832, veio à tona um Código de Processo Criminal. É codificação considerada clara, simples, atualizada e com espírito liberal¹⁰⁹⁸.

O interessante é que, dentro deste Código, foi inserida uma “disposição provisória acerca da administração da justiça civil”, com vinte e sete artigos que simplificaram procedimentos, inclusive excluindo recursos considerados desnecessários¹⁰⁹⁹.

Foi considerado um “marco inicial da nacionalização do processo civil”¹¹⁰⁰.

Nesses termos, foram estabelecidas bases para um Código de Processo Civil que acabou não sendo elaborado; pior, poucos anos depois, com a Lei n. 261 de 03 dezembro de 1841, alterou-se o Código de Processo Criminal no intuito de conter seu liberalismo, bem como a disposição provisória citada, o que fora considerado uma involução na legislação brasileira¹¹⁰¹.

O quadro normativo processual só veio a ser modificado quase duas décadas depois com a edição do Regulamento n. 737 de 20 de novembro de 1850, cujo redator fora o Barão de Penedo, Francisco Inácio de Carvalho Moreira¹¹⁰², que se limitou, contudo, a estabelecer e regravar um processo voltado para as causas comerciais. Não abalou, portanto, a vigência das Ordenações lusitanas e supervenientes alterações realizadas para o processo civil em geral.

Todavia, diante das inúmeras leis processuais civis modificativas do Livro III das Ordenações, a disciplina do processo civil estava retalhada. Por essa razão, o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas foi encarregado, pelo Imperador, da tarefa de elaborar uma

¹⁰⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111 e 112.

¹⁰⁹⁸ COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 05.

¹⁰⁹⁹ Sobre a Disposição Provisória acerca da organização judiciária e o processo civil inserida no Código de Processo Criminal de 1832, SEGURADO, Milton Duarte. **O Direito no Brasil**. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 359; BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, 1 v., p. 227 e 228; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**. Barueri: Manole, 2002, p. 234). Transcrevendo-a e comentando-a, COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 06 ss.

¹¹⁰⁰ COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 05 e 06.

¹¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112.

¹¹⁰² COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 30 e 31. O autor discorre mais sobre os bastidores de sua elaboração.

compilação das normas processuais vigentes¹¹⁰³. O Conselheiro partiu, contudo, para uma redação orgânica dessa legislação, inovando-a de acordo com sua interpretação (e fontes romanas).

O texto foi concluído em 1876 quando se revestiu de eficácia legal por força de Resolução imperial de 28 de dezembro de 1876¹¹⁰⁴. Mas essa Consolidação (“de Ribas”) teve vida curta.

O Regulamento n. 737 de 1850, então vigente para o processo comercial¹¹⁰⁵, no primeiro governo republicano, mais precisamente em 1890, foi estendido para o processo civil em geral, mediante o Decreto n. 763 de 19.09.1890¹¹⁰⁶. Mantiveram-se em vigor, porém, as disposições da Consolidação de Ribas que regulavam processos especiais não abrangidos no referido regulamento.

E o que se percebe, até então, é que o horizonte legislativo processual brasileiro era predominantemente de centralização legislativa.

1.2 O advento da República e o modelo federativo. A atribuição de competência legislativa sobre “direito processual” para os Estados-membros.

Após a proclamação da República em 1889, a Constituição de 1891 adotou um modelo federalista inspirado no norte-americano, o que gerou muitas discussões sobre qual

¹¹⁰³ O que se fez em cumprimento à mesma lei (Lei n. 2033 de 20 de setembro de 1871) que recompôs a vertente liberal originária do Código de Processo Criminal de 1832. (GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 113).

¹¹⁰⁴ A sua primeira parte era voltada para organização judiciária e a segunda para as formas processuais que se davam, segundo Gajardoni, tal como nas Ordenações Filipinas. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 23; PAULA, Jônatas de. **História do Direito Processual Brasileiro**. Barueri: Manole, 2002, p. 239).

¹¹⁰⁵ A qualidade técnica do Regulamento n. 737/1850 é controversa. Há quem o elogie pela economia e simplicidade. (BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 230; GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 113; em termos, COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 31). Mas há quem ressalve que, apesar da clareza e qualidade da redação, é tecnicamente pobre, consistindo em versão brasileira do Livro III das Ordenações. (MARQUES, José Frederico. **O Direito Processual em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.06). Sobre a controvérsia, vide COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 32 e 33.

¹¹⁰⁶ COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 31.

seria a melhor forma de repartição da competência para legislar sobre ramos do Direito entre União e Estados¹¹⁰⁷.

Surgiram, assim, três correntes.

A *primeira* corrente sugeria um sistema de competência estadual, reservando aos entes parciais periféricos o poder de disciplinar o Direito material e processual - a exemplo do que ocorre nos EUA e no México.

A *segunda* corrente propunha o contrário, i.e., a manutenção da regra tradicional e centralizadora da competência para legislar sobre Direito material e processual, concentrando-a com a União, de modo a assegurar unitariedade e uniformidade nacional¹¹⁰⁸.

Prevaleceu e foi constitucionalmente adotada uma *terceira* corrente (no art. 23, § 6.º, da Constituição de 1891), inspirada no federalismo argentino pós constituição de 1856, no sentido de que: *i*) caberia à União legislar sobre o Direito material e o Direito processual da Justiça Federal; *ii*) e, residualmente, por força do art. 65, § 2.º, incumbiria aos Estados legislar sobre o processo civil e penal, dentre outras matérias, para sua respectiva esfera¹¹⁰⁹-

1110 .

¹¹⁰⁷ VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 22.

¹¹⁰⁸ VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 22.

¹¹⁰⁹ VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 22; RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, 1965, p. 82. Na verdade, segundo informação de Pontes de Miranda, logo depois da Constituição de 1824 já se iniciam discussões pró e contra descentralização legislativa processual. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 52-54).

¹¹¹⁰ O projeto para a primeira Constituição Republicana foi confeccionado por uma Comissão do Governo Provisório e previa a centralização e unidade legislativa para o Direito processual. Ou seja, atribuía-se à União a competência para legislar não só sobre o Direito civil como também sobre o processo. Propuseram, mais especificamente, no art. 13 por eles projetado, que competiria ao Congresso Nacional organizar códigos de Direito material (civil, comercial e criminal) e processual. Aos Estados restaria, nessa versão sugerida de carta constitucional, alterar e adaptar essa legislação federal às particularidades locais. O ente central teria um prazo de cinco anos para produzir essa codificação federal, senão, uma vez ultrapassado esse prazo, os Estados estariam autorizados a produzi-la. Ocorre que, quando dado seguimento aos trabalhos do Parlamento, a proposta originária não vingou, o que se atribui a Campos Salles, então Ministro da Justiça e, depois, Presidente da República, que era ferrenho defensor da descentralização e dualidade legislativa. (LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 02; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 1 t., p. 39 e 40; HORTA, Raul Machado. Unidade e dualidade da magistratura. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, 1987, p. 180; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 54). Essa primeira versão do regramento da Constituição de 1891 corresponde à interpretação que João Mendes Junior deu ao texto que acabou sendo aprovado. João Mendes Junior adotava interpretação *sui generis* das regras de competência legislativa sobre processo da Constituição de 1891. Entendia que os arts. 34, n. 23, e 65, n. 2: *i*) ao conferirem competência privativa ao Congresso Nacional para tratar do Direito processual da Justiça Federal, não excluía a possibilidade de tratar também do processo das Justiças Estaduais; *ii*) que os Estados só poderiam legislar no contexto daquilo que não tivesse sido disciplinado no plano federal e nacional, sendo que essa era uma “faculdade” textualmente concedida pela Constituição e não poder privativo, *iii*) tudo isso poderia ser extraído “implicitamente” dos dispositivos citados,

Estabeleceu uma dualidade de justiças e de legislação processual (federal e estaduais). A União disciplinaria a Justiça e o processo federal e cada Estado, a Justiça e o processo estaduais¹¹¹¹.

A Constituição de 1891 adota, assim, um sistema híbrido, nem exclusivamente federal, nem exclusivamente estadual.

Distingue-se do modelo norte-americano, tendo em vista que lá cabe a cada Estado-membro legislar sobre Direito material e sobre Direito processual, assim como a própria União. Reproduz-se, como dito, o modelo argentino (da Constituição de 1.5.1853, art. 67, n. 11), seguindo antiga pretensão já manifestada com o Ato Adicional de 1834¹¹¹².

Sucedem que as críticas a esse modelo não são poucas nem irrelevantes.

Nos idos de 1910, Ruy Barbosa, exímio representante do ideal federalista no Brasil, sustentava que, no ordenamento norte-americano, em que cada Estado tratava do seu Direito material era razoável que o próprio Estado dispusesse sobre seu Direito processual e a sua organização judiciária. Mas, no Brasil, onde o Direito material era um só (e em grande parte ainda é), seria impositivo estabelecer a uniformidade federal do Direito processual e da estrutura judiciária respectiva¹¹¹³.

Esse grande nome do Direito constitucional brasileiro não era voz isolada. “Em 1900 o Congresso Jurídico Americano havia votado idêntica conclusão”. E, na década de 1930, se apontavam nomes como o de Clóvis Bevilacqua levantando a mesma bandeira e registrando, em muitas oportunidades, ser essa sua visão¹¹¹⁴.

inclusive porque, se o Congresso Nacional tem competência para tratar do Direito material (civil, comercial e criminal), também o teria para a ação e o processo correspondente; e, por fim, *iv*) mesmo do ponto de vista do procedimento (forma extrínseca dos atos processuais), não haveria como se reconhecer semelhante exclusividade legislativa do Estados para contexto judiciário estadual, pois “pode repercutir sobre a realização do direito em todos e para todos os Estados do Brasil”. Para o autor, essa era competência “cumulativa”, o que se extraiu, inclusive, daquilo que mais se destacava no pensamento dos legisladores constitucionais na época da elaboração da Constituição. (ALMEIDA JR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 392-400). Doutrinariamente, João Mendes Junior não escondia seu pendor centralista. A unitariedade do Direito processual garantiria a abrangência e amplitude do poder jurisdicional de cada Estado com a segurança necessária, dizia. Só ressalvava a possibilidade de atuação legislativa estadual cautelosa em tema de procedimento (forma dos atos processuais), a exemplo dos prazos. (ALMEIDA JR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 401). Esse não deixa de ser um prenúncio da opção da CF/1988 em matéria processual.

¹¹¹¹ Sobre a Constituição de 1891 e a dualidade de Justiças e de legislação processual, BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, 1 v., p. 238 e 239.

¹¹¹² LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Bevilacqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 02.

¹¹¹³ BARBOSA, Ruy. **Obras Completas de Rui Barbosa. Excursão eleitoral aos Estados da Bahia e Minas Gerais**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967, XXXVII v., 1 t., p. 35 e 36.

¹¹¹⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 102 e 103. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, nesse mesmo trecho de sua obra, parece discordar, ao afirmar que os seguidores dessa linha de pensamento parecem não perceber o vínculo necessário que há entre o federalismo (e suas características essenciais) e a dualidade de justiças e processos judiciais.

Ao interpretar a Constituição de 1891, João Mendes de Almeida Junior não identificava competência privativa ou sequer suplementar (ou supletiva) dos Estados para tratar do Direito processual. O autor diferenciava processo e procedimento (problema que só surgiria de fato com a CF/1988, em que se fez essa diferenciação) e já àquela época admitia que os Estados federados só pudessem tratar de procedimento:

[...] especialmente em relação aos termos dependentes das distancias e meios de comunicação e em relação a estylos exorbitantes das regras de direito e que affectarem a normalidade da administração da justiça; mas, mesmo neste ultimo caso, a intervenção legislativa deve ser muito cautelosa, sem intervenção directa ou indirecta em ato praticado ou em processo pendente, pois que, em tais circumstancias, esses estylos, como corrupte-las, serão competentemente emendados em forma contenciosa, pela correcção feita nas observações dos juizes, senão nas sentenças de primeira instancia, ao menos por ocasião dos recursos nas decisões dos juizes superiores¹¹¹⁵.

Mas não foi seu entendimento que prevaleceu. Foi reconhecida e exercida a competência legislativa estadual sobre Direito processual relativo à respectiva justiça.

Com a possibilidade de codificações processuais estaduais, havia quem esperasse, como o Deputado Luis Cavalcante (em 1836), que os Estados seguissem uns o exemplo de outros, de modo que não houvesse tantas diferenças entre os códigos que dificultassem o domínio dessa variedade legislativa pelos tribunais. Seria até vantajoso, dizia-se, que se imitasse aquele código que se tivesse revelado na prática mais efetivo, soando calamitosa a realidade de uma legislação processual central (a ex. do Código de Processo Criminal de 1832, vigente na época)¹¹¹⁶.

Mas essas expectativas só se concretizaram em parte. Com o advento dessa legislação descentralizada, de fato, predominou a imitação, mas ela não foi encarada como produtiva ou vantajosa, como se imaginava. Só se via desperdício de atividade legislativa e desvantagem. Ora, já que essas leis estaduais se reproduziam entre si, não havia razão para preservar o poder do Parlamento local de repetição. Por isso, diz Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “o bom senso e a força mesmo das leis sociológicas inspiraram campanhas a favor da unificação e da unicidade¹¹¹⁷”.

A opção, mesmo décadas depois, ainda era alvo de ataques, como os de Alcides Mendonça Lima, que levanta o fato de que:

¹¹¹⁵ ALMEIDA JR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918, p. 401.

¹¹¹⁶ BASTOS, Aureliano Cândido de Tavares. **A Província: estudo sobre a descentralização do Brasil**. Brasília: Editora Fac-Similar, Senado Federal, 1996, p.52.

¹¹¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 52; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 1 t., p. 38.

não se percebia, contudo, a incoerência de conferir à União o privilégio de legislar sobre direito material (então denominado, erradamente, de direito substantivo) e, simultaneamente, outorgar aos Estados-Membros o de legislar sobre direito processual (então denominado, também erradamente, de direito adjetivo). Ou o sistema dual dos Estados Unidos - inconveniente, mas lógico; ou o sistema unitário do nosso Império - certo, mesmo numa Federação¹¹¹⁸.

Mas, por outro lado, autores como Haroldo Valladão¹¹¹⁹ elogiam a escolha da Primeira República de repartição do poder para disciplinar o Direito material e processual, considerada necessária para manutenção de sistema federalista¹¹²⁰. Os Estados além de ter Poder Executivo e Legislativo também devem dispor de sua própria organização judiciária, diz. Sugere até uma Suprema Corte Estadual como guardião de sua constituição.

O processo como método de trabalho empregado para exercício da jurisdição e à disposição do Judiciário também deve ser disciplinado por Estados, sustenta o autor. Deve ter características locais, geograficamente adaptadas a cada região, ainda mais em federações com a dimensão da brasileira.

Não há como discordar.

A autonomia estadual típica e inerente ao modelo federal pressupõe seja assegurada aos Estados a prerrogativa de auto-organização com constituição e funções próprias, dentre elas a jurisdição estadual. E a jurisdição estadual, bem como o instrumento

¹¹¹⁸ LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 02. Tachando o pluralismo legislativo da Primeira República de grande golpe na uniformidade processual, PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal. Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 159 e 160.

¹¹¹⁹ VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 22.

¹¹²⁰ O fato de se demandar legislação *federal material* e *estadual processual* ensejou grandes discussões doutrinárias e no Supremo Tribunal sobre a diferença entre Direito material e processual. O foco recaiu sobre institutos em que fundo e forma eram considerados intimamente relacionados como falência e casamento, concluindo-se que pressupunham unidade de regulamentação por lei federal. Além disso, admitiu-se que, para certas categorias, como a hipoteca e a letra de câmbio, a lei material poderia instituir um processo especial mais célere e seguro a ser observado nas Justiças Estaduais. (VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 23). O mais interessante foi, contudo, a conclusão alcançada, próxima àquela aqui firmada no capítulo anterior, sobre a lei processual e material: “Finalmente, sustentou-se de maneira bastante razoável, que as leis de processo faziam parte do *ordinatorium litis* e as leis de fundo do *decisorium litis*”. (VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 23). Fora isso, como a competência para tratar do Direito material era da União e a competência para tratar do processo das justiças estaduais era dos Estados, receava-se que um mesmo direito (material) pudesse acabar sendo tutelado por meios totalmente diversos, nas mais variadas localidades, sendo passível de conduzir a soluções distintas ou até mesmo contraditórias. Foi para sanar ou ao menos conter esse problema que Clóvis Beviláqua no Projeto do vindouro Código Civil inseriu normas de natureza processual, surgindo outras na medida em que se foi construindo o texto final (por quase 20 anos), mesmo diante do risco de ser reconhecida sua inconstitucionalidade - ao menos para processos estaduais. (LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 04; cf. também COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 73).

pelo qual é exercida (processo), merece disciplina estadual, senão plena, ao menos para refletir suas necessidades regionais - sem prejudicar uniformidade nacional naquilo em que o interesse em jogo for interestadual e evitando atritos federativos.

A despeito das controvérsias, essa era a regra de competência para legislar sobre processo da Constituição de 1891 e foi com base nela que se trabalhou.

Em 1898, foi editado o que se poderia chamar de um Código de Processo voltado para a Justiça Federal, por força do Decreto n. 3.084/1898, cuja elaboração é atribuída a José Higinio Duarte Pereira¹¹²¹, contendo regras que se diziam ainda inspiradas no Regulamento n. 737/1850¹¹²².

Nem todos os Estados fizeram seus Códigos de Processo. Aqueles que não o fizeram, ou demoraram a fazê-lo, continuaram submetidos à disciplina do Regulamento n. 737/1850 (em razão do Decreto n. 763 de 19.09.1890)¹¹²³. É o caso dos Estados de Goiás¹¹²⁴, Alagoas e Amazonas, que não promulgaram suas codificações, e dos Estados de São Paulo e Paraíba, que foram os últimos a providenciá-las¹¹²⁵.

Os Estados que o fizeram, independentemente de ter sido cedo ou tarde, muitas vezes não primaram pelo bom nível técnico, salvo aqueles que se destacaram nesse sentido como os Códigos Estaduais da Bahia, de São Paulo, do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul que, inclusive, serviram de inspiração para leis federais subsequentes¹¹²⁶.

¹¹²¹A chamada *Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal* fora compilada por José Higinio Duarte Pereira, que era antigo professor da vetusta Faculdade de Direito de Recife e então Ministro do Supremo Tribunal Federal. (LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 03).

¹¹²² Cf. COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 62.

¹¹²³ Os Códigos Estaduais só começaram a surgir de fato quase quinze anos depois. O primeiro, ainda que não denominado diretamente de "Código", foi o do Pará (mediante o Decreto n. 1.380, de 22.6.1905). O segundo agora já alcunhado de "Código de Processo Civil e Comercial", foi o do Rio Grande do Sul (com a Lei estadual n. 65, de 16.1.1908). O da "Bahia" é datado de 1915, sendo, pois, cronologicamente, o sexto. (LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 03).

¹¹²⁴ Segundo PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal. Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 164.

¹¹²⁵ COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 31.

¹¹²⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25. Listando Códigos Estaduais, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52 e 53; PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal. Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 161-165. Comentando-os, COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 63-71. O Código Estadual da Bahia foi elaborado por Eduardo Spínola, o maior civilista brasileiro na primeira metade do século XX; é considerado o melhor entre todos os códigos estaduais por autores como Arruda Alvim. (ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 55). Há quem mencione também a qualidade do Código de Pernambuco. Controverso é o Paulista de 1929, a ponto de Frederico Marques dizer ser obra jurídica sem representatividade para evolução do Direito brasileiro ainda preso às diretrizes fundamentais do Regulamento n. 737. À sua frente, diz José Frederico Marques, estava o juiz

Mas novas constituições federais se sucederam ao longo da história, com perfil notadamente mais centralizador.

1.3 O retorno à centralização legislativa. A competência legislativa da União sobre o “direito processual”.

A Constituição de 1934 (art. 5.º, XIX, “a”, e § 3.º) volta a concentrar a competência privativa para legislar sobre processo (além do Direito civil, comercial, penal, aéreo e eleitoral) com a União, mas sem deixar de prever a competência dos Estados para aperfeiçoar normas gerais (suprir deficiências) e amoldá-las à realidade e exigências locais – o que se aproxima da atual competência suplementar dos Estados¹¹²⁷.

A regra foi mantida com a Constituição de 1937 (arts. 16 e 18), só se acrescentando a competência supletiva dos Estados para tratar do processo judicial e extrajudicial em caso de inexistência de lei federal.

Houve quem se postasse contra¹¹²⁸. A crítica era voltada para o não atendimento adequado das demandas específicas de cada região. Daí o sugestivo exemplo de Valladolid:

o Presidente da República opôs seu voto a um projeto de lei criando um processo especial e rápido para as infrações relativas ao tráfego porque a lei convinha ao Rio de Janeiro e a São Paulo, mas não aos outros Estados do Brasil. Estava aí reconhecida a necessidade da competência dos Estados em matéria processual¹¹²⁹.

Houve quem fosse favorável. Denunciava-se que a ausência de legislação unitária até então teria comprometido o avanço e desenvolvimento da ciência processual

paulista Costa Manso que, malgrado inteligente, informado e preparado, não inseriu no CPC o que havia de novo na época. (MARQUES, José Frederico. **O Direito Processual em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 26 e 27). Já para Alcides Mendonça Lima o Código de São Paulo foi o único que trouxe alguma contribuição. Os outros teriam se mantido fiéis ao Regulamento n. 737. (LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 03). João Bonumá é mais genérico e só denuncia que muitas das codificações processuais estaduais seriam cópias ou adaptações do Regulamento n. 737, salvo aquelas já ressalvadas. (BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, 1 v., p. 239; em sentido semelhante, COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 32 e 63).

¹¹²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25 e 26.

¹¹²⁸ BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. **A província: estudo sobre a descentralização no Brasil**. 3. ed., São Paulo: Nacional, 1975, p. 116; VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 23.

¹¹²⁹ VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 23.

brasileira¹¹³⁰. Chegava-se a dizer ser mais viável estudar legislação processual de outros países do que a legislação de alguns Estados brasileiros que, às vezes, sequer valia ser consultada por copiarem uns aos outros sem mínimo de criatividade¹¹³¹.

Independentemente disso, essa competência da União não foi de logo exercida. Os Códigos de Processos estaduais perduram até que o ente central tomasse a iniciativa de atuar unificando o Direito processual nacional. Inicialmente o fez com a elaboração da Lei n. 319 de 25.11.1936, que estabeleceu um único regramento recursal para todo o país¹¹³². Em seguida, com atuação mais abrangente, estabeleceu o Código de Processo Civil de 1939 (mediante o Decreto-Lei n. 3.869 de 1941)¹¹³³.

Daí por diante pouco mudou.

A Constituição brasileira de 1946 acresceu à competência federal o Direito do trabalho¹¹³⁴ e preservou a competência sobre o Direito processual. Entretanto, com postura um tanto mais centralista, subtraiu o poder dos Estados-membros de suplementar a lei federal e suprir suas omissões. É o que se conclui do texto dos seus artigos 5.º, XV, “a”¹¹³⁵, 6.º¹¹³⁶⁻¹¹³⁷.

¹¹³⁰ Com esse argumento, elogia a mudança, CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. **Derecho Procesal Mexicano**. México: Porrúa, 1976, 1 v., p. 10.

¹¹³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 1 t., p. 37. Além disso, com a unificação promovida pela Constituição de 1934, Direito material e processual seriam de origem federal e de abrangência nacional. Logo, todas as incertezas e angústias do regime anterior em torno da diferença entre o que seria processual e o que seria material – que por muito tempo forçaram um tratamento material pelo Congresso Nacional daquilo que seria genuinamente processual e antes destinado à disciplina por lei estadual – deixa de ter relevância e acaba perdendo a razão de ser. Mas só desaparece de fato com superveniência do CPC/1939 e do CPC/1942, posteriores à Constituição de 1937. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 58 e 59; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 1 t., p. 35).

¹¹³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 1 t., p.36.

¹¹³³ O advogado Pedro Batista Martins apresentou Anteprojeto do CPC, revisto pelo Ministro da Justiça, Francisco Campos, Guilherme Estelita e Abgar Renault. Daí nasceu o CPC de 1939. Já o projeto do CPP de 1942 foi obra de Vieira Braga, Nelson Hungria e outros. (COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 99; GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.115). Com outras informações sobre o CPC de 1939 e o CPP de 1942, PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**. Barueri: Manole, 2002, p. 254 e 255; BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, 1 v., p. 243). Sobre o caminho rumo à aprovação da CPP de 1942, PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal. Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 165 ss.

¹¹³⁴ VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974, p. 23.

¹¹³⁵ “Art. 5º - Compete à União: (...) XV - legislar sobre: a) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico, do trabalho e agrário (...)”.

¹¹³⁶ “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”.

¹¹³⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

Mais de duas décadas depois, já no regime militar, a Constituição de 1967 abarca, na esfera de competência da União, o Direito agrário, e a Emenda n. 01 de 1969, os Direitos marítimo e espacial. Mas não se interfere no poder centralizado da União de dar tratamento legislativo ao Direito processual em caráter exclusivo, sem admitir-se legislação suplementar ou supletiva dos Estados a este respeito (cf. art. 8.º, XVII, “b” e §2º)¹¹³⁸.

Foi nesse cenário político e constitucional que se aprovou o Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5869 de 11.1.1973), produto de Anteprojeto do professor e processualista Alfredo Buzaid, e submetido à apreciação de comissão formada por juristas como Frederico Marques, Barbosa Moreira e Machado Guimarães¹¹³⁹.

2 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA PROCESSUAL NA CF/1988. ARTS. 22, I, E 24, X E XI, CF.

2.1 Competência para legislar sobre o “processo” nos juizados. Art. 24, X, CF.

O art. 98, I, da CF/1988 prevê a criação de juizados especiais para causas civis de “menor complexidade” e “infrações penais de menor potencial ofensivo”.

Sua instituição é obrigatória para a União, no Distrito Federal e nos Territórios, bem como para os Estados. Mas não é novidade.

Na década de 1980, no Estado do Rio Grande do Sul, com o apoio do Judiciário local, surgiram, de modo não oficial, os chamados juizados de pequenas causas. Sua atuação era estritamente cível, voltando-se em especial à obtenção da conciliação das partes¹¹⁴⁰.

Posteriormente, foram disciplinados pela Lei n. 7.244, de 07.11.1984.

Só mais tarde, já depois do advento da CF/1988 e seu art. 98, I, acima citado, essa lei foi substituída pela Lei n. 9.099 de 26.9.1995, que ampliou a competência dos referidos órgãos para a esfera penal, portando regramento mais detalhado da matéria.

¹¹³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 73; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

¹¹³⁹ COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 111-113. Conferir a tentativa de instituição de um novo CPP em, GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115.

¹¹⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Justiça Estadual na República. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 160, 2008, p. 06 e 07.

Já os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal¹¹⁴¹ vieram a ser regradados pela Lei n. 10.259, de 12.07.2001¹¹⁴² e os juizados especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, pela Lei n. 12.153 de 22.12.2009.

Ocorre que, no quadro da competência para legislar sobre Direito processual, o Constituinte previu, no art. 24, X, o poder concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre criação, funcionamento e processo nos “juizados de pequenas causas”.

Necessário, assim, definir se os “juizados de pequenas causas” mencionados nesse dispositivo correspondem aos “juizados especiais” do art. 98, I, CF¹¹⁴³.

Certamente que sim. Quando o art. 98, I, CF, prevê que União e Estados criarão juizados especiais para conciliação, julgamento e execução de causas civis de “menor complexidade” e “infrações penais de menor potencial ofensivo” quis referir-se às “pequenas causas” do art. 24, X. É o que se pode concluir com interpretação teleológica proposta por Malachini¹¹⁴⁴ e hoje unanimemente aceita.

Para chegar a esse entendimento, é necessário que se acolha a crítica de que “pequenas causas” não foi a expressão mais adequada para qualificar essas demandas, pois remete à ideia de que seriam aquelas de baixo valor econômico – fazendo prevalecer o ser sobre o ter¹¹⁴⁵. O pequeno valor em perspectiva macroeconômica pode ser inclusive grande e representativo em perspectiva econômica individual, sobretudo se envolver pessoa de modesto ou mediano padrão de vida¹¹⁴⁶.

¹¹⁴¹ Cujá criação por lei federal fora prevista no §1.º do art. 98.

¹¹⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Justiça Estadual na República. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 160, 2008, p. 06 e 07.

¹¹⁴³ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 49.

¹¹⁴⁴ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 49. Também entendem que os juizados especiais correspondem aos juizados de pequenas causas, JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26; BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 13 e 14; THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 3 v., p. 412 e 413; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59. Nesse mesmo sentido, os comentários ao art. 24, X, CF, de Fernanda Dias Menezes de Almeida (In CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; LEONCY, Léo Ferreira (coord.)). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 754 e 755).

¹¹⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. In **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 23; MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 29.

¹¹⁴⁶ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 29.

Assim, as “pequenas causas”, já que referidas constitucionalmente e textualizadas nesses termos, devem ser consideradas em seu sentido mais amplo para abranger também aquelas de “menor complexidade” e referentes a “infrações penais de menor potencial ofensivo”¹¹⁴⁷.

Portanto é do processo nos juizados especiais que se trata no art. 24, X, CF.

Assim, a competência para sobre ele legislar é concorrente¹¹⁴⁸. Mas essa concorrência propriamente dita somente se reflete nos juizados especiais estaduais (e nos da Fazenda Pública, nos Estados e Distrito Federal). Só é admissível legislação estadual (e distrital) suplementar e supletiva, sobre o modo de exercício de jurisdição estadual.

É nesse contexto estadual que a União estabelecerá dispositivos de norma geral, que já constam no bojo das Leis n. 9099/1995 e n. 12.153/2009, e os Estados e Distrito Federal poderão suplementá-los, com regulamentação adequada às circunstâncias e vicissitudes que decorrem daquela localidade (art. 24, §§ 1.º e 2.º, CF), bem como suprir eventuais omissões - legislando, nesses pontos, plenamente (art. 24, § 3.º, CF)¹¹⁴⁹.

Agora, no que diz respeito aos juizados especiais federais, cabe unicamente à União reger o processo ali desenvolvido, no que há de geral e específico, afinal se trata de jurisdição federal, não se afinando com o pacto federativo admitir-se que os Estados sobre ela legislem.

Todavia, para autores como Edson Ribas Malachini, no que se refere ao processo nos juizados estaduais (e distritais), não há espaço para a produção de uma lei federal geral, pois o art. 98, I, CF, já teria fixado a diretriz geral de que deve ser “oral e sumaríssimo”, a ser seguida pelo legislador estadual e distrital. Seguindo sua linha de raciocínio, boa parte da Lei n. 9099/1995 seria inconstitucional, pois, ao reger o rito dos juizados estaduais, estaria invadindo a esfera de competência dos Estados e do Distrito Federal)¹¹⁵⁰.

Não é bem assim.

Há ali um procedimento comum que segue a exigência constitucional de oralidade e sumariedade e que estabelece ordenação de atos e situações jurídicas de modo

¹¹⁴⁷ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 29 e 30.

¹¹⁴⁸ Arruda Alvim discorda, sustentando que essa competência deve ficar restrita ao procedimento dos juizados, não se podendo ignorar a competência privativa da União para falar de processo. (ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 142-145).

¹¹⁴⁹ Nunca é demais lembrar que a lei estadual supletiva fica privada de sua eficácia naquilo que divergir de lei federal geral superveniente (art. 24, § 4º, CF).

¹¹⁵⁰ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 52 e 53.

uniforme para todos os juizados do país, naquilo em que atenda interesse de abrangência nacional – sem qualquer regra pontualmente estabelecida para aproveitar um ou outro Estado isoladamente (em certo grupo de casos e destinatários no âmbito de uma ordem parcial estadual). Assim, por exemplo, a definição da competência, da capacidade processual, da sequência de atos, do regime recursal etc., de modo que o processo funcione com igual eficácia em todo território brasileiro.

Mas nada impede que determinado Estado suplemente ou supra tais regras, regulamentando-as e desenvolvendo-as no intuito de adaptá-las a parcela de casos (fatos e situações) e respectivos destinatários daquela ordem estadual territorialmente considerada.

É possível que uma lei estadual regule o art. 9.º, §4.º, da Lei n. 9.099/1995, ou o art. 5.º, I, da Lei n. 12.153/2009, para definir, por exemplo, que, em termos de integração de capacidade processual, a microempresa e a empresa de pequeno porte, quando autoras, devem ser representadas, inclusive em audiência, pelo empresário individual ou pelo sócio dirigente¹¹⁵¹, devendo constar advertência nesse sentido no texto do mandado de intimação¹¹⁵².

Na Bahia, por exemplo, o art. 8.º, da Lei n. 7.033/1997¹¹⁵³, prevê a possibilidade de o condomínio ajuizar demandas em Juizados Especiais Cíveis.

A Lei n. 5.781/2010 do Estado do Rio de Janeiro¹¹⁵⁴ (art. 27 e segs.), observando a timidez com que a Lei n. 12.153/2009 trata do rito nos juizados especiais da Fazenda Pública, investe em desdobrá-lo suplementarmente, em especial em sua fase postulatória. Neste sentido, por exemplo, o art. 29 institui novo requisito do instrumento da demanda, exigindo que o autor, sob pena de preclusão, informe a eventual necessidade de realização de prova oral, já arrolando as testemunhas respectivas – até porque essa mesma lei prevê que não haverá audiência de instrução e julgamento se não necessária a prova oral (art. 29).

¹¹⁵¹ O que já é objeto de entendimento já firmado no Enunciado n. 141 do FONAJE.

¹¹⁵² Até mesmo o contrário. O art. 25, da Lei de Juizados Especiais do Estado do Rio de Janeiro (Lei n. 5.781/2010), ao falar dos Juizados da Fazenda Pública, em que podem ser autores microempresas e empresas de pequeno porte (cf. art. 5.º, I, Lei n. 12.153/2009), prevê: “O empresário individual, as microempresas e as empresas de pequeno porte poderão ser representados por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem necessidade de vínculo empregatício”. Essa mesma lei disciplina em artigos anteriores a representação processual do réu (entes públicos), com detalhes (Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 07 out 2014).

¹¹⁵³ “Art. 8º - Somente as pessoas físicas poderão ser admitidas a propor ação perante os Juizados Especiais Cíveis, extensiva essa faculdade aos condomínios de que trata a Lei Federal nº 4.591, de 12 de dezembro de 1964, ressalvado o disposto no Código de Defesa do Consumidor quanto às pessoas jurídicas”.

¹¹⁵⁴ Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 07 out 2014.

Já o art. 27, I, estabelece que, no mandado de citação do réu, deve constar o prazo mínimo de dez dias para que informe se há possibilidade de conciliação ou necessidade de produção de prova oral, visando a que se confirme a efetiva necessidade de realização de audiências.

Some-se a isso a necessidade de que ali conste (no mandado) a data da realização da audiência de conciliação e a advertência de que, não havendo interesse na conciliação ou produção de prova oral, findar-se-á o prazo para resposta do réu na data designada para a referida audiência (art. 27, II e III).

A Lei n. 11.404/1996 do Estado de Pernambuco¹¹⁵⁵ trata das taxas, custas e emolumentos do Judiciário local – incluindo os juizados especiais. Mas acaba estabelecendo, nos seus arts. 12 a 15, regras que interferem diretamente, no âmbito dos juizados especiais, na *recorribilidade de capítulo da sentença* e na *execução de sentenças recorridas*.

De um lado, institui um *depósito recursal* cível no *valor integral da condenação* (cem por cento) – com outros acréscimos de lei –, a ser realizado sob pena de inadmissibilidade do recurso inominado. É um instrumento de inibição de recursos protelatórios, de garantia de pagamento do valor devido – de cunho acautelatório, pois -, além de praticamente dispensar a atividade executiva quando improvido, pois o depósito pode facilmente ser convertido objeto de penhora e expropriação. A própria lei diz que será “revertido em favor do recorrido o valor depositado [...] para cumprimento do disposto na sentença” (art. 15).

De outro, prevê que, nos casos em que prolatada sentença condenatória de obrigação de fazer e não fazer, o *juiz fixará o valor do depósito recursal*, considerando o valor do pedido – por *decisão* (capítulo da sentença) *irrecorrível*. E mais, o valor do depósito fica retido até que o recorrente vencido cumpra a sentença cominatória, o que o torna não só meio de inibição de investida recursal e de coerção indireta (pressão psicológica) para forçar o adimplemento espontâneo da obrigação. Além disso, funciona como garantia de eventual pagamento de perdas e danos pelo seu inadimplemento (facilitando, nos mesmos termos acima, a execução da quantia correlata)¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁵Disponível em: http://digital.tjpe.jus.br/cgi/om_isapi.dll?clientID=1089772414&PesqGlobal=dep%3fsito%20recursal&TipoNrmas=&advquery=dep%3fsito%20recursal&infobase=legislacao&record={AF02E}&softpage=ref_doc. Acesso em 07 out 2014.

¹¹⁵⁶ Também há lei alagoana sobre a matéria, com previsões semelhantes. A exigência de depósito recursal prévio (de cem por cento do valor da condenação até o teto de quarenta salários mínimos) aos recursos do juizado especial cível consta igualmente no art. 7.º da Lei estadual n. 6.816/2007 (AL), que o coloca como requisito de admissibilidade do recurso. Fica previsto, também, que será revertido para o recorrido em caso de não provimento do recurso, para cumprimento do disposto na sentença. Mas se a sentença for de condenação em

Ocorre que não é tranquilo ou unânime esse posicionamento em doutrina, de que seria possível suplementação legislativa estadual em matéria de processo dos juizados.

Muito pelo contrário.

Há aqueles que dizem que juizados de pequenas causas (art. 24, X, CF) não são juizados especiais (art. 98, I, CF). Por isso, os juizados especiais não poderiam ter sua criação, funcionamento e processo, já disciplinados pelas Leis n. 9099/1995, n. 12.153/2009 e n. 10.259/2001, suplementados ou supridos por leis estaduais¹¹⁵⁷. A competência para sobre eles legislar seria privativa da União, nos termos do art. 22, I, CPC.

O próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI-MC n. 1.127-8, julgada em 06 de outubro de 1994, cujo relator foi o Min. Paulo Brossard, firmou posicionamento nesse sentido¹¹⁵⁸. Diz-se que na locução “juizados de pequenas causas” não estariam contidos os “juizados especiais” – sequer ainda criados, disseram. Poder-se-ia sustentar que qualquer entendimento contrário a isso colocaria o intérprete diante de um sério pleonasma, pois o art. 98, §1.º, CF, já trataria da competência dos entes federativos parciais para *criar* esses juizados especiais. O que não se percebe é que não há qualquer redundância no art. 24, X, CF, já que trata de competência legislativa concorrente para disciplinar além da criação, o *funcionamento* e o *processo* desses juizados, admitindo-se se produzam leis a esse respeito, inclusive e, sobretudo, em tema processual.

Os adeptos dessa visão sustentam, ademais, que a Constituição de 1988 teria recepcionado os então juizados de pequenas causas, na época regulados pela Lei n.

obrigação de fazer e não fazer, o valor do depósito é de duas vezes o valor das custas – valor este que também não pode ser levantado pelo recorrente sucumbente enquanto não cumprida a cominação constante na sentença. Ocorre que essa lei foi alvo de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. E fora deferida a cautelar pelo Pleno do STF para suspender a eficácia do seu art. 7º, *caput* e respectivos parágrafos, sob argumento de que trataria de tema próprio de Direito processual de competência privativa da União (art. 22, I, CF) e, não, procedimental – o que parte de premissa aqui não adotada de que seriam matérias distintas (STF, Pleno, ADI n. 4161/MC-AL, rel. Min. Menezes de Direito, j. em 29.10.2008, publicado no DPJ de 16.04.2009). Posteriormente, fora julgada em definitivo sua inconstitucionalidade formal com a mesma linha de fundamentação: i) trata-se de lei que cria requisito de admissibilidade para a interposição de recurso inominado no âmbito dos juizados especiais, consistente no depósito prévio de cem por cento do valor da condenação; ii) como versa sobre admissibilidade recursal, teria natureza processual; iii) e, enfim, por dificultar ou inviabilizar a interposição de recurso, viola os princípios constitucionais do acesso à jurisdição, do contraditório e da ampla defesa. (STF, Pleno, ADI n. 4161-AL, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 30.10.2014, publicado no DPJ de 12.11.2014). Ao contrário do afirmado pelo STF, acredita-se que, formalmente, a matéria poderia ser objeto de lei estadual suplementar. Concorde-se, contudo, que, em substância, sua constitucionalidade é questionável. Exigir que o jurisdicionado, para o exercício do seu direito constitucional de recorrer, disponibilize todo o valor da condenação (ou valor discricionariamente fixado pelo juiz) como requisito para tanto, é óbice irrazoável ao acesso à justiça, ao duplo grau, contraditório e ampla defesa etc.

¹¹⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1993, 3 v., 2 t., p. 39; OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz. A Constituição da República e os procedimentos alternativos. **Revista da Escola Paulista de magistratura**, São Paulo, 1993, 1 v., p. 72 e 73. Waldemar Mariz chega a comemorar a manutenção pelo Constituinte de 1988 dos juizados de pequenas causas.

¹¹⁵⁸ STF, Pleno, ADI-MC n. 1.127-8/DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 6.10.1994, publicado no DPJ de 29.06.2001.

7.244/1984, voltados para as causas cognitivas de até vinte salários mínimos e que seriam eles o objeto da competência legislativa concorrente do art. 24, X, CF; e, ao seu lado, teriam sido inovadoramente instituídos os juizados especiais voltados para as causas de até quarenta salários mínimos cujo processo e procedimento se submeteriam à regra geral de competência legislativa privativa da União para Direito processual e concorrente com demais entes federados (só Estados e Distrito Federal) para o seu procedimento (arts. 22, I, e 24, XI, CF).

Também não faz muito sentido.

Nada justificaria estabelecer uma regra de competência legislativa de tamanha relevância e envergadura para “juizados de pequenas causas” autonomamente considerados se seriam de logo substituídos por outro órgão de mesma natureza, na forma da letra do art. 98, I, inserido na própria Constituição¹¹⁵⁹.

Demais disso, exatamente por serem órgãos de mesma natureza, não há razão de ser para sua subsistência paralela. Na verdade, se ao prever juizados de “pequenas causas” para demandas de pequeno valor econômico o critério considerado foi o patrimonial, quando se instituem os juizados especiais para “causas de menor complexidade”, o objetivo é abranger não só as de menor valor econômico como também as de natureza simplificada¹¹⁶⁰.

Assim, o objetivo do Constituinte ao falar em juizados especiais para demandas de “menor complexidade” é criar conceito mais extenso do que o de “pequenas causas” previsto na Lei n. 7.244/84, que as toma em seu aspecto unicamente econômico.

Não há como fugir ao fato de que pretendeu substituir os juizados de pequenas causas – cuja Lei n. 7.244/1984 foi revogada pelo art. 97 da Lei n. 9099/1995 – pelos juizados especiais. Tanto que os juizados de pequenas causas não constam no capítulo da Constituição Federal dedicado ao Poder Judiciário, como ocorre com os juizados especiais¹¹⁶¹.

Certamente, a referência aos juizados de pequenas causas no art. 24, X, CF, deu-se por um lapso, pretendendo-se, na verdade, tratar dos juizados especiais, naquela mesma Carta Constitucional já concebidos, como bem coloca Gajardoni:

[...] usou, assim, o legislador, expressão ‘juizados de pequenas causas’ como sinônimo de juizados especiais, instituição que abarca as pequenas causas (art. 3º, da Lei n. 9099/95). E assim o fez porque acreditou, embebido pelo propósito descentralizador, que para as causas de menor complexidade

¹¹⁵⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

¹¹⁶⁰ LETTERIELLO, Rêmoló. Considerações sobre os juizados de pequenas causas. **Juizado de Pequenas causas**, Porto Alegre, n. 02, 1991, p. 11 e 12.

¹¹⁶¹ LETTERIELLO, Rêmoló. Considerações sobre os juizados de pequenas causas. **Juizado de Pequenas causas**, Porto Alegre, n. 02, 1991, p. 12.

poderia cada Estado da federação e o Distrito Federal criar regras processuais próprias, distintas conforme as realidades locais¹¹⁶².

Não há, pois, argumento que se sustente para afastar a conclusão de que o art. 24, X, CF, trata dos juizados especiais e que sua criação, funcionamento e processo são objeto de competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal.

É importante, contudo, reiterar que a competência legislativa suplementar e supletiva dos Estados se restringe aos juizados estaduais, que desempenham jurisdição estadual. Seria atentatório ao pacto federativo, à autonomia e à auto-organização do ente federado central permitir que uma unidade parcial interferisse e regressasse o exercício de função estatal sua¹¹⁶³.

Mas não há ambiente favorável para que os Estados exercitem sua competência. Afinal, o próprio STF já estabeleceu que essa competência subsistiria para os extintos juizados de pequenas causas¹¹⁶⁴, razão pela qual só a União poderia, com exclusividade, legislar sobre o processo dos juizados especiais (art. 22, I, CF), restando aos Estados as chamadas questões procedimentais (art. 24, XI, CF)¹¹⁶⁵⁻¹¹⁶⁶.

Ressalte-se que essa discussão da inserção da disciplina legislativa dos juizados na hipótese do art. 24, X, ou na hipótese do art. 24, XI, CF, não faz tanta diferença quando se adotam as premissas aqui expostas. Afinal, em ambos os dispositivos, com a interpretação

¹¹⁶² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

¹¹⁶³ Contra, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 61.

¹¹⁶⁴ STF, Pleno, ADI-MC n. 1.127-8/DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 6.10.1994, publicado no DPJ de 29.06.2001.

¹¹⁶⁵ Tanto que não se admitiu no STF, por exemplo, como matéria passível de legislação e regramento estadual, a criação de recurso em sede de juizado, no caso, embargos de divergência contra decisão da Turma Recursal. O argumento é de que é tema de processo e não de procedimento. (STF, 2.^a T., AI n. 253.518-AgR/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.08.1998, publicado no DPJ 30.10.1998; STF, Pleno, RE n. 273.899/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 29.03.2001, publicado no DPJ de 25.05.2001; STF, 2.^a T., AI-AgR n. 210.068/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.8.1998, publicado no DPJ de 30.10.1998).

¹¹⁶⁶ As Leis estaduais n. 1071/1990 (do Mato Grosso do Sul), n. 5466/1991 (da Paraíba) e n. Lei 6.176/1993 alterada pela Lei 6.490/1994 (do Mato Grosso) trataram do processo nos juizados especiais (da sua competência material) antes mesmo do advento da lei federal sobre a matéria. Isso deu ensejo a que o STF se posicionasse no sentido de que os Estados não poderiam exercer esse poder legislativo na forma dos parágrafos do art. 24, X (que trataria de juizados de pequenas causas), não havendo, ademais, competência concorrente sobre a matéria processual. (STF, Pleno, HC n. 71713/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 26.10.1994, publicado no DPJ de 23.03.2001; STF, Pleno, HC n. 72930/MS, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 01.02.1996, publicado no DPJ de 01.02.1996; STF, Pleno, HC n. 75.308/MT, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18.12.1997, publicado no DPJ de 01.06.2001; STF, Pleno, ADI n. 1807-MT, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 30.10.2014, publicado no DPJ de 12.11.2014). Há, também, julgado do STF que considera inconstitucional lei estadual (art. 26 da Lei n. 851/1998 do Estado de SP) que, no processo dos juizados, direciona atuação do juiz, nos casos em que ele acolhe ou não proposta de transação penal do MP, quando ele discorda de proposta de suspensão do processo do membro do MP, instituindo, ainda, hipóteses de intervenção do Procurador Geral de Justiça. O STF entendeu tratar-se de disciplina de “atos do juiz”, o que seria matéria processual (não procedimental) e de competência privativa da União (art. 22, I, CF). (STF, Pleno, ADI n. 2.257/SP, rel. Min. Eros Roberto Grau, j. em 06.04.2005, publicado no DPJ de 26.8.2005).

proposta nesse trabalho, admite-se a competência legislativa estadual suplementar e supletiva para tratar de processo estadual (que se confunde com procedimento), seja ele de juizado especial ou não. E isso por si só já contribui para conter a postura centralizadora que o STF insiste em adotar.

Não parece razoável, contudo, acusar o legislador federal de ter ignorado a competência dos Estados (e Distrito Federal) e disciplinado com minudência o processo no juizado. Chega-se a dizer, em doutrina, que só se teriam deixado em aberto questões menos relevantes e muito mais ligadas à organização judiciária¹¹⁶⁷.

O que se viu é que não há nada de equivocado na lei federal geral tratar de detalhes, desde que o faça para atender interesse nacional. O que fica reservado aos Estados é suprir suas omissões e adaptar suplementarmente essas regras gerais às especificidades do Estado.

E, nesse contexto, há espaço, por exemplo, para a tentativa já empreendida e rejeitada pelo STF de criar recurso por lei estadual como os citados embargos de divergência contra decisão de turma recursal¹¹⁶⁸, preenchendo lacuna em lei federal, ainda mais quando realidade do Estado é de desalinho jurisprudencial. Além de outras acima já expostas.

Por fim, muitas daquelas matérias em que se cogitou complemento ou suprimento legislativo estadual para processo que não seja do juizado – em item subsequente –, podem ser consideradas no âmbito dos próprios juizados.

2.2 Competência para legislar sobre “direito processual” e “procedimento em matéria processual”. Coincidência das matérias. Art. 22, I, e 24, XI, CF.

2.2.1 Observação inicial.

Antes da CF/1988, Manoel Ribeiro já era daqueles que esperavam, com nostalgia, o retorno das legislações estaduais de processo.

Para o autor, a uniformidade legislativa não é boa escolha e é mania brasileira. Prega variedade, que cada povo se organize como pode e deve. Não sendo assim, alguns Estados mais fortes poderiam impor, na lei federal, um modelo que não seja o mais adequado

¹¹⁶⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 61.

¹¹⁶⁸ STF, 2.^a T., AI n. 253.518-AgR/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.08.1998, publicado no DPJ de 30.10.1998; STF, Pleno, RE n. 273.899/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 29.03.2001, publicado no DPJ de 25.05.2001; STF, 2.^a T., AI-AgR n. 210.068/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.8.1998, publicado no DPJ de 30.10.1998.

para aqueles com menos representatividade e inoperância política. O autor defende essa variedade legislativa no campo civil e processual, afirmando, neste último caso (processual), que:

[...] eu acho que na República Velha, Ruy estava melhor quando estabeleceu que cada Estado teria seu Código de Processo Civil e seu Código de Processo Penal. A Bahia, por exemplo, tinha um código exemplar. Se não me engano, os advogados me corrijam, que foi elaborado por Eduardo Spínola, o exemplar Código de Processo Civil¹¹⁶⁹.

O regramento incorporado na CF/1988 não foi exatamente esse.

A Constituição Federal de 1988 manteve a competência privativa da União para legislar sobre “direito processual” – bem como sobre ramos do Direito material correlatos como civil, penal, trabalho, aeronáutico e comercial (art. 22, I, CF.).

Inovou, porém, com a previsão da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre “procedimento em matéria processual” e o já comentado processo em sede de juizados especiais (art. 24, X, e XI, CF).

O texto do *caput* e inc. I do art. 22, da CF/1988, ao atribuir a competência privativa para União para tratar do Direito processual, traz sutil diferença em relação à Constituição anterior, com a presença da expressão “exclusivamente”¹¹⁷⁰, donde um ou outro intérprete poderia extrair a conclusão de que nada do que seja processual (inclusive em sentido lato) poderia ser legitimamente produzido por outro ente federado que não a União.

Seria precipitado e equivocado.

Necessário alinhar razões e argumentos que apontam em sentido diverso e denotam que os Estados e o Distrito Federal também detêm competência para legislar sobre Direito processual.

2.2.2 Competência para legislar sobre “direito processual” jurisdicional e administrativo.

Em primeiro lugar, deve-se observar que o dispositivo do artigo 22, I, traz regra voltada para tratar unicamente do processo *jurisdicional*, não alcançando o *administrativo*, por exemplo¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁹ RIBEIRO, Manoel. O Estado Federal. **Revista dos Institutos dos Advogados**, Salvador, número especial, 1987, p. 33.

¹¹⁷⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

¹¹⁷¹ Raul Machado Horta constatou ter escapado ao Constituinte introduzir no âmbito da competência concorrente o processo administrativo. (HORTA, Raul Machado. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, 1991, p. 65; HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 420). Em sentido contrário, Paulo Carmona vislumbra

Como oportunamente coloca Carlos Ari Sundfeld, subsiste competência privativa de cada pessoa política (entes parciais, central e periféricos) para organização da sua Administração Pública, produzindo para si leis próprias. Dentre os assuntos aí abrangidos, diz, estariam os procedimentos a serem adotados para suas atividades administrativas. É o que extrai da leitura conjunta dos arts. 18, 21, 25, §1.º, 30, V, 39 e 48, CF.

Só poderiam ser ressalvados o processo administrativo de desapropriação, a ser disciplinado por lei federal (art. 22, II, CF), e as normas *gerais* de licitações e contratos administrativos, a serem também instituídas por lei federal (art. 22, XXVII, CF)¹¹⁷².

O interessante é que o próprio autor admite, nesse contexto, que, produzida lei federal regulando atividade administrativa dos Estados e Municípios (ex.: desapropriação), seja ela suplementada por lei estadual e municipal que preveja requisitos mais rígidos sobre o tema¹¹⁷³. Ou seja, lei federal sobre função estadual ou municipal poderia ser complementada por lei do próprio Estado ou Município para aquilo que se refira à sua respectiva esfera de atuação.

Se, no campo administrativo, isso é possível, não se enxerga porque não o seria no campo jurisdicional. Permitir que o Estado suplemente diplomas processuais federais é permitir que regre no plano regional o exercício de uma função pública (jurisdição) que lhe fora constitucionalmente confiada.

Há que ser considerada, também, uma interessante interpretação dada por Pontes de Miranda ao art. 8º, XVII, “b”, da Constituição de 1967, também cabível para o art. 22, I, da Constituição de 1988.

Segundo o autor, o Direito processual ali referido como de competência do poder central só seria o correspondente aos ramos de Direito material no mesmo dispositivo elencados, tal como o civil e o comercial. O poder central não poderia tratar do processo que correspondesse ao Direito material de competência de poderes parciais regionais e locais. Exemplifica, o jurista alagoano, com base na Constituição da época, com temas como os papéis administrativos, a cobrança fiscal e a responsabilidade funcional. E conclui que “se

que a locução “procedimentos em matéria processual” abrangeria os procedimentos administrativos, assim como o “Direito processual” englobaria o processo administrativo. (CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Das Normas gerais**. Belo Horizonte, Forum, 2010, p. 78 e 79).

¹¹⁷² Mas cabendo a ressalva de que, para esta última matéria (licitações e contratos), as normas não gerais poderiam ser concorrentemente produzidas por entes parciais periféricos como já dito em item precedente.

¹¹⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993, p. 274-276.

direito material é de competência do Estado-membro, o direito processual para realizá-lo também o é¹¹⁷⁴.

É a visão mantida por José Cretella Junior já no regime da Constituição de 1988 (e seu art. 22, I), que ilustra com o Direito administrativo e financeiro¹¹⁷⁵.

E isso permite aqui ratificar que se o Direito administrativo é assunto de competência legislativa dos entes parciais (central e periféricos), o processo administrativo em geral também o seria¹¹⁷⁶.

Assim, a União e os demais entes federativos podem tratar do seu próprio processo administrativo.

Logo, o art. 22, I, CF, contém regra que se refere ao processo jurisdicional, seja ele estatal ou não (arbitral¹¹⁷⁷). O Constituinte, ao tratar da competência para reger processo e procedimento (arts. 22, I, e 24, XI, CF), refere-se ao instrumento de exercício da função jurisdicional, função esta que pode ser exercida pelo Estado, mas também, por particulares, por meio da chamada arbitragem (cujas normas gerais federais encontram-se sediadas na Lei n. 9.307/1996, nada impedindo sejam objeto de normas suplementares e supletivas de origem estadual¹¹⁷⁸).

Mas nem mesmo o processo jurisdicional pode ser tomado como exclusividade da União. É o que se pretende seja, na sequência, demonstrado.

2.2.3 Competência para legislar sobre “direito processual” jurisdicional dos juizados. A identidade com os procedimentos em matéria processual.

Num primeiro momento, não se pode olvidar o fato de que o art. 24, X, CF, afasta qualquer exclusividade da União sobre o Direito processual (jurisdicional) dos juizados

¹¹⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 59.

¹¹⁷⁵ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, 3 v., p. 1468.

¹¹⁷⁶ Como um argumento adicional; um indicativo nesse sentido. Não como uma interpretação integralmente acatada para a definição da competência para legislar sobre processos que sirvam a Direito material de origem estadual ou municipal (ex.: tributário ou estatutário).

¹¹⁷⁷ Sobre a natureza jurisdicional do processo arbitral, antes já sustentada (com exposição das controvérsias em torno do tema), BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 207-212.

¹¹⁷⁸ Veja-se, por exemplo, a Lei n. 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais, que trata da previsão do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, regulamentando sua atuação. (Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&comp=&ano=2011>>. Acesso em 04 out 2014).

especiais. Institui, ali, a competência concorrente do ente central e dos entes parciais regionais para legislar sobre o processo nos juizados (estaduais e distritais).

Admite-se, assim, que, ao lado das leis federais gerais, subsistam leis estaduais (e distritais) suplementares e supletivas sobre esse setor do Direito processual.

Junto a isso, o art. 24, XI, CF, estabelece a competência legislativa concorrente do poder central e dos poderes periféricos (estadual e distrital) no que se refere aos “procedimentos em matéria processual”. Espera-se, assim, que, além da produção de leis federais gerais sobre a temática, sejam elaboradas leis estaduais (ou distritais) suplementares ou supletivas. Isso dar-se-á, diz o dispositivo, sobre o “procedimento” em “matéria processual”.

Como se não bastasse a clara explicitação do Constituinte de que se está tratando de “matéria processual”, conservando-se, pois, no campo do “direito processual”, esse poder legislativo convergente (malgrado não cumulativo) recai textualmente sobre o “procedimento”.

Só que diferença não há entre processo e procedimento para fins legislativos, como demonstrado nos capítulos 02 e 03. E o “direito processual” nada mais é que ramo do Direito que tem por objeto a disciplina do exercício da função jurisdicional por meio do processo, que é procedimento¹¹⁷⁹.

Ao contrário do que muitos são levados a pensar, o tormento gerado pelo Constituinte não é diferenciar o “procedimento em matéria processual” do “direito processual”, de modo a definir o que só pode ser privativamente regrado pela União (dito “direito processual”) do que pode vir a ser suplementado ou suprido pelos Estados e Distrito Federal (dito procedimental)¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁹ No debate que ocorreu na Comissão de Sistematização da Assembleia Constituinte, já se constata não ser tranquila a existência de diferença entre processo e procedimento. Nas palavras do Constituinte Aluizio Campos (seguidas pelo Constituinte Vivaldo Barbosa): “art. 21 estabelece a competência privativa da União para legislar sobre determinadas matérias, inclusive Direito Processual. Trata-se de uma competência privativa e, por conseqüência, excludente de qualquer outra competência. Direito Processual na sua total amplitude é matéria da competência da União. O art. 23 trata da competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente, e o Inciso XI desse artigo inclui, sem qualquer limitação, de maneira totalmente ampla, procedimentos em matéria processual. Dir-se-á que procedimentos em matéria processual é coisa distinta de Direito Processual, mas, na verdade, não o é. É matéria vinculada, conseqüente, estritamente ligada à realização formal dos atos judiciais que tentam a solução das questões, das pendências e dos litígios”. A despeito disso, a sua visão era no sentido de exclusão da competência suplementar dos Estados-membros (e do Distrito Federal), sob argumento de que: “tecnicamente não devíamos manter essa atribuição indiscriminada aos Estados para legislar sobre procedimentos em matéria processual, porque através dessa válvula poder-se-á tumultuar a legislação de processo a nível nacional, seja qual for o campo do Direito Processual – do Direito Processual Civil, do Direito Processual Agrário, Econômico”. (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 09 fev 2015, p. 726 e 727).

¹¹⁸⁰ Peculiar, e mais simples, é a visão de Antonio Claudio da Costa Machado, que não lhe causa qualquer tormento. Para o autor, não há diferença entre processo e procedimento. Tratar de um é tratar do outro, o que é

Até porque, como amplamente demonstrado no segundo e terceiro capítulos desse trabalho, e aqui já repisado, o “direito processual” disciplina o processo, e o processo é, por sua vez, procedimento. É procedimento democrático de produção normativa. Não há nada processual que não seja procedimental, tampouco há algo de procedimental que não se diga igualmente processual.

Tomada como premissa a identidade entre processo e procedimento e a coincidência das matérias tratadas nos arts. 22, I, e 24, XI, CF, a grande dificuldade (mas não a única) para o intérprete é definir qual a leitura adequada destes dispositivos que permita compatibilizar essas regras aparentemente divergentes, que preveem competência privativa da União e competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal sobre essa temática una (processo e procedimento).

2.2.4 Conflito aparente de competência legislativa privativa da União e competência legislativa concorrente da União, Estados e DF. Visão conciliadora e principiológica.

O desafio já anunciado é delimitar os campos de atuação da União e dos Estados (e Distrito Federal) na elaboração da legislação relativa a processo/procedimento. A razão dessa empreitada é o fato de que o art. 22, I, CF, prevê um poder privativo da União para disciplinar o processo, e o art. 24, XI, institui um poder concorrente da União e dos Estados (e DF) para o procedimento - quando estes (processo e procedimento) são temas coincidentes e indesejáveis para este fim.

Não há dúvidas de que a opção do Constituinte de 1988 em admitir que Estados e Distrito Federal produzam leis suplementares e supletivas sobre “procedimento em matéria processual” dá-se no intuito de viabilizar que a legislação genérica da União seja adaptada às diferentes necessidades e realidades locais – que devem ser atendidas e supridas, ainda que a União seja omissa -, considerando-se a dimensão territorial e a variedade social, cultural, estrutural e econômica brasileira¹¹⁸¹.

tema de competência privativa da União. A competência legislativa complementar e supletiva dos Estados sobre procedimento só lhes autoriza emitir normas procedimentais de caráter administrativo e cartorário, que servem de apoio à atividade jurisdicional. (MACHADO, Antonio Claudio Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado: artigo por artigo**. 5 ed. Barueri: Manole, 2013, p. 34).

¹¹⁸¹ CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil**. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 79; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 28; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, 1989, p. 05 e 06. Antonio Claudio Machado, em sentido contrário, defende o predomínio de espírito centralista do Constituinte, considerando processo e procedimento (indistintos a seu ver) temas exclusivos do poder de legislar da União. (MACHADO, Antonio Claudio Costa.

Esse é um dado teleológico a ser considerado¹¹⁸².

A ideia é que se mantenha um mínimo de uniformidade nacional sobre a matéria, com leis federais gerais, naquilo que seja de interesse de todos ou em que haja risco de atrito na interação federativa se não for objeto de tratamento homogêneo em todo país. Mas sem deixar de garantir certa dose de descentralização e autonomia estadual, permitindo a compatibilização desse manancial normativo genérico às particularidades regionais e locais, com leis estaduais suplementares e supletivas.

Não haveria, portanto, como se adotar interpretação que ignorasse os fins constitucionalmente visados com esses dispositivos e que privasse os Estados de qualquer atuação legislativa complementar e adaptadora.

Esse prestígio dado ao legislador estadual é uma das notas distintivas da Constituição Federal de 1988, que amplia significativamente a “participação das ordens periféricas na produção normativa” nas palavras de Fernanda Almeida:

em tema de repartição de competência pode-se dizer que o que mais marca a Constituição de 1988 é a acentuada exploração das potencialidades da competência legislativa concorrente, na tentativa de se dar maior peso às ordens parciais no relacionamento federativo¹¹⁸³.

Uma visão sistemática da Constituição de 1988 permite perceber que não há, nisso, nenhuma novidade. Admitir-se que Estados e Distrito Federal suplementem ou colmatem legislação de processo e procedimento (inconfundíveis entre si) é o padrão, por exemplo, para processos dos juizados especiais estaduais (art. 24, X, CF) e para os processos

Código de Processo Civil Interpretado e Anotado: artigo por artigo. 5 ed. Barueri: Manole, 2013, p. 34). Em sentido semelhante, Altamiro J. Santos acaba assumindo posicionamento centralista, ao sustentar que os Estados e Distrito Federal não poderiam tratar concorrentemente da matéria sem invadir competência da União, pois “*procedimento em matéria processual* é um instituto de Direito Processual Civil”. (SANTOS, Altamiro J. Processo e Procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988 – Competência para Legislar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, 1991, p. 241-244)

¹¹⁸² Foi o então Constituinte Nelson Jobim que sustentou, no debate que ocorreu na Comissão de Sistematização da Assembleia Constituinte, a necessidade imperiosa de regionalizar a legislação sobre o tema, adequando-a à realidade vivida na região, o que se coloca dentro do espírito da CF/1988: “Este dispositivo possibilitará que cada Estado, considerando a realidade processual e praxista dos Estados, possa criar procedimentos adequados às realidades procedimental e cartorária. Lembrem-se de que é competência dos Estados legislarem sobre Justiça estadual e o procedimento ajustará à técnica da Justiça de cada Unidade federada. Entendemos que esta possibilidade está-se abrindo no projeto do eminente Relator. Isto se ajusta claramente àquilo que o Rio Grande do Sul foi o grande iniciador, ou seja, o procedimento relativo às pequenas causas. A Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul criou uma técnica chamada procedimento para as pequenas causas e implantou esse sistema, na época, mesmo sem legislação. Hoje, há uma legislação que veio do Rio Grande do Sul e que possibilitou, então, aquilo que chamaríamos de atendimento do magistrado e da Justiça brasileira a todo João-sem-nome deste País. Se mantivermos o que veio de 1939, e passou por 1974 no Código Processual, estaremos inviabilizando um compromisso desta Constituinte, isto é, fazer com que a Justiça brasileira seja acessível a todos aqueles a quem Oliveira Viana chamava os joãos-sem-nome deste País. Era o que tinha a dizer”. (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 09 fev 2015, p. 727).

¹¹⁸³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121 e 126.

licitatórios (art. 22, X, CF), admitindo-se, ainda, que os Estados disciplinem plenamente seus processos administrativos em geral.

Ainda em olhar sistemático, mas agora por outro foco, observa-se que, historicamente, a distinção de processo e procedimento está doutrinariamente superada e sequer é acolhida nos mais diversos dispositivos da Constituição, como amplamente demonstrado e justificado no capítulo 2 desse trabalho.

A competência legislativa do art. 24, XI, CF, colocada unicamente sobre “procedimento”, foi construída à luz de uma concepção ultrapassada do instituto, i.e., de que existiriam procedimentos estatais não processualizados (como se falava do procedimento administrativo ou daquele realizado sem contraditório), e que seria possível, pois, falar em procedimento independentemente da presença de uma realidade processual.

Mas o tempo, a reflexão e a história conduziram à conclusão inversa.

Predominou doutrinariamente o reconhecimento da processualização do exercício de qualquer poder do Estado. As funções estatais (jurisdicionais, legislativas e administrativas) são realizadas por *processos* definidos como procedimentos democráticos de produção normativa. Não haveria mais porque se falar em procedimento estatal em contraditório, senão enquanto sinônimo de processo.

O próprio Constituinte de 1988 acaba consagrando a processualização dos procedimentos estatais, na medida em que opta pela expressão “processo” e, não, “procedimento”, quando trata do instrumento de exercício dessas funções. Por exemplo, o art. 5.º, LV, CF, assegura o contraditório no “processo judicial ou administrativo”, prevendo o contraditório como elemento de processualização do procedimento administrativo. Isso ratifica a mudança do conceito de processo que passa a ser visto como sinônimo de procedimento (sempre acompanhado de contraditório em países de regime democrático como o Brasil). A diferença de processo e procedimento perde sua razão de ser.

É o que se percebe também da leitura de diversos outros dispositivos constitucionais que não falam mais em procedimento para o exercício de funções estatais, mas, sim, em processos estatais (não só jurisdicionais, como administrativos e legislativos) – tais como art. 5.º, LXXII e LXXVIII, art. 24, X, art. 37, XXI, art. 41, §1.º, art. 59, *caput*, art. 84, III, 166, §7.º, CF/1988.

Mas o art. 24, XI, CF, por um lapso, não acompanha isso¹¹⁸⁴. Consagra texto que reflete realidade antiga e ultrapassada, reproduzido sem atentar para essa mudança de

¹¹⁸⁴ Lapso este não cometido com o art. 24, X, CF, que cuida da competência para legislar no âmbito dos juizados, sem incorrer nesse erro. Não faz diferença entre tais temas (processual e procedimental).

concepção do processo, adotada pelo próprio Constituinte, tratando-o como fenômeno passível de distinção do procedimento. É um eco do passado.

Não há como escapar à contradição aparente entre arts. 22, I, e 24, XI, caso se parta de seus textos pré-compreendidos – i.e., o primeiro dispositivo referindo-se a processo e o segundo, ao procedimento, tidos como realidades diferentes -, sem atenção a estes fatores teleológicos, históricos e sistemáticos.

E mais. Para afastar essa desarmonia de primeira aparência, imprescindível, também, interpretar as regras em questão com base em princípios constitucionais, como o devido processo legal, a autoridade natural e a competência adequada, bem como o princípio federativo e o interesse predominante (moldado pela subsidiariedade).

Com esse intuito, deve-se observar, a princípio, a existência de interesse regional ou local prevalecente em adequar normas processuais gerais às especificidades do modo de exercício da jurisdição estadual naquela localidade prestada, sem ir de encontro com legislação federal e sem gerar disparidades nacionais danosas. É esse interesse que se deve tutelar.

Isso porque o legislador estadual (e distrital) está próximo dos problemas locais¹¹⁸⁵, relativos à Justiça do seu Estado (ou do Distrito Federal), o que o torna a autoridade natural e titular da competência adequada para, conduzindo um processo legislativo devido, moldar o processo instituído por lei federal ao ambiente jurisdicional regional.

É medida de razoabilidade reconhecer que os Estados (e o Distrito Federal) têm poder para suplementar e suprir a legislação que rege o instrumento de trabalho de uma função sua, a jurisdição estadual. Nem que seja como um poder implícito ou resultante, não previsto expressamente na Constituição, mas que assegura e viabiliza a implantação dos fins constitucionalmente visados.

De um lado, pode ser tomado como poder *implícito*, por ser meio necessário para exercício da competência explicitada no art. 24, XI, CF. Para desempenhar a tarefa expressa de reger localmente o “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI), os Estados e o Distrito Federal fatalmente terão que reger o processo (sinônimos que são), que acaba sendo caminho do qual não se pode desviar (meio necessário, pois). E, com isso, serão atendidos os legítimos fins e tarefas constitucionais em que foram investidos os Estados, no sentido de assegurar que o processo de produção legislativa seja conduzido por autoridade

¹¹⁸⁵ A interpretação da CF deve ser conduzida pelo espírito de busca do interesse que predomine em torno da decisão legislativa a ser adotada, mantendo-a o mais próxima possível da população destinatária.

natural e adequada (parlamento estadual), e que se atenda ao interesse predominante (e peculiar) de adaptação da legislação federal geral de processo às necessidades regionais¹¹⁸⁶.

De outro lado, possível é visualizá-lo como poder *resultante*, por ser decorrência inevitável da consideração combinada das competências expressamente contidas nesses artigos (art. 22, I, e 24, X e XI, CF), afinal não há como tratar complementarmente, no plano estadual e distrital, do procedimento, sem fazê-lo igualmente sobre o processo.

E nem cabe dizer que, desse modo, se estaria invadindo indevidamente competência alheia, no caso, a competência da União para tratar privativamente do Direito processual (art. 22, I, CF), atentando contra o princípio da intangibilidade das competências¹¹⁸⁷ explícitas.

Inicialmente, porque, de certo modo, a União continua sendo a responsável, com exclusividade, pelo regramento do Direito processual aplicável nas justiças federais e nos juizados especiais federais. Tanto o regramento geral como o mais específico em tais contextos lhe compete, tal como amplamente justificado linhas atrás.

Ao lado disso, deve-se lembrar que esse não é um princípio absoluto (intangibilidade das competências), pois se admite que, diante de um conflito de competências, um órgão assuma e desempenhe poderes implícitos que interfiram na esfera de atuação de outro, desde que não a esvazie por completo. Seria uma “afectação razoável de competências alheias”. E é exatamente o que ocorreria no caso, tendo em vista a preservação da competência plena da União em tema processual no âmbito da jurisdição federal somada à sua competência restrita para firmar as normas gerais aplicáveis às jurisdições estaduais.

Equilibram-se, dentro da razoabilidade, os interesses da uniformidade nacional (com legislação federal plena para a jurisdição federal e geral para a jurisdição estadual) e da adaptabilidade local (com legislação estadual suplementar e supletiva para jurisdição estadual), conservando-se o núcleo essencial da esfera legislativa dos entes federados implicados¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ Enfim, essa competência legislativa estadual (e distrital) complementar em matéria processual pode ser acolhida como uma competência implícita, cuja admissão serve para colmatar e conferir coerência e efetividade ao programa constitucional legislativo, assegurando que seja exercida por autoridade natural e adequada.

¹¹⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 548; MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 265; DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 87; REALE, Miguel. Competências Constitucionais. Legislação sobre urbanismo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 75, 1985, p. 03.

¹¹⁸⁸ DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997, p. 87 e 88.

A razoabilidade da proposta de reconhecer-se a competência legislativa estadual (e distrital), em tema de processo jurisdicional estadual, sobressai ainda mais por não ser gravosa para o interesse nacional ou para a uniformidade e homogeneidade daquilo que há de fundamental no âmbito do Direito processual.

Afinal, só quando *não há* lei federal com normas gerais sobre a matéria, admite-se que o legislador estadual exerça sua competência legislativa de forma plena (supletiva) e, *havendo* (lei federal), ficará adstrito a uma atuação em caráter suplementar. E, em ambos os casos, agirá com a produção de leis (supletivas ou suplementares) que, por só terem eficácia local, e regramento voltado para aquilo que é peculiar à realidade ali vivida, não gerariam prejuízos ao interesse nacional, mas, só, benefícios locais.

É a visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹⁸⁹. O autor considera sábia a fórmula da Constituição de 1891 que reservava para os Estados o poder de legislar sobre o Direito processual aplicável à Justiça Estadual, permitindo que fosse adaptado à realidade local. Chega a aconselhar que o Direito *processual* seja estadual, ressaltando, contudo, que, para evitar “excessivas disparidades”, uma boa opção seria dar competência à União para estabelecer normas gerais, podendo ele “ser adaptado às condições da região”, variando as normas particulares de Estado para Estado¹¹⁹⁰. É uma garantia de competência legislativa adequada.

Carlos Ari Sundfeld¹¹⁹¹, por via transversa, acaba admitindo, à luz do regime atual, a inevitabilidade da ingerência legislativa estadual em tema de processo, pelo menos em caso de omissão da União.

Atentou o autor, logo após a promulgação da Constituição de 1988, para o problema gerado pela consideração conjunta do texto dos artigos 22, I, e 24, XI. Não chegou à conclusão (que nos parece inexorável) de que não há distinção entre processo e procedimento, mas percebeu, ao menos, que não há como dissociá-los enquanto objeto de atividade legislativa.

Na sua visão, a disciplina do procedimento pressupõe um processo instituído e regrado, colocando o procedimento como suplemento do processo: “não é possível disciplinar o procedimento sem a anterior regulação do processo (...) É intuitivo perceber que só se pode

¹¹⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, 1 v., p. 165-166.

¹¹⁹⁰ Nesse contexto, Fernanda Dias Menezes de Almeida considera razoáveis as ponderações do autor, questionando se tão variados ramos da ciência jurídica deveriam ter sido colocados sob a responsabilidade do poder legislativo privativo da União, sobretudo o Direito processual. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85 e 86).

¹¹⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Competência legislativa em matéria de processo e procedimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 657, 1990, p. 5 e 6.

regular o procedimento de um processo existente”, de modo que “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”.

Isso o conduziu à sua grande conclusão de que deve ser reconhecido o poder dos Estados de suprir omissão federal em matéria de procedimento e, também, de processo (art. 24, §3.º, CF), senão estariam privados de sua competência legislativa plena quando inerte a União:

as normas suplementares de procedimento são construídas sobre a base das normas gerais e estas a partir das 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 o § 3.º), 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 matéria¹¹⁹².

Aroldo Plínio Gonçalves, que já parte do pressuposto de que não há distinção entre processo e procedimento¹¹⁹³, mas só vínculo de inclusão (todo processo é procedimento), sustenta interpretação muito próxima àquela aqui adotada, por conduzir a resultado semelhante. Parte da inexistência de diferença substancial entre normas de processo e de procedimento, para sustentar que o art. 22, I, CF, só seja aplicável aos processos da Justiça Federal, e o art. 24, XI, CF, seja para legislar sobre processo e procedimento que tramite na Justiça Estadual ou Distrital¹¹⁹⁴. Mas termina por ir mais além para estendê-la ao Direito processual no seu sentido mais lato:

frise-se, e bem, que, com o art. 22, item I, o Constituinte de 05 de outubro de 1988 dispôs, isto sim, que é da competência privativa da União legislar sobre “direito processual” em “processo administrativo”, em “processo legislativo” e em “processos jurisdicionais” exclusivamente federais (os das justiças federais – comum e especializadas); nos “processos jurisdicionais” das Justiças Estaduais editará normas em concorrência com as Codificações Estaduais, civis e penais (art. 24, XI e parágrafos)¹¹⁹⁵.

A melhor interpretação da CF de 1988 identifica-se exatamente com essa postura moderada, que preserva, no campo da legislação processual, esfera de atuação para os Estados e Distrito Federal ao lado da esfera de atuação da União.

¹¹⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. Competência legislativa em matéria de processo e procedimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 657, 1990, p. 5 e 6.

¹¹⁹³ Também não os distingue, inclusive para fins legislativos, MACHADO, Antonio Claudio Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado: artigo por artigo**. 5 ed. Barueri: Manole, 2013, p. 34.

¹¹⁹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 58.

¹¹⁹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 57 e 58.

Por isso, lidos conjuntamente os arts. 22, I, e 24, XI, CF, deve-se reconhecer caber, no contexto do que se diz ser procedimental, mas que é fatal e essencialmente processual (e vice-versa): *i*) ao legislador federal, todas as normas de processo para as Justiças Federais e somente as normas gerais de processo para a Justiça Estadual; e *ii*) ao legislador estadual/distrital, as normas suplementares (ou supletivas) de processo para as Justiças Estaduais.

2.2.5 Adequada repartição do poder entre entes federados.

Tomando como premissa que a Constituição prevê a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre “Direito processual” estadual, é necessário que se definam os limites dos poderes que são, com isso, reservados a cada ente federado.

Inicialmente, cabe à União produzir enunciados de normas gerais sobre o assunto e aos Estados e Distrito Federal editar disposições *suplementares*. E estas leis estaduais (e distritais) suplementares devem conter produção normativa voltada para reger o instrumento de exercício da jurisdição estadual, naquele território, atendendo interesses e demandas peculiares daqueles que dele se valem ou dele participam (art. 24, §§ 1.º e 2.º CF).

O Constituinte conta, ainda, com a possibilidade de omissões, mais ou menos amplas, da União na disciplina genérica da temática.

Em casos tais, admite-se atuação *supletiva* dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, §§ 3.º), para que preencham esses vazios, construindo toda base normativa necessária para assegurar um processo adequado de exercício da sua jurisdição local, atentos às suas próprias (mas não exclusivas) necessidades.

Assim, inerte a União, de modo a inexistir lei federal geral sobre a questão, os Estados e Distrito Federal poderão sobre ela legislar integralmente. Incumbe-lhes, com isso, instituir todas as regras necessárias para dar um tratamento completo à matéria, sem descurar dos desdobramentos necessários para que sejam adaptadas às particularidades dos processos que tramitem no judiciário estadual (ou distrital) e seus respectivos partícipes.

Por fim, essa legislação estadual e distrital plena terá sua eficácia sustada em caso de superveniência de lei federal geral, naquilo em que com ela contrastar em termos de

regramento geral (art. 24, § 4º, CF). Daí se falar que essas são leis locais sujeitas à condição resolutiva consistente na superveniência de lei federal geral¹¹⁹⁶.

Não é demais lembrar que esses são poderes concorrentes da União, Estados e DF, para o processo das justiças *estaduais e distritais*.

Quanto ao tratamento legislativo dos processos das justiças (e órgãos) *federais* só há que se falar em poder da União, afinal, trata-se do mecanismo de exercício de função que lhe é constitucionalmente atribuída - a jurisdição federal.

Assim, cabe à União legislar plenamente sobre os processos das justiças e órgãos federais. Além da base normativa geral e nacional, também produz base normativa (não-nacional) especificamente pensada e construída para os mecanismos e instrumentos de desempenho de sua jurisdição. Ou seja, a União é responsável pela disciplina global do Direito processual para toda estrutura judiciária federal.

É o caso, por exemplo, da disposição normativa (art. 7º da Lei n. 9289/1996) que trata da ausência de custas na reconvenção perante a Justiça Federal, dos dispositivos de processo do trabalho constantes na CLT; das regras do CPC relativas aos recursos extremos em seu trâmite no STF e STJ; da Lei n. 8.038/1990 e suas regras procedimentais para os processos que correm perante o STF e STJ; e assim sucessivamente. São enunciados normativos sem aplicabilidade na Justiça Estadual, não havendo cabimento falar em lei estadual suplementar sobre essas matérias¹¹⁹⁷.

Isso é tudo que se pode falar com certa tranquilidade sobre essas regras de partilha de competência legislativa sobre Direito processual. Tudo o mais só gera desencontro e aflição, inclusive na doutrina e nos tribunais.

De um lado, porque se sentem atormentados pela “falsa” necessidade de diferenciar o processo e procedimento¹¹⁹⁸ - aqui não considerada -, já que os distinguem e

¹¹⁹⁶ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 51; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29.

¹¹⁹⁷ Há quem discorde e entenda que as leis estaduais têm validade no território do Estado que as edita, mas para reger não só a jurisdição estadual como também a jurisdição federal, eleitoral e trabalhista. Justifica-se sob argumento de que é conclusão que “sobressai da Constituição de 1988, que, diversamente da Carta Constitucional de 1891, não aponta ser competência da União legislar sobre processo e procedimento da Justiça Federal, deixando às entidades parciais a competência para legislação em matéria procedimental local”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50).

¹¹⁹⁸ Dentre aqueles que manifestam dificuldades de diferenciar processo e procedimento, CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95 e 96; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil; Liquidação e Cumprimento**. 3 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 91 e 92; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização**

pressupõem que aquele seria de competência exclusiva da União enquanto este seria de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal.

De outro, pela dificuldade real e legítima de se definir, no campo dessa competência concorrente, o que deverá ser objeto de normatização geral da União e suplementar e supletiva dos demais entes.

Por não se compartilhar aqui do primeiro destes desafios – na medida em que já se expôs, no segundo e terceiro capítulos, a inexistência de diferença entre processo e procedimento -, o segundo deles é que sobressai e verdadeiramente preocupa, devendo ser daqui por diante enfrentado.

É necessário definir, no que se refere ao processo jurisdicional estadual, o que deverá ser objeto de normas gerais federais e aquilo que pode ser destinado às normas estaduais suplementares e supletivas.

3 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO E NORMAS PROCESSUAIS. QUESTÕES GERAIS.

3.1 Normas gerais de processo – em seu objeto, sujeitos e fins.

No capítulo anterior, dedicou-se todo um item à definição das normas gerais no âmbito da competência concorrente em geral. Resta analisar o que seriam normas gerais de processo.

As normas gerais de processo são aquelas que estabelecem princípios e regras comuns para os fatos e situações jurídicas processuais, e respectivos sujeitos, observados no exercício da função jurisdicional em todo território nacional.

Visam atender interesse comum a todas as unidades políticas parciais, ou relativo apenas a algumas ou a muitas delas, mas que, ainda assim, deve ser objeto de tratamento uno, para evitar distorções ou atritos que poderiam decorrer da adoção de tratamentos diferentes, esparsos e localizados.

Dessa forma, são enunciados normativos que têm o condão de uniformizar a disciplina de eventos processuais e seus efeitos em todos os processos estatais, empregados no exercício de jurisdições federais e estaduais, indiscriminadamente, de modo que se refiram a toda população do território brasileiro que atue, auxilie ou se sirva destas jurisdições.

3.2 Regras e princípios gerais de processo. Orientação ou detalhamento.

No que diz respeito às normas gerais de processo, não há, contudo, restrição objetiva de seu conteúdo ao estabelecimento do que for *basilar* e *essencial* em torno da matéria. Não é cabível dizer que só devem definir orientações gerais ou normas-princípio¹¹⁹⁹.

Existe um sem-número de enunciados normativos gerais de processo que veiculam regras com prescrição direta dos comportamentos processuais necessários para que se alcancem as finalidades visadas (regras, pois), algumas vezes, com rigor de detalhes, que não excluem sua generalidade constitucional.

E isso não se faz para atender interesse de um Estado específico, ou relativo ao melhor exercício processual de sua jurisdição respectiva, no seu território. O interesse é de extensão nacional: *i*) em alguns casos por ser compartilhado por todos os entes federados (central e periféricos) no modo de exercício de todas as jurisdições, sem restrição territorial ou demográfica; *ii*) em outros, por pressupor abordagem legislativa homogênea de espectro nacional que se faça necessária para evitar desencontros ou desafinamento no contato entre órgãos jurisdicionais integrantes de estruturas diversas, que poderiam surgir com regramentos locais distintos e peculiares.

Por exemplo, a previsão da possibilidade de protocolo da petição em que se argui incompetência no foro do domicílio do réu, requerendo-se que seja imediatamente comunicado ao juízo que determinou sua citação (art. 337, CPC-2015), deve ser (e foi) objeto de lei federal geral. Isso porque não vem atender a particularidade de nenhuma região ou localidade do país, mas, sim, vencer as dificuldades encontradas por todos os réus que tenham domicílio muito distante do local em que corre o processo em que demandados, fato este que pode facilitar uma revelia indesejada e, muitas vezes, induzida. Basta pensar nas grandes distâncias geográficas entre comarcas do país, muitas vezes de Estados ou regiões distintas, bem como nos obstáculos financeiros, culturais e materiais que podem subsistir para contratação de advogado na localidade em que tramita o feito.

Além disso, regramentos diversos em comarcas diversas poderiam gerar desarmonia nacional e empecilhos na relação entre juízos de justiças distintas. Afinal, se a

¹¹⁹⁹ Gajardoni diverge no ponto, ao sustentar que norma geral “procedimental” é aquela que firma parâmetros mínimos, com alto grau de generalidade e abstração sobre trâmite processual ou prática de certo ato. Ou seja, estabelece esses aspectos mínimos, sem minúcias ou exaurimento, sobre os sujeitos, os atos e as formas procedimentais. E sob essa rubrica insere quase tudo que se possa dizer procedimental – que aqui não se diferencia do processual. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 42 e 43).

legislação de um Estado admite que a petição seja lá protocolada, mas a de outro em que fica o juízo que determinou sua citação, não, o réu poderá acabar ficando sujeito ao reconhecimento de uma intempestividade de sua atuação e eventual revelia, por esse desencontro normativo¹²⁰⁰.

O mesmo se diga de regras de competência territorial. Devem ser gerais e federais e o ideal é que a União as discipline com a maior minúcia possível.

Difícil seria, por exemplo, em termos de interação jurisdicional federativa, se um Estado previsse que o foro competente para causas decorrentes de contratos de serviços de saúde seria o domicílio da contratante e a legislação de outro Estado previsse ser do local onde o serviço será prestado ou da sede da empresa contratada. O autor da ação poderia até considerar foros concorrentes e optar pelo de sua preferência. Mas o réu, questionando, colocaria o julgador diante de conflito legislativo interestadual, não havendo critério de solução para tanto no ordenamento, pois são leis de eficácia territorial distinta¹²⁰¹.

Mas nada disso quer dizer que a norma geral federal não possa conter diretrizes ou princípios fundamentais, sem entrar em detalhamento. Não há problema algum nisso. É uma opção legislativa que pode decorrer da constatação de que os pormenores daquela matéria pressupõem tratamento local ou serão ali mais bem trabalhados e definidos, sem gerar complicações nas relações entre unidades federativas e suas jurisdições.

¹²⁰⁰ A despeito disso, o Projeto de Código de Procedimentos Pernambucano regulamenta e dá maior amplitude a essa regra em caráter pretensamente suplementar. No seu art. 40, a pretexto de instituir um protocolo integrado, prevê que qualquer petição ou recurso pode ser entregue no protocolo de um foro ou de uma comarca, ainda que destinado a juízo de outro foro ou comarca – sem restringir essa possibilidade ao âmbito intra-estadual. Segue firmando que a petição ou o recurso entregue num foro, será encaminhado ao outro foro ou comarca a que é dirigido. E finaliza com a regra de que o oferecimento da petição ou recurso considera-se aperfeiçoado no momento em que apresentado no protocolo originário, ainda que demore para chegar ao foro ou comarca de destino. Não se atenta, contudo, o problema que isso pode representar se os foros em questão não estiverem no Estado de Pernambuco. (Projeto de Lei n. 1733/2013. Disponível em <<http://www.alepe.pe.gov.br/paginas/?id=3598&legislatura=&doc=685C4FC708FA41B203257D32004CC69F&paginapai=3576>>. Acesso em 29 set 2014).

¹²⁰¹ Talvez, na melhor das hipóteses, poder-se-ia admitir que um Estado possa tratar de competência territorial intra-estadual, para instituir e dispor, por exemplo, sobre foros como os distritais, definindo sua competência. Mas, ainda assim, seriam enfrentadas controvérsias sobre a natureza territorial da competência. Os “foros regionais ou distritais” são resultado da divisão de comarcas maiores em “foros” locais/regionais que convivem com o “foro” central, alocando, em cada qual, seus próprios juízos. É uma forma de descentralizar o trabalho do Judiciário e a base territorial de processamento e julgamento de causas. Entretanto, sua competência é prevista na lei de organização judiciária, também, em razão do valor da causa. E se entende que não é caso de definição de competência de foro, mas de juízo, e que, mesmo sendo em razão do valor da causa, é absoluta: seja quando o “foro” regional recebe causa acima do seu teto, seja quando o “foro” central recebe causa abaixo do seu piso. São criados por razões de ordem pública, para melhor distribuição de justiça, sustenta-se (assim, por todos, CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p, 133 ss.; STJ, REsp n. 20.122, 4.ª T., rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 01.09.1992, publicado no DPJ de 21.9.1992; Enunciado de súmula n. 03, TJ/RS; contra, dizendo ser relativa, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v., p. 657 e 658).

Por exemplo, a distribuição de competência entre juízos. O CPC, lei federal geral, limita-se a estabelecer os critérios que serão utilizados (como o material e o funcional) na atribuição de competência para juízos (arts. 63 e 63, CPC-2015). Fornece parâmetros gerais para tanto. Mas o suplemento fica por conta dos Estados, que instituem juízos com competência para causas de família, acidentárias, de registros públicos etc.¹²⁰²

Outro exemplo. O CPC-2015 (arts. 9.º, 10, e 434, §1.º) estabelece, como diretriz geral, que o juiz não deve julgar com base em questão nova ou documento novo, de ofício ou a requerimento, sem ouvir a outra parte. Trata-se de uma orientação geral, mas que, apesar de ter natureza de regra, não exaure nem destrincha o tratamento da questão. Poderia, por exemplo, o legislador estadual atento ao costume judiciário local de receber e julgar a causa com base em memoriais do advogado, parecer de jurista ou opinativo do Ministério Público com dado novo, muitas vezes sem juntar o documento respectivo nos autos (como nos dois primeiros casos), e sem ouvir a outra parte a respeito, instituir regra local que passe a contar com essas exigências específicas.

3.3 Indeterminação e abertura conceitual. Consideração casuística com amplitude objetiva.

Em que pese bons exemplos possam ser dados, não há como se definir, apriorística e exaustivamente, tudo que pode ser objeto de regramento geral da União.

A norma geral de processo é um conceito aberto e indeterminado, que só comporta que se defina, como acima se definiu, um núcleo mínimo de significado. Restam zonas marginais de incerteza cujo sentido só pode ser precisado a cada caso em que exercida essa competência federal para legislar genericamente.

Mas cabe constatar que, no plano nacional, é possível a disciplina ampla e genérica do processo, no contexto dos três tipos de tutela que visa oferecer (conhecimento, execução e cautelar), em caráter antecipatório ou definitivo, considerando todos os atos e efeitos que pressupõem. E é esperada naquilo que é de espectro nacional e afeta a todas as jurisdições, ou parte delas nas situações em que se relacionam reciprocamente, para que isso se dê com a coerência e harmonia necessárias.

¹²⁰² Rigorosamente, norma de competência é norma processual. Logo, todos aqueles dispositivos em que se distribui competência inseridos em leis locais de organização judiciárias são suplementares da Codificação Processual Federal.

Não há limitação de extensão objetiva, é dizer, do conteúdo ou da matéria que pode ser genericamente trabalhada por legislação federal.

A título exemplificativo, temática que deve ser, sob essa ótica, objeto de abordagem nacional, é a instituição de requisitos de validade para a prática de atos processuais. É o caso dos requisitos de validade das postulações em geral (como a inicial e os recursos utilizados nas instâncias estaduais), das decisões, dos atos de comunicação, sobretudo naquilo que envolva interesse público. Mas sem exclusão da possibilidade de disciplina local complementar, no que cabível, obviamente.

A legislação federal e nacional uniforme em termos de validade processual traz facilidades no contexto de eventual contato ou cooperação interestadual. Isso porque eventual reconhecimento de incompetência territorial ou de outra natureza que conduza à remessa dos autos para comarca de outro Estado em que se adotasse regramento diverso, por exemplo, poderia tornar mais árdua a discussão sobre a validade de ato praticado de acordo com regramento peculiar do Estado de origem, seja pela falta de habitualidade na manipulação daquela legislação estadual diversa, seja pelo eventual desconhecimento de posturas jurisprudenciais e até mesmo consuetudinárias em torno dela.

Por exemplo, quando um Estado produz lei que admite que as decisões judiciais tenham fundamentação *per relationem*, invocando e remetendo os jurisdicionados aos fundamentos de outros atos do processo, desde que os transcrevendo. Ou exige que, nos casos de citação ou intimação pessoal, o oficial de justiça leia o mandado em voz alta e na presença de testemunhas diante do alto índice de analfabetismo da localidade¹²⁰³. Quiçá prestigie a citação (ou intimação) por oficial em detrimento da postal, tendo em vista a baixa operabilidade e alcance dos Correios naquela região¹²⁰⁴ rural ou de crescimento urbano desordenado e com núcleos sociais violentos ou inacessíveis.

Entretanto, para casos tais, é necessário que não se veja impedimento para que Estados diferentes adotem regramentos diferentes para a regularidade de atos processuais, se relevante para atender peculiaridades locais. O importante é que se tenha em mente que a lei estadual só vincula a Justiça do Estado que a produziu.

¹²⁰³ Admite novas modalidades de citação e intimação – bem como de carta precatória intraestadual, carta de ordem e protocolo, ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 140 e 141. Guilherme Lunelli sugere citação por rádio ao invés de edital nos locais em que seja baixa circulação de periódicos, difícil a mobilidade e significativas as taxas de analfabetismo. (LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 224, 2013, p. 413 e 417).

¹²⁰⁴ LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 224, 2013, p. 417.

Assim, devem ser considerados perfeitamente válidos os atos praticados de acordo com requisitos de validade previstos na legislação do Estado de origem, ainda quando não correspondam ao estabelecido em legislação do Estado de destino. O que importa é que o ato esteja de acordo com a lei do Estado em que praticado, que inevitavelmente terá que ser conhecida, estudada e interpretada em Estado diverso – que poderá exigir seja provado seu teor e vigência, se até então ignorada (art. 383, CPC-2015).

Esse é um exemplo de matéria que pode ser regrada genericamente pela União sem desmerecimento da importância de eventual investida legislativa estadual. E muitas outras podem ser vistas nesse contexto, não havendo como se excluir prévia ou abstratamente um determinado assunto do alcance legislativo nacional.

Por isso, não se pode anuir com o entendimento de que regras sobre tempo e lugar dos atos processuais (arts. 210 e 215, CPC-2015) não podem ser gerais – como sustenta Fernando Gajardoni sob argumento de que vão além do mínimo em torno dos sujeitos, atos e formas processuais¹²⁰⁵. Nada impede e até recomenda que haja uma certa uniformidade nacional em torno da exigência de que os atos internos se pratiquem, em regra, na sede do juízo - dentro do horário previsto nas leis de organização judiciária, quando fixem o expediente forense, ou pelo regimento dos tribunais - e que os externos se deem em dias úteis, das seis às vinte horas, com previsão de exceções na própria lei.

Isso reflete uma realidade predominante a nível nacional e interestadual, não sendo algo tenha sido estabelecido para atender interesse ou necessidade deste ou daquele Estado.

Se há algo de peculiar numa comunidade parcial como especificidades em torno do horário de trabalho, dos meios de transporte, da quantidade de serviço ou do excesso de processos pendentes¹²⁰⁶, isso pode justificar, se for o caso, uma lei estadual suplementar.

Perfeitamente viável, por exemplo, que lei estadual suplementar, diante de graves dificuldades de transportes, admita que audiências de causas de menor complexidade, como nos juizados especiais civis, sejam inteiramente realizadas por videoconferência ou tecnologia equivalente (ou simplesmente suficiente) e não necessariamente dentro da sede do

¹²⁰⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p.43.

¹²⁰⁶ Situações apontadas por GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 43.

juízo¹²⁰⁷. Ou que, nestas mesmas causas (de complexidade reduzida), depoimentos orais de testemunhas sejam substituídos por depoimentos escritos.

Algo mais há que ser considerado.

Se, no âmbito do processo a ser empregado nas justiças e nos juizados especiais estaduais, a União só pode estabelecer um regramento geral e os Estados e Distrito Federal devem restringir-se à sua suplementação (ou suprimento no que for omissis), disso resulta que será inconstitucional todo exercício de poder que ultrapasse esses limites.

Se a legislação *estadual* não se limita a suplementar ou suprir, interferindo individualmente em matéria de interesse e abrangência nacional, gerando potenciais incompatibilidades nas relações recíprocas das unidades federadas no que se refere ao exercício das respectivas jurisdições, incorrerá em inconstitucionalidade¹²⁰⁸.

Se a legislação *federal* não se cinge ao geral e que demande normatização em plano nacional, atuando para reger questão que afeta a interesse de um único Estado ou localidade – eventualmente até em prejuízo de outros cujo interesse seja diverso –, estará invadindo âmbito de competência dos Estados e atentando contra a Constituição¹²⁰⁹.

O Código de Processo Civil de 1973 foi elaborado na vigência da Constituição de 1967, quando cabia à União legislar amplamente sobre processo e procedimento, não se destinando aos Estados a competência suplementar ou supletiva para adaptações locais (art. 8º, §2º, Constituição de 1967).

Não havia a preocupação de, nessa codificação federal, só inserir dispositivos normativos gerais e de abrangência nacional. Por isso se questiona se aqueles que fujam a esta generalidade não teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988, por usurpação da competência legislativa estadual suplementar¹²¹⁰.

A resposta deve ser dada por partes. Isso porque há que se analisar separadamente a aplicabilidade do CPC para órgãos jurisdicionais federais e estaduais.

No âmbito do processo para as justiças federais (e órgãos estritamente federais), a competência legislativa da União é plena, alcançando todos os seus aspectos, dos

¹²⁰⁷ E isso sequer contrariaria a regra geral federal, já que o art. 215, CPC, admite prática de atos fora da sede do juízo em caso de “obstáculo arguido pelo interessado e acolhido pelo juiz”.

¹²⁰⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 2 t., p. 170; MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 51.

¹²⁰⁹ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993, p. 51.

¹²¹⁰ Paulo Luiz Neto Lobo cogitou que ao menos tivessem o condão de inibir a iniciativa estadual, embora não a vedando. (LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989, p. 101).

gerais aos mais específicos, e isso legitima a constitucionalidade formal de tudo quanto constante no CPC/1973 que teria sido, nesse aspecto, e com essa aplicabilidade, inteiramente recepcionado pela CF/1988.

Já na esfera das justiças estaduais e seu processo, a competência da União é mais restrita, cingindo-se a aspectos gerais e que comportem uniformidade nacional. Tudo o mais deve ficar reservado à suplementação dos Estados (e Distrito Federal). A aplicabilidade de regras do CPC-1973 que fujam a esses lindes é inconstitucional¹²¹¹.

Dessa mesma forma deve ser interpretado o CPC-2015, que deve se ater ao estabelecimento de regras gerais.

4 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL E NORMAS PROCESSUAIS SUPLEMENTARES.

4.1 Normas suplementares de processo – em seu objeto, sujeitos e fins.

As normas estaduais (ou distritais) suplementares de processo são aquelas que irão regulamentar e desenvolver, no plano regional, aquilo que foi firmado na lei federal geral de caráter nacional.

Independentemente de portar regras ou princípios, de firmar diretrizes fundamentais, critérios basilares ou minúcias, dirigem-se à complementação da disciplina dos fatos e situações processuais (e respectivos sujeitos), genericamente tratados em lei federal, no âmbito do exercício da função jurisdicional estadual, territorialmente limitada.

E visam, sempre, atender ao interesse local de melhor funcionamento processual da Justiça do Estado (ou Distrito Federal) para todos aqueles que atuem, auxiliem ou fruam da jurisdição ali desempenhada.

¹²¹¹ Fernando da Fonseca Gajardoni e Luiz Carlos Fontes de Alencar não fazem, contudo, essa diferenciação. Simplesmente entendem incabível a edição de regras que não sejam gerais pela União, que estariam fadadas à inconstitucionalidade. (ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. *Revista do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal*, Brasília, n. 13, 2011, p. 186; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 42). Mas José Manuel Arruda Alvim Netto e Fernando da Fonseca Gajardoni sustentam que essas normas federais não gerais subsistem e não estão revogadas enquanto os Estados não exerçam sua competência suplementar. (ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 136; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 42). Agora, as normas federais não-gerais editadas depois do advento da CF/1988, muitas decorrentes de leis reformistas, seriam, na sua visão, inconstitucionais (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 42).

Com este fim, as normas estaduais suplementares voltam-se à adequação das normas federais gerais à realidade processual ali vivida, satisfazendo necessidades locais, sem gerar dificuldades no diálogo ou contato (inclusive interestadual) de justiças ou atritos federativos.

Por isso se dizer, na linha de Tércio Ferraz, que essa não é exatamente uma legislação que concorre com a federal, mas, sim, que decorre dela, regulamentando-a¹²¹² na sua aplicabilidade aos fatos, atos e consequências processuais, no contexto do processo da Justiça estadual.

4.2 Ainda com abertura e indeterminação. Consideração casuística com amplitude objetiva.

“Norma suplementar de processo”, como se pode perceber, também é um conceito aberto e indeterminado. Daí definir-se abstratamente esse centro mínimo de significação, deixando em aberto zonas marginais de incerteza cujo sentido só pode ser delimitado casuisticamente.

E também não há, aqui, uma restrição substancial da temática que pode ser abordada como conteúdo desses comandos normativos regionais, aprioristicamente delimitável. Basta que recaia sobre aquilo que se revele de dimensão estadual (ou distrital) e que seja, pois, relativo ao exercício da jurisdição do Estado que a produziu, sem atingir perniciosamente a atuação de outros.

Alguns exemplos já foram dados no item precedente, mas outros podem ser aqui elaborados.

É possível apontar, ilustrativamente, o art. 526, CPC-1973 (introduzido pelas Leis n. 9.139/95 e n. 11.352/2001)¹²¹³. Não caberia ao legislador federal genericamente instituir a necessidade de comunicação da interposição do agravo de instrumento em primeira instância e a forma (e prazo) de fazê-lo, pois há Estados em que o processo já informatizado permite que juiz e a parte agravada consultem pela via eletrônica a petição correspondente. O

¹²¹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 90, 1995, p. 250.

¹²¹³ ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. **Revista do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal**, Brasília, n. 13, 2011, p. 186.

dispositivo equivalente no CPC-2015 (art. 1.015, §2.º)¹²¹⁴ é mais adequado ao dispensar a exigência nos casos em que os autos são eletrônicos.

Acrescente-se a isso que o prazo de três dias para comprovação é absolutamente inadequado e exíguo nas localidades em que há grandes dificuldades de transporte entre a sede do tribunal e a do juízo de primeira instância (exigindo às vezes longas viagens de barco, como no norte do país). Isso, quando o processo não é informatizado, naturalmente.

Sergio Bermudes, em 1991 (na vigência do CPC-1973), já constatava a necessidade de adequação dos prazos por lei estadual em localidades vastas em que não é fácil o deslocamento – considerando que a possibilidade de adequação de prazos do art. 182, CPC-1973 ficaria ao alvedrio do juiz:

[...] pode a lei local do Estado muito vasto, de transportes precários, dispor que os prazos peremptórios se contarão em dobro ou em triplo para a parte cujo advogado não residir na comarca, como pode ampliar o prazo dilatatório, como o decêndio do art. 278 do Código de Processo Civil, que, obrigatoriamente, distancia a citação da audiência no procedimento sumaríssimo¹²¹⁵.

Diz-se, ainda, que o momento do recolhimento e comprovação do preparo não é tema para tratamento federal e nacional, devendo ser fixado de acordo com a realidade local, considerando horário de expediente bancário. Inconstitucional seria o art. 511 do CPC-1973 (inserido pela Lei n. 9.756/1998)¹²¹⁶ – que equivale ao art. 1004, CPC-2015 –, na visão de Alencar, que previu comprovação de preparo no ato de interposição do recurso.

Mas não se pode coadunar inteiramente com esse entendimento. A comprovação do preparo é tema que pode, sim, ser objeto de abordagem de lei federal, desde que isso se dê dentro dos limites da competência da União e, pois, com atenção ao interesse nacional. Por exemplo, a lei federal geral poderia instituir, sem qualquer prejuízo a interesses locais, que o preparo seja efetuado no ato de interposição do recurso ou no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário naquela localidade – como se ressaltou no enunciado de súmula n. 484, do STJ.

¹²¹⁴ “Art. 1015. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso. § 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento. § 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no *caput*, no prazo de três dias a contar da interposição do agravo de instrumento. O descumprimento dessa exigência em tal hipótese, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento”.

¹²¹⁵ BERMUDES, Sérgio. Competência Legislativa Concorrente sobre Procedimentos em Matéria Processual. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, 1994, p. 49.

¹²¹⁶ ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. **Revista do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal**, Brasília, n. 13, 2011, p. 186.

Em qualquer caso, não fica excluída a possibilidade de uma lei estadual complementar regulamentar a regra e amoldá-la a uma realidade mais particular que venha a surgir. Até porque não deixa de ser uma regra sobre prazo para prática de um ato, que se insere no contexto acima comentado.

Fernando da Fonseca Gajardoni também opina sobre essa normatização, trazendo exemplos, sempre de modo crítico – inclusive acerca das situações anteriormente explicitadas. Sustenta que a regra do art. 527, II, CPC-1973, acrescida e aperfeiçoada respectivamente pelas Leis n. 10.358/2002 e 11.187/2005, era formalmente inconstitucional por vício de competência, pois não veio atender interesse nacional, mas, sim, de determinadas localidades (em especial do Estado de São Paulo)¹²¹⁷.

Previa o dispositivo que o relator do agravo de instrumento, entendendo não ser o recurso cabível, poderá convertê-lo em retido e determinar seu apensamento aos autos em primeira instância. Dispunha, ainda, ser essa decisão irrecorrível.

O objetivo dessa regra foi reduzir a quantidade de agravos nos tribunais estaduais mais abarrotados (sobretudo o do Estado de São Paulo), para que se retornasse à preferência de julgar as apelações em primeiro lugar, então preterida com a ampla recorribilidade de interlocutórias - muitas delas liminares (arts. 273 e 461, § 3º, CPC-1973) -, por um agravo destituído de custos (antes da Lei estadual paulista n. 11.347/2005).

A questão é que esse era um problema do Estado de São Paulo e de alguns outros Estados. Mas não era, por exemplo, para as justiças estaduais de Minas Gerais, Rio de Janeiro ou Goiás onde não havia congestionamento recursal. Ao contrário, nos judiciários estaduais em que a pauta recursal está em dia, na visão do autor, era proveitoso para o processo que as interlocutórias, nos casos previstos em lei, fossem imediatamente revisadas antes da sentença que poderia restar prejudicada com julgamento do agravo¹²¹⁸.

De fato, mais apropriado seria que uma lei estadual complementar adequasse o rito do agravo, com regime de retenção e irrecorribilidade da inadmissão monocrática, a essa realidade particular de excesso de recursos pendentes¹²¹⁹. Ou simplesmente investisse em estrutura melhor para recebê-los.

Situação similar se observou na elaboração do CPC-2015.

¹²¹⁷ O autor também atribui essa inconstitucionalidade ao fato de criar previsões procedimentais muito específicas e detalhadas, o que não parece relevante, se considerado o conceito de generalidade e complementariedade aqui adotados (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 44).

¹²¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p.44-46.

¹²¹⁹ Cogita lei estadual que estabeleça “novo modelo de agravo”, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, 1989, p. 06.

De acordo com o art. 1007, CPC-2015, a apelação será processada pelo juízo de primeira instância, sem que lhe seja dado o poder para fazer qualquer juízo de admissibilidade ou deliberar sobre os efeitos em que será recebida. Possivelmente, isso ensejará o protocolo de grande número de petições nos tribunais brasileiros pedindo ao relator do recurso que conceda o efeito suspensivo pretendido.

Essa regra não deveria ser objeto de lei federal geral, por não atender interesse nacionalmente predominante de que a apelação fosse interposta diretamente no Tribunal, que já deliberaria sobre o referido efeito suspensivo, de modo mais econômico e célere.

Deveria ser regra reservada à iniciativa legislativa suplementar de Estados que que revelem um interesse local nessa disciplina, decorrente da circunstância de que seu tribunal local, assoberbado de processos, não suportaria receber diretamente todos os recursos de apelação e processá-los na segunda instância.

E se os magistrados de determinado Estado estão, também, com número excessivo de processos acumulados sem perspectiva de regularização, poderia ser o caso de uma lei estadual regulamentar os termos do art. 201, §4.º, CPC¹²²⁰, para admitir que se institua como novo sujeito do processo, um servidor qualificado para assumir os despachos de mera movimentação do feito¹²²¹, enumerando os tipos de despacho que está autorizado a dar, considerando a sua relevância e potencialidade de causar eventual prejuízo (ex.: designação de audiência, intimação de testemunhas etc.).

Outras situações podem ser cogitadas.

Há lei federal prevendo que a coleta do depoimento da parte e da prova testemunhal se dê, como regra, na sede do juízo, em mesa de audiência (art. 358, CPC-2015), ressalvada a possibilidade excepcional de se dá por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (arts. 382, §3.º, e 450, §1.º, CPC-2015). No processo penal, resta previsto que a oitiva de testemunha e o interrogatório do acusado ocorram perante a autoridade judiciária, admitindo-se, também, em casos

¹²²⁰ “§ 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”. Independentemente de um “servidor qualificado”, o Projeto de Código de Procedimentos Paulista (Projeto de Lei n. 1258/2009. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014) regulamenta esse dispositivo prevendo outros atos que podem ser praticados pelo próprio servidor do juízo “Artigo 36 - O Cartório do Ofício Judicial praticará, independentemente de determinação do juiz, os atos ordinatórios relativos à oitiva das partes e dos terceiros ao longo do processo, assim entendidos, dentre outros, abertura de vistas para réplica, para manifestar-se em exceções, impugnação ao valor da causa, intervenção de assistente, juntada de documentos e contrarrazões de recurso. § 1º - Poderá o juízo, por portaria, indicar quais atos ordinatórios podem ser praticados, observando-se o ‘caput’. § 2º - Igual competência cabe à Corregedoria Geral de Justiça”.

¹²²¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, 1989, p. 06. É o que o autor anuncia já acontecer em outros países.

excepcionais, que se dê por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (arts. 185, 222, §3.º, e 217, CPP).

Mesmo assim, pode surgir a necessidade de instituir, no âmbito estadual, o interrogatório ou coleta de depoimento da parte ou da testemunha por telefone (como já admitido na Inglaterra)¹²²², por gravação ou outro meio eficiente de registro ou transmissão que não contenha imagens ou não seja em tempo real, a depender dos recursos tecnológicos existentes na localidade ou das dificuldades de transporte¹²²³. Até mesmo um depoimento por escrito, no processo civil, pode ser autorizado em determinados casos.

Essa mesma medida permitiria a acareação de depoentes que estejam em comarcas distintas em um mesmo Estado. Mas para viabilizar acareação interestadual o interesse já é nacional, o que justifica seja esse tema de lei federal geral - como já se prevê no art. 458, §2.º, CPC-2015, ao menos por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Há outra situação que foi pontualmente vivida em algumas localidades.

O próprio Estado federado, em razão de enorme número de processos em que é parte e da concreta dificuldade de administrá-los com controle de prazos, realização de diligências, cargas, extração de cópias e a precária comunicação entre procuradores e agentes estatais, já tomou a iniciativa de, em nome do interesse público¹²²⁴, e sua usual (mas não obrigatória) indisponibilidade, prever, por lei estadual, a necessidade de intimação pessoal dos procuradores para desencadear a contagem de prazos processuais¹²²⁵.

Foi o já ocorrido na experiência baiana, por lei considerada constitucional pelo STJ¹²²⁶, como será analisado no capítulo seguinte. Foi elaborada como um complemento

¹²²² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p.49.

¹²²³ Evitaria, por exemplo, que presos de altas peculiaridades com histórico de fuga se desloquem até a sede do juízo, realidade já vivida em São Paulo e que ensejou edição de lei local sobre assunto admitindo videoconferência, lamentavelmente tida por inconstitucional pelo STF, como se verá no capítulo seguinte. (STF, Pleno, Habeas Corpus n. 90900-SP, rel. para o acórdão Min. Menezes Direito, j. em 30.10.2008, publicado no DPJ de 23.10.2009). Mas a questão foi contornada com o advento da lei federal citada que alterou o CPP, para admitir essa possibilidade em plano nacional.

¹²²⁴ Observa essas peculiaridades da atuação do procurador do Estado, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Processo, procedimento e intimação pessoal da fazenda pública. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 95, 2011, p. 87.

¹²²⁵ É o caso do art. 44, IV, da Lei complementar do Estado do Rio de Janeiro n. 15/1980, do art. 83, VI, da Lei complementar do Estado do Alagoas n. 7/1991 e do artigo art. 58, III, da Lei do Estado da Bahia n. 8.207/2002 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado) – já substituído pelo art. 53, III, da Lei complementar do Estado da Bahia n.34/2009. Concorda, mas sob argumento de que é matéria procedimental, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Processo, procedimento e intimação pessoal da fazenda pública. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 95, 2011, p. 84 e 85. Considerou constitucional a lei baiana, STJ, 2.ª T., EDcl no Ag n. 710585-BA, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 06.12.2005, publicado no DJ de 06.03.2006.

¹²²⁶ STJ, 2.ª T., EDcl no Ag n. 710585/BA, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 06.12.2005, publicado no DPJ de 06.03.2006.

estadual aos dispositivos dos arts. 236 e 237, CPC-1973. Mas, no CPC-2015 (art. 183), já se trata de regra geral e nacional.

Observe-se que esses mesmos motivos justificariam a instituição da possibilidade de uma contestação por negativa geral também para procuradores estatais, em complemento e regulamentação do art. 338, parágrafo único, CPC-2015.

Poderia ser oportuno estabelecer, outrossim, por lei estadual, novas formas de citação ou intimação mencionadas no item anterior – ou outras como a comunicação por cartório extrajudicial¹²²⁷ ou na pessoa da sociedade de advogados que patrocina litigante habitual com sua demanda de massa. E novas formas de cumprimento de mandado, como por email¹²²⁸, fax, rede social etc¹²²⁹.

Outro exemplo giraria em torno da publicidade a ser dada a um edital em localidade onde não circule com eficiência imprensa eletrônica, impressa, televisiva ou

¹²²⁷ Como admite o art. 39 do Projeto de Código de Procedimentos de SP, para intimação de terceiros e, pois, de testemunhas (Projeto de Lei n. 1258/2009. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014).

¹²²⁸ O Projeto de Lei n. 3.887/2009 do Estado de Minas Gerais (de autoria do Deputado Leonardo Moreira), suplementando o art. 306, CPP, dispõe sobre a comunicação imediata e eletrônica (por correio eletrônico) da prisão em flagrante e do local onde se encontra o preso ao juízo competente – e à Defensoria Pública, caso não se tenha indicado advogado para defendê-lo. Isso é firmado com o objetivo de tornar mais ágil a cientificação das prisões em flagrante para autoridade competente. Estabelece, ainda, que o pedido de prorrogação da conclusão do inquérito policial deverá ser direcionado ao juízo competente, por ofício da autoridade policial, caso em que os autos serão mantidos na Delegacia para o prosseguimento das investigações - salvo determinação em contrário. A ideia é evitar o deslocamento desnecessário dos autos do inquérito diante de solicitação deste viés. (Disponível em:

<http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/texto.html?a=2009&n=3887&t=PL>.

Acesso em 07 out 2014). O Projeto foi publicado no Diário do dia 22.10.2009, mas arquivado após parecer negativo da Comissão de Constituição e Justiça, exarado em abril de 2010 - que deu pela sua inconstitucionalidade por tratar de matéria processual privativa da iniciativa legislativa federal, conforme entendimento do STF. (STF, Pleno, ADI n. 3896/SE, rel. Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, j. em 04.06.2008, publicado no DPJ de 07.08.2008). Entretanto, em 2011, fora desarquivado e voltou a tramitar sob n. 1.179/2011, quando foi objeto de outro parecer da Comissão de Constituição e Justiça no mesmo sentido. Não há que se falar em inconstitucionalidade. É proposição legislativa estadual legítima, seja porque, na linha aqui sustentada, os Estados podem suplementar legislação federal processual (que coincide com a procedimental), seja por que os Estados têm competência própria para tratar dos processos administrativos em sua esfera de atuação.

¹²²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 221. No Projeto de Código de Procedimentos de SP (Projeto de Lei n. 1258/2009. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014), há previsão da possibilidade de intimação por telefone, nos seguintes termos: “Artigo 40 - Ressalvadas as disposições previstas no Código de Processo Civil e em circunstâncias excepcionais, poderá o magistrado autorizar que sejam efetuadas intimações por via telefônica, lavrando-se certidão da ocorrência nos autos, com indicativo do horário em que efetuada a ligação, duração, nome dos interlocutores e demais dados que possam identificar a real ocorrência da comunicação e o alcance da finalidade do ato”.

radiofônica. Uma boa solução seria admitir-se, por exemplo, publicidade por alto-falantes de carro de som, se for a forma como se costuma divulgar notícias naquela cidade¹²³⁰.

Agora, em todas essas situações exemplificativas, há que ser considerado que a regulamentação suplementar só pode se operar por lei estadual ou distrital.

É necessária origem legislativa.

O art. 24, §§2º-4º, CF, só atribui competência legislativa (não administrativa), não havendo nenhuma previsão da possibilidade de ser delegada. Por isso, não é admissível essa disciplina local por outras fontes que não a lei, tais como regimento interno de tribunal, portaria, provimentos ou resoluções¹²³¹.

Plenamente justificável, portanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a regulamentação da possibilidade de realização de ato processual por fax é tema objeto do princípio da reserva legal e não pode, pois, ser tratado por atos normativos secundários dos tribunais, como provimento, portaria ou resolução¹²³².

4.3 Comentários a algumas iniciativas legislativas estaduais

Embora tenha sido apresentada uma lista de exemplos de possível disciplina suplementar estadual no item anterior - algumas inclusive já implantadas em Estados brasileiros -, há iniciativas legislativas estaduais outras, algumas ainda em forma de projeto de lei, que merecem ser analisadas com mais acuidade. Ainda mais quando codificadas.

É o caso dos Projetos de Código de Procedimentos em Matéria Processual dos Estados de Pernambuco e de São Paulo.

¹²³⁰ Fernando da Fonseca Gajardoni traz um rol com outras possibilidades de legislação suplementar. Uma leitura de sua lista permite perceber que o autor fica restrito à regulamentação de questões relativas à matéria que acredita ser procedimental (e não processual). (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 47 ss.)

¹²³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 49 e 50.

¹²³² STF, 1.ª T., AI-AgR n. 143.783/AM, rel. Min. Celso de Mello, j. 2.6.1992, publicado no DPJ de 04.09.1992. A despeito disso, os Tribunais e respectivas corregedorias continuam a reger processo por atos administrativos. Há casos comentados ao longo da tese. Por ora, chama a atenção a extensão do Provimento CGJ n. 01/2010, alterado pelo Provimento CGJ n. 02/2011, do Estado da Bahia, que cria novos requisitos para atos postulatorios (a ex. da petição inicial, contestação e outros), como a exigência de indicação de filiação, por exemplo, e colocando como documentos indispensáveis à *distribuição* da demanda: *i*) a cópia de documento de identificação com RG, CPF e filiação, para pessoa física; *ii*) cartão e atos constitutivos para pessoa jurídica; *iii*) cópia do certificado de registro e licenciamento do veículo, quando se tratar de ação de financiamento de veículo; *iv*) comprovante de recolhimento de custas (salvo pedido explícito de gratuidade). São excluídos da exigência dos itens *i* e *ii*, os entes públicos e MP. E todos esses são colocados como requisitos de admissibilidade da demanda que, não supridos no prazo de dez dias, podem conduzir à sua extinção. (Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimentocgj022011.pdf>>. Acesso em 07 out 2014).

O Projeto de Código de Procedimentos em Matéria Processual do Estado de *Pernambuco* (Projeto de Lei n. 1733/2013), cujo substitutivo final já foi aprovado por unanimidade na CCJ da Assembleia Legislativa local¹²³³, revela timidez na sua proposta de produção legislativa estadual, já que pautado na premissa de que só poderia tratar de procedimento - que se imagina poder ser destacado do processo.

A despeito disso, contém exemplos bem interessantes.

Inicialmente, chama a atenção a propriedade com que se encara aquilo que pode ser suplementarmente abordado pelo parlamento estadual. Isso porque cria disposições normativas suplementares que não temem estabelecer princípios, critérios e diretrizes gerais, que, para muitos, só poderiam ser colocados pela União, por lei federal geral – como se viu no item dedicado ao tema no capítulo 4.

Supera-se essa visão apequenada do que seria geral e do que seria suplementar em termos de competência legislativa concorrente, assumindo postura tipicamente regulamentadora e voltada para atender interesses e necessidades dos envolvidos na prestação da jurisdição no contexto local.

É o que se observa no seu artigo 3.º, que firma critérios gerais (alguns de natureza principiológica), a serem observados na realização do procedimento, como a exigência de “objetividade, clareza, impessoalidade, correção e urbanidade” no atendimento de juízes e servidores às partes, seus advogados e membros do Ministério Público e a razoabilidade e eficiência na prática de atos do rito (com “adequação entre meios e fins, bem como à eficiência funcional”).

Quanto ao conteúdo das regras em geral, predomina o acanhamento já citado e o receio de adentrar o que se considere “processual”, limitando-se a tratar de temas muito ligados a atividades tipicamente administrativas e cartorárias como autuação, distribuição e registro de eventos processuais, arquivamento dos autos e outras regras imiscuídas dentre temas mais ligados ao processo propriamente dito.

Mas há algo de útil e regulamentar como, por exemplo, no teor do art. 13, que disciplina e desenvolve o art. 284, parágrafo único, do CPC-2015, ao prever que, além da reconvenção, da intervenção de terceiros e de outra hipótese de ampliação objetiva do processo (previstas na lei federal), também o cumprimento de sentença será registrado (ou

¹²³³Disponível

<<http://www.alepe.pe.gov.br/paginas/?id=3598&legislatura=&doc=685C4FC708FA41B203257D32004CC69F&paginapai=3576>>. Acesso em 29 set 2014.

anotado) no distribuidor, fincando a necessidade de fazer constar esses incidentes em qualquer informação ou certidão expedida sobre o processo respectivo.

Talvez fosse o caso de ir até mais além para prever que qualquer incidente que amplie/altere o objeto ou quadro de sujeitos da causa deva se submeter a essa formalidade. Não é nada que não se possa prever na própria legislação federal geral – ou dela extrair por uma interpretação teleológica. Mas, enquanto não o é, não há empecilo a que seja inserido na lei estadual, na medida em que atende ao interesse da localidade de registro e publicidade adequada dos termos de seus feitos e de segurança no tráfico jurídico-social, só produzindo efeitos a nível local. E o mais importante é que o fato de ser um regramento particular não compromete de nenhuma forma o diálogo e interação dos órgãos jurisdicionais daquele Estado com os de outras esferas ou unidades federativas.

Outras regras mais subsistem, na proposta legislativa pernambucana, em torno dos prazos processuais e seus respectivos termos.

Por exemplo, no âmbito das *citações*, consta a previsão de que os serventuários deverão produzir mandados de citação no prazo (impróprio) de quarenta e oito horas, salvo outro prazo judicialmente fixado (art. 25, parágrafo único), ou de que o próprio ato judicial que determina a citação pode funcionar como mandado, se preencher requisitos da lei federal (art. 27 e, para intimação, arts. 28, §4.º, e 32, parágrafo único)¹²³⁴.

Talvez a regra mais relevantee verdadeiramente processual de todas elas é a que coloca a carga dos autos, realizada por advogado constituído pelo réu antes da juntada do mandado de citação, como termo inicial do prazo de defesa – ainda que a procuração não contenha poderes para receber citação (art. 27, parágrafo único).

No que se refere à intimação, há proposta do legislador pernambucano, no art. 28, §2.º, de que, mediante requerimento deferido pelo juiz, as intimações devam ser dirigidas, sob pena de nulidade, ao advogado indicado para recebê-las. A ideia era que fosse desdobramento do texto do art. 236, §1.º, CPC-1973, e que positivasse, no âmbito estadual, entendimento do STF e STJ¹²³⁵. Mas, por haver interesse comum e nacional na matéria, foi ela tratada no próprio CPC-2015 (at. 270, §5.º¹²³⁶).

¹²³⁴ Equivalentes às decisões-mandados previstas no Projeto de Código de Procedimentos de São Paulo (Projeto de Lei n. 1258/2009, art. 28) a seguir comentado. (Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014).

¹²³⁵ A exemplo do STF, 1.ª T., RHC n. 81.454-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 20.11.2001, publicado no DPJ de 22.2.2002; STJ, 4.ª T., REsp n. 897.085-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 16.12.2008, publicado no DPJ de 09.02.2009.

¹²³⁶ “§5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

A proposta de codificação pernambucana vale-se também da possibilidade de regulamentação do art. 13 da Lei n. 11.419/2006, para, no seu art. 31, prever o arresto, o sequestro¹²³⁷, a notificação e a interpelação efetivados, preferencialmente, por meio eletrônico.

Trata, ainda, o Parlamento pernambucano, da forma de cumprimento de decisão judicial¹²³⁸, mais especificamente, da reintegração de posse decorrente de “invasão coletiva ou esbulho praticado por uma quantidade considerável de pessoas” (art. 33). É uma boa medida de suplementação legislativa estadual, que prestigia, na efetivação dessa ordem judicante, a segurança pública, a preservação de direitos humanos e a conciliabilidade, ao exigir a comunicação e coparticipação de entidades e autoridades como: a Polícia Militar, o Secretário de Estado da Casa Civil, o Prefeito do Município, a Câmara de Vereadores, o presidente da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa, o Chefe da Polícia Civil, o Delegado de Polícia e o membro do MP.

Não pode ser desprezada a apropriada iniciativa da Assembleia Legislativa de Pernambuco de dar tratamento às despesas envolvidas nas perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (no art. 45 do Projeto de Lei n. 1.733/2013 de PE). Interessante a escolha de fixar que possam ser implementadas por entidade pública, senão, havendo previsão orçamentária, que seus valores sejam adiantados por aquele que requerer a prova. Melhor ainda a possibilidade de que, não havendo previsão orçamentária, sejam adiantados os valores envolvidos no exercício financeiro seguinte - ou pagos ao final pelo vencido, se o processo acabar antes do adiantamento a ser feito pelo ente

¹²³⁷ No caso do arresto e sequestro, ainda disciplina que “o juiz deverá comunicar sua decisão, por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis, aos departamentos de trânsito e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial”.

¹²³⁸ Quanto aos efeitos da decisão a ser objeto de cumprimento, em especial as sentenças com condenações favoráveis à fazenda, há uma lei mineira visando suplementar o quanto previsto em lei federal. A Lei estadual n. 19.971/2011 do Estado de Minas Gerais. (Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2011/119971_2011.htm> Acesso em 06 out 2014) permite o protesto extrajudicial de documentos de dívida pública judicial e extrajudicialmente produzidos, como certidões de dívida ativa e de dívida previdenciária expedidas pela Justiça do Trabalho, acórdãos dos Tribunais de Contas e *sentenças cíveis condenatórias* (em parcelas como honorários, multas e indenizações) - sem o prévio pagamento de custas e taxas. Com isso, *atribui esse novo efeito às estas decisões judiciais dadas em favor da Fazenda Pública que é autorizar seu protesto*. Mas não se trata propriamente de um efeito processual. É, isso sim, extraprocessual, porquanto institua a possibilidade de um protesto extrajudicial. No mais, os valores devidos nos protestos de dívidas públicas serão pagos exclusivamente pelo devedor no ato do protesto ou, quando protestado o título ou documento, no ato do pedido de cancelamento do seu respectivo registro, observados os valores vigentes à época deste pedido.

público. Agora, muitas das outras propostas dessa codificação no contexto pericial são incorporadas no CPC-2015 e acabam ficando prejudicadas¹²³⁹.

Fora isso, regras especiais e suplementares (em alguns casos supletivas) são estabelecidas sobre os procedimentos específicos a serem adotados em torno: *i*) dos alvarás de levantamento de dinheiro (ou substituição de garantia real); *ii*) dos precatórios e sequestro de verbas públicas (com rigor de detalhes); *iii*) da realização de leilão judicial unificado (também detalhadamente); e *iv*) da prática conjugada, em casos repetitivos, de atos processuais como intimações, citações, audiências, despachos, apresentação de defesa (e atos constitutivos da pessoa jurídica ré) e prolação de decisões¹²⁴⁰.

O projeto pernambucano finaliza com regramentos processuais específicos no campo penal.

O Projeto de Código de Procedimentos em Matéria Processual do Estado de *São Paulo* (Projeto de Lei n. 1258/2009), em trâmite no Legislativo estadual e aprovado na CCJ¹²⁴¹, é igualmente econômico e retraído em suas propostas, cingindo-se a cuidar de assuntos que reputa estritamente procedimentais – que se confia poder diferenciar dos processuais¹²⁴².

Em razão disso, também acaba preso a questões muito mais cartorárias e administrativas, tais como formas de autuação, distribuição, a prática do maior número de atos possível pela via eletrônica, modo de atendimento ao público, conservação e arquivamento dos autos etc.

Digno de elogios, contudo, por não reacear trazer orientações gerais e principiológicas, e por não partir da crença de que só lhe caberia pormenorizar a lei processual federal (geral). Em seu art. 2.º, por exemplo, consagra (ou reitera) princípios como eficiência, celeridade, economia, instrumentalidade, cooperação etc.

¹²³⁹ O que também se percebe no Projeto de Código de Procedimentos de São Paulo. (Projeto de Lei n. 1258/2009, arts. 43 e 44), a ser adiante explorado (Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014).

¹²⁴⁰ Neste último caso, pela sua especial relevância, vale conferir o conteúdo da regra projetada: “Art. 78. Quando houver, no mesmo juízo, diversas ações repetitivas, em que a argumentação utilizada for idêntica, alterando-se apenas o nome da parte e o número do processo, pode ser determinada, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, a prática conjunta de um ou mais atos processuais, tais como citações, intimações, audiências, despachos, decisões e sentenças. Parágrafo único. É facultado à pessoa jurídica, que seja ré em ações repetitivas, depositar em cartório cópia de seus atos constitutivos, da contestação ou de qualquer outro elemento que possa servir para todos os casos”.

¹²⁴¹ Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014.

¹²⁴² Tanto que define o que se toma como procedimental: “Artigo 6º - Para fins desta lei, todos os *serviços, atos e termos* realizados no Poder Judiciário, pelos magistrados e seus serventuários, pelas partes e seus procuradores, são considerados procedimentos em matéria processual”.

Nesse contexto, destaca-se o seu art. 25, ao instituir um princípio da adequação judicial do procedimento para casos de urgência, nos seguintes termos: “Nos casos de urgência, o procedimento previsto em lei pode ser, motivadamente, adaptado às necessidades concretas tanto para o reconhecimento do direito aplicável à espécie quanto para a sua efetivação”.

Há, ainda, previsões ali projetadas que podem inspirar outras iniciativas estaduais, como a possibilidade de as próprias partes (por seu advogado) praticarem certos atos originariamente de responsabilidade do juízo e seu serviço cartorário, a exemplo da elaboração de: *i*) documentos contendo ordens, requisições e ofícios – seguindo modelo do tribunal e mediante prévia conferência deste -, de modo a providenciar seu envio ao respectivo destinatário (art. 26); *ii*) editais de citação, intimação, praça, leilão e outras comunicações processuais, com base em modelo disponibilizado pelo tribunal, cujo teor é previamente revisado pelo escrivão para só então ser submetido ao juiz (art. 29); *iii*) certidões cartoriais, também sujeita à revisão nos mesmos termos (art. 29, §2.º).

No campo das provas, especifica-se, suplementarmente, na pretensa lei codificada paulista que, quando o juiz entender que determinada alegação de fato *ainda* pressupõe prova, *estendendo* a dilação probatória, deverá especificar o objeto e ônus da prova (art. 42, parágrafo único).

E, no que se refere às comunicações processuais, ganha relevo a previsão da proposta legislativa bandeirante de que as intimações por publicação na imprensa oficial devam ter como conteúdo informações suficientes para viabilizar o conhecimento e entendimento do teor das decisões e dos despachos, independentemente de exame dos próprios autos, o que destrincha o legislador estadual, detalhando a cada caso (art. 37).

Também estabelece que deve compor o conteúdo da publicação da decisão, o valor do preparo do recurso respectivo, bem como do porte de remessa e retorno (e respectivos meios de recolhimento), evitando que divergências e deslizes matemáticos ou materiais comprometam a defesa da parte (art. 37, §4.º).

É proposta a ser considerada por contribuir para a publicidade da atuação jurisdicional para a população em geral e, também, para a segurança, economia e eficiência na atuação dos advogados.

Se existem todas essas possibilidades de legislação estadual complementar em matéria de processo jurisdicional *estatal*, não se pode excluir o fato de que também é possível legislar, no plano estadual e complementar, em certos aspectos, sobre o processo jurisdicional *não estatal*, i.e., o *arbitral*. Ao lado das normas gerais federais constantes na Lei n.

9.307/1996, podem ser criadas normas suplementares (e supletivas), de origem estadual, para disciplina de certos assuntos ligados ao processo arbitral a ser empregado no território daquele Estado¹²⁴³.

É o caso da Lei n. 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais, que trata da instauração do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, regulamentando sua atuação¹²⁴⁴.

Lá estão previstas regras que estabelecem, por exemplo, que só poderá ser árbitro, sujeito com “conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato” e que seja “membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado”.

Disciplinam-se, ainda, os requisitos necessários para a atuação de câmara arbitral nesses litígios, nos seguintes termos:

Art. 10. A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte:

- I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos;
- II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral;
- III - ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo;
- IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

Há outras possibilidades no âmbito da arbitragem.

O art. 4.º, II, da Lei Complementar n. 80/1994 que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e que prescreve *normas gerais* para sua organização nos *Estados*, insere, dentre as suas funções institucionais, a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, inclusive por meio de arbitragem.

Ora, mais do que razoável uma lei estadual regulamentar essa atuação dos defensores no contexto da arbitragem, tratando da possibilidade de defensores públicos agirem como procuradores das partes nesses processos arbitrais, bem como de órgão da Defensoria Pública assumir a condição de câmara ou tribunal arbitral, com serviços gratuitos e voltados para tutela de direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, dos necessitados.

¹²⁴³ Ou das comunicações entre árbitros e juízes, como propõe o Projeto de Código de Procedimentos em Matéria Processual do Estado de Pernambuco (Projeto de Lei n. 1733/2013) acima citado, nos seus artigos 94 e 95. Prevê, dentre outros, que juízes devem cooperar com árbitros, inclusive no cumprimento de ordens, diligências, despachos e decisões, solicitado por carta arbitral - que preencha requisitos da precatória e contenha convenção de arbitragem, bem assim ato de nomeação do árbitro e da sua aceitação. Além disso, chama a atenção a possibilidade de tramitação da carta pela via eletrônica e o regramento das hipóteses de recusa da carta arbitral.

¹²⁴⁴ Disponível em <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&comp=&ano=2011>. Acesso em 04 out 2014.

Pois bem. Essas são as principais investidas legislativas em tema de processo que se tem conhecimento, que são aqui examinadas sem qualquer pretensão de esgotar a análise da matéria. A proposta é ilustrar as possibilidades de atuação do legislador estadual e inspirar aqueles que ainda não se movimentaram ou o fizeram com muita reserva e pouco desembaraço.

Que venham os códigos estaduais de processo. E que não só suplementem a lei federal geral existente, como também supram e colmatem as lacunas por elas deixadas, preenchendo vazios legislativos subsistentes, tal como se sugere a seguir.

5 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL E NORMAS PROCESSUAIS SUPLETIVAS

A competência legislativa estadual não é só complementar. É, também, supletiva.

Diante da omissão da lei federal, a lei estadual poderá tratar da matéria em sua plenitude, em todos os seus aspectos, mas, ainda assim, para dar conta de peculiaridades próprias e locais (ainda que não exclusivas).

Não é necessário, como visto, a absoluta ausência de lei sobre dada temática, basta que haja omissão sobre um ou outro ponto.

E, no mais, só cabem aqui, considerações casuísticas e exemplificativas de devido exercício estadual desse poder.

Muitos casos acabaram sendo paralelamente abordados no item anterior, quando se comentaram leis e projetos de lei estaduais (bem como hipóteses exemplificativas) com normas suplementares, que acabaram perpassando por esse contexto (das normas supletivas). Mas há muitos outros que merecem ser aqui tratados com mais apuro.

Por exemplo. Sugere Fredie Didier Junior¹²⁴⁵ que a Constituição estadual possa atribuir ao Tribunal de Justiça do Estado o poder de criar súmula vinculante em matéria de Direito local (estadual ou municipal)¹²⁴⁶, em simetria à súmula vinculante do STF em matéria

¹²⁴⁵ DIDIER JR, Fredie. Editorial n. 181. Súmula Vinculante de Tribunal de Justiça. **Disponível em: www.frediedidier.com.br**. Acesso em 23 fev 2014.

¹²⁴⁶ O Tribunal de Justiça do Estado é o responsável primeiro pela interpretação do Direito local e pela aferição da constitucionalidade da lei municipal face a Constituição do Estado. Essas questões de Direito local só são colocadas para o STF pela via recursal quando se configura conflito com Direito federal ou constitucional. E o objetivo é julgar sobre a compatibilização das competências constitucionais e legislativas dos entes federativos. Já no STJ cogita-se sejam abordadas (questões de Direito local) se aviado recurso ordinário de decisão denegatória de mandado de segurança de competência originária de TJ. (DIDIER JR, Fredie. Editorial n. 181. Súmula Vinculante de Tribunal de Justiça. **Disponível em: www.frediedidier.com.br**. Acesso em 23 fev 2014).

constitucional - desde que preenchidos os mesmos pressupostos constitucionais previstos para a sua edição¹²⁴⁷, naturalmente.

Constata, ainda, o mesmo autor, que o STF firmou posicionamento no sentido de que pode Constituição estadual prever o cabimento de reclamação constitucional perante o seu Tribunal de Justiça – como se dá na Constituição baiana -, também a partir do mesmo princípio da simetria (cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.212/CE¹²⁴⁸).

E conclui, partindo dessas premissas, que teria o legislador estadual competência para produzir leis semelhantes à Lei n. 11.417/2006, para disciplinar o processo de criação, revisão e cancelamento da súmula vinculante no Tribunal de Justiça, bem como o cabimento e procedimento de reclamação constitucional perante este Tribunal por desrespeito ao enunciado destas suas súmulas.

De uma forma geral, se o STF reconheceu a constitucionalidade da reclamação perante o Tribunal de Justiça, desde que prevista na Constituição estadual, há que se admitir possível lei estadual que regulamente a admissão e procedimento da reclamação.

Como a lei federal é omissa quanto à previsão da matéria, pode perfeitamente a lei do Estado supri-la, produzindo este regramento. Permitiria atender necessidade local de combater a insegurança jurídica e o desrespeito à igualdade gerados pela falta de uniformidade de entendimento sobre o Direito local, com força obrigatória para instâncias inferiores. E não implicaria qualquer risco de atrito na interação federativa com jurisdições processualmente desempenhadas por outros entes parciais.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para a possibilidade de admitir-se lei estadual que crie procedimento para ADIN/ADC de lei municipal ou estadual. O controle de constitucionalidade concentrado de normas municipais ou estaduais em face da Constituição do Estado (art. 25 e 125, §2.º, CF)¹²⁴⁹ se dá perante o Tribunal de Justiça. A lei da

¹²⁴⁷ O autor chega a propor o texto que poderia ser utilizado na Constituição do Estado para consagração do poder do Tribunal local criar súmula vinculante: “O Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos membros do Pleno ou do órgão especial, após reiteradas decisões sobre direito estadual ou municipal, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário do Estado e à administração pública direta e indireta estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

¹²⁴⁸ Em que pese o STF tenha negado a natureza processual e de ação da medida, reconhecendo-a como manifestação do direito de petição (art. 5.º, XXXIV, CF). Inclusive, foi essa premissa utilizada para justificar que pudesse a reclamação ser objeto de iniciativa legislativa local sem invadir a competência privativa da União para o Direito processual (art. 22, I da CF). Segundo entendimento do STF, a reclamação pode ser instituída no plano estadual, tanto para garantir obediência às decisões do tribunal local como para preservar sua competência, quando usurpada. (STF, Pleno, ADI n. 2212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 02.10.2003, publicada no DPJ de 14.11.2003).

¹²⁴⁹ Esses dispositivos autorizam Estados-membros a instituir ação de controle concentrado de constitucionalidade contra atos normativos municipais que contrariem a Constituição estadual – ações estas cuja criação se observa como padrão nas Constituições estaduais brasileiras. Cf. sobre o tema, MENDES, Gilmar

ADIN/ADC é federal e regula o procedimento perante o STF. Seria perfeitamente possível lei estadual que trate do rito perante Tribunal de Justiça.¹²⁵⁰

Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, Salvador, n. 12, 2007.

¹²⁵⁰ É o caso da Lei n. 12.069, de 27 de dezembro de 2001, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre o procedimento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o procedimento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado. Art. 2º Estão legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, nos termos de seu art. 85: I - o Governador do Estado; II - a Mesa da Assembléia Legislativa ou um quarto dos Deputados Estaduais; III - o Procurador-Geral de Justiça; IV - o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil; V - os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa; VI - as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual; e VII - o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal. Art. 3º A petição indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; e II - o pedido, com suas especificações. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação. Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo Relator. Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial. Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência. Art. 6º O Relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contados do recebimento do pedido. Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único. O Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Art. 8º Decorrido o prazo das informações serão ouvidos o Procurador-Geral do Município, se municipal o ato impugnado, o Procurador-Geral do Estado ou caso este se abstenha de defender o ato o Procurador-Geral da Assembleia Legislativa, se estadual, e, em seguida, o Procurador-Geral de Justiça, em qualquer caso, que deverão manifestar-se no prazo de quinze dias. Art. 9º Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Desembargadores e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o Relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator. Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal, observado o disposto no art. 13, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. § 1º O Relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e o Procurador-Geral de Justiça, no prazo de três dias. § 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal. § 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário Oficial e do Diário da Justiça do Estado a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo. § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal conceder-lhe eficácia retroativa. § 2º A concessão da medida cautelar toma aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e do Procurador-Geral de Justiça, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação. Art. 13. A decisão sobre a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos integrantes do Órgão Especial do Tribunal. Art. 14. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a inconstitucionalidade da disposição ou da norma

Pensando bem, poderia haver também lei estadual disciplinando a reclamação perante o TJ por desrespeito às suas decisões dadas no bojo dessas ações de controle concentrado¹²⁵¹.

Despontam, ainda, outras possibilidades de legislação estadual plena, que colmate omissões federais.

Seria o caso de uma lei estadual que crie intervenção especial para Estado-membro, à semelhança do que fez o art. 5.º, *caput*, da Lei n. 9649/1997.

Em 1997, editou-se a Lei n. 9.469, resultado da conversão da Medida Provisória n. 1.561, que, no seu art. 5.º, *caput*, admite que a União possa intervir amplamente nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, somente em razão da natureza e condição daqueles que figuram como parte no litígio, independente de interesse jurídico¹²⁵². O interesse na sua intervenção parece estar presumido de modo absoluto, tipificando-se nova modalidade de intervenção de terceiro no ordenamento brasileiro¹²⁵³.

Assim, seria perfeitamente possível que uma lei estadual instituisse uma intervenção anômala, desse viés, para o Estado¹²⁵⁴ - regrado inclusive o procedimento respectivo, que não foi delineado na lei federal.

Seria um regramento supletivo, diante da omissão federal, que, fatalmente, perderia sua eficácia (ao menos em parte) com advento de lei federal geral superveniente que a previsse para todos os entes parciais periféricos.

impugnada se nesse sentido se manifestar a maioria absoluta dos membros do Órgão Especial do Tribunal. Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Desembargadores em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido. Art. 15. Proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta. Art. 16. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato, inclusive para efeitos do § 2º do art. 85 da Constituição Estadual. Art. 17. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Art. 18. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Tribunal de Justiça fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial do Estado a parte dispositiva do acórdão. Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 20. Revogam-se as disposições em contrário” (Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em 16 fev, 2015).

¹²⁵¹ Mais uma reflexão suscitada por Fredie Didier por diálogo eletrônico.

¹²⁵² GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 1 v., p. 165.

¹²⁵³ A autora reserva-se a não comentar discussões em torno da constitucionalidade ou legitimidade do instituto nesse trabalho, por extrapolar seus propósitos. Limita-se a mencionar que, se aceita a sua instituição por lei federal, não haveria, a princípio, empecilho para que fosse instituída no plano estadual.

¹²⁵⁴ Como propôs Fredie Didier Junior em conversa por via de mensagem eletrônica.

Há outras situações a serem cogitadas. Por exemplo, há um rol de títulos executivos extrajudiciais em lei federal. Não há óbice, contudo, a que documento comum e bilateralmente constituído no tráfego jurídico local seja erigido pelo legislador do Estado, supletivamente, à categoria de título executivo. Seria razoável admitir que a lei estadual conferisse força executiva a documentos difundidos no comércio local – ainda que não previstos no rol de títulos executivos da lei federal¹²⁵⁵.

Indo mais além, há que se cogitar a construção de procedimentos especiais novos¹²⁵⁶, aptos a dar tratamento mais adequado a situações usuais no Estado. Seria o caso de uma ação de imissão na posse com pedido liminar¹²⁵⁷ típico, ou de novo procedimento para executivos fiscais estaduais¹²⁵⁸ ou, ainda, como sugere Ernane Fidélis dos Santos, a criação de procedimento de jurisdição voluntária necessário para a tutela de direitos¹²⁵⁹.

O Projeto de Código de Procedimentos em Matéria Processual do Estado de Pernambuco¹²⁶⁰ institui o regramento supletivo de um procedimento especial para processamento de alvará de levantamento. Esclarece que o depósito de quantia deve dar-se por ordem do juízo, bem como que sua movimentação e levantamento pressupõem alvará do juiz (art. 57). Junto a isso, dita que:

Art. 58. Antes da substituição de garantia real, ou antes da expedição de alvará liberatório de quantias vultosas, decorrente de qualquer decisão judicial, inclusive proferida em sede de antecipação de tutela, medida cautelar ou em cumprimento de sentença, o juiz fará publicar previamente o ato judicial, com nomeação das partes e de seus advogados, intimando-se pessoalmente a parte contrária, quando esta não estiver ainda representada em juízo.

¹²⁵⁵ É o que admite Shimura, ao menos no contexto dos Juizados Especiais Cíveis. (SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 364).

¹²⁵⁶ Como sugeria na década de 1980, ao falar na adoção estadual de “monitórios”, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 14, n. 53, 1989, p. 06.

¹²⁵⁷ ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p. 141

¹²⁵⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010, p. 221. O autor fala, também, de nova cautelar típica com particularidades procedimentais próprias.

¹²⁵⁹ Segundo Ernane Fidélis, no que se refere aos procedimentos civis contenciosos, não ficou espaço algum para o legislador atuar em nível suplementar, pois o legislador federal, no art. 271, CPC-1973 (correspondente ao art. 316 do CPC-2015), estabelece que, não havendo previsão de rito especial, a causa seguirá o rito comum naquele código previsto. Se a União dominou a criação de procedimentos, só caberia aos Estados criar normas procedimentais suplementares que se contraponham às gerais (federais) e não comprometam as finalidades do procedimento (art. 24, §2.º, CF). (SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 3 v., p. 3).

¹²⁶⁰ Projeto de Lei n. 1733/2013. Disponível em <<http://www.alepe.pe.gov.br/paginas/?id=3598&legislatura=&doc=685C4FC708FA41B203257D32004CC69F&paginapai=3576>>. Acesso em 29 set 2014.

§ 1º. O valor poderá ser levantado, nas hipóteses previstas neste artigo, se não houver recurso ou se não for concedido efeito suspensivo ao recurso interposto, a fim de evitar decisão surpresa.

§ 2º. Para os efeitos deste artigo, são consideradas vultosas as quantias excedentes a 60 (sessenta) salários mínimos.

§ 3º. Não depende de prévia publicação a decisão que autorizar o levantamento de:

I – quantia incontroversa;

II – quantia definida em acordo homologado por sentença com renúncia ao recurso cabível¹²⁶¹.

Nesse particular, há que se pontuar a iniciativa da Corregedoria Geral de Justiça do Estado da Bahia que, por um simples provimento (Provimento n. 002/2003-CGJ), criou procedimento especial de jurisdição voluntária para alteração de regime de bens. A ideia era padronizar o processamento da medida no plano local, tendo em vista o advento do art. 1.639, § 2º, CC, e sua previsão de que é “admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”. Eis os termos do referido provimento:

Art. 1º. A modificação do regime de bens do casamento decorrerá de pedido motivado de ambos os cônjuges, em procedimento de jurisdição voluntária, devendo o Juízo competente publicar edital com prazo de 30 (trinta) dias, a fim de imprimir a devida publicidade à mudança, visando resguardar direitos de terceiros.

Art. 2º - A intervenção do Ministério Público é necessária para a validade da mudança.

Art. 3º - Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos Cartórios de Registro Civil e de Imóveis, e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis.

Art. 4º - A modificação do regime de bens é de competência do juízo da Vara de Família da respectiva Comarca onde se processar a mudança¹²⁶².

É muito interessante enquanto exemplo de procedimento especial que pode e deve ser disciplinado supletivamente no âmbito estadual. O problema é que quem tem competência para fazê-lo é o legislador estadual, não se admitindo seja produzido por ato administrativo. Por isso, trata-se de ato normativo inconstitucional, mas que deveria servir de exemplo e estímulo para atuação do verdadeiro titular do poder de disciplinar a matéria: a Assembleia Legislativa do Estado.

Outra possibilidade é a disciplina estadual supletiva – e, também, suplementar – no contexto da ação discriminatória.

¹²⁶¹ Rito com finalidade afim (denominado “Depósitos de Valores e dos Mandados de Levantamento”), mas com regras distintas, é proposto também nos artigos 31 e 32 do Projeto de Código de Procedimentos em Matéria Processual do Estado de São Paulo (Projeto de Lei n. 1258/2009. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014)

¹²⁶² Disponível em: <[http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_2003-02\[1\].pdf](http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_2003-02[1].pdf)>. Acesso em 21 set 2014.

A ação discriminatória é aquela que tem por finalidade separar terra devoluta do Estado das terras que sejam objeto de propriedade particular, de modo que seja ela (terra devoluta) devidamente titulada e delimitada territorialmente. E será considerada terra devoluta aquela que, residualmente, não se destina a uso público e não foi transferida ao domínio particular por uma das formas legalmente permitidas, integrando a massa patrimonial pública dominical¹²⁶³.

Tanto na esfera federal como na estadual, trata-se de demanda regradada pela Lei n. 6383/1976 (cf. seu art. 27).

Em regra, a discriminação de terras devolutas dar-se-á por procedimento administrativo, só sendo cabível uma ação judicial discriminatória e o rito para ela previsto, nas hipóteses do art. 19 da Lei n. 6383/1976 – basicamente quando a via administrativa se revele frustrada (inapropriada ou inviável). E no que se refere à disciplina desse processo judicial, há espaço para integração legislativa estadual, precisamente quanto à discriminatória de interesse do Estado-membro¹²⁶⁴.

Pode-se editar legislação estadual que confira legitimidade concorrente para a demanda ao Estado ou à eventual entidade/autarquia estadual responsável pelas questões agrárias, devidamente representado pela sua respectiva procuradoria jurídica.

Nada impede, também, a instituição de regras que suplementem sua rota procedimental, como, por exemplo: *i*) a intimação pessoal (por carta postal) dos proprietários, ocupantes da área e dos seus confinantes (e respectivos cônjuges); *ii*) a publicação de editais por via eletrônica e/ou sua divulgação por outros meios como rádio ou alto-falante nos locais onde não circule Diário impresso e jornais, para garantir a “a maior divulgação possível” prevista no art. 4.º, §3.º; ou, também, *iii*) designando um determinado órgão estadual como o responsável pela condução das atividades periciais nesse tipo de demanda.

Não há que se excluir, ainda, a possibilidade de lei estadual, regulamentando o art. 19, I, Lei n. 6383/1976, estabelecer que o processo discriminatório administrativo considerar-se-á “dispensado”, autorizando-se a via judicial, quando, oficiado pela procuradoria do Estado, o órgão estadual (ou autarquia) responsável pelas questões agrárias não iniciar o processo administrativo no prazo de seis meses.

¹²⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. Ação discriminatória. In DIDIER JR., Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (coord). **Procedimentos Especiais Cíveis. Legislação Extravagante**. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 852 e 854.

¹²⁶⁴ Não admite lei estadual sobre a matéria, que seria de competência privativa da União por força do art. 22, I, CF, BORGES, Marcos Afonso. **Processo Judicial da Ação Discriminatória**. 2 ed. Goiânia: AB, 1998, p. 43 e 44.

É o que se pode falar, ainda, do rito especial de registro torrens de imóvel rural. Explique-se.

Em regra, a inscrição de direito real em registro público de imóvel goza de presunção relativa de veracidade do fato de que é de titularidade daquele em cujo nome se aperfeiçoou (art. 1245, §2.º, e 1247, CC). Caso seja comprovada irregularidade ou que o direito pertence a terceiro, o registro pode ser alterado ou retificado¹²⁶⁵.

O registro torrens é forma facultativa de anotação que se reveste de presunção absoluta de regularidade e de titularidade do direito pela pessoa em cujo nome se efetivou¹²⁶⁶, regularidade esta que chega a tornar-se irrelevante para fins de sua manutenção e validade. Torna inexpugnável o título da propriedade¹²⁶⁷.

Atualmente, só é permitido para direito real de propriedade de imóveis *rurais* – em que pese originariamente tenha surgido para abrigar propriedade rural e urbana¹²⁶⁸ –, a ser objeto de demanda constitutiva e petitória¹²⁶⁹ que conduz a processo rigoroso traçado em lei, cujas principais regras se encontram nos arts. 277 a 288 da Lei n. 6.015/1973.

Esse é o regime previsto em lei federal e que comporta suprimento estadual, por exemplo, no sentido de criar um procedimento especial de registro torrens para terras públicas do Estado – que pode ser considerado obrigatório quando finalizada uma discriminatória¹²⁷⁰. Sendo possível, inclusive, instituir requisitos mais rigorosos para seu aperfeiçoamento que lhe confirmam maior segurança jurídica, tais como: *i*) a exigência de certidões negativas de pendências de demanda em torno do requerente na localidade do imóvel ou em torno do imóvel em questão (quando a própria lei estadual já exija individualização do imóvel no registro de ações em geral); *ii*) a publicação de editais por via eletrônica – e/ou, inclusive, sua divulgação por outros meios adequados, como por rádio ou alto-falante nos locais onde não circule Diário impresso e jornais; *iii*) a intimação obrigatória

¹²⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 576.

¹²⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 575; VIEIRA, Carlonilda Maria Dettmann. A (in)funcionalidade do sistema torrens no registro de imóveis brasileiro. **Entre Aspas: Revista da Unicorp/Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**, Salvador, n. 1, 2011, p. 154 e 158.

¹²⁶⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei de Registros Públicos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 2 v., p. 760. Ou, como preferem José Orlando Rocha e Pedro Lino Carvalho, o registro torrens constituiria “prova absoluta” da propriedade que impediria qualquer reivindicação por terceiro – que só poderia ser indenizado por fundo instituído com esse fim. (CARVALHO, José Orlando Rocha de; CARVALHO JR, Pedro Lino de. Procedimentos previstos na Lei de Registros Públicos. *In* DIDIER JR, Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Procedimentos Especiais Cíveis. Legislação Extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1320).

¹²⁶⁸ CARVALHO, José Orlando Rocha de; CARVALHO JR, Pedro Lino de. Procedimentos previstos na Lei de Registros Públicos. *In* DIDIER JR, Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Procedimentos Especiais Cíveis. Legislação Extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1320.

¹²⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 574.

¹²⁷⁰ O que chegou a ser previsto em leis antigas – algumas, inclusive, estaduais (BORGES, João Afonso. **O Registro Torrens no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 25 e 141).

do Estado do feito para que manifeste seu interesse jurídico na área – e também sobre a possibilidade de ser terra devoluta, tendo em vista que ficará intocável para fins de discriminatória; e a *iv*) a averbação imediata da demanda na matrícula do imóvel, publicizando-a para terceiros de boa-fé.

Outras linhas podem ser seguidas pelo legislador estadual na complementação da regência processual do instituto. Pode determinar a aplicação subsidiária das regras previstas para rito de jurisdição voluntária, por exemplo¹²⁷¹, se não houver contestação. Seria oportuno o esclarecimento por lei regional de que o oficial do cartório imobiliário, ao fazer o exame prévio da regularidade do pedido ou da documentação apresentada pelo requerente (arts. 280 e 281, Lei n. 6.015/1973), deverá fazê-lo sob aspecto estritamente formal, sem juízo sobre o valor probante dos documentos apresentados¹²⁷².

Questões outras não tratadas na lei federal podem ser objeto de legislação estadual colmatadora. Chama a atenção a necessidade de um tratamento mais preciso das omissões judiciais, por exemplo.

Há localidades em que é recorrente a reclamação dos advogados de que juízes e relatores se furtam em apreciar pedidos liminares de tutela de urgência, anunciando que o farão após oitiva da outra parte, quando, na verdade, o risco em jogo não permite aguardar tanto. Em casos tais, é costume, ainda, entender-se que essa não-atuação do juiz não é omissão recorrível por embargos de declaração ou agravo de instrumento, por não se poder extrair explicitamente esse cabimento de lei federal.

Deve-se cogitar a possibilidade de o legislador estadual tomar a iniciativa de suprir a lei federal, preenchendo essa lacuna pontual e prevendo essas hipóteses a mais de cabimento recursal.

É possível também que, em alguma localidade, seja prática os juízos se valerem de *pré-penhora on line* e, mesmo depois de efetuada a medida, reterem os autos sem permitir acesso ao advogado sob argumento de que pressupõe publicação da decisão que a determinou.

Em casos tais, pode o legislador estadual sentir a necessidade de editar lei que exija que os autos estejam automaticamente acessíveis, contendo ato que determinou bloqueio, assim que a parte ou terceiro comparecer com prova de que ele se aperfeiçoou

¹²⁷¹ Natureza que lhe era atribuída em regime anterior (revogado). (Cf. ASSIS, Jacy. Do Registro Torrens. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 371, 1966, p. 29 e 30).

¹²⁷² O que representaria eventual posituação da leitura da lei federal proposta por CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 492. Esclareça-se, contudo, que seria disciplina de atividade administrativa do oficial. (DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 576-578).

(como extrato bancário ou carta do banco), sob pena de essa não-atuação judicial ensejar o cabimento de recurso (embargos de declaração ou agravo de instrumento)¹²⁷³, bem como a responsabilidade judicial na forma do art. 143, CPC-2015.

Também se deve admitir que a prática sedimentada naquela região de admitir-se o acesso unilateral de advogado a audiências fechadas com juízes e desembargadores, sem que o advogado da parte adversa seja convocado ou ao menos comunicado do encontro, enseje uma iniciativa legislativa estadual proibitiva.

Seria cabível a produção de uma lei estadual exigindo que todo e qualquer contato entre advogado e juiz para dialogar sobre processo em curso seja em dia e hora previamente agendados e mediante intimação do advogado da parte adversária para, caso queira, comparecer, sob pena de afastamento do juiz da causa e invalidade dos seus atos decisórios a partir de então praticados, se configurado o prejuízo.

Ficam, assim, registrados alguns exemplos de legislação estadual supletiva que se encaixam nos espaços em branco deixados pela legislação federal – sem prejuízo de que muitos outros sejam encontrados e explorados.

6 CONSIDERAÇÃO CONCLUSIVA.

A primeira e principal conclusão possível, a partir da leitura dos arts. 22, I, e 24, X e XI, CF, é de que: *i*) a União tem competência legislativa plena para reger o processo jurisdicional federal; enquanto *ii*) a União, Estados e Distrito Federal têm competência legislativa concorrente para tratar do processo (que é procedimento) instituído para o exercício de jurisdições estaduais.

Assim, para o Direito processual aplicável pelos órgãos jurisdicionais estaduais, há dualidade legislativa, convivendo leis federais e leis estaduais (ou distritais).

A União fica responsável pela elaboração da legislação federal geral sobre a matéria, naquilo em que há interesse nacional e necessidade de uniformidade legislativa.

E os Estados (e Distrito Federal) assumem o papel de construir uma legislação estadual (ou distrital) suplementar ou supletiva, para atender interesse regional, sem gerar

¹²⁷³ Supre essa necessidade a proposta do Projeto de Código de Procedimento de PE já citado de “carga rápida”: “Art. 62. Quando os autos estiverem em cartório conclusos ao juiz para despacho ou decisão, aguardando a manifestação do Ministério Público ou estiver em curso prazo comum, os advogados das partes poderão ter carga rápida pelo período de até 2 (duas) horas. Parágrafo único. Na fluência de prazo comum às partes, seus procuradores poderão retirar os autos por prazo superior ao previsto no caput deste artigo, desde que ajustado previamente, mediante petição conjunta dirigida ao juiz.” (Projeto de Lei n. 1733/2013). Também consta no art. 34 do Projeto de Código de Procedimentos de São Paulo. (Projeto de Lei n. 1258/2009. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=916935>>. Acesso em 29 set 2014).

prejuízo na convivência harmônica e cooperação das diferentes jurisdições dos entes parciais brasileiros.

Respeitados esses limites, a atuação legislativa estadual e distrital sobre o Direito processual é legítima. A Assembleia do Estado (ou Distrito Federal) é a autoridade natural e mais adequada (ainda que implicitamente) para adaptar tudo aquilo que previu o legislador federal genericamente às particularidades e demandas decorrentes do desempenho processual da jurisdição daquele Estado específico.

Observa-se e protege-se, assim, o interesse peculiar e predominante da unidade federada, para, em nome da subsidiariedade e do pacto federativo, garantir que o Estado prefira à União no trato suplementar e supletivo do Direito processual para a Justiça local, por ser o nível político mais baixo e mais próximo dos seus destinatários e presumidamente o mais adequado para tanto.

Árdua, contudo, é a tarefa de convencer o STF disso, tendo em vista a postura centralizadora observada em seus precedentes sobre a matéria.

Daí a importância de reservar o capítulo derradeiro única e exclusivamente para analisá-los e dissecá-los, um a um, na esperança de despertar na Corte Suprema um novo modo de conceber a competência dos Estados para legislar sobre o Direito processual.

CAPÍTULO 6

PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1 NOÇÃO INTRODUTÓRIA.

A fundamentação é a explicitação das razões de fato e de direito que conduziram o órgão jurisdicional à sua conclusão sobre determinado caso.

A fundamentação da decisão é dever judicial. Só a decisão fundamentada é considerada constitucionalmente legítima em um Estado Democrático de Direito. Afinal, qualquer invasão em esfera subjetiva de direitos deve ser justificada.

Usualmente, diz-se que sua importância consiste em permitir um controle da legitimidade da decisão: *i*) interno, isto é, realizado pelas partes e pelos tribunais, mediante interposição e julgamento de recursos e outros meios de impugnação, respectivamente (função endoprocessual); e *ii*) externo, ou mais especificamente aquele promovido pelo povo, que fiscaliza a correção e legitimidade da decisão, no exercício de autêntica democracia participativa (função extraprocessual)¹²⁷⁴.

Há quem acrescente a função de concretização de princípios constitucionais como o contraditório (com a consideração efetiva do arrazoado das partes) e o juiz natural (permitindo aferir a imparcialidade judicial etc.)¹²⁷⁵.

Entretanto, em sistemas jurídicos que valorizem os precedentes judiciais, como o brasileiro, a fundamentação deve ter reconhecida uma função adicional (extraprocessual normativa).

Tendo em vista a possibilidade de a decisão funcionar, em alguns casos, como precedente (vinculativo ou, no mínimo, persuasivo) para o julgamento de casos futuros e análogos, a sua fundamentação assume o papel central de sede da construção da tese jurídica adotada, evidenciando a opção hermenêutico-normativa do julgador, que, universalizada, pode orientar a solução judicial de outras situações similares e vindouras.

Com isso, serve de pauta de conduta para os jurisdicionados e de pauta de decisão para demais órgãos jurisdicionais, garantindo a segurança jurídica decorrente do conhecimento das possíveis interpretações judiciais dadas à lei e das consequências jurídicas que podem ser extraídas dos mais diversos comportamentos (e seu enquadramento jurídico).

¹²⁷⁴ CF. TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975, p. 407.

¹²⁷⁵ Seria uma “função de garantia” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In* **Temas de direito processual**. Segunda série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 87).

Em outras palavras, são asseguradas a cognoscibilidade e a previsibilidade (ou calculabilidade) da ordem jurídica.

Nessa fase de construção do presente trabalho, a grande preocupação é que, reconhecida a força jurídica (persuasiva ou vinculante) dos precedentes dos Tribunais Superiores brasileiros (isolados, como no caso daqueles formados em julgamento de casos repetitivos, transformados em jurisprudência ou consolidados na súmula do tribunal), é imprescindível revisitar a temática da importância da fundamentação das suas decisões, visualizando, também, essa sua função extraprocessual normativa.

Especialmente quando se observa que, na fundamentação das decisões do STF em torno da competência dos Estados para legislar sobre “procedimento em matéria processual”, à luz dos arts. 22, I, e 24, X e XI, CF, muitas vezes não se delineia adequadamente a tese jurídica construída e abraçada sobre o que entende que seja esse tema procedimental que poderia ser objeto de iniciativa legislativa estadual (suplementar ou supletiva) e o que o distinguiria do “direito processual” destinado à iniciativa exclusiva da União.

Não se firma uma diretriz minimamente segura de conduta para o legislador estadual, que possa servir de norte para a elaboração de futuras leis sobre a matéria (“procedimento em matéria processual”), tampouco uma pauta de decisão para o próprio STF e demais órgãos jurisdicionais, que lhes sirva de precedente no julgamento de casos futuros e análogos em que instados a analisar uma questão deste mesmo viés.

Fica, assim, comprometida a segurança jurídica. Tornam-se incertas e imprevisíveis as possíveis interpretações do STF sobre o que seja “procedimento em matéria processual”, em que medida difere do “direito processual” (a partir da análise combinada dos dispositivos constitucionais citados) e as situações em que daria pela (in)constitucionalidade formal de uma lei estadual.

É o que se pretende demonstrar com abordagem teórica da importância da fundamentação das decisões na construção desses precedentes, concentrando-se na análise pontual daqueles precedentes do STF em torno da matéria objeto dessa pesquisa (competência legislativa dos Estados para tratar de processo/procedimento)¹²⁷⁶.

¹²⁷⁶ Fernando da Fonseca Gajardoni enxerga o problema sob ótica diversa. Ao analisar julgados do STF entende que a Corte Suprema logra, na maior parte dos casos, distinguir com precisão normas de processo e de procedimento; falharia, contudo, na distinção de normas gerais e normas não gerais de procedimento, onde residiria a razão da sua postura centralizadora. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51). Mas não é isso que se percebe do teor dos julgados abaixo analisados, um por um. A diferença entre norma de processo e norma de procedimento, em grande parte dos casos, é ignorada e, quando enfrentada,

2 PAPEL DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NA CONSTRUÇÃO DE PRECEDENTES

2.1 O precedente (norma geral judicial) e seus efeitos.

O *precedente* é a decisão judicial dada para o caso concreto, que se caracteriza pela presença de alguns elementos basilares: *i)* o quadro fático subjacente à causa; *ii)* a tese jurídica (ou fundamento jurídico) concebida pelo juiz para solucioná-la, a chamada *ratio decidendi*; e *iii)* e a argumentação jurídica que lhe serve de base.

A *ratio decidendi* coloca-se, assim, como o núcleo normativo do precedente, consistente na escolha hermenêutica do órgão julgador. Tem duplo papel: serve de base normativa para o julgamento do caso concreto em apreciação, a partir do qual fora construída; podendo, também, orientar o julgamento de casos futuros e similares àquele, diante da generalidade e universalidade que a revestem¹²⁷⁷.

Assim, embora seja concebida para um caso concreto e a partir dele construída, a *ratio decidendi* sobrevive a ele, transcendendo-o, enquanto norma *geral* judicial que pode ser invocada na análise de casos outros que àquele se assemelhem.

Atualmente, considerando o ordenamento constitucional e infraconstitucional brasileiro, percebe-se que há um sistema de precedentes com eficácia vinculante e persuasiva.

Os precedentes vinculantes não de ser observados no julgamento de causas vindouras e afins. Encontram-se enumerados no art. 925, CPC¹²⁷⁸, a exemplo da decisão que

o STF o faz de modo insuficiente e não raro desconectado do caso concreto. Fernando da Fonseca Gajardoni atribui também parte da responsabilidade por esse esvaziamento da competência concorrente suplementar e supletiva dos Estados (e do Distrito Federal) aos seus próprios titulares. Os Estados e o Distrito Federal seriam omissos quando a União, ao invés de se limitar a produzir normas gerais de procedimento, esgotam a disciplina da matéria. Não percebe, contudo, que a dubiedade do texto da CF e da interpretação a ele dada pelo STF é desanimadora e um contra-estímulo à produção legislativa estadual.

¹²⁷⁷ O precedente em sentido lato é a própria decisão do caso. Mas o precedente em sentido estrito pode ser compreendido como sinônimo da *ratio decidendi*. Agora, tecnicamente, o precedente: “Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial”. (MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 92 e 93).

¹²⁷⁸ Art. 925. “Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; IV – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

delimita a tese a ser adotada no julgamento de casos repetitivos, das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, e das súmulas que obrigam (como art. 103-A, CF, e art. 925, II e IV, CPC).

Os precedentes obrigatórios enumerados no art. 925, CPC, devem *vincular interna e externamente*, sendo impositivos para o tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados¹²⁷⁹.

O foco desse trabalho são as decisões do Supremo. Por isso, importa compreender que o art. 925, I e V, CPC, confere força vinculante aos precedentes oriundos de decisões do Plenário do STF produzidas: *a)* em ações de controle concentrado de constitucionalidade; bem como *b)* no contexto de qualquer ação ou recurso, sobre tema constitucional. São precedentes cuja observância é obrigatória para todos os tribunais e juízes brasileiros¹²⁸⁰.

Em suma, *todas as decisões do Plenário do STF proferidas em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade de leis estaduais de processo e procedimento revestem-se dessa força obrigatória e devem ser fielmente seguidas pelo próprio STF e pelos demais órgãos jurisdicionais brasileiros* - ressalvada a possibilidade de superação pelo STF ou distinção por qualquer destes órgãos (cf. art. 925, §1.º, c/c art. 486, §1.º, VI, CPC).

Isso impõe que a fundamentação jurídica da decisão, enquanto fonte dessas normas judiciais obrigatórias (e abrigo da *ratio decidendi*), seja aqui reestudada.

2.2 Dever geral de fundamentação da decisão e outros correlatos.

A Constituição Federal de 1988 alça o dever de motivação à condição de conteúdo de direito fundamental do jurisdicionado, prevendo-se no art. 93, IX, que toda decisão deve ser fundamentada, sob pena de invalidade.

Ocorre que, no novo milênio, surge a consciência da necessidade de reconsideração da extensão desse dever, tendo em vista a importância que assumiu a fundamentação da decisão como fonte de precedentes, cuja *ratio* é ali estabelecida. Tem sido atribuído mais este conteúdo à motivação da decisão judicial brasileira.

¹²⁷⁹ Nesse sentido, o Enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 925 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. O FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis) é encontro periódico de processualistas civis brasileiros para discutir e sintetizar em enunciados dogmáticos interpretações unânimes da legislação processual brasileira.

¹²⁸⁰ Fora isso, também se confere força obrigatória às súmulas vinculantes propriamente ditas (art. 103-A, CF) e às súmulas em geral do STF em matéria constitucional (art. 925, II e IV, CPC).

Por essa razão, o art. 486 do CPC de 2015 não só estabelece o dever do juiz de fundamentar suas decisões, com a exposição dos motivos de fato e de direito que formaram seu convencimento (art. 486, II, CPC), como também esclarece que todo tipo de decisão, para ser devidamente fundamentada, exige que:

i) não se limite a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem correlacioná-lo com a causa ou questão que se está a decidir;

ii) explique as razões concretas de incidência de conceitos jurídicos indeterminados no caso;

iii) não se limite a valer-se de motivos que serviriam a justificar qualquer outra decisão;

iv) se debruce sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes que sejam aptos a, em tese, colocar em xeque a conclusão do julgador;

v) ao julgar com base em precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula, delimite a sua *ratio decidendi* (ou “fundamento determinante”) e demonstre que a ela se amolda o caso em julgamento – que deve gozar de semelhança fática com o caso paradigma, que ensejou o nascimento do precedente;

vi) ao julgar afastando precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula, que o faça demonstrando que o caso se distingue em termos fáticos daquele que deu origem ao precedente (fazendo a chamada “distinção” ou “distinguishing”) ou que se trata de tese jurídica já superada (promovendo o chamado “overruling”) (art. 486, §1.º, CPC);

vii) por fim, havendo colisão entre normas, que o juiz exponha e explique os critérios da ponderação, o objeto sobre o qual recai (a ponderação), os motivos que permitem o afastamento de uma das normas e as premissas fáticas do caso que justificam sua conclusão (art. 486, §2.º, CPC).

Rigorosamente, a legitimação democrática na *formação* do precedente – que pode originar jurisprudência e enunciado de súmula – pressupõe que o tribunal, ao fundamentar a decisão que o origina, atente para essas exigências dos arts. 486, §1º, IV, e §2º, c/c 925, §1º, CPC. Inclusive, é indispensável que enfrente todos os argumentos trazidos no processo, em especial os contrários à tese adotada e aptos a colocar em xeque a conclusão a que se chegou.

Já em momento posterior, de *interpretação e aplicação* desse precedente, não será necessário revolver todos os argumentos dantes já explorados, em contraditório. Bastará que a decisão seja fundamentada na forma do art. 486, §1º, V, c/c 925, §1º, CPC, i.e.,

identificando-se a *ratio decidendi* do precedente e justificando que o caso que lhe deu origem se assemelha ao caso em julgamento (não havendo distinção).

O art. 925, §1º, CPC, estabelece a aplicação dos arts. 486, §1º, e 10, CPC, no ato de interpretação e aplicação dos precedentes. Mas é importantíssimo que se compreenda que, em nome do contraditório e do dever de fundamentação das decisões, esses dispositivos são também aplicáveis no ato *de formação e construção dos precedentes*, nos moldes sustentados nos parágrafos acima. Até porque o ato de fundamentar uma decisão é, em si, um ato de construção de uma *ratio* de um precedente potencialmente persuasivo e/ou vinculante.

Mas não é só. O sistema de precedentes como um todo e cada precedente isoladamente deve portar *ratio* com entendimentos judiciais coerentes, coesos e homogêneos, que sirvam de modelo seguro de conduta para os jurisdicionados.

Sente-se a necessidade de assegurar ao jurisdicionado tratamento substancialmente igualitário diante de decisões judiciais (não só de leis), que deem soluções consistentes, sólidas e uniformes para aqueles que vivem situações semelhantes. Isso se dá em nome da realização mais efetiva de princípios constitucionais como a segurança jurídica, a duração razoável do processo, a proteção da confiança e a isonomia.

Daí o art. 924, CPC, inovar no ordenamento processual infraconstitucional brasileiro ao dispor que: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e vinculantes, sendo eles: *a)* o dever de uniformizar sua jurisprudência; *b)* o dever de manter essa jurisprudência estável; *c)* o dever de integridade (de garantir a harmonia do todo e a unidade do Direito); e *d)* o dever de coerência.

Todos esses deveres são decorrência de princípios e regras constitucionais como a segurança, o contraditório, a fundamentação das decisões e a igualdade. Mas isso não elimina a relevância de sua previsão no plano infraconstitucional, afinal explicitam diretamente o comportamento exigido dos tribunais na atividade de elaboração e desenvolvimento de um Direito judicial¹²⁸¹.

A princípio, fala-se em um *dever de uniformização* jurisprudencial. Implica que, de um lado, segundo o art. 924, CPC, um mesmo tribunal deve eliminar divergências

¹²⁸¹ Sobre o sentido desses deveres, na linha aqui adotada nos parágrafos a seguir, cf. nova edição do **Curso de Direito Processual Civil**, 2 v., a ser publicada no primeiro semestre de 2015, ainda pela editora Jus Podivm, escrito em coautoria com Fredie Didier Jr e Rafael Alexandria de Oliveira.

internas entre seus órgãos sobre uma mesma questão jurídica (uniformização horizontal); de outro, na forma do art. 925, tribunais e juízos devem observar e seguir entendimento dos órgãos que sejam hierarquicamente superiores (uniformização vertical).

Junto a isso, fica estabelecido o *dever de estabilidade jurisprudencial*, que pressupõe que alterações de posicionamento do tribunal devam ser motivadas de forma adequada e sua eficácia deve ser modulada em nome da segurança jurídica¹²⁸².

Destaca-se, contudo, para os fins desse trabalho, a exigência de que precedente/jurisprudência/súmula sejam *consistentes*, o que pressupõe o respeito aos *deveres de coerência e integridade* (normas que orientam a formação do Direito judicial¹²⁸³)¹²⁸⁴.

A coerência e integridade são indispensáveis para que o precedente possa transcender o caso e universalizar-se, aplicando-se a outros análogos¹²⁸⁵. O mínimo necessário para que sejam observadas é que a fundamentação da decisão que originou o precedente seja adequada (na forma dos já comentados arts. 925, §1.º, c/c, 486, §1.º, CPC) – e tanto mais

¹²⁸² Segundo Robert Alexy, os enunciados dos precedentes, no âmbito do seu papel de estabilização, trazem “uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito”. Mas relembra que, respeitada a regra da carga especial de argumentação, não fica excluída a possibilidade de afastamento do precedente cuja *ratio* seja considerada equivocada. É o que se chama de “margem do discursivamente possível” que é racionalmente limitada. Daí explica Alexy o que considera serem as regras mais gerais de uso dos precedentes: i) “Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo”; ii) “Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”. (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 267). Essas regras gerais de uso dos precedentes constam em nosso ordenamento do art. 486, §1.º, V e VII, e 925, §4.º, CPC.

¹²⁸³ Coloca a coerência como postulado, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 166 ss.

¹²⁸⁴ Não se desconhece a árdua tarefa do julgador, enquanto intérprete, de lidar com o conflito e com os direitos que se afirmam em diferentes e incoerentes direções. Seu papel é fazer com que ideais, interpretações e pretensões contraditórios transformem-se em uma decisão consistente, agindo, simultaneamente, com segurança e elasticidade, sem abrir mão da técnica e da funcionalidade (Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 285).

¹²⁸⁵ No contexto do que chama de justificação interna da decisão, que pressupõe coerência e concludência, Robert Alexy destaca a necessidade de observância de um princípio da universalidade (base da justiça formal), que impõem que todos de dada categoria sejam tratados da mesma forma (ex.: se soldado deve dizer a verdade, e João é soldado, então João deve dizer a verdade). Investe no estudo de regras formais e universais (chamadas de “regras da justiça formal”), que, enquanto tais, asseguram decisões semelhantes para casos semelhantes, impedindo arbitrariedade na relação entre fundamentação e decisão, bem como realizando as desejadas segurança jurídica, justiça, solidez e racionalidade da decisão. (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 218-224; ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21 e 30). Segundo Lenio Streck, “a coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. (STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10 jan, 2015).

adequada e legítima será quanto maior for o número de argumentos jurídicos que sirvam de base para sua formação¹²⁸⁶.

Mas é imprescindível, também, a consideração de outras diretrizes que, juntas, coordenadas e sopesadas, devem ser seguidas e realizadas na melhor medida possível¹²⁸⁷.

O *dever de integridade* se impõe como necessidade de preservação da unidade do Direito, como um sistema, em sua complexidade - com respeito e atenção a todo e qualquer tipo de norma (legais, negociais, administrativas, judiciais etc.), sobretudo, à Constituição¹²⁸⁸.

No contexto das normas de interpretação constitucional, comentadas no capítulo 01, equivale à chamada “Unidade da Constituição” e sua exigência de que as normas constitucionais não sejam analisadas isoladamente, mas, sim, como parte de um todo - e que, em *ultima ratio*, é satisfeita com a aplicação de método sistemático de interpretação.

Demais disso, os princípios têm, nesse particular, o papel fundamental de explicar e justificar o conjunto normativo em sua inteireza, garantindo a coexistência, a compatibilidade e a interação de seus elementos normativos entre si¹²⁸⁹. Isso sem falar que “quando estamos em dúvida acerca do correto significado da norma num determinado

¹²⁸⁶ Segundo Robert Alexy, normas precisam de fundamentação. A decisão enquanto proposição jurídica precisa ser fundamentada. (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 213-215).

¹²⁸⁷ PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Boston/London/Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 160, 161 e 177.

¹²⁸⁸ Afirma Lenio Streck que a integridade judicial pressupõe que se enxergue as leis como conjunto moralmente coerente; “a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Água e azeite”. (STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10 jan 2015). Ronald Dworkin coloca a integridade como a necessidade de que as normas públicas sejam concebidas e compreendidas de forma que expressem, dentro do possível, um “sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”. Isso justifica que, quando necessário, ocorra um afastamento da linha de decisões anteriores, “em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 264).

Esses são autores cuja visão do direito e da interpretação é diferente, partindo de premissas nesse trabalho não acolhidas. Não se compartilha, da visão de Ronald Dworkin de que na atividade interpretativa há um único resultado correto; de que para uma questão jurídica existe uma única resposta certa. Mas isso não infirma a utilidade e importância de sua visão sobre a integridade, que contribui para a compreensão desse dever colocado para os tribunais brasileiros. Uma visão jurisdicional íntegra, de fato, é aquela que respeite e preserve aquilo que há de fundamental e se possa identificar como da essência do sistema, considerado em sua inteireza.

¹²⁸⁹ O que Neil MacCormick coloca como uma questão de coerência. O autor fala em “‘coerência’ no sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam ‘fazer sentido’ quando consideradas em conjunto”, o que exige que sejam compatíveis com “norma mais geral” que possa ser tratada como princípio (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197).

contexto, uma consulta ao princípio pode nos ajudar a explicar como ela deve ser entendida”¹²⁹⁰.

Interpretar o enunciado ou o conjunto de enunciados normativos à luz de princípios é também uma busca pela identificação dos fins gerais visados com a aquela normatização e não deixa de ser uma interpretação teleológica.

Para que haja integridade há, ainda, que se observar o que existe de peculiar no microsistema que circunda as normas aplicadas (ex.: um microsistema de tutela coletiva), sempre conectando processo e Direito material.

Por fim, integridade exige debate amplo e profundidade, não se podendo olvidar a necessidade de enfrentamento de todos os argumentos favoráveis e contrários envolvidos na discussão da tese jurídica deduzida¹²⁹¹⁻¹²⁹².

Um exemplo. O acórdão do STF que considera que o *inquérito penal* tem natureza processual e é, por isso, tema de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF) (STF, Pleno, ADI n. 1615-6 MC/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 12.6.1997, publicada no DPJ de 5.11.1997; STF, Pleno, ADI n. 3.896, rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 04.06.2008 e publicada no DJe de 08.08.2008), fere a integridade (e também a coerência) quando há precedente dessa mesma Corte no sentido de que o inquérito civil é procedimento administrativo, para fins de reconhecer a competência dos Estados para legislar supletiva ou suplementarmente sobre essa matéria (art. 24, XI, CF) (STF, Pleno, MC na ADI n. 1.285, rel. Min. Moreira Alves, j. em 24.10.1995, publicada no DPJ de 23.03.2001).

O *dever de coerência*, em especial, é dever do tribunal de: *i*) completude decisória (com emprego de proposições que abranjam todos os elementos implicados e suas consequências lógicas), sem incorrer em contradições (em termos formais) e; *ii*) adoção de sentidos que se conectem na maior medida possível entre si, com logicidade e coesão, seja por interdependência, seja por semelhança (em termos materiais)¹²⁹³⁻¹²⁹⁴.

¹²⁹⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197.

¹²⁹¹ Cf. arts. 981, §2º, e 1.035, §5.º, do CPC, e Enunciado n. 305 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida”.

¹²⁹² Segundo Ávila, a “completude” pressupõe relação de cada elemento com o todo sistemático, “em termos de integridade”. A completude é colocada, assim, como exigência de coerência, relacionando-se com a ideia de integridade. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.170).

¹²⁹³ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 169-172.

¹²⁹⁴ Robert Alexy aborda a necessidade de que as decisões tenham fundamentação interna coerente e concludente, estando livres de contradições. Assegura-se racionalidade às premissas da decisão (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2

Exige-se coerência *externa* do tribunal, que deve decidir observando decisões anteriores dadas em casos análogos¹²⁹⁵ (salvo superação) ou, não as observando, deve julgar mediante distinção dos fatos fundamentais do caso em julgamento em relação aos casos precedentes.

Incumbe-lhe, ainda, não contrariar ou contradizer seus próprios posicionamentos, bem como referir historicamente a outras decisões por ele produzidas de modo a incrementar e aprofundar seu entendimento¹²⁹⁶.

Não contribui para isso a elevada carga de trabalho do tribunal, que pode levar a consideráveis incongruências na cadeia decisória de um mesmo julgador, muitas vezes sujeito a especificidades e idiosincrasias dos raciocínios de diversos assessores e analistas¹²⁹⁷.

Por fim, deve haver uma preocupação de produzir uma *ratio* que seja consoante o arcabouço conceitual da Teoria Geral do Direito¹²⁹⁸ e da Ciência Dogmática do Direito¹²⁹⁹, na interpretação e definição de sentido de termos como processo, procedimento e Direito processual¹³⁰⁰. Uma *ratio* que também se edifique e tome corpo a partir das normas e métodos de interpretação aceitos¹³⁰¹, com especial relevo para os métodos teleológico,

ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 217, 218 e 226; ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19 e 20).

¹²⁹⁵ Caso contrário, configura-se o que Marcelo Neves reconhece como “falta manifesta de coerência e consistência da cadeia decisória” (NEVES, Marcelo. **A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf?imprimir=1>>. Acesso em 02 fev 2015, p. 3).

¹²⁹⁶ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 271. Trata-se de exigência que se extrai também do art. 1019, parágrafo único, I, CPC, que toma com omissa a decisão que ignore “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento” (que são precedentes vinculantes).

¹²⁹⁷ NEVES, Marcelo. **A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf?imprimir=1>>. Acesso em 02 fev 2015, p. 3.

¹²⁹⁸ Estabelece *conceitos jurídicos fundamentais* (como decisão, precedentes, processo, procedimento etc.). Segundo Fredie Didier, tem uma “função bloqueadora”, tendo em vista que torna inaceitável a solução dada a um problema jurídico desconforme com o repertório conceitual que fornece. (DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 98-100).

¹²⁹⁹ Firma *conceitos jurídicos positivos* (ex.: pedido contraposto, agravo etc) e tem a mesma função bloqueadora citada na nota de rodapé acima.

¹³⁰⁰ Não há, como já dito, coerência na distinção que o STF fez entre inquérito penal e inquérito civil, para fins de aferição da competência legislativa respectiva, como se mencionou linhas atrás.

¹³⁰¹ Robert Alexy não fala em coerência externa. Mas fala em justificação externa como aquela que visa fundamentar premissas erigidas na fundamentação interna – que podem ser de direito positivo, enunciados empíricos ou outras que aí não se enquadram. A norma de direito positivo se fundamenta com a demonstração “de sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico”. Os enunciados empíricos por uma “escala completa de formas de proceder” que abrange métodos das ciências empíricas, presunções racionais, regras de distribuição de ônus de prova. Já as *demais premissas* podem ser fundamentadas na *argumentação jurídica*, – onde está o foco do que chama o autor de justificação externa. Mas esses procedimentos de fundamentação se relacionam entre si. Por exemplo, a argumentação jurídica pode entrar em cena para definir-se a validade de uma norma, a interpretação a ser dada à norma válida, a interpretação das regras de ônus da prova

histórico e sistemático, na definição do que seja “direito processual”, “procedimento em matéria processual” e “processo”, para fins de repartição da competência legislativa brasileira (como proposto no capítulo 5).

Os enunciados dogmáticos têm um papel de *estabilização*, de forma que não possam ser afastados sem justificativa; só poderiam sê-lo justificadamente, isto é, com razões suficientes para o rompimento da tradição. Há que se considerar o seu contraposto, a *função de progresso*, que pressupõe atividade do cientista, do legislador e “mudanças das ideias valorativas da sociedade¹³⁰²”.

Assim, por exemplo, se não há consenso na definição e distinção de processo e procedimento, a doutrina deve desempenhar seu papel de progredir no estudo da matéria para melhor embasar decisões dos tribunais que tomem esses conceitos como premissa - tal como se propõe agir no presente trabalho.

Por fim, também é necessária a coerência *interna*, que impõe congruência interna (certeza, clareza e coerência) e ausência de contradições no bojo da própria *ratio*. Ou seja, o teor do precedente deve ser inteligível, despido de obscuridades e divergências internas, tornando certa a solução de um problema jurídico¹³⁰³.

Também aqui há uma correlação íntima com métodos hermenêuticos, como o gramatical (e a necessidade de conexão das palavras na sentença) e o lógico (e a importante conexão de uma expressão com outras em um contexto). A interpretação lógica, por exemplo, é a responsável por evitar ou sanar inconsistências observadas no bojo de um mesmo ato normativo (que pode ser uma lei, um precedente ou toda uma jurisprudência), como se dá

de que depende definição de fato empírico etc. A ênfase é dada, entretanto, à argumentação jurídica, em suas diferentes formas. A justificação externa propõe-se a fazer uma análise lógica das diferentes formas de argumentação, compreendendo as possibilidades de interação entre elas, que se dão com base: na lei (e suas regras e formas de interpretação), na dogmática (Ciência do Direito), nos precedentes, na razão (argumentação prático-geral), na argumentação empírica, e nas formas especiais de argumentos jurídicos (a ex. da analogia e do *argumentum a contrario sensu*). (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 226, 227 ss.). Destaca a analogia e sua relevância como limite à justificação, MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 212. A importância da lição de Robert Alexy é observar que a correção e adequação da fundamentação e a “coerência externa” da *ratio* ali contida pressupõem também a referibilidade do precedente a conceitos e colocações dogmáticas, jurisprudenciais (observando o já mencionado dever de uniformidade jurisprudencial), empíricas (como as máximas de experiência do julgador), métodos de interpretação (como o histórico, teleológico, genético) etc. Sobre a importância da doutrina na formação de juízos nos tribunais, inclusive por apresentar o Direito já como um sistema coerente, PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Boston/London/Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 361.

¹³⁰² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 258-260. Menciona essa contribuição para a estabilização e progresso, PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Boston/London/Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 178.

¹³⁰³ Essa exposição sobre os deveres do art. 924, CPC, trata-se, em parte, de síntese dos principais pontos abordados na nova edição do Curso de Direito Processual Civil, 2 v., a ser publicada no primeiro semestre de 2015, escrito em coautoria com Fredie Didier Jr e Rafael Alexandria de Oliveira.

naqueles casos em que “usa-se o mesmo termo em normas distintas com consequências diferentes”. Vai de encontro com o princípio lógico da identidade¹³⁰⁴.

Serão estudadas situações desse viés na construção do Direito judicial do STF. Emblemáticos são os casos em que a jurisprudência do STF ora trata o inquérito como procedimento, permitindo que os Estados sobre eles legislem suplementar e supletivamente; ora trata o inquérito como processo, vedando essa iniciativa legislativa estadual. Ainda mais graves são aqueles em que, dentro de um mesmo precedente, o STF consegue dar três enquadramentos diferentes e dúbios a normas de competência (como tema de processo, de procedimento e organizatório), para em alguns casos admitir que sejam produzidas por Parlamento estadual, mas em outros não.

Essa coerência interna é, ainda, prejudicada pelo fato de membros do órgão colegiado do tribunal votarem o dispositivo do acórdão, muitas vezes expressando nos debates ou votos-vista *rationes* díspares e incompatíveis, o que resulta em uma decisão inconsistente e privada de coesão interna enquanto fonte de precedente sobre a questão¹³⁰⁵. Deve haver uma *ratio* comum, de consenso, ao menos para a maioria votante naquele sentido.

É tudo isso que se espera do STF na elaboração de precedentes vinculantes em sede de controle difuso e abstrato de constitucionalidade de leis estaduais que tratam de tema processual/procedimental.

2.3 Função extraprocessual normativa e concretizadora da fundamentação. Cognoscibilidade e calculabilidade como garantias de segurança jurídica.

A preocupação central desse item é demonstrar a necessidade de repensar a função extraprocessual da fundamentação.

Na fundamentação da decisão, é construída e exteriorizada a razão de decidir do juiz (*ratio decidendi*), que é uma norma jurídica geral criada para a solução do caso concreto, mas que transcende a ele, se universaliza, para funcionar como parâmetro normativo no julgamento de casos futuros e semelhantes.

Nasce aí um novo modelo comportamental a ser observado – seja obrigando, seja persuadindo -, que funciona como diretriz na apreciação de situações similares e que,

¹³⁰⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 286 e 287.

¹³⁰⁵ NEVES, Marcelo. **A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf?imprimir=1>>. Acesso em 02 fev 2015, p. 2.

inevitavelmente, se torna pauta de conduta para os jurisdicionados e de decisão (e procedimento) para os juízes.

A fundamentação irradia, pois, eficácia normativa, que pode ser direta (oriunda do próprio precedente) ou indireta (se é da repetição do precedente que vai constituir a jurisprudência, ou do entendimento já sumular)¹³⁰⁶.

Fica clara, então, a necessidade de redimensionamento da importância da motivação das decisões¹³⁰⁷.

Se a fundamentação da decisão é fonte da norma, ou o primeiro passo para o desenvolvimento de um entendimento jurisprudencial que pode vir a ser sumulado, importa para toda a comunidade de jurisdicionados e juízes, que ali vislumbram um parâmetro de conduta e de decisão (ou procedimento) a ser legitimamente seguido.

A fundamentação das decisões é, assim, sede das interpretações judiciais que vem sendo dadas a normas abstratamente postas (em seus significados imagináveis) e das consequências jurídicas que podem ser delas extraídas (à luz dos mais variados comportamentos).

¹³⁰⁶ É o que se reconhece no Direito inglês, em que se vai além de uma visão tradicional da função da fundamentação, para evidenciar sua importância na construção de precedentes, com sua força normativa (Cf. ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar. A experiência inglesa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 192, 2011, p. 108). A exteriorização da *ratio decidendi* é considerada um dos requisitos a um *fair trail*. A motivação da sentença constitui, outrossim, pressuposto indispensável à sua impugnação”, sendo difícil para o litigante resolver se vai recorrer e em que termos se a ela não tiver acesso. (TUCCI, José Rogério Cruz. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 97; TUCCI, José Rogério Cruz. **Direito Processual Civil Inglês**. In TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Direito Processual europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 237). Entretanto, Michele Taruffo, em 1975, quando ainda não havia reconhecimento expresso do dever do juiz britânico de motivar, mas só uma prática secular nesse sentido, já vislumbrava aí mais do que uma necessidade de garantir-se o controle da decisão: uma exigência intrínseca e nascente de que fosse exposta a sua *ratio decidendi*. (TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975, p. 346). Também mencionando esse papel essencial decorrente da essência jurisprudencial do *common law*, DAVID, René. **Direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 45. Tanto é reconhecido esse papel construtivo da fundamentação no Direito anglo-americano, que “inúmeras vezes os juízes são forçados a não exarar todos os fundamentos do julgamento, em face dos riscos que podem advir, num sistema que se estriba em precedentes judiciais”, considerando as consequências práticas que uma norma judicial naquele sentido poderiam implicar para a ordem jurídica como um todo. Avalia-se o que faz mais sentido constar na fundamentação como regra jurídica. (TUCCI, José Rogério Cruz. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 98).

¹³⁰⁷ Reconhecida por MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 290; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, 2 v., p. 398. Daniel Mitidiero destaca a necessidade de que a decisão adote o discurso voltado para a ordem jurídica e para a sociedade. (MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente**. Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 206, 2012, p. 68). José Carlos Barbosa Moreira, em texto antigo, já vislumbrava a necessidade de a fundamentação obrigatória viabilizar a uniformização da jurisprudência: “A obrigatoriedade da motivação é vista, ademais, como condição de funcionamento eficaz dos mecanismos destinados a promover a uniformização da jurisprudência, para o qual são as teses jurídicas que importam, e não as conclusões nuas dos julgados” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. In **Temas de direito processual**. Segunda série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 87).

É por isso que seu conhecimento garante ao jurisdicionado segurança jurídica¹³⁰⁸, ou, mais especificamente, a cognoscibilidade e previsibilidade (ou calculabilidade) que para tanto se impõem.

A princípio, poder-se-ia dizer que fica assegurada essa cognoscibilidade e previsibilidade, por permitir-se que o indivíduo saiba ou tenha mínima noção das consequências que podem advir de sua conduta, bem assim como ela será compreendida, enquadrada e qualificada judicialmente pelos tribunais¹³⁰⁹.

Também resta resguardada a tutela da confiança, na medida em que se viabilizasse o jurisdicionado possa prever minimamente os efeitos que podem advir dos atos estatais normativos (inclusive judiciais), criando legítimas expectativas de como deve se portar diante deles¹³¹⁰⁻¹³¹¹.

¹³⁰⁸ Mais ainda se for assegurada certa homogeneidade e uniformidade de interpretações, bem assim que sejam elas observadas e respeitadas – seguindo o juiz seus próprios precedentes e aqueles oriundos dos tribunais hierarquicamente superiores.

¹³⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122 e 123.

¹³¹⁰ Sobre a calculabilidade, confiança e segurança, cf. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 291 ss. A confiança não se deposita só na coisa julgada, nos atos perfeitos e nos direitos adquiridos. Confia-se, outrossim, na estabilidade e previsibilidade da interpretação a ser dada a textos e enunciados normativos, nos significados dali extraídos, e das consequências jurídicas que se pode a partir daí produzir. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137).

¹³¹¹ Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar também aborda a questão da segurança jurídica advinda da fundamentação das decisões, mas sob ótica diferente. O que se percebe é que o autor sustenta que o ato de fundamentar garante a segurança de revelar a interpretação contínua, produtiva e individualizada, com a consideração da singularidade do caso e dos fatos concretos (indo além da ideia de extrair significado de termos legais). Não cogita, contudo, que ali se estabeleça padrão de conduta a ser observado no futuro. A despeito disso, chega a dizer que essa interpretação casuística, contextualizada e dotada de historicidade representa uma aproximação daquela que ocorre no *common law*, o que seria um avanço “inexorável”. Assim, sustenta: “Já se disse que não é a padronização, a uniformidade, a estabilidade, a previsibilidade ou a legalidade estrita que irá alcançar a sonhada segurança jurídica. A forma de pensar, aliada à fundamentação adequada da decisão judicial e à formação do jurista é fundamental para sua viabilidade. [...] A segurança jurídica entendida como fundamentação adequada da decisão judicial é viável porque apta a dirimir os conflitos sociais, a resolver os problemas. Não a realiza simplesmente pondo fim a processos, mecanicamente, por meio de soluções standardizadas. Esse modo de pensar atesta a continuação mascarada da vigência dos métodos e pensamentos que deságuam na hermenêutica ingênua. [...] Em suma, a segurança jurídica carece de um prumo. O intérprete deve entender cada existencial em sua tradição, inclusive ele mesmo, em seu tempo, considerado em sentido não vulgar, e levando em conta a historicidade. A compreensão expendida na fundamentação das decisões judiciais, em compasso com a singularidade do caso concreto para construir legitimamente a norma jurídica, numa situação hermenêutica, é a via para se aproximar da segurança no direito. Esta, sem esforço interpretativo ontológico-fundamental, não passará de uma ilusão metafísica”. (ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Segurança jurídica e fundamentação judicial*. **Revista de processo**, São Paulo, n. 149, 2007, p. 4 ss.). A fundamentação, de fato, pode ser considerada fonte de construção legítima da norma com base na singularidade do caso, mas não se vê problema algum em tornar-se *standard* para o julgamento de casos futuros e semelhantes, que não terão particularidades relevantes desprezadas. Ao revés, a interpretação e aplicação adequada do precedente, com uso do mecanismo do *distinguishing*, garantirá isso (consideração do caso concreto a ser julgado em suas especificidades). E a segurança fica duplamente assegurada, na perspectiva da construção dos motivos concretos e na perspectiva da sua transcendência e universalização que permite se enxergue que pode servir de norte para análise de casos análogos. A segurança não reside só em prever tratamento singular

Entretanto, tomando a correta premissa de que o precedente e a súmula também são textos normativos a serem interpretados (e a jurisprudência, um conjunto deles), não havendo que se falar em univocidade de significado, há que se ressaltar que:

i) só se poderia garantir a segurança da cognoscibilidade dos seus sentidos possíveis; bem como

ii) a previsibilidade (ou calculabilidade, em melhor termo) que permita o jurisdicionado antever e mensurar as interpretações conjeturáveis do enunciado normativo e efeitos dali obtidos, como alternativas, opções, variações de significado viáveis;

iii) tudo isso, dentro da perspectiva da possibilidade de *mutabilidade estável*, isto é, que preserva situações consumadas e expectativas legítimas, com normas de transição e equidade, devendo ser as inovações normativas previamente cogitáveis e avaliáveis, inclusive em sua extensão¹³¹².

Mas nem sempre esse importante papel da fundamentação tem sido respeitado pelos tribunais superiores. Por vezes, adotam *rationes* díspares, inconsistentes e não claramente delineadas para solução de casos semelhantes. Assim, confundem os seus destinatários (aqueles que podem se encontrar futuramente em situações análogas), que não conseguem identificar qual o modelo de comportamento a ser dali extraído e que pode ser seguramente seguido.

É o que tem ocorrido na fundamentação das decisões sobre a constitucionalidade de leis estaduais suplementares e supletivas sobre matéria processual/procedimental.

para o que é singular, mas também em prever tratamento padrão para o que é homogêneo – inclusive em nome da igualdade.

¹³¹² As mudanças devem ser, pois, racionais, pensadas, ponderadas e planejadas com regras de transição. O movimento é necessário, só não pode ser constante, violento ou inconsequente. O que se quer é a “segurança do movimento”. (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 128-132, 257-259). Atento a isso, o legislador prevê no art. 925, §3.º, CPC-2015, expressa e genericamente a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera a jurisprudência dominante dos tribunais superiores – o que deve se estender, obviamente, àquela que tenha sido sumulada -, bem como do precedente oriundo do julgamento de casos repetitivos, em nome da proteção do interesse social e da segurança jurídica. O art. 896-C, §17.º, CLT, também dispõe sobre o *overruling* da decisão proferida em julgamento de recursos trabalhistas repetitivos, e do poder do tribunal de modular seus efeitos em nome da segurança jurídica (“§17.º Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado”). Esse dispositivo faz parte do microsistema de resolução de casos repetitivos, sendo aplicável, pois, ao processo civil (Cf. Enunciado n. 346 do FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis). Uma interpretação constitucional e sistemática dessa regra, com base na própria segurança jurídica e na boa-fé, impõe admitir que o poder de modular a eficácia da decisão de *overruling* seja exercido quando estiver em jogo a alteração de qualquer precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula, de qualquer tribunal – independentemente de haverem previsões específicas a respeito -, desde que tenha eficácia normativa.

3 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS PRECEDENTES SOBRE A REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA DE PROCESSO E PROCEDIMENTO.

3.1 Noção geral.

Como amplamente tratado em capítulos anteriores, a Constituição Federal de 1988 traz duas diferentes regras de competência para legislar na esfera processual.

O art. 22, I, confere à União competência privativa para legislar sobre Direito processual; o art. 24, IX e X, atribui à União, Estados e Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre “procedimento em matéria processual” e o “processo” nos juizados.

Admitem-se, assim, leis federais gerais e leis estaduais suplementares (ou supletivas) de procedimento – que já se demonstrou não se distinguir do processo, sendo ambos noções coincidentes e objeto do Direito processual - no contexto do exercício da jurisdição estadual.

Mas não há acordo sobre qual o papel da lei federal e da lei estadual em doutrina, que insiste em tentar diferenciar processo e procedimento, sem apresentar nenhum critério minimamente consistente e sustentável para tanto.

Isso parece intimidar e podar: *i)* o Poder Legislativo Estadual, no exercício desta sua esfera de competência, que não lhe soa precisa o bastante, de modo que pouco se arrisca na produção das leis estaduais de “procedimento em matéria processual”, muito menos de códigos sobre o tema¹³¹³; e *ii)* o STF, que tem colecionado precedentes que reputam inconstitucionais boa parte das poucas leis estaduais até então produzidas.

Inserem-se quase tudo como tema de “direito processual” tomado como de competência privativa da União, muitas vezes sequer se esforçando em distingui-lo (o “direito processual”) daquilo que se imagina que seria estritamente procedimental.

No Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, tem sido habitual o posicionamento não fundamentado ou mal fundamentado de que as leis estaduais até então produzidas¹³¹⁴ regem matéria processual e

¹³¹³ Salvo os projetos de codificação paulista e pernambucanos comentados no capítulo anterior.

¹³¹⁴ Ao menos aquelas cuja constitucionalidade foi ali arguida.

não procedimental, afrontando, pois, a já mencionada regra de competência privativa da União.

A preocupação em torno dessas decisões é ainda maior quando se constata que no ordenamento vigente foram alçadas à condição de precedentes com força vinculante (art. 925, I e IV, CPC).

Daí a importância de descrever e analisar criticamente esses julgados, dividindo-os por temas¹³¹⁵. O objetivo é evidenciar a necessidade de que novas decisões do STF sobre o tema sejam construídas com uma fundamentação substancialmente adequada (art. 925, §1.º, c/c 486, §1.º, CPC), viabilizando a identificação e observância de sua *ratio* (que é vinculante) no julgamento de casos futuros e afins e/ou na edição de novas leis estaduais sobre matérias semelhantes.

Tudo o que se quer é a segurança constitucionalmente garantida de conhecer e dimensionar entendimentos possíveis do STF em torno dos arts. 22, I, e 24, X e XI, CF, para que o legislador estadual possa legitimamente esperar como deve se portar diante deles.

3.2 Admissibilidade de atos postulatorios¹³¹⁶.

3.2.1 Critério de fixação do valor da causa.

¹³¹⁵ Uma parte dos julgados do STF sobre o tema foram abordados no capítulo anterior e não haverá a preocupação de mencioná-los aqui mais uma vez.

¹³¹⁶ No capítulo quinto, foi comentada decisão do STF que considerou inconstitucional lei alagoana (art. 7.º da Lei estadual n. 6.816/2007) que institui depósito recursal como requisito de admissibilidade de recurso inominado. Entendeu-se que requisito de admissibilidade de recurso é tema processual de competência privativa da União (STF, Pleno, ADI n. 4161-AL, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 30.10.2014, publicado no DPJ de 12.11.2014). Além disso, no capítulo quinto, mencionou-se o fato de o STF não ter admitido como matéria passível de disciplina estadual, a criação de recurso em sede de juizado (embargos de divergência contra decisão da Turma Recursal), que determina cabimento recursal. O argumento é de que é tema de processo e não de procedimento (STF, 2.ª T., AI n. 253.518-AgR/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.08.1998, publicado no DPJ 30.10.1998; STF, Pleno, RE n. 273.899/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 29.03.2001, publicado no DPJ de 25.05.2001; STF, 2.ª T., AI-AgR n. 210.068/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.8.1998, publicado no DPJ de 30.10.1998). Nesse mesmo capítulo 5, o STF firmou posicionamento no sentido de que pode Constituição estadual, com base no art. 125, §1.º, CF, prever o cabimento de reclamação constitucional perante o seu Tribunal de Justiça, também a partir do princípio da simetria. Negou-se, sem unanimidade e sem aprofundamento na questão, a natureza processual da medida, reconhecendo-a como manifestação do direito de petição (art. 5.º, XXXIV, CF), no contexto de um “direito processual constitucional”. Chega-se a afirmar que não é ação ou recurso, não havendo que se falar em “processo”, porque não há partes, pedido (nem mesmo de reforma de decisão), contestação ou litígio. Só mero procedimento. Não justificaram, contudo, os Ministros o fato da reclamação constitucional contar com previsão de partes que postulam (pedem e contestam) e, pois, contraditório, nos arts. 13 e 15 da Lei n. 8038/1990 e, hoje, nos arts. 985, 986 e 987, do CPC, e ninguém nega isso. Supera-se, dessa forma, entendimento histórico da Rep. n. 1092, julgada na égide da Constituição de 1967, de que seria instituto processual. (STF, Pleno, ADI n. 2212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 02.10.2003, publicada no DPJ de 14.11.2003). Esses são outros casos em que o STF foi demasiadamente lacônico em suas colocações em torno da natureza processual dos institutos em jogo.

Na ADI n. 2.655-1, relatada pela Ministra Ellen Gracie, julgada em 09.10.2003 e publicada no DPJ de 26.03.2004, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu serem inconstitucionais normas estaduais mato-grossenses (arts. 6.^o¹³¹⁷ e 8.^o¹³¹⁸ da Lei n. 7.603/2001) que disciplinavam matéria relativa ao valor da causa, por terem natureza processual.

Não se constata, todavia, da leitura do voto da relatora, qualquer aprofundamento sobre a discussão relativa à diferença entre processo e procedimento. Simplesmente se diz que se trata de “normas referentes ao valor que deva ser dado à causa, matéria que se situa inegavelmente no campo do Direito Processual¹³¹⁹”.

A única colocação que se aproxima a um argumento é no sentido de que: “Os próprios dispositivos hostilizados fazem referência às normas a eles correspondentes no Código de Processo Civil (arts. 257 e 258)”. Ou seja, o critério adotado pela Suprema Corte parecer ter sido meramente topológico: porquanto prevista no CPC, a norma relativa ao valor da causa possui natureza processual, sendo inconstitucional, portanto, lei estadual que versar a seu respeito.

Ignora-se, como em muitos outros casos, que o fato de ser disciplinada no CPC não torna a matéria processual, pois neste mesmo Código há normas gerais de procedimento. É um argumento vazio. A questão é a impossibilidade de se diferenciar esses temas, problema não enfrentado no acórdão citado.

Esses conceitos jurídicos indeterminados (processo, procedimento e Direito processual) não foram adequadamente preenchidos e concretizados, considerando as peculiaridades específicas desse caso. Não se define qual o sentido do termo processo que permite que seja considerado fenômeno que abarque o ato de atribuição de valor à causa (ou requisitos de admissibilidade da causa); não se esclarece qual o significado da expressão

¹³¹⁷ “A toda causa de natureza civil será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato”.

¹³¹⁸ “Alterado o valor da causa, a diferença será recolhida em até trinta dias, sob pena de cancelamento da distribuição”.

¹³¹⁹ Esse mesmo julgado serviu de precedente em caso semelhante, em que se chegou à idêntica conclusão. Nos autos da ADI n. 2052, de relatoria do Min. Eros Grau, j. em 06.04.2005, cuja decisão foi publicada no DPJ de 18.11.2005, considerou-se inconstitucional o Decreto Judiciário n. 006/1999 do TJ/BA, por tratar de valor da causa – mais especificamente da fiscalização de sua correção no ato de distribuição -, invadindo tema processual de competência exclusiva da União. O referido decreto permitiria um juízo de admissibilidade extrajudicial da petição inicial, analisando-se a adequação do valor da causa antes mesmo da distribuição. Foi dito que se criou, com o decreto mencionado, uma sanção processual de não distribuição do feito (e vedação de acesso ao Judiciário) àquele que não pagar previamente a taxa, o que iria de encontro com a regra do art. 257, CPC. Com isso, ter-se-ia invadido esfera de competência para tratar do processo. Sustentou-se ser “fora de dúvida que a matéria contida no decreto n. 6/99 é dotada de caráter processual, vez que define parâmetros relativos à admissibilidade das ações”, sem se justificar por qual razão a “admissibilidade” postulatória é questão de processo e não de procedimento, já que se refere, por definição, à validade do próprio procedimento.

procedimento que a coloque como fenômeno que não abranja o ato de conferir valor à causa (ou requisitos de admissibilidade da causa).

Ignora-se toda a produção doutrinária e jurisprudencial que investiu na distinção entre processo e procedimento, sem a preocupação de com ela se alinhar ou dela se distanciar numa busca de coerência externa e integridade.

Atenta-se, assim, contra regra de fundamentação das decisões e de formação de precedentes hoje consagradas nos arts. 486, §1.º, I e II, c/c 924 e 925, §1.º, CPC, afrontando o STF o seu dever de coerência jurisprudencial, por falta de clareza interna na fundamentação de sua decisão (art. 924, CPC).

Interessante é que nesse mesmo julgado tomou-se como constitucional o texto do art. 4.º da referida lei estadual que prevê que “à exceção das hipóteses legais, cabe às partes antecipar o pagamento dos valores previstos nesta lei, salvo autorização expressa do juiz, nos casos que reclamem solução urgente”. O fundamento da constitucionalidade foi simplesmente de que o pagamento de custas é tema de procedimento. A razão desse entendimento também não se expõe, incorrendo o STF nos mesmos vícios.

O curioso é que, assim como o valor da causa é requisito da petição inicial e exigência de respeito ao formalismo processual, inserindo-se dentre requisitos de admissibilidade da demanda (arts. 482, I, 317, V, 319, CPC), o pagamento das custas também é (art. 288, 482, X, 334, XII, CPC). Mesmo integrando uma mesma categoria processual, em um mesmo julgado, foram considerados temas de natureza distinta, para fins de competência legislativa, sem que se justificasse adequadamente essa opção.

Incorre-se, assim, nessa contradição que evidencia mais um motivo de configuração de incoerência interna.

3.2.2 Legitimidade.

Na Medida Cautelar na ADI n. 1.285, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 24.10.1995 e publicada no DPJ de 23.03.2001, o Pleno do Supremo entendeu que a LC n. 734 do Estado de São Paulo, no seu art. 116, V, é *constitucional* na parte em que define a *legitimidade* ativa do Procurador-Geral da Justiça para promover *inquérito civil*, diante de sua natureza procedimental, administrativa e pré-processual adiante comentada¹³²⁰.

¹³²⁰ Caso abaixo comentado, em nota de rodapé (no bojo do item 3.5.2. “Dia, hora e local de oitiva de delegado de polícia”), no confronto com entendimento do STF sobre inquérito policial (tido como fenômeno processual),

Reputou, contudo, esse mesmo dispositivo inconstitucional, na parte em que prevê a *legitimidade* dessa mesma autoridade para a *ação civil pública*, pois aí já se estaria diante de tema processual de competência exclusiva da União.

Esse é mais um caso em que o Plenário do STF não conceitua processo (ou “Direito processual”), nem diferencia processo e procedimento, de modo a justificar em abstrato o significado conferido a essas expressões. Ignora, pois, uma exigência de coerência em sua atuação decisória (sobretudo na construção de precedentes) de que construa a *ratio* de acordo com o arcabouço conceitual da Teoria Geral do Direito, na interpretação e definição de sentido de termos como processo, procedimento e Direito processual.

Tampouco demonstra em concreto o enquadramento realizado, ou seja, por qual razão a legitimação desse agente público é questão processual quando relativa à promoção de ação civil pública. É mais um caso de contrariedade da regra atualmente constante nos arts. 486, §1.º, I e II, c/c 924 e 925, CPC, e, portanto, de fundamentação devida e substancial na construção de uma *ratio*.

Não se apresenta um só motivo ou razão para esse entendimento, deixando, mais uma vez, inacessíveis ao público em geral (sobretudo o legislador estadual) o seu raciocínio. Simplesmente se afirma que “essa matéria diz respeito a processo e não a procedimento” e pronto. E todos os porquês que podem daí advir ficam sem resposta¹³²¹.

E mais. Em julgado posterior, mas agora definitivo, foi diversa a conclusão a que se chegou.

Nos autos da ADI n. 1.916-9/MS, de relatoria do Min. Eros Grau, julgada em 14.04.2010, e com decisão publicada no DPJ de 17.06.2010, em que se discutia a constitucionalidade do art. 30, X, da Lei Orgânica do Ministério Público do Mato Grosso do Sul (LC n. 72/1994), que tratava da legitimidade ativa do *Procurador-Geral* de Justiça para ação civil pública voltada contra atos de determinadas autoridades, concluiu-se, nas palavras

quando se demonstrou a contradição da Corte Suprema *intra muros*, atentatória contra seu dever de coerência e uniformidade hoje expressamente consagrado no art. 924, CPC-2015.

¹³²¹ Em sentido similar, STF, Pleno, RE n. 223.037/SE, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02.08.2002, publicado no DPJ de 29.11.2002. Firmou-se o entendimento de que dispositivo da Constituição do Estado de Sergipe (art. 68, IX) não poderia conferir legitimidade para a execução de condenação imposta pelo Tribunal de Contas (art. 71, §3.º, CF) ao próprio Tribunal de Contas, o que atentaria contra a simetria (art. 75, CF) e invadiria o campo processual privativo do poder legislativo federal. A legitimidade também aqui é vista como tema processual. É a decisão que assim a define (como tema processual) até tem a preocupação de diferenciar processo (conceituado como modo de exercício da jurisdição, exteriorizado por “atos de impulsão”) e procedimento (definido como forma para constituição e desenvolvimento de atos do processo), para concluir-se simplesmente que a legitimação insere-se no Direito processual “por constituir-se requisito umbilicalmente afeto à *ratio* do processo judicial”. Furta-se em se posicionar sobre inúmeras outras visões sobre processo e procedimento – para assegurar integridade à decisão com enfrentamento do maior número de argumentos possível -, bem assim em definir o que torna a legitimidade tão afeta ao processo e o que a distancia do procedimento.

do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que não seria matéria processual, mas, sim, relativa à organização, divisão e distribuição de atribuições internas no contexto do MP, regrada por lei complementar estadual, como autoriza o art. 128, §5.º, CF¹³²².

Embora não fosse o objeto da ação a discussão da legitimidade para o *inquérito* civil, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, em sede de *obiter dictum*, chega a afirmar que não há como dar tratamento separado à “competência” para o inquérito e à “competência” para ação, não fazendo sentido que o promotor que tome ciência de ato a ser investigado, remeta autos para que Procurador-Geral promova inquérito, e depois os receba de volta para propor a ação. Ambas as “competências” seriam aptas a serem objeto de lei organizacional do Ministério Público, não podendo ser tratadas em separado.

O Ministro Cesar Peluso manifestou ainda entendimento de que não se trata de uma questão de legitimação; o que estaria em jogo seria a representação do ente legitimado (Ministério Público) e isso não seria uma questão processual.

A votação não foi unânime, houve quem mantivesse a postura de visualizar a legitimação como questão processual (a ex. do Ministro Marco Aurélio), mas imperou a conclusão que se trata de simples organização do Ministério Público, tema alheio ao “direito processual” – que, em nenhum momento, foi definido, enfrentado ou concretizado como conceito jurídico indeterminado.

Revela-se, assim, postura do STF que vai de encontro com o dever de uniformidade jurisprudencial e coerência externa (art. 924, CPC), na medida em que ensaia contradição entre seus julgados e não adota entre eles sentidos que se conectem entre si para a concepção de processo, inquérito e legitimidade, com lógica e coesão.

3.2.3 Competência.

A ADI n. 4414/AL, julgada pelo Pleno (em 31.05.2012, por decisão publicada em 17.06.2012), em relatoria do Min. Luiz Fux, fora proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) para discutir a constitucionalidade da Lei n. 6.806/2007 do Estado de Alagoas, que criou a 17ª Vara Criminal da Capital, atribuindo-lhe competência para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas dentro do território alagoano, bem como adotando providências correlatas.

¹³²² Embora o voto inicial do relator tivesse sido no sentido da Medida Cautelar na ADI n. 1.285, citando-a.

Argui-se que a referida lei estadual define: o que é crime organizado (art. 9º) e organização criminosa (art. 10) para fins de determinação de competência; veicula regra que determina consequência da conexão (art. 9º, parágrafo único, II); cria normas que afastam a competência do Tribunal do Júri (art. 13). Quanto ao teor desses últimos artigos, vale conferir literalmente:

Art. 9º (...) Parágrafo único. Consideram-se ainda como crime organizado aqueles atos praticados por organizações criminosas, não se observando as características trazidas no caput deste artigo:

(...)

II - conexos por relação teleológica ou consequencial aos previstos nos incisos do caput deste artigo, consideradas as condições estabelecidas nele e no inciso anterior.

(...)

Art. 13. Os Inquéritos Policiais e procedimentos prévios em andamento relativos à competência disposta nesta Lei, bem como seus apensos ou anexos, deverão ser redistribuídos à 17ª Vara Criminal da Capital. Parágrafo único. A Corregedoria Geral de Justiça velará pela estrita obediência ao disposto no caput.

A ação foi julgada procedente em parte.

Inicialmente, entendeu-se que a definição da competência de varas em razão da matéria é tema de organização judiciária, o que seria reservado à regulamentação de lei estadual, não se confundindo com o Direito processual.

Transcrevem-se ementas de julgados sem com eles dialogar, nem mesmo no sentido de identificar e interpretar sua *ratio* e demonstrar que abordam casos análogos àquele em julgamento.

Não se observa, também, qualquer preocupação em justificar o que seria tomado como “direito processual” e porque a competência não estaria nele inserida.

Ora, a competência não é situação jurídica que fundamenta a prática de atos do juiz? Não é manifestação do princípio constitucional do juiz natural? A incompetência não é fato processual que conduz a consequências processuais variadas? Evidentemente, sim, e sobre o assunto não há qualquer discussão doutrinária ou jurisprudencial. Como produzir uma decisão íntegra e coerente se são ignoradas tantas teorias e tantos argumentos à luz dos quais a competência pode ser vista como problema processual?

Já no que se refere ao art. 9º, parágrafo único, II, da referida lei, vislumbrou-se, no voto do relator, uma inconstitucionalidade por adentrar terreno processual. Isso porque estabelece que são considerados “crime organizado” todos os fatos delituosos que sejam conexos teleológica ou consequencialmente com aqueles previstos no *caput* do artigo. “Assim, a pretexto de definir uma competência em razão da natureza da infração, a lei

estadual estabelece regra de determinação do juízo prevalecente em caso de conexão, se imiscuindo, com isso, em tema da esfera legislativa da União (art. 22, I, CRFB), já que inegavelmente possui natureza processual penal”.

Parte-se de um conceito teórico de processo, inspirado em visão de Francesco Carnelutti – em que pese não serem consideradas outras visões de respeitadas estudiosos brasileiros e levadas em conta em outros julgados do próprio STF¹³²³ (o que compromete a integridade decisória).

Diz, o STF, nesse acórdão, ser norma processual aquela que “cuida da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo”. Não define, entretanto, o que se considera ser o procedimento, o que o distinguiria do processo, muito menos a razão pela qual o critério de destinação da causa conexa a um dos juízos é questão processual e não procedimental.

O problema não é considerado em sua concretude¹³²⁴.

No que se refere ao fato de a lei alagoana conferir competência à 17ª Vara Criminal sem ressaltar de forma expressa a competência do Tribunal do Júri, constatou-se que isso vinha permitindo que a 17ª Vara Criminal exercesse funções reservadas ao Júri, inclusive presidindo as sessões, mantendo-se apenas o Conselho de Sentença.

Neste caso, sustentou-se que se estaria diante de lei estadual que invadiu campo do Direito processual, pois “o art. 447 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.689/2008, estabelece que o Tribunal do Júri será composto por um juiz togado, seu presidente, e por vinte e cinco jurados, sete dos quais constituirão o Conselho de Sentença”.

Haveria, dessa forma, usurpação da competência da União para legislar sobre Direito processual, tendo em vista que “a 17ª Vara Criminal de Alagoas é composta por cinco magistrados (art. 4º da Lei impugnada), não se admitindo que norma estadual possa criar um Júri com cinco juízes presidentes”.

Difícil compreender, até porque não se justificou, como, de repente, a norma de atribuição de competência deixou de ter natureza organizatória e passou a ser processual. Também neste caso se estaria tratando da extensão da competência de uma vara e da restrição

¹³²³ A ex. do julgado a seguir comentado no HC n. 90900 (STF, Pleno, HC n. 90900-SP, rel. para o acórdão Min. Menezes Direito, j. em 30.10.2008, publicado no *DJe* de 23.10.2009).

¹³²⁴ Contudo, atenta é a postura do rel. Ministro Luiz Fux ao identificar a dificuldade que seria admitir um tratamento local à matéria e, não, geral/nacional, “sob pena, inclusive, de se criar brecha para um conflito federativo – basta figurar a hipótese em que o crime conexo ao praticado pela organização criminosa (...) sua consumação se operou no território de outro Estado, devendo ser julgado, em virtude da competência *ratione loci*, pelo juízo daquele local”.

da competência do Júri. Ainda é uma questão de competência. Com isso, percebe-se uma contradição dentro do próprio julgado (incoerência interna), bem como uma contradição externa (incoerência externa), na medida em que contraria inúmeros outros julgados ali mesmo invocados em que se diria que competência é tema de organização judiciária.

Falta logicidade e coesão quanto a esse argumento em especial – em que pese outros, inclusive materiais, sustentem a decisão.

Assusta ainda mais o fato de que páginas depois, no mesmo acórdão, o mesmo relator Ministro Luiz Fux afirma “se tratar, a competência, de tema afeto ao Direito Processual, inserido, portanto, na esfera legislativa privativa da União (art. 22, I, CRFB)”. E prossegue, tentando evitar a contradição e incoerência interna, com a justificativa de que “a competência jurisdicional não pode ser analisada isoladamente, como se processo e organização judiciária fossem categorias estanques e heteróclitas. Em certa altura, tratar de organização judiciária também é regular matéria processual, sendo o inverso também uma verdade”.

Valendo-se das palavras de Cândido Rangel Dinamarco considera natural que o mesmo parlamento (*in casu*, estadual), que cria um órgão judiciário (os juízos e os tribunais), delimite desde logo sua competência.

Na forma em que colocada a natureza das normas de competência, poderão elas ser consideradas de Direito processual (e de origem exclusivamente federal) ou de organização judiciária (quando poderão ter origem estadual) aleatoriamente, a depender da preferência da composição plenária do STF que conduza questão no momento. Com isso, o legislador estadual e o jurisdicionado ficam mais confusos do que nunca acerca do que pensa o STF sobre a possibilidade de edição de normas sobre competência pelo Legislativo Estadual.

É com base nessas premissas que se desenvolve o raciocínio acerca da constitucionalidade do dispositivo da lei alagoana que prevê a redistribuição à 17ª Vara Criminal da Capital dos *procedimentos preliminares* de investigação em curso (como inquéritos¹³²⁵) perante outras Varas e a *não redistribuição* dos *processos* em andamento¹³²⁶.

Quando prevê a *não redistribuição* dos *processos* em andamento, a lei estadual estaria indo de encontro com a regra federal que excepciona a perpetuação da competência em

¹³²⁵ Dispositivo que, nessa parte, foi interpretado com redução de texto pelo Plenário para abranger só inquéritos policiais.

¹³²⁶ “Art. 13. Os Inquéritos Policiais e procedimentos prévios em andamento relativos à competência disposta nesta Lei, bem como seus apensos ou anexos, deverão ser redistribuídos à 17ª Vara Criminal da Capital. Parágrafo único. A Corregedoria Geral de Justiça velará pela estrita obediência ao disposto no caput. Art. 14. As ações penais já em andamento não poderão, em nenhuma hipótese, ser redistribuídas”.

caso de mudança de direito (advento de lei nova) que altera competência em razão da matéria, regra esta prevista na lei federal e aplicável ao processo penal. Mas isso se daria por uma questão de política e administração judiciárias (ligada à capacidade da nova vara especializada para lidar com a quantidade de processos) e, por isso, a questão deve ser vista, segundo o STF, sob a ótica da organização judiciária e, não, do Direito processual (que é de competência privativa da União).

Conclui-se que a perpetuação da competência é tema limítrofe:

por se situar em terreno limítrofe entre o processo e a organização judiciária, a disciplina geral atinente à *perpetuatio jurisdictionis* deve constar – como consta – em Lei nacional, mas cede diante das necessidades apresentadas regionalmente pela estrutura do Judiciário, desde que obedeça a critérios objetivos, abstratos e impessoais, previstos em Lei, afastando-se por completo qualquer tentativa, ainda que indireta, de burlar a garantia constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII, CRFB).

Confunde-se ainda mais o leitor quando o mesmo dispositivo depois de ser considerado fonte de norma processual e norma organizatória, ao final ainda é inserido no campo do “procedimento em matéria processual”, pois a negativa de exceção à *perpetuatio* implica não redistribuição de processos, que seria, na visão do relator ato procedimental:

inegável que a redistribuição de processos em andamento é questão procedimental, que pode ser tratada por Lei dos Estados-membros se houver peculiaridade regional a exigir o afastamento da norma geral prevista no Código de Processo Civil. *In casu*, a necessidade de se assegurar a sustentabilidade operacional da nova Vara especializada em crime organizado, com vistas à ampliação do acesso à justiça, serve de supedâneo a que a Lei do Estado de Alagoas, com arrimo na competência concorrente para tratar de procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, CRFB), determine que os processos em curso sejam julgados pelas Varas nos quais se encontrem.

Talvez esse seja um dos casos em que mais chame a atenção a inconsistência da interpretação e aplicação dadas pelo STF aos arts. 22, I, e 24, XI, CF.

Mas o julgado ainda continua no tratamento de questões ligadas ao instituto da competência. Afirma-se que os dispositivos dos arts. 7.^o¹³²⁷ e 12¹³²⁸ da referida lei alagoana, que preveem a possibilidade de delegação de competência para prática de atos processuais (inclusive instrutórios e executivos), inclusive no sentido de que um juízo solicite a outros que assinem atos conjuntamente quando estejam submetidos a ameaças no exercício de suas funções.

¹³²⁷ “Art. 7º Podem ser delegados a qualquer outro juízo os atos de instrução ou execução sempre que isso não importe prejuízo ao sigilo, à celeridade ou à eficácia das diligências”.

¹³²⁸ “Art. 12. Qualquer juiz poderá solicitar, nos casos em que esteja sendo ameaçado no desempenho de suas atividades jurisdicionais, o apoio da 17ª Vara Criminal da Capital, cujos membros assinarão, em conjunto com aquele, os atos processuais que possuam relação com a ameaça”.

Afirma-se, sem mais nem menos, que se trata de “matéria processual”, sem justificar-se porque esses atos em especial se enquadram nesse contexto e não no procedimental ou organizatório.

Ainda no que diz respeito ao art. 2.^o¹³²⁹ desta lei alagoana, que estabelece um mandato de dois anos para aquele que atue no órgão em questão (17^a Vara Criminal de Alagoas), é considerado como dispositivo que prevê exceção à regra da identidade física do juiz, contido em lei federal¹³³⁰ – pois dificilmente o juiz da prova chegará a ser o mesmo da sentença -, e, pois, à competência funcional do juiz pela sua vinculação ao processo.

Com isso, afirma-se, no voto do relator, que a lei estadual adentraria a seara do processo que é reservada à União, pois: “A exigência de que o mesmo magistrado presida as fases probatória e decisória não se configura como mera minudência procedimental, mas antes em um alicerce do modelo humanista de processo. Sua influência sobre a valoração do acervo probatório, a dinâmica do contraditório e a excelência da prestação jurisdicional é determinante”.

Essa é uma boa explicação da oralidade e sua importância para a realização de um processo devido. Mas não explica porque uma exceção a uma regra de competência funcional aqui é vista como tema processual se antes a competência em si fora considerada questão administrativa/organizatória e até mesmo procedimental.

3.3 Forma de protocolo e distribuição.

Nos autos da ADI n. 4414/AL (STF, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. em 31.05.2012, por decisão publicada em 17.06.2012), comentada em outros itens (dedicados à competência e à organização e composição de órgão jurisdicional), trata-se também da constitucionalidade dos dispositivos de lei alagoana (n. 6.806/2007), que regram a instituição de protocolo autônomo e da distribuição de processos:

Art. 11. A 17^a Vara Criminal da Capital contará com um sistema de protocolo autônomo integrado ao Sistema de Automação do Judiciário (SAJ).

§1^o Os Inquéritos Policiais, representações e quaisquer feitos que versem sobre atividades de organizações criminosas (crime organizado) serão remetidos diretamente para a Secretaria da 17^a Vara Criminal da Capital, não se distribuindo mediante Protocolo Geral.

¹³²⁹ “Art. 2^o A 17^a Vara Criminal da Capital terá titularidade coletiva, sendo composta por cinco Juizes de Direito, todos indicados e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com aprovação do Pleno, para um período de dois (02) anos, podendo, a critério do Tribunal, ser renovado”.

¹³³⁰ Art. 399, § 2^o, do CPP (“O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”).

§2º Toda e qualquer medida preparatória para investigação policial, ou medidas de urgência anteriores ou concomitantes à investigação prévia procedida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, deverão ser encaminhadas ao Protocolo da 17ª Vara Criminal da Capital, desde que versem ou haja indicativos da existência de qualquer dos delitos e das condições reportadas nos artigos 9º e 10 desta Lei.

§3º Depois de decidirem os casos urgentes, os magistrados titulares da Vara, entendendo que a matéria pertinente não se enquadra na competência definida nesta Lei, remeterão os autos para a Distribuição que os enviará ao juízo competente.

São simplesmente considerados pelo rel. Ministro Luiz Fux “todos temas referentes ao procedimento, e, portanto, inseridos na competência estadual prevista no art. 24, XI, da Constituição”.

Limita-se a dizer o relator que é questão de procedimento por tratar do modo de desenvolvimento da relação processual, sem qualquer outro argumento adicional que concretize esse conceito no caso ou que afaste o protocolo ou distribuição do âmbito do Direito processual de competência privativa da União.

Mas foi vencido quanto aos §§ do art. 11, por entendimento do Plenário de que seriam inconstitucionais, por trazerem conceitos dúbios e por estar a matéria disciplinada na lei processual penal federal. Não se debruçam, contudo, sobre seu caráter procedimental ou não. Em sessão seguinte, a discussão volta à tona, e os Ministros esclarecem que a inconstitucionalidade desses §§ decorrem do fato de encerrarem tema processual, sem a preocupação de justificar esse enquadramento – salvo pelo fato de já estar disciplinado na lei federal (como se a lei federal não pudesse tratar de questão procedimental).

3.4 Forma de comunicação de atos processuais.

O STF, nos autos da ADI n. 882/MT, relatada pelo Min. Maurício Corrêa, julgada pelo Pleno em 19.02.2004 e publicada no DPJ em 23.04.2004, dá pela inconstitucionalidade do art. 114 da Lei Complementar n. 20/1992 do Estado do Mato Grosso, que prevê a prerrogativa da intimação pessoal para o delegado de polícia em “qualquer processo e grau de jurisdição”.

Fala-se em invasão de competência privativa da União para tratar de Direito processual civil, por ali se disciplinar a “forma de intimação”. Esse é mais um caso em que o STF não especifica o que entende por “direito processual” nem por que a forma de cientificação de ato processual é tema processual e não procedimental. As mesmas

irregularidades no exercício do dever de fundamentar suas decisões e construir devidamente a respectiva *ratio* - ainda mais quando vinculante - são observadas.

Limita-se o STF a deduzir como fundamento, laconicamente, que: “A norma legal disciplina, evidentemente, matéria de direito processual, sobre a qual somente a União poderá legislar (CF, art. 22, inciso I). Daí a invasão de competência, a constituir indubitosa inconstitucionalidade formal do dispositivo em referência”. O uso do termo “evidentemente”, para fins retóricos, talvez caiba em palestras ou petições, mas não como único fundamento de uma decisão do STF em ADIN.

O STF praticamente afirma que é tema processual porque é. É uma decisão despida de fundamentação; uma decisão que, na melhor das hipóteses, traz uma fundamentação vazia, visto que só repete o texto do dispositivo constitucional invocado para afirmar a inconstitucionalidade da norma, mais precisamente o art. 22, I.

Em momento algum se preocupa em expor qual o sentido dado ao texto do dispositivo (o que entende por Direito processual e no que ele difere do procedimento em matéria processual), ou em justificar em que medida o enunciado normativo estadual cuja constitucionalidade é averiguada em concreto se choca com a norma, i.e., porque a forma de intimação é tema de “Direito processual”.

Mais uma vez ficam o destinatário maior da regra (o legislador estadual) e os demais órgãos jurisdicionais que possam vir a ter que interpretá-la sem qualquer noção ou ciência de qual o entendimento efetivo do STF sobre o tema¹³³¹. Restam impossibilitados de prever ou pressupor como pode vir a ser compreendida a questão pelo Supremo em casos futuros, em que seja suscitada a constitucionalidade de lei estadual que regre o modo de cientificação de atos processuais.

Daí se percebe que o referido tribunal, ao firmar seu posicionamento, não define uma razão de decidir clara, completa, coerente e suficiente, a ponto de permitir que o legislador estadual crie expectativas mínimas e legítimas sobre quais as interpretações possíveis em torno da constitucionalidade do exercício de sua competência suplementar em matéria dita procedimental.

¹³³¹ Ainda mais quando o STJ adota entendimento diametralmente oposto. O STJ, em julgamento da sua 2ª Turma, em sede do EDeI no Ag n. 710585-BA, cujo relator foi o Min. Francisco Peçanha Martins (j. 06.12.2005, DJ 06.03.2006), reconheceu que a CF, art. 24, XI, confere competência concorrente para Estados-membros disporem normas de procedimento em matéria processual. Embora se afirme que estariam nesse contexto “procedimental” as normas relativas à “tempestividade dos recursos” (admissibilidade recursal), conclui-se com entendimento de que é constitucional a lei local (art. 58, III, da então Lei Orgânica da Procuradoria do Estado) que prevê o direito do procurador do estado de receber intimação pessoal dos atos processuais relativos aos processos em que atuem, inclusive para fins de contagem de prazo recursal. Também essa Corte não fundamenta adequadamente sua decisão. Limita-se a dizer o que ora se expõe sem maiores explicações.

Não é fácil (ou sequer viável) distinguir processo e procedimento e o STF não tem demonstrado um esforço hermenêutico consistente o bastante para gerar segurança e confiabilidade no legislador local para o devido exercício do seu *munus*.

3.5 Forma de produção de prova.

3.5.1 Interrogatório por videoconferência.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 90900-SP, cujo relator para o acórdão foi o Min. Menezes Direito (j. 30.10.2008, *DJe* de 23.10.2009), decidiu, em controle difuso, pela inconstitucionalidade formal da Lei n. 11.819/2005 do Estado de São Paulo, que instituiu a possibilidade de interrogatório por sistema de videoconferência¹³³².

O fundamento legal foi a violação do art. 22, inciso I, da CF, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual.

O tema em discussão (interrogatório por sistema de videoconferência) foi considerado processual por estar disciplinado no art. 185, CPP, que não trataria de simples *modo* como se pratica ato processual. Segundo Min. Ricardo Lewandowski¹³³³, o interrogatório é *meio* de prova e meio de defesa, integrando a noção do que seria um processo devido.

Ab initio, não se pode deixar de dizer ser insuficiente o argumento de que é processual a temática porque está regradada no art. 185, CPP (que exige que o acusado compareça perante autoridade judiciária), ou seja, numa codificação processual federal (penal). É colocação vazia e despida de sustentação mínima.

Isso porque, ainda que se admitisse haver distinção entre processo e procedimento (o que não é a opção desse trabalho), um código processual federal estaria autorizado pela Constituição (art. 24, XI, CF) a tratar não só de processo como também de procedimento. O seu campo constitucional de elaboração legislativa é voltado ao estabelecimento de normas gerais de procedimento (que é processo) para o exercício de jurisdição estadual, bem como de normatização plena do procedimento (que é processo) para exercício da jurisdição federal.

¹³³² Na época ainda não previsto em lei federal. Hoje consta nos arts. 185, 222, §3.º, e 217, CPP, e nos arts. 234, §3.º, 382, §3.º, 450, §1.º, 458, §2.º, 935, §4.º, CPC.

¹³³³ E, mais adiante, com outras palavras, o Min. Cezar Peluso.

Assim, o fato de um assunto ser tratado em diploma processual federal codificado jamais poderá significar que ele é, só por isso, “processual” – caso se considere, como se tem considerado no STF, possível separar o processual do procedimental. Processo e procedimento, indistintos aos olhos da autora dessa tese, são juntamente tratados nesses códigos federais. A suplementação e suprimento da disciplina procedimental (que não se logrou diferenciar da processual, nesse trabalho) é que pode ocorrer no plano da legislação estadual.

Fora isso, até há uma *ratio decidendi* palpável e passível de identificação no julgado do STF ora comentado, em que se define ser a norma processual aquela que assegura o devido processo legal, contexto em que se encaixaria aquela que permite um interrogatório não-presencial, por se tratar de meio de defesa e prova, de ato que representa exercício de contraditório e ampla defesa - e, não, simples forma ou modo como o ato será praticado.

O problema é que se parte de visões doutrinárias diferentes, tentando conjugá-las na construção do raciocínio judicial, quando até mesmo em separado não são elas sólidas o bastante.

Seguem-se, assim, duas linhas doutrinárias diversas, ambas comentadas no terceiro capítulo.

A primeira linha doutrinária é aquela que define ser processual tudo que venha assegurar o contraditório e a ampla defesa – sendo procedimental aquilo que os dispensa (critério da estrutura dialética de Rosemiro Pereira Leal). Mas já se viu que não há ato ou fase do procedimento que possa transcorrer validamente sem contraditório. De tudo devem os interessados estar cientes e participar cooperativamente, sob pena de ilicitude invalidante.

Partindo-se dessa visão conceitual, acabar-se-ia por inserir tudo no Direito processual, de exclusividade da União – o que, inclusive, o STF tende a fazer -, não restando nada de procedimental que preservasse uma área de atuação legislativa minimamente segura e confortável para os Estados¹³³⁴.

Além disso, não se apresentaram, ainda, razões convincentes de que esse ato processual (interrogatório por sistema de videoconferência) ou qualquer outro não seja, também, essencialmente procedimental, já que compõe a cadeia ritual respectiva. Como dizer-se que o ato de interrogar, essencialmente instrutório, e que integra a estrutura do procedimento, não teria também a mesma natureza desse fenômeno (procedimental) ao qual se incorpora?

¹³³⁴ Isso, para quem enxerga distinção entre tais matérias.

Na verdade, como se não bastasse a não apresentação, em abstrato, das razões teóricas pelas quais se adere a essa concepção doutrinária, também não se justifica em concreto em que medida e por quais motivos esse ato de interrogar por videoconferência se insere no âmbito do conceito indeterminado “processo” e não “procedimento”. Não se especifica o que tem ele de processual que não é procedimental – ainda mais quando são fenômenos coincidentes e que exigem, no ordenamento brasileiro, contraditório.

Se o centro mínimo e firme de sentido do que seja “processo” (sem ser procedimento) não é satisfatoriamente delineado em abstrato, muito menos é concretamente preenchida a margem vaga de seu significado que permitiria entender por qual razão o ato de interrogatório por videoconferência ali se insere em concreto.

Mais uma vez são colocados em xeque os deveres judiciais de fundamentar adequadamente suas decisões e construir precedentes e jurisprudência consistentes, com coerência e integridade (arts. 486, §1.º, I e II, 924, 925, §1.º, CPC).

Não bastasse isso, quando se pretende explicitar por que o interrogatório por videoconferência não é tema procedimental, parte-se para conceito de procedimento decorrente de pensamento doutrinário totalmente diverso, o que, por si só, já gera certa confusão.

A segunda linha doutrinária seguida é aquela no sentido de ser procedimental a matéria relativa a *forma ou modo de prática dos atos*, o que não se observaria no caso. O interrogatório por videoconferência, disseram os Ministros, é meio de defesa e prova¹³³⁵, não se reduzindo à condição de simples forma como um ato é praticado.

Há divergência, contudo, capitaneada pela Ministra Ellen Gracie, que já revela o quão nebulosa é a questão. Propugna a Ministra¹³³⁶ que não há, nesse caso, modificação na natureza do ato, mas, só, na forma de sua concretização – por via célere, econômica e que garante segurança pública -, tratando-se, pois, de matéria procedimental. Neste particular, o Min. Carlos Brito concorda tratar-se de simples *modus procedendi*, que seria virtual e, não, presencial.

Observam-se, aqui, problemas semelhantes no raciocínio ministerial. Ao se tratar do que seria o núcleo mínimo de sentido da expressão “procedimento” – na vã tentativa

¹³³⁵ Confirmam-se as palavras do Min. Ricardo Lewandowski, quanto a ser meio de defesa e de prova. O Min. Cezar Peluso ressalta ainda que não é simples modo, não podendo ser ato de procedimento, porque “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”. O processo é meio para alcançar determinado objetivo e o procedimento é modo, diz a Min. Carmen Lúcia, entendendo estar diante de tema processual.

¹³³⁶ Que parte de conceito de processo baseado no critério finalístico tratado no capítulo terceiro, i.e., como conjunto de atos (ligados por relação) coordenados e voltados ao alcance de um resultado final.

de diferenciá-lo de processo -, adota-se visão doutrinária que tenta isolar inutilmente a disciplina da forma como o ato é praticado (que seria procedimental) do próprio ato (que seria tema processual). Mas isso não é possível para fins legislativos.

Já se viu no capítulo terceiro que a forma é a exteriorização do ato e da vontade que ele representa. Em sendo forma processual, coloca-se para externar o ato de vontade e, ainda, sempre deve ser concebida e estabelecida para atender seus fins, contribuindo para a justa e efetiva tutela do direito material. A instrumentalidade da forma não permite que seja instituída sem consideração das finalidades visadas.

Assim, forma, ato e fins pretendidos devem ser, sempre, conjuntamente considerados, em qualquer produção legislativa processual. Quando a lei estadual trata da forma de um ato processual isso se refere diretamente à vontade por ela manifestada (seu conteúdo) e à sua aptidão para alcançar as finalidades pretendidas.

É por isso que a instituição legislativa de dada forma para a expressão do ato disciplina o próprio ato, determinando a obtenção de seus fins e, inclusive, a realização dos princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa.

Daí a desavença entre os Ministros sobre a natureza do interrogatório por videoconferência. A videoconferência é a forma como se realiza o interrogatório, sem dúvidas, como disseram uns (os Ministros divergentes), justificando ser tema procedimental, afinal se exterioriza virtualmente e sem a presença física do interrogado. Mas, naturalmente, é a concretização de meio de defesa (e prova) e exteriorização de declaração volitiva, da manifestação do interrogado. Interfere, assim, inevitavelmente na implementação efetiva do próprio ato e do alcance dos fins com ele almejados (realização do contraditório e da ampla defesa) - como disseram outros Ministros, sustentando ser tema processual.

É *forma*; é manifestação de *ato* de vontade; e é determinante para *contraditório*, ampla defesa e devido processo legal. E essas são conclusões que não se excluem entre si. Elas se complementam no contexto do fenômeno único e conceitualmente não segregável de processo/procedimento.

Tudo isso contribui para a constatação de que é questão de processo e de procedimento, por serem fenômenos não passíveis de diferenciação. Os dados tomados para dizer o que é integrante do processo (contraditório e ampla defesa) também se inserem no procedimento; e aqueles usados na definição do procedimento (forma dos atos) não são aptos a serem afastados do campo processual, ao menos não como objeto do ato de legislar.

Não se traz a público, pois, fundamento suficiente e firme para o entendimento de que a lei estadual é inconstitucional, i.e., de que o legislador estadual não tem competência

para tratar, suplementar ou supletivamente, da forma de realização de interrogatório ou de qualquer outro meio de prova.

Torna-se, assim, difícil de entender qual é exatamente a postura do STF sobre a matéria; privam-se o legislador estadual e os órgãos jurisdicionais da possibilidade de calcular possíveis posicionamentos da Corte Constitucional brasileira em casos futuros em que a questão voltasse à tona. O estado é de insegurança jurídica e de dificuldade de aí depositar-se qualquer confiança.

E isso agrava quando se adota entendimento inverso em caso afim como aquele cuja análise segue no próximo item.

3.5.2 Dia, hora e local de oitiva de delegado de polícia.

Na ADI n. 3.896, relatada pela Ministra Carmen Lúcia, julgada em 04.06.2008 e publicada no DJe em 08.08.2008, o Pleno do STF decidiu ser formalmente inconstitucional, por invasão da competência legislativa privativa da União para tratar de processo (art. 24, XI, CF), o enunciado normativo de lei estadual sergipana (art. 32, IV, Lei n. 4.122/1999), que conferiu ao delegado de polícia a prerrogativa de ser ouvido, como testemunha ou ofendido, em dia, local e hora previamente ajustados com o magistrado, em processo ou inquérito criminal¹³³⁷.

Mas o interessante é que se passou ao largo do fato de tratar-se de “modo de realização de prova oral” (dia, hora e local) previsto não só para o inquérito como também para o processo penal. Concentrou-se a relatora em justificar a ilegitimidade de investida legislativa estadual no fato de que versa sobre prerrogativa conferida em inquérito e o inquérito é, na sua visão, tema de Direito processual penal.

¹³³⁷ No mesmo sentido, a decisão prolatada em julgamento da ADI n. 2.729/RN, pelo Plenário do STF, em 19.6.2013, publicada no DPJ de 12.2.2014, cujo rel. para o acórdão foi o Min. Gilmar Mendes. Foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 87, IX, da Lei Complementar n. 240, de 27 de junho de 2002, do Estado do Rio Grande do Norte (“Art. 87 - Constituem prerrogativas dos Procuradores do Estado: (...) IX - ser ouvido como testemunha ou ofendido, em qualquer processo ou inquérito, em dia, hora e local previamente ajustados com o Juiz ou autoridade competente), sob argumento de que não se pode admitir a extensão do direito à escolha do dia, hora e local para que o procurador estadual seja ouvido como testemunha ou ofendido em processo judicial, por meio de lei estadual. Para fundamentar seu entendimento, o relator Ministro Eros Grau limita-se a afirmar que se concede privilégio processual no âmbito da colheita do depoimento e que, “à exceção do depoimento perante autoridade policial onde há competência legislativa concorrente, já que o inquérito é procedimento em matéria processual, os incisos versam matéria processual, a respeito da qual apenas a União pode legislar”. Nos debates que se sucederam, seu entendimento foi encampado sem acréscimos de outros argumentos, só se ressaltando que o inquérito seria processo (em sentido amplo) – também por estar regrado no Código de Processo - e a prerrogativa no seu contexto também seria tema processual, concluindo-se pela inconstitucionalidade da regra como um todo.

Entendeu-se que a persecução criminal abrange o inquérito policial e a ação penal, ambos disciplinados pelo Direito processual penal. Apesar de caracterizar o inquérito policial uma fase ritual preparatória e dispensável, estaria diretamente conectada com a instrução processual¹³³⁸, o que o reveste de natureza processual. Seria abrangido pelo Direito processual não só o que ocorre no processo como também tudo aquilo que o prepara, asseveram¹³³⁹.

Encampa-se, assim, entendimento do Procurador-Geral da República de que o inquérito se encontra no campo de regência das normas processuais, vez que garante correta aplicação da lei penal, obsta o recebimento de ações penais temerárias e se encontra tratado no Título II do CPP. Nesse contexto, não se furtam em apresentar definição doutrinária do Direito processual penal de José Frederico Marques que abrange não só regramento da realização jurisdicional do Direito penal como também a atuação persecutória da polícia judiciária.

O Supremo, como se nota, adotou posicionamento de que, mesmo disposições sobre inquérito policial – que possui natureza de procedimento preparatório –, teriam natureza processual e, por tal motivo, só poderiam ser produzidas pela União¹³⁴⁰.

¹³³⁸ Asseverando-se que o inquérito é elemento de instrução do processo, com base em manifestação do Advogado-Geral da União nesse sentido.

¹³³⁹ Mais uma vez ao referir-se à manifestação do Advogado-Geral da União.

¹³⁴⁰ Considerando a premissa firmada nos capítulos dois e três de que não há distinção entre processo e procedimento que se configuram como sucessão de atos em contraditório voltados à produção normativa (de decisão), conclui-se que qualquer inquérito (civil ou penal), por essa razão (e nenhuma outra), seria instituto processual. Trata-se, em suma, de rito finalizado com decisão de arquivamento ou não e que conta, ao menos, com contraditório mínimo. A questão é que lhe falta natureza jurisdicional para subsumir-se ao tipo do art. 22, I, CF (que trata do Direito processual jurisdicional) e, por isso, foge ao escopo desse trabalho. Para que se visualize isso, basta que se observe que a decisão (arquivamento ou não) que a partir daí se produz nem tem aptidão para fazer coisa julgada, por exemplo. A despeito disso, o STF dá tratamento ao inquérito substancialmente contraditório em sua jurisprudência. Nesse julgado, enxerga o inquérito policial, como visto, no âmbito processual e de competência legislativa privativa da União. Reproduziu-se, aí, postura antes já adotada pelo STF, nos autos da ADI n. 1615-6 MC/DF, relatada pelo Min. Néri da Silveira, e julgada pelo Pleno em 12.6.1997 (por decisão publicada no DPJ em 5.11.1997). Trata-se de acórdão que sustou liminarmente eficácia do art. 4.º e da expressão “inquérito policial” no art. 5.º da Portaria n. 340 de 9.5.1997 do Procurador-Geral de Justiça do DF e Territórios por inconstitucionalidade formal decorrente da violação ao art. 22, I, CF, pois conteria “norma de procedimento em conflito com o art. 16, CPP”. São dispositivos que autorizam a devolução do inquérito criminal pelo MP à autoridade policial independentemente de requerimento ou chancela do juiz (prevista no art. 16, CPP), bem como tratam dos casos em que o MP submete o inquérito policial à distribuição judicial, quando o art. 10, §1.º, CPP, dispõe que será diretamente encaminhado para o juiz. Conclui-se que é matéria que depende de lei, já regrada pelo CPP e que não pode ser tratada diversamente por ato administrativo. Mas, apesar de afirmar-se ser “norma de procedimento” (sem justificar por que), sugere-se sua subsunção no art. 22, I, CF, i.e., como tema de processual de competência privativa da União. Também assim, STF, Pleno, ADI n. 2.729/RN, rel. Min. Eros Grau e rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 19.6.2013, publicado no DPJ de 12.2.2014. Mas, nesse último julgado, o Ministro Relator inicialmente afirmou que o inquérito era procedimento e estaria no campo dos “procedimentos em matéria processual”. Nos debates, foi convencido do contrário simplesmente por ser instado a considerar o processo em sentido amplo e que o tema é regrado no Código de Processo Penal. Entretanto, na decisão proferida na Medida Cautelar na ADI n. 1.285, de relatoria do então Ministro Moreira Alves, prolatada em 24/10/1995 e publicada no DPJ de 23/03/2001, o Pleno do Supremo entendeu que disposições acerca de

No que se refere à instituição dessa prerrogativa no *processo penal* propriamente dito, pouco se fala. Diz-se que o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941), em seu art. 221, tratou de forma plena e exaustiva da matéria e em sentido diverso. Isso porque só confere essa prerrogativa a outras autoridades, aí não inserindo o Delegado de Polícia, o que só se poderia prever por lei federal, como ocorreu com os magistrados e os membros do Ministério Público (art. 33, I, LC n. 35/1979, Loman, art. 40, inc. I, da Lei n. 8.625/1993, Lei Orgânica do Ministério Público).

Comenta-se, ao longo desse julgado, que a questão ali apreciada já fora antes decidida pelo STF, quando se discutiu a possibilidade de os Estados federados instituírem ou não prerrogativas para os delegados de polícia, só previstas para outras autoridades. Concluiu-se tratar-se de matéria versável apenas em lei federal, razão por que é formalmente inconstitucional lei estadual que a prevê de maneira diversa do que haja sido instituído por lei federal e pela própria Constituição.

Confira-se, nesse sentido, a ADI n. 882/MT, relatada pelo Min. Maurício Corrêa, julgada pelo Pleno em 19.02.2004 e publicada no DPJ em 23.04.2004. Dá-se pela inconstitucionalidade do art. 114 da Lei Complementar n. 20/1992 do Estado do Mato Grosso que prevê essa mesma prerrogativa aqui exposta para o delegado de polícia na sua oitiva enquanto *testemunha* em “qualquer processo e grau de jurisdição”. Fala-se em invasão de competência privativa da União para tratar de Direito processual Civil, por ali se tratar de “forma de (...) depoimento em juízo”.

Fora isso, só declara, a título de fundamentação, que: “A norma legal disciplina, evidentemente, matéria de direito processual, sobre a qual somente a União poderá legislar (CF, art. 22, inciso I). Daí a invasão de competência, a constituir duvidosa inconstitucionalidade formal do dispositivo em referência”.

Interessante destacar que nesse caso anterior (ADI n. 882/MT) o STF já reconhecia estar a tratar de *forma* de realização de meio de prova e que seria tema de Direito processual, sem gastar uma linha sequer do seu acórdão explicitando o que entende por “Direito processual” e por qual razão o modo de concretização desse meio de prova

inquérito civil teriam natureza meramente procedimental, pelo que poderiam estar contidas em leis estaduais. Sustentou-se que o inquérito civil tem natureza de procedimento administrativo (pré-processual), que se insere no contexto do Direito processual civil assim como o inquérito policial no Direito processual penal. Chegou-se, então, à conclusão, ao menos em um primeiro juízo (cautelar), de que seria “procedimento em matéria processual”, sendo possível, pois, o Estado-membro editar leis sobre a matéria, sem que se configure ofensa ao art. 22, I, da Constituição Federal de 1988. Na ação direta mencionada, ainda não foi proferida decisão definitiva satisfativa. Os autos encontram-se conclusos com relator desde 21 de outubro de 2010.

(testemunhal), mais especificamente o seu tempo e lugar, é tema processual e não procedimental.

No caso ora em comento (ADI n. 3.896), também fica inviabilizada a compreensão da postura do STF, não havendo uma *ratio decidendi* nitidamente delineada, porquanto se limite a reproduzir o texto de lei usado para justificar a inconstitucionalidade da lei estadual (art. 22, I, CF). Em que pese compartilhe o significado dado ao dispositivo constitucional do art. 22, I, CF, em especial o que entende por Direito processual (endossando visão de Frederico Marques), simplesmente se omite em expor em que medida se distinguiria do “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI, CF).

Demais disso, furta-se em explicar como fora concretizado o conceito de “Direito processual”, de modo a que nele se inserisse a disciplina do modo de oitiva de testemunha como matéria de competência legislativa exclusiva da União, sem que pudesse se enquadrar no contexto do “procedimento em matéria processual”, tema passível de atividade legislativa estadual supletiva e suplementar.

Acabam sendo malferidos mais uma vez os deveres hoje previstos no arts. 486, §1.º, I e II, 924, 925, §1.º, CPC – que, independentemente disso, já poderiam ser extraídos de princípios e regras constitucionais como o dever de fundamentação das decisões, o contraditório e a segurança jurídica.

3.6 Forma de julgamento.

Há um julgado em especial, em que o STF analisa se a norma que define se um julgamento colegiado será público ou secreto é de processo.

A fonte dessa norma não é lei estadual, é verdade. É o regimento interno de Tribunal de Justiça. Mas como o foco da discussão é a processualidade da norma que daí se extrai, versando ela sobre a forma (pública ou secreta) de julgamento, optou-se por aqui analisar a postura do Supremo.

Isso se deu nos autos da ADI n. 2.970/DF, julgada pelo Pleno em 20.04.2006, por acórdão publicado no DPJ de 12.05.2006, tendo como relatora a Ministra Ellen Gracie. A parcela objeto da ação que interessa para fins desse trabalho é a que trata da constitucionalidade formal dos arts. 144, parágrafo único, e 150, *caput*, do RITJDF, à luz do art. 22, I, CF, na medida em estabelecem que seja secreta a sessão de julgamento das ações criminais de competência originária da Corte Estadual, voltadas contra autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função.

Nesse caso, partiu-se de lição de Frederico Marques de que o Direito processual contém normas atinentes ao contraditório, ao devido processo legal, aos poderes, direitos e ônus inerentes ao processo e que tratem de atos voltados a realização da causa final da jurisdição.

Assim, com essa premissa, entendeu a Corte Suprema que a publicidade é “pressuposto de validade” da decisão tomada pelo tribunal e que estaria “presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito processual”.

Foi assim que se concluiu pela inconstitucionalidade formal da expressão “deliberando o Tribunal em sessão secreta, com a presença das partes e do Procurador-Geral da Justiça”, contida no art. 144, par. único do Regimento Interno Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e do art. 150, *caput*, desse mesmo diploma regimental.

O que se observa é que o Plenário do STF até parte de um conceito teórico de “direito processual”, como matéria que envolve garantias processuais (devido processo legal e corolários), o exercício de situações processuais (poderes, deveres e ônus) e ato de realização da jurisdição, colocando a norma que estipula exceção à publicidade nesse contexto por ser “pressuposto de validade” da decisão.

Não há dúvidas de que a publicidade de um ato decisório é tema de processo. É a forma como ele (o ato processual) é praticado e é garantia de controle interno e externo (popular) de sua legitimidade num plano de democracia e processo devidos. O que o STF se furta em explicar é em que medida essa questão processual deixa de ser procedimental. O que tem ela de processual que não é procedimental de modo a ser objeto de legislação exclusivamente federal (conforme art. 22, I, CF), não podendo ser regradada também no plano estadual, suplementar ou supletivamente (aplicando-se o art. 24, XI, CF).

Para justificar sua subsunção no art. 22, I, CF, no campo do “direito processual”, necessário é motivar seu afastamento do art. 24, XI, e, pois, da seara do “procedimento em matéria processual”. Afinal, esse é um precedente que pode e deve ser considerado pelo legislador estadual ao pretender regradar temas afins e os demais tribunais e julgadores ao enfrentar questões similares.

Poderia, por exemplo, o legislador estadual instituir o segredo de justiça, por presunção absoluta de interesse público, nas causas que abranjam pretensões fundadas em documentos fiscais estaduais sigilosos? Com base na *ratio* da decisão acima poderia ser considerada questão processual de competência legislativa exclusiva da União? Não se sabe

como, vez que não se justifica por qual razão não seria problema procedimental. Em ambos os casos se está a tratar da forma de condução do procedimento, restringindo sua publicidade.

O que há de processo aí que não seja igualmente de procedimento não se apontou, nem se poderia fazê-lo.

Problema semelhante e solução semelhante se observou no HC n. 74.761/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgado pelo Pleno em 11.06.1997, por acórdão publicado no DPJ de 12.09.1997.

Firmou-se que regra do RISTJ que fixa o quórum qualificado para que determinada decisão de Turma do STJ produza efeitos estabelece “requisito da existência mesma das decisões de um colegiado” (cf. voto do Min. Sepúlveda Pertence), “diz respeito ao resultado do julgamento” (segundo voto do Min. Sydney Sanches), o que seria questão processual.

Assim, a exigência de maioria absoluta dos membros da Turma para a tomada de decisões, contida no *caput* do art. 181 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, foi considerada inconstitucional porque dispõe sobre Direito processual, que é considerada matéria da competência legislativa exclusiva da União.

É mais uma regra regimental sobre a forma de julgamento colegiado (o quórum necessário) que o STF enquadra na seara processual, desta feita com menos argumentos ainda. Quase nada se diz sobre a dita natureza processual, sem que haja qualquer ensejo em afastá-la do contexto procedimental (ou da competência dos Estados).

3.7 Efeitos da decisão e recursos.

O Tribunal Pleno do STF, ao julgar a ADI n. 3394-AM, de relatoria do Min. Eros Grau (j. em 02.04.2007, DJe de 23.08.2007), deliberou no sentido da inconstitucionalidade formal do art. 2.º, incisos I e IV, Lei n. 50/2004 do Estado de Amazonas.

De um lado, por prever a concessão definitiva do benefício da justiça gratuita em processos de investigação de paternidade, que seria matéria processual, sobre a qual só a União poderia dispor, ainda mais quando já há lei federal (art. 7.º, da Lei n. 1.060/50¹³⁴¹) dispondo que o benefício pode ser revogado a qualquer tempo.

¹³⁴¹ Revogada pelo art. 1069, III, CPC.

De outro, por impor prazo de dez dias para o sucumbente ressarcir as despesas realizadas pelo Estado, atentando contra normas federais relativas: *i*) ao efeito suspensivo dos recursos, que subtraem a eficácia (ou mantêm a ineficácia) da decisão impugnada por recurso que condena o sucumbente em tais custos, que não são, pois, imediatamente exigíveis; e *ii*) à execução das decisões judiciais, que pressupõem ausência de recurso com efeito suspensivo.

Em momento algum, contudo, dizem seus ministros de que conceito de processo se valem, para que se chegue à conclusão de que a matéria objeto de disciplina local é processual e não procedimental. Muito menos o concretiza no bojo do caso analisado. Parecem simplesmente sustentar-se no fato de haver disciplina dita geral (sem precisar o que define essa generalidade), na legislação *processual* federal (CPC e Lei n. 1060/1950), a ser respeitada.

Há outra situação interessante apreciada pelo Pleno do Supremo nos autos da ADIN n. 2257-1-SP, de relatoria do Min. Eros Grau (j. em 06.04.2005, publicada no DPJ de 26.08.2005), em que se instituiu, por lei estadual (art. 26, da LC n. 851/1998, do Estado de São Paulo), um efeito especial para certas decisões dadas por juiz em sede de processo nos juizados ou simplesmente um poder-dever do magistrado de praticar certos atos.

Determina-se, mais especificamente, que o juiz siga o rito do art. 28, CPP (com remessa dos autos ao procurador de justiça)¹³⁴², quando decidir não acolher certas posturas (inclusive omissivas) do Ministério Público nos autos, mais especificamente quando: a) não acolhe as propostas previstas nos arts. 76¹³⁴³ e 89¹³⁴⁴ da Lei n. 9099/1995; ou b) considera cabível a apresentação da proposta do art. 76 da mesma lei federal, em caso de omissão ministerial.

É previsão de situação jurídica processual de poder-dever do juiz de prática do ato previsto no art. 28, CPP, também nas hipóteses previstas na referida lei estadual. Em que pese só se preveja mais um ato a ser praticado ao longo da sucessão ritual, i.e., um ato

¹³⁴² “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

¹³⁴³ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. §”.

¹³⁴⁴ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

procedimental (e inevitavelmente processual), o STF, mais uma vez, sem expor suas razões, diz que a matéria é processual.

Segundo a Corte Suprema, trata-se de lei que “dispõe sobre atos de Juiz, direcionando sua atuação em face de situações específicas”, mais precisamente quando indefere ou considera que seria cabível proposta de transação penal ou não aceita proposta de suspensão do processo, e ainda cria caso de intervenção do Procurador-Geral de Justiça. Isso lhe conferiria “natureza processual e não meramente procedimental”.

O Min. Relator Eros Grau chega a transcrever conceito de processo e de procedimento de Carnelutti - que os distingue -, sem, contudo, dialogar com essa proposta conceitual ou justificar sua adesão. Sequer explica em que medida e por qual razão esses atos judiciais tratados na lei estadual citada se subsumiriam em um conceito (de processo) e não no outro (procedimento). Linhas depois, o Ministro ainda se vale de suas próprias palavras para afirmar que a matéria procedimental versa sobre “a sucessão coordenada de atos processuais, no que se refere à forma, ao tempo e ao lugar de sua realização”, mas não explicita por qual razão o conteúdo da lei estadual em análise nesse contexto não se inseriria. Afinal, trata de poder-dever do juiz de praticar ato integrante dessa sucessão coordenada.

Falha também a Corte na realização dos seus deveres de fundamentação adequada e de construção de precedente com coerência e integridade (arts. 486, §1.º, I e II, 924, 925, §1.º, CPC).

3.8 Prioridade no trâmite procedimental.

Na ADI n. 3.041, julgada em 10.11.2011 e publicada no DPJ em 01.02.2012, relatada pelo Min. Ricardo Lewandowski, foram declarados inconstitucionais os arts. 2º, 3º e 4º¹³⁴⁵ da Lei n. 11.727/2002 do Estado do Rio Grande do Sul, que dispunham sobre “a

¹³⁴⁵Art. 1º – O Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul encaminhará o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito respectiva, e a resolução que o aprovar, ao Procurador-Geral de Justiça e ao Presidente do Tribunal de Contas do Estado, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência. Art. 2º – A autoridade a quem for encaminhada a resolução informará ao remetente, no prazo de 30 (trinta) dias, as providências adotadas ou a justificativa pela omissão. Parágrafo único – A autoridade que presidir o processo ou procedimento administrativo ou judicial, instaurado em decorrência de conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito, comunicará, semestralmente, a fase em que se encontra, até a sua conclusão. Art. 3º – O processo ou procedimento referido no art. 2º terá prioridade de apreciação sobre qualquer outro, exceto sobre aquele relativo a pedido de habeas corpus, habeas data e mandado de segurança. Art. 4º – O descumprimento das normas desta Lei sujeita a autoridade a sanções administrativas, civis e penais. Art. 5º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

prioridade, nos procedimentos a serem adotados pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e por outros órgãos a respeito das conclusões das comissões parlamentares de inquérito”.

Mais uma vez sustentou o STF, dentre outros argumentos, que a matéria tem natureza processual.

O Ministro Relator toma como ponto de partida a lição doutrinária de Ada Pellegrini, Dinamarco e Cintra de que normas processuais cuidam do processo e conferem poderes e deveres, enquanto normas procedimentais tratam do “*modus procedendi*”, disciplinando a estrutura e coordenação dos atos processuais.

Reconhece a complexidade do conceito dito moderno de processo, que engloba tanto procedimento como relação processual, mas toma como certo que a dicotomia acima teria sido abraçada pela CF, que só admite que a União trate de Direito processual, atribuindo ao Estado competência concorrente para reger assuntos procedimentais.

E, aos seus olhos, os dispositivos da lei gaúcha em análise impõem *deveres ao MP*, sobretudo de *informação* da providência adotada em 30 dias (ao Presidente da Assembleia Legislativa), comunicando periodicamente em que estágio se encontra o respectivo rito, e de *prioridade* na apreciação e tramitação dos seus termos, sujeitando o órgão do Ministério Público, outrossim, a sanções administrativas, civis e criminais para o caso de seu descumprimento. Isso implicaria invasão na competência privativa da União para tratar de processo.

Não bastasse a insuficiência da distinção teórica de processo e procedimento, que o próprio Ministro Relator coloca em xeque na modernidade, não há preocupação em explicar em que termos esse dever de informação é processual, na medida em que não se cumpre dentro do processo e seu respeito ou desrespeito não reverbera no processo jurisdicional. As sanções possíveis são administrativas, cíveis e criminais. Não há nada de processual jurisdicional nisso.

Já o dever de priorizar o procedimento daí decorrente e conduzido pelo MP é, de fato, algo a ser observado dentro do processo propriamente dito. Mas se é colocado pelo Ministro Relator como “dever” do MP, é também o *modo* como ele deve conduzir o rito, interferindo no ritmo da coordenação dos atos. Diz porque considera processual, mas não explicita porque não seria procedimental, ainda mais quando se encaixa tão bem em seu conceito de procedimento.

Nega procedimentalidade sem justificá-la.

Não foi diferente a postura adotada posteriormente na ADI n. 3483/MA, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgada em 03.04.2014 e publicada no DPJ de 13.05.2014.

Considerou-se inconstitucional a Lei 7.716/2001, do Estado do Maranhão, que estabeleceu a prioridade na tramitação processual, em qualquer instância, para as causas em que figure como parte a mulher vítima de violência doméstica, sob o argumento de que o tema é processual e seria da União a competência exclusiva para dele tratar, na forma do art. 22, I, CF.

A *ratio* central colocada como justificativa para consideração da matéria como tema processual é de que “reflete parte importante da prestação da atividade jurisdicional” e que tem “alta carga de relevância social”. Trata-se de colocações sem força jurídica ou argumentativa.

Até porque não se traz nenhuma explicação razoável que justifique dizer que o procedimento (se é que difere do processo) não é parte importante da prestação jurisdicional ou que não teria grande relevância social. Sem ele não há processo. E sem processo não há democracia. Difícil compreender o raciocínio adotado no julgado.

Fora isso, limita-se a lembrar que há leis federais (como o art. 20, Lei n. 12.016/2009, art. 19, Lei n. 9.507/1997, art. 1211-A, do CPC) prevendo hipóteses de prioridade de tramitação e que, por isso, o tema seria processual. Seriam “exemplos que tornam evidente que a matéria regulada pela lei questionada versa sobre matéria de direito processual, uma vez que o próprio Código de Processo Civil Brasileiro traz hipóteses de prioridade no trâmite dos processos”.

Como visto, essa não é a primeira vez que se diz a questão é processual por constar regramento em lei federal. Olvida-se, como sempre, que lei federal pode trazer normas gerais de procedimento (art. 24, XI), e o fato da questão ser ali abordada não significa que seja processual sem ser procedimental (para quem acredita ser possível a distinção de processo e procedimento)¹³⁴⁶.

3.9 Procedimento de homologação judicial de acordo de alimentos.

A ADI n. 2922/RJ, julgada pelo Pleno em 03.04.2014, por decisão publicada no DPJ de 29.10.2014, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, teve por objeto a constitucionalidade da Lei n. 1.504/1989 do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu

¹³⁴⁶ Diz-se, ainda, que a superveniência de lei federal sobre a matéria, a saber, Lei Federal n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que garante, nas varas criminais, o direito de preferência para o processo e o julgamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, não afasta a inconstitucionalidade da lei estadual que ainda assim invade competência da União.

formalidades a serem observadas na homologação judicial de acordo em torno de alimentos, quando há participação da Defensoria Pública. Um rito específico para tanto, na verdade.

Vale conferir o teor da lei, para compreensão da demanda:

Art. 1º - O acordo sobre a prestação de alimentos, entre pessoas ao amparo da Lei nº 1060, de 5 de fevereiro de 1950, firmado com a intervenção da Defensoria Pública, será apresentado ao Juízo competente para homologação, emprestando-lhe força executória.

Art. 2º - O Defensor Público terá a iniciativa de promover, junto ao Juízo competente a designação de dia e hora para a audiência dos interessados e eventual homologação do acordo.

§ 1º - O Juiz pode recusar a homologação se comprovar que o acordo não preserva suficientemente os interesses a que se refere ou se tiver fundada dúvida sobre a liberdade de consentimento de qualquer dos interessados no acordo.

§ 2º - As assinaturas na ata da audiência valendo pela ratificação formal do acordo, serão lançadas na presença do Juiz, para a sua homologação.

§ 3º - Se um dos interessados não puder ou não souber assinar é lícito que outrem o faça/a seu rogo, na presença de 2 (duas) testemunhas, deixando no lugar da assinatura a impressão digital do polegar direito do interessado que pessoalmente, não assinar.

§ 4º - Na impossibilidade física de se deixar a impressão digital será cogitada ou de outro dedo do interessado, a circunstância será consignada por escrito, dispensando-se a coleta da impressão.

Art. 3º - Homologado o acordo será, se for o caso, dirigido ofício, a quem de direito, para o desconto em folha de pagamento do valor da pensão acordada.

Art. 4º - A pensão se fixará em valor corrigível monetariamente, nos termos do art. 22 e seu parágrafo da Lei nº 6515, de 26 de dezembro de 1977, e a sua modificação, revisão ou exoneração só se fará ação judicial própria.

Art. 5º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Questionou-se a constitucionalidade desse texto normativo estadual sob o argumento de que trataria de questão civil (transação sobre alimentos) e processual civil (respectiva homologação judicial), que seriam de competência privativa da União (art. 22, I, CF).

O Plenário do STF, mediante argumentos registrados no voto do Ministro Gilmar Mendes e no voto-vista do Ministro Luiz Fux, por unanimidade, conclui pela *constitucionalidade* da norma. Foram duas as linhas de argumentação.

A primeira delas é no sentido de que a lei local, “ao tratar da homologação de acordo, realmente estabelece um *modelo procedimental complementar* à sistemática processual dos Códigos Civil e de Processo Civil” (nas palavras do relator, com grifo ora acrescido).

Essa colocação é cuidadosamente fundamentada na concepção teleológica e formal de processo e procedimento (comentada no capítulo 2). O processo é visto como instrumento de exercício da jurisdição e o procedimento a forma como ele se desenvolve e se

realiza. Por isso, a conclusão do relator de que: “Os Entes federativos, portanto, têm a prerrogativa de definir a forma como a matéria processual será executada, de acordo com a maneira que julgar ser mais adequada para atender suas peculiaridades”.

A partir daí se diz que a lei estadual fluminense não estabelece um novo processo, mas, sim, a forma como ele “será executado”.

Essa motivação, realmente preocupada em buscar substrato teórico para o posicionamento firmado, não é, contudo, totalmente coerente em termos internos, faltando-lhe a clareza e logicidade esperada desse ato. Não é compreensível a visão de que processo é instrumento de exercício da jurisdição e o procedimento não o seja. O procedimento, como visto no capítulo 02, não é caminho sem destino, para chegar a lugar algum; seu fim é prestar o serviço jurisdicional.

Se esse “modelo procedimental complementar” disciplinado na lei estadual é um fenômeno procedimental, também é processual, pois com ele se exerce jurisdição, tratando-se dos atos necessários para tanto em sua unidade.

Junto a isso, diz o relator que a lei é sobre procedimento também levando em conta que “isto é um tipo de experimento institucional no sentido de desjudicialização, de dar um papel de conciliação maior à Defensoria Pública”.

Com a vênia que convém pedir, necessário observar que esse é um raciocínio ministerial despido da consistência esperada. O sentido que é dado ao procedimento acima (de forma como se realiza o processo) não se conecta ou se explica, em nenhuma medida, com a ideia de desjudicialização ou de ênfase na função conciliatória da Defensoria Pública. Ao menos não se demonstrou qualquer ligação entre eles, que revelasse coesão ou logicidade.

Talvez o ponto alto do arrazoado do relator tenha sido seu reconhecimento da grande dificuldade de se admitir que uma lei trate de procedimento sem tratar do processo:

[...] como o Estado vai conseguir legislar sobre procedimento se, eventualmente, não tratar, ainda que considerando como dado, comoposto, como um dado dogmático, o Direito Processual. Quer dizer, é esse o dilema. Tanto é que essa competência é pouco utilizada na prática, embora os processualistas tenham elogiado bastante essa tentativa, na prática, ela é pouco utilizada, porque essa confusão acaba aparecendo.

O Ministro Luiz Fux, no voto-vista, acresce algo mais. Assevera que a procedimento abrange não só a forma de encadeamento dos atos processuais, como também os *requisitos formais* de que se reveste cada um deles (em lição de Francesco Carnelutti e Leonardo Greco) – requisitos estes que também são exigência de observância de certa *forma*, em *ultima ratio*, de qualquer jeito.

Na sua visão, o art. 2.º, §§2.º-4.º, da lei estadual referida, só teria o condão de detalhar “requisitos formais para a validade da homologação do acordo em juízo”, enquadrando-se como questão procedimental, pois.

Ocorre que não há como regradar a forma do ato sem tratar do próprio ato e seus fins. Assim como não há como regradar a forma como caminha o processo (ato que é) sem cuidar do próprio processo.

Já se viu no capítulo 3 que forma, ato e fins visados só podem ser conjuntamente considerados, em qualquer iniciativa legislativa processual. Disciplinar a forma de um ato processual diz respeito, diretamente, à vontade manifestada (seu conteúdo) e à sua aptidão de alcance das finalidades pretendidas.

Por isso, tratar da forma como ocorrerá a homologação do acordo é tratar da decisão homologatória em si, dessa exteriorização da vontade judicial, e interfere na implementação de seus fins (oferecer a prestação jurisdicional compositiva, amigável e com aptidão para se tornar imutável).

Revela-se, desse modo, que as razões do Ministro Luiz Fux, assim como as do Ministro Relator, não são dotadas de clareza e consistência; não se fundam em doutrina estabilizada ou de consenso que permitam segui-la sem uma reflexão ou aprofundamento cognitivo maior.

Mais do que isso, chama atenção, também, uma falta de coerência externa e inobservância do dever de uniformidade jurisprudencial. Isso porque, em decisões anteriores, como aquelas dadas na ADI n. 2.970/DF e no HC n. 74.761/DF acima analisados, os requisitos formais das decisões e julgamentos são considerados temas processuais.

Mas essa argumentação, ao fim, acabou só girando em torno do art. 2.º, §§2.º-4.º, da lei, porquanto se tenha considerado que os demais artigos se enquadram no contexto de uma segunda linha de argumentação.

Essa segunda linha de argumentação, constante no voto-vista do Ministro Luiz Fux – mas antes já suscitada pelo relator -, é irretocável. Sustenta-se que a maior parte dos artigos da lei tratam de Direito processual e Direito civil, mas o fazem simplesmente reproduzindo o quanto já disposto em lei federal, que só estaria sendo didaticamente reiterada.

Não haveria empecilho constitucional a que a lei estadual suplementar (ou supletiva) repita a lei federal geral naquilo que só cabe ao legislador federal tratar a nível nacional. Contribui-se, com isso, para a sistematização didática da regulação da temática. Trata-se de postura que pode ser adotada até mesmo na edição de um Decreto regulamentar

do Chefe do Executivo, ato infralegal que é (art. 84, CF), logo poderá sê-lo mais ainda quando se está no contexto estritamente legal¹³⁴⁷.

3.10 Competência e prerrogativas do juiz de paz.

O Plenário do STF, nos autos da ADI n. 2.938-MG, cujo rel. foi o Min Eros Grau, julgada em 09.06.2005, por decisão publicada no DPJ de 09.12.2005, tratou da constitucionalidade de dispositivos da Lei n. 13.454/2000 do Estado de Minas Gerais, que disciplinam, dentre outras matérias, a “*competência*” do juiz de paz para tarefas que se discute se seriam processuais ou procedimentais (art. 15, VII, VIII, IX, X, XII e §2.º, da lei estadual referida), bem como *prerrogativas* “processuais” penais que lhe são conferidas (art. 22, da lei mencionada).

Considera-se *constitucional* a referida lei estadual nos dispositivos em que define como “competência” funcional dos juízes de paz a *arrecadação provisória* de bens de ausentes e vagos (até que intervenha autoridade competente), nomeando escrivão *ad hoc*.

Segundo o Ministro Nelson Jobim, não seria disciplina de uma atuação processual porque o juiz de paz não estaria decidindo lide alguma: “a decisão é de natureza administrativa”. Não se explica, contudo, essa sua visão de processo, que parece ser no sentido de que seria instrumento de solução de lides, muito menos essa conjetura de que quando a questão é administrativa é resolvida por fenômeno procedimental e, não, processual. Passa-se ao largo, enfim, da justificação dessa suposta impossibilidade de processos e decisões jurisdicionais solucionarem questões não-litigiosas¹³⁴⁸.

Esses conceitos não são justificados em tese, tampouco se explica como se concretizariam no caso concreto.

A Teoria Geral do Direito e toda sua tradição conceitual são, aqui, ignoradas, no que tange ao reconhecimento da processualidade do exercício de qualquer poder estatal – como amplamente demonstrado no capítulo 2 desse trabalho. O próprio Constituinte refere-se a processos administrativos e não a procedimentos, se a questão é essa (a ex. do art. 5.º, LV e LXXVIII, CF).

Interpreta-se a Constituição ignorando-se o próprio sistema constitucional em sua unidade (o que atenta contra a integridade), bem como furtando-se em dialogar com

¹³⁴⁷ O que foi muitas vezes desconsiderado em outros julgados analisados ao longo desse capítulo.

¹³⁴⁸ No processo jurisdicional, tutelam-se situações jurídicas materiais não-litigiosas, como uma ameaça de lesão a direito (quando ainda não há pretensão a ser resistida), e aquelas relativas unicamente a um sujeito (ex.: direito de alterar o próprio nome).

Teoria Geral do Direito, naquilo em que é quase consenso (o que coloca em xeque sua coerência externa) e naquilo em que há puro dissenso também (ex.: possibilidade de diferenciar processo e procedimento).

O Ministro Joaquim Barbosa, ao se manifestar sobre a constitucionalidade da regra, limita-se a dizer que “é um mister supletivo” exercido na ausência da autoridade competente, sustentando que “a realidade brasileira recomenda isso”, por haver comarcas em que a aparição do juiz é episódica (ocorrendo a cada quinze ou vinte dias). Vale-se desses argumentos empíricos (suas máximas de experiência) e especiais, que até podem revelar uma coerência externa parcial.

Mas, ainda assim, falta coerência e integridade a esse entendimento que não interpreta a lei aplicada (arts. 22, I, e 24, XI, CF), não definindo um juízo sobre o texto normativo, nem preenchendo seus conceitos vagos (termos como Direito processual e procedimento), para justificar sua incidência no caso. É postura que vai de encontro com os arts. 924, 925, §1.º e 486, §1.º, I e II, CPC.

Já o Ministro Carlos Britto limita-se a afirmar que, na federação, a descentralização do poder, quando possível, deve ser implementada: “Entre duas interpretações possíveis, deve-se optar por aquela que fortalece os entes federativos periféricos”. São colocações dignas de aplausos, salvo por não se promoverem nem explicitarem essas “interpretações possíveis” no caso, que, em nenhum momento, foram devidamente desenvolvidas pelos Ministros. É um típico caso em que se invoca “motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (art. 486, §1.º, III, CPC).

Também fora declarada a constitucionalidade do dispositivo estadual que coloca como “competência” funcional do juiz de paz seu *funcionamento como perito* em processos e o exercício de outras atribuições não vedadas por lei, em comum acordo com juiz. Mais uma vez, não se define o que se entende por processo ou procedimento, nem em que seara (processual ou procedimental) se inseriria essa atuação do juiz de paz como perito. Simplesmente não se toca no assunto.

Investe-se em argumentos que não tem o condão de motivar esse capítulo da decisão, como: a explicação acessória de que o juiz de paz atuaria como um perito oficial e não remunerado para fazer perícia que qualquer cidadão com o mínimo de qualificação faria; ou o esclarecimento incidental de que seria uma questão de economia.

Fora isso, o Ministro Nelson Jobim afirma que o art. 98, II, CF, permite que o juiz de paz exerça “outras funções que lhe der a legislação”, sendo que essa “legislação” aí referida é a estadual. Entende que a Constituição usa o termo legislação quase que

invariavelmente no sentido de legislação estadual. Há, aqui, um problema de integridade e inconsistência, porquanto se considere e interprete o art. 98, II, CF, ignorando-se outras normas do mesmo sistema constitucional que se impõe sejam analisadas e concretizadas sistematicamente, no caso, os arts. 22, I, e 24, XI, CF.

Por outro lado, tomou-se como *inconstitucional* o estabelecimento de: *i*) outra competência funcional dos juízes de paz, mais especificamente para o processamento de *auto de corpo de delito* (de ofício ou a requerimento) e a lavratura de *auto de prisão*, quando houver ausência, omissão ou recusa da autoridade policial; bem assim de *ii*) benefício para juízes de paz de *recolhimento em prisão especial*, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo (direito já assegurado pelo art. 112, § 2º, da LOMAN, LC n. 35/75).

Firmou-se, de modo conciso, o posicionamento de queo tratamento estadual dessa matéria é ilegítimo por implicar usurpação da competência da União para legislar sobre Direito processual penal.

A única justificativa que se dá a este respeito, no voto do relator, é de que esses dispositivos “versam matéria de direito processual penal”.

Equivale a não justificar, já que se limita a reproduzir a vedação constitucional de que a lei estadual trate de “direito processual” penal (art. 22, I, CF), sem demonstrar sua relação com a questão que decide (o que, hoje, não se admite por força art. 486, §1.º, I a III, CPC).

Repetir texto da Constituição, ainda mais sem preencher seus conceitos indeterminados (definindo o que seria matéria de “direito processual”), com a elaboração de “motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (art. 486, §1.º, III, CPC) não é ato de fundamentar, mas, sim, de parafrasear a lei¹³⁴⁹.

¹³⁴⁹ Não foi diferente a postura do STF ao tratar da constitucionalidade de lei estadual que tem por objeto prerrogativa processual de Procurador do Estado. A decisão prolatada em julgamento da ADI n. 2.729/RN, pelo Plenário do STF, em 19.6.2013, publicada no DPJ de 12.2.2014, cujo rel. para o acórdão foi o Min. Gilmar Mendes, reconheceu, dentre outros, a inconstitucionalidade do art. 87, V e VI, da Lei Complementar n. 240, de 27 de junho de 2002, do Estado do Rio Grande do Norte (“Art. 87 - Constituem prerrogativas dos Procuradores do Estado: (...) V - ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou a sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; VI - não ser preso senão por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas), sob argumento de que os incisos tratam da prisão cautelar e, portanto, “versam matéria processual, a respeito da qual apenas a União pode legislar”. Nada mais foi dito a respeito ou foi trazido como razão de sustento dessa decisão. Difícil comentar o não dito, a não-fundamentação, senão apontá-la por si mesma.

3.11 Sistema de gerenciamento de depósitos judiciais.

A ADI n. 2.909 foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no intuito de questionar a constitucionalidade da Lei n. 11.667/2001 do Estado do Rio Grande do Sul que instituiu um Sistema de Gerenciamento dos Depósitos Judiciais.

O Plenário do STF julgou a ação procedente¹³⁵⁰, também sob o argumento de que “depósitos judiciais” são tema processual e, pois, de competência legislativa exclusiva da União (inciso I do art. 22 da CF).

Diz-se, simplesmente, que “não se pode apartar das categorias do processo eventual depósito judicial. Tanto que já existe uma lei federal (...) que dispõe, de maneira uniforme, sobre depósitos judiciais de tributos, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal” (Lei n. 11.429/2006). Entretanto, essa processualidade não excluiria sua natureza administrativa (por se tratar de gestão de recursos). O processo também seria objeto de regras sobre atividades administrativas voltadas para o exercício da jurisdição.

Mantém-se, nesse julgado, a postura que se tem observado na Corte Suprema de falta de coerência e integridade, vez que: *i*) não se expõe o que se entende por processo, ignorando-se, inclusive, doutrina e julgados anteriores que se debruçam em tese sobre a questão; *ii*) não se justifica porque o tema considerado em concreto (“sistema de gerenciamento de depósitos judiciais”) se enquadra no conceito vago de processo.

Em termos de coerência externa, há até a preocupação de invocar precedentes anteriores sobre a matéria (ADI n. 3458¹³⁵¹ e ADI n. 2855¹³⁵²), mas isso não se faz com

¹³⁵⁰ STF, Pleno, ADI n. 2.909/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. em 12.5.2010, publicada no DPJ de 11.6.2010.

¹³⁵¹ STF, Pleno, ADI n. 3458/GO, rel. Min. Eros Grau, j. em 21.02.2008, publicado no DPJ de 16.05.2008. Nessa ADI, julgada procedente para reconhecer a inconstitucionalidade de lei alagoana sobre depósitos judiciais, alguns votos – como o do Min. Cezar Peluso, do Min. Marco Aurélio e do Min. Gilmar Mendes –, encaram o tema como sendo processual. Invoca-se conteúdo de parecer do Prof. Calmon de Passos que demonstraria como os depósitos judiciais tem o condão de interferir na disciplina de diversos procedimentos, com finalidade de garantia etc. (exemplificando com o depósito da ação de consignação em pagamento e a preocupação de regrá-lo em lei federal processual, i.e., no CPC). O Ministro Marco Aurélio assenta e acrescenta que sua natureza processual decorre do fato de ser depósito feito em processo, por ordem do juiz, ficando à disposição do juízo. Não se compreende, contudo, em que medida isso excluiria sua natureza procedimental, visto que é ato do procedimento, que decorre de decisão judicial (que também é ato do procedimento). Junto a isso, no CPC também constam regras gerais de procedimento (já que se insiste tanto em diferenciá-lo do processo). Na verdade, também nestes casos, os Ministros até demonstram algum esforço em definir sua natureza processual, mas nenhum Ministro se preocupa em justificar não ser procedimental, e isso fada seu entendimento à falta de clareza e coerência.

¹³⁵² STF, Pleno, ADI n. 2.855, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.5.2010, publicado no DPJ de 17.9.2010. Nesses autos, a tese vencedora (embora sem unanimidade) foi a colocada pelos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, sendo que só este último levantou a violação ao art. 22, I, CF, e o enquadramento do tema no campo do Direito processual. Sustentou que o assunto foi tratado no art. 1219, CPC-1973 (lei federal), que dá ao juiz o poder de controlar e movimentar contas de depósitos judiciais discricionariamente, enquanto o art. 1.º, §1.º, da lei estadual, contrariando-o, estabelece que serão movimentadas “pelo Presidente do Tribunal de Justiça,

fundamentação adequada, na medida em que não se identifica a *ratio decidendi* dos casos anteriores (“seus fundamentos determinantes”) ou se demonstra que o caso sob julgamento se ajusta àquela *ratio* (art. 486, §1.º, V, 925, §1.º, CPC).

3.12 Processamento de crimes de responsabilidade.

O enunciado n. 722 da súmula do STF estabelece que “são de competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento”.

Trata-se de um enunciado sumular que peca na redação do seu texto que, ao invés de contribuir para a concretização do que seria o “direito processual” e as “normas de processo” nele abrangidas, colocadas como sendo de competência legislativa privativa da União, limita-se a repetir esses conceitos jurídicos indeterminados.

Isso é reflexo dos precedentes que deram origem ao enunciado de súmula citado, bem como se reflete nos precedentes com base nele originados.

Dentre aqueles que serviram de base para a edição do enunciado sumular tem-se o decorrente do julgamento da ADI-MC n. 2050-1/RO (STF, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 02.09.1999, publicada no DPJ de 01.10.1999), que, após o enfrentamento de várias outras questões, reconhece, em breves termos, a inconstitucionalidade do §4.º do art. 137 da Constituição do Estado de Rondônia que só dispõe que “o não cumprimento do disposto no parágrafo anterior implicará em crime de responsabilidade”.

Ou seja, a sua *ratio* só contém como núcleo central a afirmação de que a definição do crime de responsabilidade é tema de competência legislativa da União¹³⁵³. Quando o Ministro avança em seu voto para dizer que a regulamentação do seu processo e julgamento são também assuntos que só podem ser disciplinados por lei produzida pela União

em conjunto com o Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça”. Não justifica mais uma vez o que entende, em tese, por processo, nem porque esse poder judicial é tema processual. Não extremou, ainda, a questão em tela, da seara procedimental. Haveria até a opção de considerar questão de procedimento e não admitir que uma regra suplementar estadual contrariasse regra federal de procedimento – se é que dá para falar em contrariedade -, mas nada disso foi explorado, nem firmadas as premissas necessárias.

¹³⁵³ Vale citar o julgado da ADI n. 2592-9/RO (j. 23.04.2003, publicada no DPJ de 23.05.2003), relatada pelo Ministro Sydney Sanches, que também serviu de base para a edição do enunciado sumular citado. Nesse caso, o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade do art. 136-A, §3.º, da Constituição do Estado de Rondônia, por definir crime de responsabilidade do Governador do Estado, o que seria questão atinente ao Direito penal cujo regramento incumbiria exclusivamente à União. Não se suscita ou se debate qualquer questão ligada ao processo/procedimento voltado para a discussão desse crime. Também assim, STF, Pleno, ADI n. 1.901-1/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 03.02.2003, publicado no DPJ de 09.05.2003.

o faz a título de *obiter dictum*, pois essa questão sequer foi colocada como objeto de discussão nos autos dessa ação de controle de constitucionalidade.

Na ADI-MC n. 1879-6/RO (Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. em 19.04.1999, publicada no DPJ de 18.05.2001), não se tem melhor fundamento para a criação do enunciado de súmula. Trata-se de voto de uma página em que o relator, *ipsis literis*, assevera que: “Os dispositivos da Lei n.º 657, de 10 de junho de 1996, do Estado de Rondônia, atacados nesta ação direta ou dizem respeito à definição de crimes de responsabilidade e de seus efeitos, ou concernem ao seu processo e julgamento”. E cita precedente da ADI-MC n. 1628 em que se fala que o processo e julgamento desses crimes é tema de competência da União.

Nem uma linha é escrita sobre o que se entende por processo, por qual razão os dispositivos de lei estadual invalidados por inconstitucionalidade se enquadrariam no seu conceito ou demonstrando que o caso em julgamento se assemelha àquele que serviu de base ao precedente invocado.

Os legisladores estaduais, os magistrados e os jurisdicionados estudiosos do Direito (ou simplesmente curiosos) continuam privados do conhecimento do que o STF entende por processo e porque nesses casos se estaria diante de processo e não de procedimento.

Na própria ADI-MC n. 1628-8/SC (rel. Min. Nelson Jobim, j. em 30.06.1997, por decisão publicada no DPJ de 26.09.1997) citada no caso acima não se encontra maior substrato para arrimar essa tese. Em que pese tenha como objeto litigioso dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina que tratam do processo e julgamento do crime de responsabilidade¹³⁵⁴, também não se define o que se entende por processo e por qual razão as regras especificamente constantes nesse diploma seriam processuais sem ser procedimentais.

A grande preocupação do relator é, única e exclusivamente, justificar que, em tese, o processo e julgamento de crimes de responsabilidade devem ser objeto de lei federal, produzida no exercício de competência legislativa da União – e que a lei federal existente estaria sendo contrariada pela Constituição estadual.

Também há precedentes posteriores a esse enunciado sumular que nada acrescentam de significativo ao entendimento do STF.

A ADI n. 1.628/SC, relatada pelo Min. Eros Grau, julgada pelo Pleno do STF em 10.08.2006, por decisão (agora definitiva e não mais provisória) publicada em 24.11.2006,

¹³⁵⁴ Mais especificamente da competência da Assembleia Legislativa para “julgar” o governador e vice-governador em crimes de responsabilidade (art. 40, XX) e da suspensão do governador de suas funções assim que instaurado o processo pela Assembleia Legislativa (art. 73, §1.º, II).

foi uma delas. Decretou-se a inconstitucionalidade dos arts. 40, XX¹³⁵⁵, e 73, §1.º, II¹³⁵⁶, da Constituição do Estado de Santa Catarina, com o fundamento de que: “A expressão ‘julgar’, que consta no inciso XX do artigo 40, bem como o inciso II do §1.º do artigo 73 da Constituição catarinense, estabelecem normas processuais a serem observadas no julgamento pela prática de crimes de responsabilidade”, o que seria de competência privativa da União.

Cita precedentes existentes sobre o tema, sem extrair ou analisar sua *ratio* e sem comparar os casos (o caso sob julgamento e o caso paradigma) em termos fáticos e justificar sua similaridade. Sequer transcreve ementas.

Na ADI n. 2220/SP, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgada pelo Pleno do STF em 16.11.2011, foi prolatada decisão, publicada em 07.12.2011, em que se entende pela inconstitucionalidade dos arts. 49, §§1.º, 2.º e 3.º, item 2, e art. 50, da Constituição do Estado de São Paulo¹³⁵⁷, por se referirem ao “processo” e julgamento de crimes de responsabilidade – em especial sobre a constituição do órgão julgador, sua competência e a legitimidade para denunciar -, o que seria de competência privativa da União.

A relatora Ministra Cármen Lúcia pouco se justifica. Afirma ser tema “processual penal”, sem definir processo ou procedimento ou explicitar por qual razão as regras constitucionais paulistas nesse contexto se inseririam. Ao ignorar toda a discussão doutrinária e jurisprudencial em torno dos conceitos de processo e procedimento, não assegura a integridade da sua decisão, que pressuporia debate amplo e profundo com enfrentamento do maior número de argumentos possíveis em torno da questão.

Passando por cima dessa questão prévia e prejudicial, contenta-se em se apoiar no fato de que há lei federal (Lei n. 1.079/1950) sobre a matéria que estaria sendo contrariada pelo diploma estadual e na solidez da jurisprudência do STF em torno do tema, a ponto de já haver súmula da Corte Suprema (o enunciado n. 722 já citado) que não admite lei estadual

¹³⁵⁵ “Art. 40 – É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa: (...) XX – processar e **julgar** o Governador e o Vice-Governador nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”.

¹³⁵⁶ “Art. 73 (...) §1.º - O Governador ficará suspenso de suas funções: (...) II – nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pela Assembleia Legislativa”.

¹³⁵⁷ “Artigo 49 - Admitida a acusação contra o Governador, por dois terços da Assembléia Legislativa, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns, ou nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial. § 1º - O Tribunal Especial a que se refere este artigo será constituído por sete Deputados e sete Desembargadores, sorteados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que também o presidirá. § 2º - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Especial referido neste artigo processar e julgar o Vice-Governador nos crimes de responsabilidade, e os Secretários de Estado, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, ou com os praticados pelo Governador, bem como o Procurador-Geral de Justiça e o Procurador-Geral do Estado. § 3º - O Governador ficará suspenso de suas funções: (...) 2 - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pela Assembléia Legislativa. (...) Artigo 50 - Qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical poderá denunciar o Governador, o Vice-Governador ou os Secretários de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Assembléia Legislativa”.

sobre o assunto. Entretanto não se debruça sobre a *ratio decidendi* dos precedentes que originaram o enunciado de súmula, justificando sua adesão, nem realiza o confronto dos casos subjacentes para confirmar sua semelhança.

Enfim, não se sabe claramente o que pensam os Ministros do STF sobre a processualidade ou ausência de procedimentalidade da discussão e julgamento dos crimes de responsabilidade.

3.13 Organização e composição de órgão jurisdicional.

Na mesma ADI n. 4414/AL (STF, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. em 31.05.2012, por decisão publicada em 17.06.2012), anteriormente comentada, trata-se da constitucionalidade dos dispositivos de lei alagoana (n. 6.806/2007), que regram a constituição, estruturação e composição da 17.^a Vara Criminal (dando-lhe competência para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas dentro do território alagoano), com o seguinte texto:

Art. 2º A 17ª Vara Criminal da Capital terá titularidade coletiva, sendo composta por cinco Juízes de Direito

(...)

Art. 4º Os cinco (05) Juízes da 17ª Vara Criminal da Capital, após deliberação prévia da maioria, decidirão em conjunto todos os atos judiciais de competência da Vara.

Parágrafo único. Os atos processuais urgentes, quer anteriores ou concomitantes à instrução prévia, quer os da instrução processual, poderão ser assinados por qualquer um dos juízes, e, os demais, por pelo menos três deles.

Trata-se nitidamente de regra de organização judiciária, já que organiza a composição interna de órgão jurisdicional, definindo sua colegialidade. Logo, ao menos em termos *formais*, não há qualquer empecilho para sua previsão em lei estadual.

A despeito disso, o relator enquadrou a regra no contexto da competência legislativa concorrente do art. 24, XI, CF, que permite que Estados tratem de “procedimentos em matéria processual”. Desta feita, firma uma visão do que considera ser procedimento com base na doutrina de Sérgio Bermudes e Machado Guimarães, para compreendê-lo como o modo como se desenvolve a relação processual. E, partindo dessa premissa, conclui que:

o juízo, um dos sujeitos entre os quais se estabelece a relação jurídica processual, é órgão que pode se manifestar através de um agente público singular ou de um colegiado de magistrados. Em verdade, quando se diz que uma norma está criando um órgão jurisdicional colegiado, na verdade o que se extrai é que determinados atos processuais serão praticados, exteriorizados, mediante a chancela de mais de um magistrado. Incide, na hipótese, a competência concorrente prevista no art. 24, XI, da Constituição.

De fato, há a preocupação em definir o procedimento (ainda que com base em uma só visão doutrinária, sem perpassar por outras de relevo) e justificar que a constituição de órgão colegiado nesse contexto se enquadraria por definir de que modo atos processuais serão “exteriorizados”, i.e., “mediante a chancela de mais de um magistrado”.

Mas há que se pontuar que o posicionamento, enquanto núcleo de uma *ratio decidendi*, não revela a consistência dele esperada. Não atenta para o fato de que criar e organizar órgão jurisdicional é da essência da ideia de organização judiciária¹³⁵⁸ e se integra ao regramento da administração da justiça, de competência do próprio Estado, como demonstrado no capítulo 3 desta tese.

Se *atribuir competência a esse órgão* para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas foi considerado, inicialmente, nesse mesmo acórdão, assunto de “*organização*” da justiça, sentido não faz desse contexto excluir o próprio ato de “*organizar*” esse órgão e definir sua composição.

Demais disso, se é para definir que uma regra é de “procedimento em matéria processual” não basta inseri-la nesse contexto. É imprescindível justificar que não é ela integrante do “direito processual” de competência privativa da União, para que se forme um juízo íntegro, coeso e completo em torno da questão¹³⁵⁹.

4 COLOCAÇÃO FINAL.

Demonstrou-se, ao longo desse capítulo, que o dever do juiz brasileiro (e, sobretudo, dos tribunais superiores) de fundamentar as suas decisões encontra-se cada vez mais em evidência.

E isso por uma simples razão: caber-lhe ali, na fundamentação, criar uma norma geral, a chamada *ratio decidendi*, que pode ser invocada como precedente (persuasivo ou vinculante) no julgamento de casos futuros e semelhantes – bem como a jurisprudência ou a súmula que pode deste precedente nascer -, tornando-se, assim, parâmetro de conduta para os jurisdicionados e de julgamento (e procedimento) para os juízes e tribunais.

¹³⁵⁸ O que percebem e registram os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.

¹³⁵⁹ Importante a preocupação do relator Min. Luiz Fux de justificar o cabimento de lei local sobre o tema, na medida em que viria atender necessidades decorrentes da realidade do Estado de preservar a independência dos juízes que se deparam com causas envolvendo organizações criminosas, independência esta que fica mais conservada se integrantes de um colegiado: “Essa necessidade local, que autoriza a edição de lei estadual sobrematéria de procedimento, restou claramente demonstrada diante danarrativa do Governador do Estado de Alagoas, o qual noticiou que ‘*nesse Estado (...) já ocorreram fatos criminosos improváveis e que demonstramo total desprezo pela máquina judiciária, tais como assassinato de deputadofederal, sequestro de magistrado e envolvimento de deputados estaduais comatividades típicas de grupos de extermínio*’.

A fundamentação assume, pois, importância vital, no contexto extraprocessual, para o bom funcionamento do sistema de precedentes, com a segurança e confiabilidade desejada. Permite que a população destinatária, fiada nas interpretações judiciais (possíveis e esperadas) das mais diferentes situações, encontre, ali, modelos de comportamento a serem adotados.

A grande preocupação, no momento, é saber quando os nossos tribunais vão se adaptar a isso.

O apanhado de julgados do STF sobre a competência dos Estados para legislar suplementar e supletivamente sobre “procedimento em matéria processual” – em face da competência privativa da União para tratar do “direito processual” - permite perceber que a questão não é analisada com a atenção merecida.

Muitas vezes sequer se justifica qual o conceito teórico adotado de processo e procedimento que autorize tratá-los como temas distintos para fins legislativos.

Quando muito, reproduz-se concepções doutrinárias inconsistentes e que são desestruturadas com certa facilidade – como se viu nos capítulos 2 e 3 desse trabalho -, variando a visão seguida a cada voto, senão a cada julgamento.

Passa-se, ainda, ao largo da necessidade de concretização desses conceitos jurídicos indeterminados (“processo”, “procedimento em matéria processual” e “Direito processual”) com um juízo histórico, sistemático, teleológico e principiológico em torno deles.

O pior é o predomínio de julgados que colocam tudo ou quase tudo que se refere ao fenômeno processual/procedimental como temática de competência privativa da União. A razão central dessa postura da Corte Suprema é o fato de assumir-se uma missão teoricamente inviável: diferenciar processo e procedimento.

Diante disso, os mais diversos atores políticos e sociais são colocados em ambiente de insegurança jurídica e insuficiência legislativa.

O legislador estadual fica privado do conhecimento seguro e efetivo do posicionamento do STF sobre a matéria em torno da qual poderia legislar, pouco ou nada podendo prever ou confiar que poderia ser aceito como constitucional ou inconstitucional na Corte Suprema em torno de sua produção legislativa estadual.

Os jurisdicionados ficam sem acesso a um processo nas justiças e juizados estaduais que se adapte e atenda às necessidades locais, que só poderiam ser supridas por uma legislação estadual cuja validade fosse assegurada.

E os mais diversos juízes e tribunais chamados a interpretar e aplicar leis estaduais sobre “procedimento em matéria processual” ficam sem precedentes claramente delineados pela Corte Suprema que possam guiá-los em torno dos assuntos que podem ser nesse contexto constitucionalmente considerados.

CONCLUSÃO

Processo e procedimento são, em essência, noções indissociáveis entre si. Legislar sobre um significa legislar sobre o outro.

Dessa forma, normas de processo e normas de procedimento têm o mesmo objeto e papel, sendo, portanto, coincidentes entre si. Disciplinam o exercício procedimental da jurisdição em contraditório, abrangendo todos os seus atos e fatos, em sua existência, validade e eficácia.

Assim, ambas integram o “direito processual” (art. 22, I, CF) e referem-se ao fenômeno do “processo” (art. 24, X, CF) e do “procedimento em matéria processual” (art. 24, XI, CF), não havendo distinção entre elas que sirva de critério para repartir a competência legislativa.

A despeito disso, a Constituição atribui à União competência privativa para legislar sobre “direito processual” e, paralelamente a isso, confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para disciplinar o “procedimento da matéria processual” (e o “processo” nos juizados) - de modo que sejam produzidas simultaneamente, legislação federal geral e legislação estadual (e distrital) suplementar (ou supletiva) sobre o tema.

Ao conceder competência privativa à União e competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal sobre uma mesma matéria, incorre em um conflito aparente de competência, que deve ser solucionado mediante uma interpretação histórica, teleológica e sistemática das normas de competência legislativa em questão, assentada na própria Constituição, e que garanta a unidade e integração político-constitucional, atribuindo eficácia ótima às normas constitucionais levadas em consideração.

Teleologicamente, vislumbra-se ser opção do Constituinte de 1988 admitir leis estaduais (e distritais) suplementares e supletivas sobre “procedimento em matéria processual” com o objetivo de viabilizar que a legislação genérica da União seja adaptada às diferentes necessidades e realidades locais – que devem ser atendidas e supridas, ainda que a União seja omissa -, considerando-se a dimensão territorial e a variedade social, cultural, estrutural e econômica brasileira.

Sistematicamente, autorizar a produção de leis estaduais suplementares e supletivas de processo e procedimento (inconfundíveis entre si) é o padrão constitucional, por exemplo, para processos dos juizados especiais estaduais (art. 24, X, CF) e para os processos

licitatórios (art. 22, X, CF), permitindo-se, também, que os Estados disciplinem plenamente seus processos administrativos em geral.

Ainda sistemática, mas também historicamente, demonstrou-se que a distinção de processo e procedimento está superada em doutrina e sequer é acolhida nos mais diversos dispositivos da Constituição (a ex. dos art. 5.º, LXXII e LXXVIII, art. 24, X, art. 37, XXI, art. 41, §1.º, art. 59, *caput*, art. 84, III, 166, §7.º, CF/1988). Não se justifica servir de base para repartir a competência legislativa neste mesmo diploma constitucional, cujo art. 24, XI, certamente, por um lapso, não acompanhou essa evolução conceitual, ecoando o passado.

Demais disso, os princípios constitucionais do devido processo legal, da autoridade natural e da competência adequada, bem como o princípio federativo e do interesse predominante (moldado pela subsidiariedade) são determinantes para a adequada interpretação dessas regras.

É necessário identificar e tutelar o interesse regional ou local, que sobressai prevaemente, em adequar normas processuais gerais às especificidades do modo de exercício da jurisdição estadual – naturalmente, sem contrariar a legislação federal e sem gerar disparidades nacionais perniciosas.

Afinal, o legislador estadual (e distrital) está próximo dos problemas locais, relativos à Justiça do seu Estado (ou do Distrito Federal), o que o torna a autoridade natural e titular da competência adequada para, conduzindo um processo legislativo devido, moldar o processo instituído por lei federal ao ambiente jurisdicional regional.

Nada mais razoável do que reconhecer o poder dos Estados (e do Distrito Federal) de suplementar e suprir a legislação que rege o instrumento de trabalho de uma função sua, a *jurisdição estadual* – até mesmo como um poder implícito ou resultante, que assegura e viabiliza a implantação dos fins constitucionalmente visados.

Desse modo, a partir dessa leitura teleológica, sistemática, histórica e principiológica dos arts. 22, I, e 24, X e XI, CF, pode-se concluir que:

i) a União tem competência legislativa plena para disciplinar o processo jurisdicional federal;

ii) a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência legislativa concorrente para tratar do processo (que é procedimento) voltado para o desempenho de jurisdições estaduais.

O Direito processual aplicável pelos órgãos jurisdicionais estaduais pode ter dupla origem (federal e estadual), convivendo leis federais e leis estaduais (ou distritais).

Espera-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal deixe de lado a missão teoricamente inviável de diferenciar processo e procedimento, que o tem levado, em grande parte dos seus precedentes, a colocar parcela significativa daquilo que se refere ao fenômeno processual/procedimental como temática de competência privativa da União. Ainda mais quando o faz por decisões que acabam refletindo e resvalando na inconsistência, na incoerência e na falta de uniformidade existentes em doutrina sobre a matéria.

Anseia-se que o legislador estadual encontre no STF posicionamentos seguros e efetivos sobre o que pode ser validamente objeto de sua atividade legislativa.

Acima de tudo isso, almeja-se que o jurisdicionado possa contar com um processo nas justiças e juizados estaduais adequado às necessidades locais, devidamente atendidas por leis estaduais que tenham sua validade reconhecida e preservada pela Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Reason and authority. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics.** Cambridge: University Press, 1997.

_____. **Essays on the doctrinal study of law.** New York: Springer, 2011.

ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. **Revista do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal**, Brasília, n. 13, 2011.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 149, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica.** 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Direito, razão, discurso.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. *In Problemi di diritto.* Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 2 v., 1957.

_____. L'ordinamento giuridico nel prisma del'accertamento giudiziale. *In Problemi di diritto.* Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1 v., 1957.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1918.

ALVARO, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, 2003, n. 29.

ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1 v., 2003.

_____. O Código de Processo Civil, suas matizes ideológicas, o ambiente sócio-político em que foi editado e as duas décadas que se lhe seguiram, com suas novas necessidades – a complementação do sistema processual – processo e procedimento, no sistema constitucional de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 70, 1993.

_____. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1 v., 1975.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Lisboa: Almedina, 2 v., 2006.

ANDRADE, Miguel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1 v., 1997.

ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar. A experiência inglesa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 192, 2011.

ANGELIS, Dante Barrios de. **Teoría del proceso**. 2 ed. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2002.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1 v., 2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2 v., 2000.

_____. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, 2004.

ARAGÃO, Paulo Cezar. Reflexões sobre as sentenças determinativas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 2, 1976.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Ação discriminatória. In DIDIER JR., Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). **Procedimentos Especiais Cíveis. Legislação Extravagante**. São Paulo: Saraiva: 2003.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Responsabilidade patrimonial. In LOPES, João Batista Lopes; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coord.). **Execução civil (aspectos polêmicos)**. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Manual da Execução**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASSIS, Jacy. Do Registro Torrens. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 371, 1966.

ATALIBA, Geraldo. Competência legislativa supletiva estadual. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, n. 73, 1982.

_____. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 53 e 54, 1980.

_____. Normas gerais de direito financeiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 10, 1969.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista do Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, 2013.

_____. **Segurança jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZUELA, Héctor Santos. **Teoría General del Proceso**. México: McGraw-Hill, 2000.

BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução de José Manoel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto Costituzionale**. 5 ed. Milano: Giuffrè, 1957.

BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e Procedimento. **Revista do Curso de Direito da Universidade de Uberlândia**, Uberlândia, v. 2, 1991.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica**. 7 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1910.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. O princípio de subsidiariedade. Conceito e revolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, 1995.

BARBOSA, Ruy. **Obras Completas de Rui Barbosa. Excursão eleitoral aos Estados da Bahia e Minas Gerais**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 37 v., 1 t., 1967.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 15 jun 2014.

_____. **Direito Constitucional Brasileiro. O problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. **A província: estudo sobre a descentralização no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1975.

_____. **A Província: estudo sobre a descentralização do Brasil**. Brasília: Editora Fac-Similar, Senado Federal, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A federação e a constituinte**. São Paulo: Themis, 1986.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 3 v., 2 t., 1993.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei de Registros Públicos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2 v., 1997.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECCHI, Paulo. Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. **Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica**. Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (org). G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Giuffrè, 1952.

BERCOVICI, Gilberto. “Separação de poderes” no Estado Federal norte-americano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 150, 2001.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 5, 1991.

_____. Competência Legislativa Concorrente sobre Procedimentos em Matéria Processual. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, 1994.

BETTI, Emilio. **Teoria General de las Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1 t., 1969.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. O Federalismo e a Revisão da Forma de Estado. **Revista Forense Comemorativa – 100 anos**, Rio de Janeiro, v. 1, 2005.

BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1 v., 1946.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BORGES, João Afonso. **O Registro Torrens no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1960.

BORGES, Marcos Afonso. **Processo Judicial da Ação Discriminatória**. 2 ed. Goiânia: AB, 1998.

BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n.148, 2007.

_____. Competência adequada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 219, 2013.

BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott. **Forum non conveniens: history, global practice, and future under The Hague Convention on choice of court agreements**. New York: Oxford University Press, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria de Direito Processual Civil**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1 v., 2008.

_____. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BÜLLOW, Oskar. **Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lischtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução.** São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. **Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, 2009.

_____. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas.** Salvador: Jus Podivm, 2013.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo.** 10 ed. Coimbra: Almedina, 2 t., 1999.

CAHALI, Yusef Said. **Fraude contra credores.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1 v., 1999.

_____. Il processo come situazione giuridica. *In Opere Giuridiche.* Napoli: Morano, 1 v., 1965.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1 v., 2004.

_____. **Lições de Direito Processual Civil.** 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1 v., 2007.

_____. **Lições de Direito Processual Civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1 v., 2002.

CAMBI, Eduardo. Normas Gerais e Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, 1998.

_____. CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldoni Gomes de. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 215, 2013.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1 v., 1956.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira;

LEONCY, Léo Ferreira (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. La “natura” delle norme sulle prove. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova, v. 24, 1969.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Das Normas gerais**. Belo Horizonte, Forum, 2010.

CARNEIRO, Athon Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Jurisdição e competência**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. **Revista de processo**, São Paulo, n. 81, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 1 v., 2000.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 1 v., 2004.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2 v., 2004.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 3 v., 2004.

_____. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 4 v., 2004.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

_____. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

_____. Profili dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1960, v. 15.

_____. Natura giuridica dell’ipoteca. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, 1939, v. 16.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____; CARVALHO JR, Pedro Lino de. Procedimentos previstos na Lei de Registros Públicos. In DIDIER JR, Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). **Procedimentos Especiais Cíveis. Legislação Extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Ação declaratória**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO, Orlando. **A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e seus limites**. 2 ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora; HIJO, Ricardo Levene. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1 t., 1945.

_____. Algunas concepciones menores acerca de La naturaleza del proceso. In **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1 t., 1974.

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 v., 1976.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 4 v., 1944.

CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil**. O Poder Constituinte Decorrente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2 ed. São Paulo: Lejus, 1997.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bolonha: Mulino, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 7 v., 1969.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1 v., 1969.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 3 v., 1969.

_____. Rapporto giuridico processual e litispendenza. In **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 2 v., 1993.

_____. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. *In Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1 v., 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO JUNIOR, Sérgio. **Fraude à Execução e Garantias Fundamentais do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONCEIÇÃO, Márcia Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na constituição: requisitos da relevância e da urgência (art. 62 da CF)**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – Celso Bastos Editor, 1999.

CONSO, Giovanni. **I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 v., 1959.

COSTA, Moacir Lobo da. **Breve notícia histórica do direito processual brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179/180, 1990.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: Red Livros, 1999.

_____. **Introdução ao estudo do processo**. Tradução de Mozart Victor Russomano. **Rio de Janeiro: José Konfino, 1951**.

CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 6 v., 2002.

_____. **Comentários à Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Forense Universitária, 3 v., 1991.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Interesse de agir na ação declaratória**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUSHMAN, Robert Eugene. **Leading constitutional decisions**. New York: F.S. Crofts & Co., 1925.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O estado federal**. São Paulo: Ática, 1986.

DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel (coord.). **Constituição e Processo**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DENTI, Vittorio. Procedimento civile (atti del). In **Digesto delle Discipline Privatistiche (Sezione civile)**. Torino: UTET, 14 t., 1996.

_____. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 24, 1969.

DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 187, 2010.

_____. Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, 2014, n. 232.

_____. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 223, 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 1 v., 2011.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 14 ed. Salvador: Jus Podivm, 1 v., 2012.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 1 v., 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 16 ed. Salvador: Jus Podivm, 1 v., 2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2 v., 2012.

_____; _____. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2 v., 2014.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 5 v., 2012.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 5 v., 2014.

_____; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 4 v., 2014.

_____; _____. **Curso de Direito Processual Civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 4 v., 2011.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação**. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Editorial n. 181. Súmula Vinculante de Tribunal de Justiça. **Disponível em: www.frediedidier.com.br**. Acesso em 23 fev 2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *In* LAZARI, Rafael José Nadim; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (org). **Liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 240-267.

_____; BRAGA, Paula Sarno. A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial. **Juris Plenum**, v. 111, 2010.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora. 2010.

_____; NOGUEIRA, Pedro. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

_____. BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 218, 2013.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197, 2011.

_____. Sentença constitutiva e execução forçada. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 159, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1 v., 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 4 v., 2004.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2 v., 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 1 v., 2003

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 1 v., 2001.

_____. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. *In* MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de Proceso**. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, s/a.

_____. **Teoría General de la Prueba Judicial**. 5 ed. Buenos Aires: Zavalia Ed., 1 t., 1981.

_____. **Teoría General Del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos**. Buenos Aires: Editorial Universidad.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

_____. **La idea de concreción nel derecho y en la ciência jurídica actuales**. Tradução de Juan Jose Gil Cremades. Pamplona: Editora da Universidade de Navarra, 1968.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. “Extinção do Processo e Mérito da Causa”. **Ensaio sobre direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

FARIA, Eliana Goulart Leão de. Poderes implícitos na Constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 65, 1983.

FAVELA, José Ovalle. **Teoría general del proceso**. 6 ed. México: Oxford, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

_____. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996.

_____. Teoria generale. *In* **Novissimo Digesto Italiano**. Turim: UTET, 13 t., 1966.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia.** Madrid: Editorial Trotta, 1 v., 2011.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. *In* FERRAZ, Sérgio (coord.). **A norma jurídica.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

_____. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito USP**, v. 90, São Paulo, 1995.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. Visão atual do princípio do juiz natural. *In* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). **Processo e constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1 v., 1997.

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959.

FIGUEROA, Carlos Cortes. **Em torno a teoria general del proceso.** 3 ed. México: Cardenas Editor y Distribuidor, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, 1997.

FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinicius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Competências Federativas.** Salvador: Jus Podivm, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O Estado Federal Brasileiro na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179 e 180, 1990.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1 v., 1997.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O anteprojeto dos notáveis.** São Paulo: Saraiva, 1987.

FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. Síntese didática de algumas teorias menos conhecidas sobre a natureza jurídica do processo. *In* DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial.** Salvador: Jus Podivm, 2008.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1 v., 2009.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

FONTES, André. **A pretensão como situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FOSCHINI, Gaetano. Natura giuridica del processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, V. III, Parte I, 1948.

FRANCO, Fernão Borba. Processo administrativo, teoria geral do processo, imparcialidade e coisa julgada. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação. Enfoque sobre interesse de agir**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GABBA, C. F. **Teoria della Retroattività delle leggi**. 2 ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 4 v., 1889.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. A competência constitucional dos estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF/1988): ponto de partida para releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 186, 2010.

GARCÍA, Carlos Arellano. **Teoria General Del Proceso**. 14 ed. México: Porruá, 2005.

GASPARETTI, Marco Vanin. **Competência Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOLDSCHIMDT, James. **Teoria General Del Proceso**. Buenos Aires, Barcelona, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936.

GOMES, Fábio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 v., 2000.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro, AIDE, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 8 v., 2004.

GONZALEZ, Alice Borges. **Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2 t., 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Leonardo. **Teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 36, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1 v., 2009.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochen. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 206, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. 25 ed. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Inconstitucionalidade das leis processuais estaduais. In CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (org.). **Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GROPPALI, Alessandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 3 ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1 t., 1968.

_____. **Concepto y Metodo de Derecho Procesal**. Madrid: Civitas, 1997.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

_____. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

_____. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. *In Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969.

_____. **Comentários a Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 4 v., 1942.

HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 48, 1991.

HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 37, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**: Porto Alegre: Sérgio Antonio fabris, 1991.

_____. La interpretación constitucional *In Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HORTA, Raul Machado. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 21, 2002.

_____. Reconstrução do Federalismo Brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 54, 1982.

_____. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 315, 1991.

_____. Problemas do federalismo brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 178, 1958.

_____. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. Unidade e dualidade da magistratura. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, 1987.

_____. **Direito Constitucional**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte; UFMG, 1964.

JACQUES, Paulino. **Da Norma Jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

JATAHY, Vera Maria Barrera. **Do conflito de jurisdições**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JORI, Mario; PINTORE, Anna. **Manuale di teoria generale del diritto**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

JUENGER, Frederick K. Forum non conveniens – who needs it? *In Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998.

KARAYANNI, Michael. **Forum non conveniens in the Modern Age: a comparative and methodological analysis of Anglo-American law**. New York: Transnational Publishers, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LAGO JR., Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva**: uma análise a partir dos deveres de proteção. 2013. 393 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13864/1/Texto%20completo.%20Vers%C3%A3o%20dep%C3%B3sito.pdf>>. Acesso em 15 jun 2014.

LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 10 ed. México: Oxford, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1 t., 1958.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LETTERIELLO, Rêmoló. Considerações sobre os juizados de pequenas causas. **Juizado de Pequenas causas**. Porto Alegre, n. 02, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1 v., 2005.

_____. **Manuale di Diritto Processuale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2 v., 1974.

_____. L'opera scientifica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, V. V, Parte 1, 1950.

_____. **Processo de Execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Norme Processuali nel Codice Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 3, parte 1, 1948.

_____. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. *In Problemi del Processo Civile*. Nápolis: Morano, 1962.

_____. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 6 v., 1985.

_____. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 101, 1989.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, n. 49, 1990.

LUISO, Francesco Paolo. **Diritto Processuale Civile**. 7. Ed. Milano: Giuffrè, 1 v., 2013.

LUNELLI, Guilherme. Normas processuais e normas procedimentais: uma proposta de diferenciação para fins de competência legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 224, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACÊDO, Lucas Buri de. A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 216, 2013.

_____. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MACHADO, Antonio Claudio Costa. **Código de Processo Civil Interpretado e Anotado: artigo por artigo**. 5 ed. Barueri: Manole, 2013.

MAGALHÃES, Dario de Almeida. A crise do federalismo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 158, 1955.

MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 324, 1993.

_____. A "perpetuatio jurisdictionis" e o desmembramento da comarca. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 47, 1987.

MANDRIOLI, Crisanto. **La Rappresentanza nel Processo Civile**. Torino: UTET, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5 v., 1 t., 2005.

_____. **Novas linhas do direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1 v., 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5 v., 1 t., 2005.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. Organização judiciária e processo. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 1, 1960.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 1 v., 2000.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 5 v., 2000.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva: São Paulo, 1 v., 1974.

_____. **O Direito Processual em São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, 2002.

MARSHALL, John. **The Constitutional Decisions of John Marshall**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltda., 1 v., 1905.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513/o-direito-privado-como-um-sistema-em-construcao>>. Acesso: em 25 nov 2012.

_____. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Legislativa Concorrente. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 16, 2000.

MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (org.). **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: Jus Podivm, 2006.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. O Processo Administrativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 483, 1976.

_____. Direito Urbanístico – Competências Legislativas. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 73, 1985.

_____. **Direito Municipal Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In **Estudios del Derecho Procesal**. Buenos Aires: EJE, 1 t., 1967.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Licitações. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 83, 1987.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas**. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do fato jurídico. Plano de existência**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia**. 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do fato jurídico. Plano de validade**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria do fato jurídico. Plano de validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, Salvador, n. 12, 2007.

_____. Interpretação constitucional e "pensamento de possibilidades". In COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. **Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, 2 t., 2013.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 107, 2004.

MERKL, Adolfo. **Teoria General del Derecho Administrativo**. México: Nacional, 1980.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MESQUITA, Gil Ferreira. **Teoria Geral do Processo**. Uberlândia: Ipedi, 2004.

MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. **Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados: estudos em face de um paradigma constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2 t., 2000.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 4 t., 2000.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Sandra Julien. **Do ato administrativo complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20 t., 1983.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 2 t., 1970.

_____. **Tratado das Ações**. Campinas: Bookseller, 1 t., 1998.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 3 t., 1997.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 4 t., 1974.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 4 t., 1979.

- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1 t., 1973.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 t., 1958.
- _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2 t., 1947.
- _____. **Tratado de Direito Privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1 t., 1983.
- _____. **Tratado de Direito Privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsói, 5 t., 1955.
- _____. Relação Jurídica Processual *In* SANTOS, J. M. Carvalho (org.). **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsói, 48 v., s/a.
- _____. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 2 t., 1987.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 206, 2012.
- MONTEIRO, Yara Darcy Police. Partilha de Competência na Constituição de 1988. Normas Gerais: Características e Elementos Configuradores. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 21, 1997.
- MONTEIRO, João. **Programma do Curso de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Typographia Acadêmica, 1 v., 1936.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *In* **Temas de Direito Processual**. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Ação Declaratória e interesse. *In* **Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.
- _____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1969, n. 404.
- _____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *In* **Temas de Direito Processual**. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **O novo processo civil brasileiro**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. *In* **Temas de direito processual**. 1.ª Série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. A Justiça Estadual na República. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 160, 2008.

_____. A importação de modelos jurídicos. *In* **Temas de direito processual civil**. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. *In*: **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *In* **Temas de Direito Processual**. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**. Segunda série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 730, 1996.

NERY JR., Nelson. Competência no Processo Civil Norte-Americano: o instituto do Forum (non) Conveniens. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 781, 2000.

_____. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 100, 1998.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. *In* DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf?imprimir=1>>. Acesso em 02 fev 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In* DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2 v., 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Do Formalismo no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Condições da ação: possibilidade jurídica do pedido. **Revista de Processo**, São Paulo, 1987, n. 46.

OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz. A Constituição da República e os procedimentos alternativos. **Revista da Escola Paulista de magistratura**, São Paulo, v. 1, 1993.

PACHECO, Claudio. **Tratado das Constituições brasileiras**. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 2 v., 1958.

PAIXÃO JUNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria Geral do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Bahia: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

_____. Em torno da condição da ação – a possibilidade jurídica. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, 1964, v. 4.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, 2001.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 3 v., 2004.

_____. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAULA, Jônatas de. **História do Direito Processual Brasileiro**. Barueri: Manole, 2002.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Boston/London/Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 3 v., 2004.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 v., 2008.

PICARDI, Nicola. **Manuale del Processo Civile**. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. **La Successione Processuale**. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. A Vocação do Nosso Tempo para a Jurisdição. In ALVARO, Carlos Alberto (org. e revisor técnico da tradu o). **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Dei termini. In ALLORIO, Enrico (coord.). **Commentario del Codice de Procedura Civile**. Torino: UTET, 1 v., 2 t., 1973.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal. Evolu o Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PINHO, José Cândido de. **Breve ensaio sobre a competência hierárquica**. Coimbra: Almedina, 2000.

PINTO, Carlos Alberto Carvalho. **Normas gerais de direito financeiro**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1949.

PISANI, Andrea Proto. **Diritto Processuale Civile**. 4 ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2002.

POZZA, Pedro. **A nova execu o: Comentários   Lei n  11.232 de 22 de dezembro de 2005**. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coord.). Rio de Janeiro: Forense; 2006.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: EDUSP, 1997.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e descentraliza o territorial em perspectiva comparada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Competências Constitucionais. Legisla o sobre urbanismo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 75, 1985.

REDENTI, Enrico. Atti processuali. In **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffr , 4 v., 1959.

_____. **Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1 t., 1957.

REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

REIS, Alberto dos. **Processos Especiais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1 e 2 v., 1982.

REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpreta o: uma análise no adimplemento das obriga es**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

RESCHNEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Manoel. O Estado Federal. **Revista dos Institutos dos Advogados**, Salvador, número especial, 1987.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROCCO, Ugo. **Teoria General del Proceso Civil**. Tradução de Felipe de J. Terra. México: Porrúa, 1959.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 v., 2003.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Processo, procedimento e intimação pessoal da fazenda pública. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 95, 2011.

ROJAS, Miguel Enrique. **Teoría del proceso**. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ROSELLI, Federico. Clausole generale: l'uso giudiziario. **Politica del diritto**, Bologna, n. 4, 1988.

ROSENBERG, Leo. **La Carga de La Prueba**. 2 ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial IBdef, 2002.

_____. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1 t., 1955.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais - Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: Jus Podivm, 2006.

RUSSOMANO, Rosah. **O princípio de federalismo na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 3 ed. Uberlândia: EDUFU, 2005.

SALAMACHA, José Eli. **Fraude à Execução. Direito de Credor e do Terceiro Adquirente de Boa-fé**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SANDULLI, Aldo M. **II Procedimento Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1959.

SANTOS, Altamiro J. Processo e Procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988 – Competência para Legislar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, 1991.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1 v., 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2 v., 2009.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1 v., 2010.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 4 v., 1976.

_____. **Prova Judiciária no Civil e Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1 v., s/a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAVIGNY, Federico Carlo Di. **Sistema del diritto romano attuale**. Tradução de Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1 v., 1886.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. **O Federalismo Norte-Americano Atual**. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. **Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.

SEgni, Antonio. Procedimento civile. *In Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico, 17 t., 1939.

_____; COSTA; Sergio. Procedimento civile. *In Novissimo Digesto Italiano*. Turim: UTET, 13 t., 1966.

SEGURADO, Milton Duarte. **O Direito no Brasil**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 2 v., 1991.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, S. A., 1995.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Arresto Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA, Celso Albuquerque. **Súmula Vinculante**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na Tradição Romano-Canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Direito Material e Processo. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 33, 2004.

_____; GOMES, Fabio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; _____. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In* SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Introdução ao direito processual administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao Processo Civil**. Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia e Política da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 24, 2005.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Fraude à Execução e o Direito de Defesa do Adquirente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. A competência constitucional para legislar sobre processo e procedimentos. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, n. 13, 2008.

SOUZA, Rubens Gomes de. Normas Gerais do Direito Financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 37, 1954.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito e futebol: Quando o pênalti é marcado no meio do campo...** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-12/direito-futebol-quando-penalti-marcado-meio-campo>>. Acesso em 20 jun 2014.

_____. **Juiz com fome ou que almoçou mal deve julgar nossas causas?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/juiz-fome-ou-almocou-mal-julgar-nossas-causas?imprimir=1>>. Acesso em 20 jun 2014.

_____. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10 jan 2015.

_____; ABOUD, Georges. **Que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado de La Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10 jan 2015.

SUMMERS, Robert S. **Interpreting statutes: a comparative study**. Aldershot/Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1991.

_____. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 2001.

SUMMERS, Robert. S. Precedent in United States (New York State). In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Ashgate, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. Competência legislativa em matéria de processo e procedimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 657, 1990.

_____. Importância do processo administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, 1987.

_____. Sistema Constitucional de Competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 01, 1993.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè Editore, 1980.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

_____. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

_____. Precedente e jurisprudência, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 415, 2012.

TAVARES, Sara. **A doutrina do forum non conveniens e o processo civil brasileiro**. 2011. 170 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O processo civil na nova constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, 1989.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TESHEINER, José Maria Rosa. Situações subjetivas e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, 2002.

_____. **Nulidades no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008,

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 3 v., 2009.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1 v., 2009.

TORNAGHI, Hélio. **A Relação Processual Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos especiais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 749, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **A causa petendi no direito processual civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987

_____. Direito Processual Civil Inglês. *In* TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Direito Processual europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

_____. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, 1989.

TUHR, A. von. **Tratado de las obligaciones**. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1 t., 1999.

TUSHNET, Mark. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 218, 2013.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion constitucional y formula politica**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1988.

VALLADÃO, Haroldo. A influência das estruturas federalistas sobre a fonte legislativa do direito – um federalismo integrado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 248, 1974.

VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile. Parte Generale**. 6 ed. Napoli: Jovene 2002.

VÉSCOVI, Enrique. **Teoría General Del Proceso**. 2 ed. Bogotá: Temis S.A., 1999.

VIEIRA, Carlonilda Maria Dettmann. A (in)funcionalidade do sistema torrens no registro de imóveis brasileiro. **Entre Aspas: Revista da Unicorp/Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**, Salvador, n. 1, 2011.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Causalidade e relação no direito**. Recife: OAB, 1985.

WACH, Adolf. **Manual del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ejea, 1 v., 1977.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidade do processo e da sentença**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

WHYTOCK, Christopher A. **The evolving forum shopping system**. Forthcoming, Cornell Law Review, Vol. 96 (2010-2011) Draft: April 21, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596280>. Acesso em 05 jul 2012.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Statutory interpretation in Poland. In MACCOMICK, Neil; _____. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Tradução de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 2001.

XAVIER, Alberto. **Conceito e Natureza do Acto Tributário**. Coimbra: Almedina, 1972.

_____. **Do procedimento administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: Relações entre Processo e Constituição. In **Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

_____. Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fabio Cardoso (org). **Polêmica sobre a ação – A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 v., 2000.