

**A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA LEGISLAR SOBRE
PROCESSO E PROCEDIMENTOS E O CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL DE 2015**

**THE CONSTITUTIONAL COMPETENCE TO LEGISLATE PROCESS
AND PROCEDURES AND THE CIVIL PROCESS CODE OF 2015**

**LA COMPETENCIA CONSTITUCIONAL PARA LEGISLAR SOBRE
PROCEDIMIENTO Y PROCEDIMIENTOS Y EL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO CIVIL DE 2015**

Márcia Cristina Xavier Souza¹

Resumo: O presente trabalho pretende analisar uma novidade introduzida pela Constituição de 1988: a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre processo e procedimento. Para tanto, são analisadas as três espécies de competência legislativa e seus limites, bem como os conceitos, semelhanças e distinções entre processo e procedimento, a fim de tentar estabelecer as competências dos entes públicos. A partir de tais premissas e considerando-se as garantias fundamentais do processo justo, tenta-se demonstrar que é possível a adequação de tais competências na perspectiva do novo Código de Processo Civil, observada a segurança jurídica e a celeridade.

Palavras-chave: competência legislativa; processo; procedimento.

Abstract: The present study intends to analyze an innovation introduced by the Constitution of 1988: the competence of the Union, the states and the Federal District to legislate on process and procedure. In order to reach this goal, the three species of legislative ability and its limits are analyzed, as well as the concepts, similarities and distinctions between process and procedure, to establish the competence of the public entities. Based on these assumptions and considering the fundamental guarantees of due process, try to demonstrate that it is possible the adequacy of such skills in the context of the New Code of Civil Procedure, subject to legal certainty and speed.

Keywords: Legislative competence; process; procedure.

¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Faculdade Guanambi.

1. Introdução

O regime federativo, adotado no Brasil, impõe que cada ente público tenha definidas as suas competências, não só no campo legislativo, como no campo administrativo e, conforme a situação, no campo judicial.

Este sistema, de repartição de competências, difere em cada Estado-soberano que adota o regime federativo, considerando-se, em cada um deles, a maior ou menor especificação das competências entre os entes federados².

O Brasil adota um sistema que tem peculiaridades em relação a outros países, pois, além de conceder competência aos Municípios, atribui aos Estados-membros e ao Distrito Federal competências complementar e supletiva, de acordo com suas peculiaridades locais, em tudo que não conflitar com a competência da União e dos Municípios.

Ao presente trabalho, interessa a análise específica da competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal, notadamente a que concerne ao direito processual em todos os seus aspectos. A competência legislativa dos Municípios, destarte, por não versar sobre o tema, não será objeto de estudo.

Desta forma, no que tange à competência para legislar sobre questões processuais em geral, definida pela Constituição Federal, nos arts. 22 e 24, tem-se a atribuição, à União, aos Estados e ao Distrito Federal, de competências legislativas privativa, concorrente, complementar e supletiva. E sobre estes temas que se faz a análise dos tópicos seguintes.

O tema volta a ser objeto de interesse, na medida em que entrou em vigor a Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, e revogou a Lei n. 5.869/1973 (o antigo CPC).

Entre as propostas introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil, está a extinção do procedimento sumário e de alguns procedimentos especiais. Contudo, a maior inovação estava na possibilidade de o juiz, em conjunto com as partes, alterar o procedimento comum (ex-ordinário), para que se pudesse adequá-lo às peculiaridades do caso concreto.

² Para análise e comparação dos sistemas de divisão de competências adotados pelos Estados que seguem o regime federativo, ver Marcelo Figueiredo (2007, p. 104).

Apesar de tal proposta ter sido, inicialmente, rejeitada no Senado Federal, há que se verificar se, diante das competências da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre processo e procedimento, não teria restado a possibilidade se implementar a flexibilização procedimental no processo civil brasileiro.

2. Competência legislativa privativa

A primeira Constituição republicana, de 1891, foi também a primeira a definir a competência privativa da União para legislar sobre diversas matérias³. Aos Estados, se concedia uma competência suplementar para suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, dentro dos limites desta⁴.

Destarte, a União, até a Constituição de 1988, detinha uma competência legislativa que não permitia aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre praticamente nenhuma matéria, salvo de forma suplementar. A legislação brasileira mais importante, por este motivo, é predominantemente oriunda do ente federal. Tradicionalmente, os Estados e o Distrito Federal, ao legislarem sobre questões de interesse local (como o direito tributário ou o administrativo, por exemplo), têm se restringido a uma mera reprodução dos dispositivos das leis federais.

A competência privativa da União, assim, não se constitui em novidade: desde a Constituição de 1891 era a União que legislava no Brasil sobre as questões de maior relevância, ainda que o interesse fosse local!

Mas, ao menos em termos formais, a União passou a ter, em 1988, competência privativa para legislar sobre determinados temas (art. 22, da Constituição Federal). Essa competência privativa lhe confere o poder de emitir normas nacionais, ou seja, normas que serão compulsoriamente observadas em todo o território nacional. Tais normas definirão não só as diretrizes básicas a serem observadas sobre as matérias definidas na

³ Art. 7º, da Constituição de 1891; art. 5º, inc. XIX, da Constituição de 1934; art. 16, da Constituição de 1937; art. 5º, inc. XV, da Constituição de 1946; art. 8º, inc. XVII, da Constituição de 1967.

⁴ Art. 5º, § 3º, in fine, da Constituição de 1934; art. 17, da Constituição de 1937; art. 6º, da Constituição de 1946; art. 8º, § 2º, da Constituição de 1967.

Constituição, mas podem regulamentar pormenores e até prever situações específicas. Não há, neste particular, qualquer possibilidade de os demais entes federados legislarem sobre o tema, salvo se o fizerem sobre questões específicas, dentro do que lhes autorizar lei complementar a ser elaborada pela União (parágrafo único do art. 22).

É neste contexto que se inclui a atribuição da competência privativa da União para legislar sobre direito processual, conforme o art. 22, inc. I, da Constituição Federal de 1988. Somente a União poderá definir as regras processuais que serão obedecidas em todo o território nacional.

É de se observar que direito processual não pode ser tomado como sinônimo de direito judiciário ou forense, na acepção limitada e ultrapassada que entendia ser processual apenas as questões que dizem respeito ao Poder Judiciário. Já de há muito superou-se a visão de que inexistem processos legislativo, administrativo etc, mas apenas procedimentos. Aliás, outro não é o entendimento que se pode extrair da análise do art. 5º, inc. LV e LXXVIII, da Constituição Federal.

Entretanto, o direito processual a que se refere o presente tópico é exatamente o processo jurisdicional, regulamentado nos Códigos de Processo Civil e Penal e na Consolidação das Leis do Trabalho, além de outras leis processuais extravagantes (José Afonso da Silva, 2006, p. 265, nota 5).

Definir processo é tarefa hercúlea, que tentam empreender os mais diversos tratadistas. A definição majoritariamente aceita, ainda que não infensa a críticas, deve-se a Oskar Von Bülow, que entendia o processo como uma relação jurídica entre juiz, autor e réu (1964, p. 2), abandonando as visões meramente praxistas, que entendiam o processo como a sucessão de atos praticados por esses mesmos sujeitos. Francesco Carnelutti, por seu turno, definiu processo como “*el conjunto de todos los actos necesarios en cada caso para la composición de la litis o para el desarrollo del negocio*” (CARNELUTTI, v. 1, 1973, p. 420-421) .

O que compete à União legislar, no que toca ao direito processual, assim, é o que diz respeito ao regramento das relações entre os sujeitos do processo e terceiros outros que nele também atuam, às condições, requisitos e pressupostos para estas atuações, direitos, deveres, faculdades, ônus etc.

Essa competência da União, por ser privativa, é ilimitada. Dentro do que se deve considerar como direito processual, tem a União o dever de determinar as regras que serão obedecidas compulsoriamente em todo o território nacional. Com isto, ficam impedidos os Estados-membros de legislar sobre direito processual para fins de adaptar as regras criadas pela União às suas peculiaridades locais.

Como consequência, inexistia a possibilidade de criação de Códigos de Processo estaduais, como se permitiu sob a égide da Constituição de 1891, posto que a legislação processual é nacional⁵.

No entanto, e isto será objeto de análise nos tópicos que seguem, é preciso distinguir-se processo de procedimento. Todas as principais normas processuais foram editadas pela União quando sua competência para legislar sobre processo era privativa, e inexistia competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal, sequer para legislar sobre procedimento.

Destarte, incumbia à União legislar sobre todos os elementos do processo, incluindo o procedimento. E ela se desincumbiu de tal dever, principalmente desde a década de 1940, primeiro com os Códigos de Processo Civil e Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho e, posteriormente, com as leis processuais extravagantes.

Contudo, desde que a Constituição de 1988 entrou em vigor, nova ordem se impôs: se, por um lado, a União manteve-se com sua competência privativa para legislar sobre processo, por outro foi dividida a sua competência para legislar sobre procedimentos com os Estados e o Distrito Federal.

3. Competência legislativa concorrente

A competência concorrente permite à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislarem sobre os mesmos temas. À União compete definir as normas gerais sobre determinadas matérias, permitindo-se aos Estados e ao

⁵ A Constituição de 1891 foi omissa em determinar como privativa da União a competência para legislar sobre direito processual. Assim, os Estados tiveram a oportunidade de criar seus próprios Códigos de Processo Civil. Mas, a Constituição de 1934, em seu art. 5º, inc. XIX, a, já voltava a definir como competência privativa da União a elaboração de leis sobre direito processual, o que se repetiu no art. 16, inc. XVI, da Constituição de 1937 (CAMPANHOLE e CAMPANHOLE, 1983, p. 12). Apesar disto, somente em 1939 foram revogados os Códigos de Processo Civil estaduais, com a promulgação da Lei n. 1.608, de 18/09/1939.

Distrito Federal determinarem as normas específicas, de acordo com suas peculiaridades locais.

A competência legislativa concorrente é uma novidade trazida pela Carta de 1988. Até a Constituição anterior detinha a União a competência privativa para legislar sobre diversas matérias, restando aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência suplementar que, entretanto, não permitia aos mesmos legislar sobre direito processual (art. 8º, inc. XVII, *b* e parágrafo único, da Constituição de 1969) (CAMPANHOLE e CAMPANHOLE, 1983, p. 11).

Atualmente, pela redação do art. 24, da Constituição Federal, a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre criação, funcionamento e processo dos Juizados de Pequenas Causas (inciso X) e sobre procedimentos em matéria processual (inciso XI).

A permissão da legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para determinadas matérias que tocam ao direito processual trouxe algumas dificuldades, sendo que algumas não foram analisadas pelos estudiosos em profundidade. São elas: a) a definição dos limites dessa competência concorrente; b) a distinção entre processo e procedimento⁶.

3.1. Dos limites da competência concorrente

A Federação brasileira sempre se caracterizou por se aproximar muito mais de ser um Estado unitário⁷, uma vez que à União competia a quase plenitude das atribuições e benefícios, enquanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios restava muito pouco. Em regra, a competência destes entes federados era residual, a partir das competências especificadas para a União.

O excesso de centralização se refletia, desta forma, na competência legislativa. Pouco se permitia aos Estados e ao Distrito Federal: das matérias sobre as quais tinha a União a competência normativa na égide da

⁶ O art. 24, inc. XI, da Constituição, dá à União e aos Estados competência concorrente para legislar sobre Juizados de Pequenas Causas, mas o art. 98, inc. I, determina que a União e os Estados criem juizados especiais para causas de menor complexidade cível e para infrações de menor potencial ofensivo.

⁷ Para uma ferrenha, apesar de pouco extensa, crítica ao federalismo brasileiro, ver José Joaquim Calmon de Passos (2004, p. 14).

Constituição de 1969, por exemplo (21 alíneas ao inc. XVII, do art. 8º, algumas delas contendo mais de um item), poucas podiam também receber normatização dos Estados e do Distrito Federal (6 alíneas, do mesmo dispositivo legal⁸) e, ainda assim, apenas em caráter suplementar (parágrafo único do referido artigo).

Com a Constituição de 1988, instituiu-se no país um “federalismo cooperativo” (FERRAZ Jr, 1994, p. 18), no qual os entes federados não têm apenas “poderes normativos estanques e separados” (BORGES NETTO, 1990, p. 89), mas a possibilidade de colaborar uns com os outros na diminuição das diferenças regionais. A proposta era de, apesar de descentralizar as atribuições da União, distribuindo-as entre os demais entes federados, notadamente os Estados, ao lhes ser concedida competência concorrente, manter a unidade desses mesmos entes, ao invés de aumentar suas desigualdades.

A competência da União para legislar sobre normas gerais adviria daí. Ainda que considerando a necessidade de os Estados e o Distrito Federal legislarem sobre questões que digam respeito a suas peculiaridades locais, não podem estes entes federados exceder ao que compete à União, em termos de normas gerais.

A competência legislativa concorrente encerra em si dupla limitação. A Constituição a define através da atribuição à União dos poderes para definir normas gerais (art. 24, § 1º, da Constituição Federal). Aos Estados e ao Distrito Federal foi concedida a possibilidade de estabelecerem normas que, em não contrariando as normas gerais estabelecidas pela União, atenderiam às suas peculiaridades locais (art. 24, § 2º).

A celeuma surge quando se passa a tentar definir o que seriam normas gerais e o que seriam normas específicas para que se possa delimitar a competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal.

⁸ Podiam os Estados legislar supletivamente sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses; registros públicos e notariais; direito financeiro; seguro e previdência social; defesa e proteção de saúde; regime penitenciário; produção e consumo; registros públicos, juntas comerciais e tabelionatos; tráfego e trânsito nas vias terrestres; diretrizes e bases da educação nacional e desportos e; organização, efetivos, instrução, justiça e garantia das polícias militares e condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização (CAMPANHOLE e CAMPANHOLE, 1983, p. 11-12).

A utilização do critério diferenciador pelo destinatário é um dos caminhos a ser seguido. O conteúdo das normas gerais e das normas específicas seria, assim, delimitado conforme coubessem à União (normas gerais) ou aos Estados e ao Distrito Federal (normas específicas). Esse critério, apesar de lógico, longe está de solucionar o problema, como bem reconhece Tercio Sampaio Ferraz Junior ao apresentá-lo (1994, p. 19)⁹.

Não se pode perder de vista que a União legisla tanto sobre questões nacionais como sobre questões federais. E, ao legislar sobre as questões federais a União está legislando sobre questões específicas (ATALIBA, 1982, p. 31), que só dizem respeito a este ente federado. Neste particular, sua competência se iguala a dos Estados-membros e a do Distrito Federal. A competência concorrente, destarte, não se refere tão somente à edição de normas nacionais, mas também de normas federais, estaduais ou distritais. Outro critério, então, deve ser buscado para distinguir as normas gerais das normas específicas.

As normas gerais devem ser analisadas de acordo com a sua limitação. Por serem gerais, não podem ser exaustivas (LOBO, 1988, p. 180), sob pena de invadirem os limites das normas específicas. Portanto, devem apenas estabelecer as diretrizes básicas que nortearão a atividade do legislador das normas específicas.

Sob certa ótica, elas devem ser mais genéricas e abstratas do que uma lei qualquer deve ser. As características da generalidade e da abstração, aqui, obrigatoriamente, não devem avançar na identificação e solução de questões que envolvam peculiaridades que são da competência dos Estados-membros e do Distrito Federal (BORGES, 1990, p. 84). Como afirmou o Min. Carlos Velloso, “a norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências”¹⁰.

Ou, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao

⁹ No mesmo sentido, EDUARDO CAMBI (1998, p. 252).

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADI-MC 927-3 RS, do Tribunal Pleno. Rel.: Min. Carlos Velloso, j. 03/11/1993. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01/04/2016.

estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos. (MOREIRA NETO, 1988, p. 59)

Em resumo, a União, ao editar normas gerais, está limitada a legislar sobre questões nacionais, ou seja, questões que digam respeito não apenas ao Poder Público Federal, mas a todos os entes federados como um todo, sem descer a particularidades. As normas gerais devem ser tais que possam ser obedecidas em qualquer nível estatal, exatamente porque não tratam de minúcias que somente a um (ou a alguns) ente(s) interessam.

Isto leva a que o conteúdo das normas gerais deva estar vinculado aos princípios constitucionais, de tal modo que sua observância seja indispensável por todos, não porque editada pela União, posto que não haja, do ponto de vista formal, hierarquia entre elas e as normas editadas pelos demais entes federados, mas porque são “direito sobre direito” (SILVA, 2006, p. 280).

A abrangência do conteúdo das normas gerais não lhe permite, de modo algum, esgotar o tema sob regulamentação, sob pena de esvaziar a competência dos demais entes federados (Estados e Distrito Federal) que sobre a mesma questão deverão legislar, agora, contudo, descendo aos pormenores e minúcias que lhes são peculiares.

Por outro lado, não se pode olvidar que os Estados e o Distrito Federal também estão limitados na edição das suas normas específicas. Estabelecer o ponto além do qual não podem os Estados e o Distrito Federal legislar, sob pena de invadir a competência da União, é imprescindível.

Assim, teoricamente, a definição de normas gerais, diferenciado-a das normas específicas, ainda deixa alguma margem a dúvidas. E é neste particular que três problemas práticos se apresentam ao legislador estadual ou distrital, incrementando as discussões.

O primeiro problema surge quando o legislador federal, ao invés de estabelecer apenas diretrizes nacionais nas normas gerais, adentra na normatização de situações específicas. Esta situação se verifica pela dificuldade prática em diferenciar as normas gerais das específicas, além da

impossibilidade de o legislador federal emitir uma lei nacional e outra federal, regulamentando a mesma matéria¹¹.

O segundo, de fundo teórico, mas que se revela com extrema relevância prática, vai tocar na diferença entre processo e procedimento. Apesar de, aparentemente superado sob o ponto de vista doutrinário, verifica-se que nem sempre é possível delimitar, de maneira prática, o que vem a ser cada um desses institutos, para fins de definição da competência legislativa concorrente de União, Estados e Distrito Federal.

3.2. Da distinção entre processo e procedimento

Como já afirmado em diversos trabalhos doutrinários, a distinção entre processo e procedimento veio marcar mais uma etapa da emancipação do Direito Processual, notadamente o Civil, já iniciada com a sua separação do direito material. As discussões e debates travados na Alemanha e na Itália nos meados do século XIX alçaram o Direito Processual a uma posição autônoma em relação ao direito material e lhes conferiram *status* de ciência.

E foi a partir do trabalho pioneiro de Oskar Von Bülow (*La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*), em 1868, que se passou a ter uma visão científica do processo, separando-o do mero procedimento, como era comum na ótica dos praxistas. Nas palavras do autor, o processo é uma relação jurídica, entre juiz, autor e réu (BÜLLOW, 1962, p. 2).

O direito processual, não mais visto apenas como um direito que tratava de atos práticos nos meios forenses, passava a contar com uma base teórica. Contudo, outros estudiosos do processo criticaram a posição de Oskar Von Bülow, por entenderem-na por demais teórica e estática (GOLDSCHIMDT, 1936, p. 20). E, entender o processo como *uma* relação

¹¹ No julgamento da ADI-MC 927-3 RS, cujo relator foi o Min. Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucionais artigos da Lei de licitações (Lei n. 8.666/1993) que impunham regras coercitivas para os Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que os dispositivos extrapolavam o conceito de normas gerais. Assim, os dispositivos somente podem ser aplicados à União e a órgãos e entes federais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADI-MC 927-3 RS, do Tribunal Pleno. Rel.: Min. Carlos Velloso, j. 03/11/1993. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01/04/2016).

jurídica, ainda que continuativa, é estar-se diante de uma realidade estática: significa ignorar, como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 27), o procedimento em que se desenvolve esta relação.

Hodiernamente, o processo é visto como um conjunto de situações e posições jurídicas envolvendo juiz, autor, réu e demais sujeitos que, principal ou secundariamente, dele participam, inclusive relacionando-se entre si, enquanto se desenvolve o procedimento. Ou seja, nem o processo contém uma única relação ou situação jurídica, nem se equipara a um procedimento.

Mas, se o procedimento é um dos elementos que compõem o processo, como separar este, daquele? Como separar a entidade complexa, que compreende relações e situações subjetivas, do seu aspecto externo, principalmente considerando-se que é da competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, concorrentemente, legislar sobre “procedimentos em matéria processual”?

Efetivamente, o procedimento se inclui entre os elementos do processo. O processo jurisdicional tem por escopo a produção de uma norma para o caso concreto, que adquirirá caráter imutável. Entre os demais elementos do processo, que o integram, tem-se os elementos da lide e suas conexões, as postulações, as condições da ação, os pressupostos processuais, os sujeitos e terceiros atuantes, as provas, os atos processuais e a exigência de sua comunicação, as decisões e seus recursos, a coisa julgada e sua eventual rescindibilidade (tanto nos processos de conhecimento, quanto de execução e cautelar) (CALMON DE PASSOS, 2004, p. 93; BERMUDEZ, 1994, p. 48; MALACHINI, 1994, p. 153).

Já o procedimento, como meio de desenvolvimento do processo, tem como característica a dinâmica, a continuidade. No procedimento se definem como os sujeitos do processo devem praticar atos e a maneira como estes mesmos atos devem se encadear. Ou, nas palavras de Roque Komatsu, “o procedimento é uma pluralidade de atos caracteristicamente coordenados de modo que cada um deles é pressuposto de admissibilidade dos seguintes e fator de eficácia dos anteriores” (KOMATSU, 1991, P. 114). Por exemplo,

como se darão as formas de comunicação e prazos para a prática dos atos processuais, o procedimento probatório, os procedimentos recursais etc¹².

À União incumbe legislar, com competência privativa, sobre direito processual (art. 22, inc. I, da Constituição Federal). E, como nos mostra a história do direito processual brasileiro, somente uma única vez se permitiu aos Estados criarem suas próprias normas processuais, quando a primeira Constituição republicana foi omissa na definição da competência legislativa da União, abrindo oportunidade para a promulgação de Códigos de Processo Civil estaduais.

A reunificação processual civil ocorreu em 1939 e não sofreu modificações quando do advento do novo Código de Processo Civil em 1973, por força do impositivo constitucional. E, ainda por força da determinação da ordem constitucional vigente até 1988, em ambas as oportunidades processo e procedimento foram objeto das duas leis (os Códigos de 1939 e 1973), posto que as duas matérias eram de competência legislativa da União. Destarte, as leis que tratam de processo e de procedimento sempre tiveram por origem o Congresso Nacional.

Eventualmente, por força da dificuldade em diferenciarem-se os dois conceitos (processo e procedimento), o legislador estadual por vezes invadiu a esfera da competência privativa da União.

Tomem-se como exemplos estes dois acórdãos do STF:

Invade a competência da União, norma estadual que disciplina matéria referente ao valor que deva ser dado a uma causa, tema especificamente inserido no campo do Direito Processual. (ADI 2.655, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9-3-04, *DJ* de 26-3-04).

À União, nos termos do disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete privativamente legislar sobre direito processual. Lei estadual que dispõe sobre atos de Juiz, direcionando sua atuação em face de situações específicas, tem natureza processual e não meramente procedimental. (ADI 2.257, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-4-05, *DJ* de 26-8-05).¹³

¹² Em sentido contrário, Paula Sarno Braga: "... processo é procedimento. Que não há nada de processual que não seja essencialmente procedimental e vice-versa. Cada ato processual é também, ato procedimental, e integra essa cadeia dirigida à produção normativa visada" (2015, p. 161).

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 17/04/2016.

Porém, a inexactidão dos conceitos por vezes chega a confundir os próprios membros da Corte Constitucional brasileira. No julgamento da ADI-MC 1916-9 MS, o Tribunal entendeu inconstitucional norma estadual que atribuiu legitimidade ao Procurador-Geral de Justiça para promover Ação Civil Pública. O relator, Min. Nelson Jobim, entendeu que a norma feria o art. 22, inc. I, da Constituição Federal. Já o Min. Sepúlveda Pertence ficou em dúvida se a “repartição de atribuições, na esfera do Ministério Público, seria uma questão de Direito Processual ou simples organização do próprio Ministério Público”¹⁴.

Além de definir os conceitos entre processo e procedimento, mister se faz distinguir o que sejam normas gerais e normas específicas no que toca aos procedimentos, para que se possa limitar as atuações legislativas da União, dos Estados e do Distrito Federal com relação a este tema.

É unânime que o procedimento diz respeito ao modo de desenvolvimento do processo, à sua dinâmica. A questão que se coloca é identificar quais normas procedimentais seriam da competência da União, dos Estados e do Distrito Federal. Ou seja, identificar, entre as regras procedimentais, quais poderiam ser consideradas gerais e quais específicas.

Parte desse problema talvez advenha da já comentada história do Direito Processual brasileiro: nos últimos 100 anos somente a União legislou sobre direito processual, incluindo aí as normas procedimentais. A única exceção se deu entre 1891 e 1934, quando a primeira Constituição Republicana, omissa quanto à competência legislativa da União, abriu oportunidade para que os Estados criassem seus próprios Códigos de Processo Cívico (apesar de nem todos terem aproveitado a oportunidade).

Deste modo, a novidade trazida pela atual Carta Magna, permitindo aos Estados e ao Distrito Federal criarem normas específicas sobre procedimentos ainda não foi incorporada ao sistema legal brasileiro.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1916-9 MS, j. em 11/02/1999, Tribunal Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 17/04/2016. No caso, parece ter razão o Min. Sepúlveda Pertence. Efetivamente, o legislador estadual não interferiu nas atribuições do Ministério Público, conferindo-lhe ou retirando-lhe legitimidade para propor ação, mas apenas tentou definir que órgão, dentro da instituição, seria o legitimado para a atuação ativa.

E a falta de leis que regulamentam, de maneira específica, os procedimentos em matéria processual, não é fruto apenas da existência de leis nacionais que teriam esgotado completamente a matéria, sem deixar espaço para legislações específicas. Também o legislador estadual, ainda preso às tradições legislativas brasileiras, tem se mostrado tímido em utilizar estes meios de adaptar as regras procedimentais às necessidades de seus respectivos Estados.

A própria doutrina brasileira tem alguma dificuldade em distinguir quais procedimentos seriam regulamentados pela União e pelos Estados.

Antonio Claudio da Costa Machado afirma que a competência dos Estados se limita a emitir normas procedimentais de cunho administrativo, de caráter cartorário (MACHADO, 2003, p. 51). Nesta linha de raciocínio, em verdade seriam mantidas as tradicionais competências legislativas que vinham vigorando até 1988: a União legislava sobre processo, incluindo aí as regras procedimentais como um todo, e os Estados e o Distrito Federal apenas regulamentavam as atividades administrativas dos seus respectivos poderes judiciários.

Por seu turno, Edson Ribas Malachini entende que a competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual é concorrente, incluindo-se, aí, a competência para instituir ritos delimitados pelo valor da causa (MALACHINI, 1994, p. 151).

Esta parece ter sido a lógica norteadora da inovação constitucional de 1988. Em verdade, Antonio Claudio da Costa Machado (2008, p. 51), por não distinguir o processo do procedimento (“legislar sobre processo é legislar sobre procedimento e vice-versa, e isto é da competência privativa da União e ninguém pode substituí-la”), termina por fazer letra morta do preceito trazido pelo inc. XI, do art. 24, da Constituição Federal.

A melhor exegese é a inovadora. Após quase 70 anos de monopólio legislativo da União, passam os Estados e o Distrito Federal a poder adaptar a legislação processual, no que tange aos procedimentos, às suas necessidades e peculiaridades locais. O que, em um país de dimensões continentais e tamanhas diferenças culturais se revela indispensável para a efetividade do processo em cada um dos entes federados (BERMUDES, 1994, p. 49).

Em resumo, o ponto primordial a ser levado em consideração, ao tentar-se definir o que sejam normas gerais e normas específicas, no que tange aos procedimentos em matéria processual, é o não estabelecimento de direitos diferentes para os jurisdicionados (ALVIM, 2001, p. 140). Ou seja, a dessemelhança de procedimentos não pode ser tal que fira a garantia da isonomia entre as pessoas nos Estados e no Distrito Federal.

Por outro lado, se não é cabível a alegação de inconstitucionalidade de normas procedimentais criadas antes da entrada em vigor da atual Constituição, é inegável que outras normas procedimentais, criadas posteriormente pela União, contrariando o disposto no art. 24, inc. X e parágrafos, são inconstitucionais (GAJARDONI, 2010, p. 213-220).

Incluem-se aí as normas procedimentais criadas na Lei n. 9.099/1995. Todas as regras que disciplinam o processo foram criadas de acordo com a competência privativa da União, determinada pelo art. 22, inc. I, da Constituição Federal.

Mas ao regular integralmente o procedimento, a União invadiu a competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal, pois instituiu não apenas normas gerais, mas também normas específicas¹⁵.

4. Competência legislativa supletiva

A Constituição Federal permite aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre todas as matérias sobre as quais detenham competência concorrente com a União, de maneira plena, desde que esta não tenha criado as normas gerais pertinentes (art. 24, § 3º).

A essa legislação estadual ou distrital aplicam-se duas regras: a) perderá a eficácia quando a União exercer sua competência e legislar sobre as normas gerais, mas apenas no que não ferir a norma nacional (art. 24, § 4º, da Constituição); b) a norma geral “provisória” não terá aplicabilidade em todo o território nacional, mas tão somente no território do ente federativo que exercer a competência concorrente suplementar (CAMBI, 1998, p. 257).

¹⁵ Para uma visualização das tentativas das Assembleias Legislativas para observância da competência dos Estados-membros para legislar sobre os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis, ver Márcia Cristina Xavier de Souza (2010, p. 57-60).

Os Estados e o Distrito Federal poderiam sofrer prejuízos advindos da mora legislativa do Congresso Nacional e, para evitá-lo, a Constituição permitiu a edição de normas que, além de conter normas específicas, também poderia conter normas gerais. Porém, com relação a estas, sua eficácia se estende até o fim da mora legislativa do ente competente para editar as normas gerais.

A limitação territorial tem seu fundamento na impossibilidade de um ente federado legislar sobre assuntos que digam respeito a outro. Na mesma medida em que não pode a União legislar sobre assuntos referentes aos Estados ou ao Distrito Federal, não pode a legislação de qualquer destes ser observada fora dos seus próprios limites territoriais, ainda que haja interesse do ente que não legislou em cumprir a norma de outro.

O exercício da competência legislativa supletiva não tem outras limitações que a temporal e a territorial. Não há qualquer necessidade de prévia autorização para o seu exercício: ao contrário da competência legislativa complementar, na hipótese prevista no parágrafo único do art. 22, da Constituição Federal, podem os Estados e o Distrito Federal legislar de maneira plena, sempre que houver inércia da União.

Podem as normas ter por conteúdo quaisquer matérias sobre as quais teria o Estado e o Distrito Federal competência para criar legislação complementar sobre a lei geral criada pela União. Até mesmo *writs* constitucionais poderiam ser objeto de normas estaduais ou distritais, enquanto a União não expedisse normas gerais, desde que anteriormente já estivesse definido o processo a ser observado¹⁶.

A lei estadual, criada no exercício da competência concorrente supletiva, tem sua eficácia suspensa quando entrar em vigor norma federal, legislando sobre normas gerais, naquilo em que aquela conflitar com esta (§ 4º, do art. 24, da Constituição Federal)¹⁷. Destarte, se a lei federal for

¹⁶ Carlos Ari Sundfeld afirmava que os Estados poderiam legislar sobre o procedimento do Habeas Data e do Mandado de Injunção, criados pela Constituição em 1988 e não regulamentados até 1990. Contudo, reconhecia a existência do óbice que a falta de regulação do processo dos dois *writs* constituía (1990, p. 34-35).

¹⁷ Cf. CAMBI (1998, p. 257). Já para Paulo Luiz Neto Lobo, apesar de não se aplicar a regra *lex posterior derogat priori*, ou de se poder entender a norma como inconstitucional, ela deverá ser tida por revogada, por força de sua transitoriedade e secundariedade (1998, p. 181).

revogada, a lei estadual recobra sua eficácia imediatamente (BORGES NETTO, 1990, p. 147 e CAMBI, 1998, p. 258).

5. A competência dos Estados para legislar sobre procedimento no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), cujo Anteprojeto foi elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luiz Fux, prima pela tentativa de ampliar a celeridade processual sem deixar de lado a segurança jurídica. Para tanto, entre outras alterações previstas para o processo civil brasileiro, está a supressão do procedimento sumário do processo de conhecimento.

A extinção do procedimento sumário não significa, entretanto, que as causas que se desenvolvem atualmente sob este rito passarão a obedecer ao rito comum: por serem da competência dos Juizados Especiais Cíveis, este deverá ser o seu único *locus*¹⁸.

O que o Projeto fez foi criar um procedimento único, comum, mas com forte influência do procedimento sumário (COELHO, 2010, p. 149).

Originariamente, a proposta da Comissão seria a de permissão de alteração procedimental pelo juiz em conjunto com as partes (art.107, V, do Anteprojeto). O poder de “flexibilização” do procedimento (GAJARDONI, 2001, *passim*) ou de “contratualização” do processo (ANDRADE, 2011, *passim*), apesar de abstratamente previsto no Anteprojeto, poderia permitir ao juiz preparar, por exemplo, um calendário processual, com as definições das fases e atos a serem observados por todos os sujeitos até final decisão, ou,

¹⁸ Aliás, esta competência concorrente para certas causas parece ter sido um dos motivos para a extinção do procedimento sumário que vem perdendo sua importância desde a criação do processo especial dos Juizados Especiais Cíveis. Para uma análise mais detalhada das consequências dessa concentração de competência, ver Marcia Cristina Xavier de Souza (Da extinção do procedimento sumário e da obrigatoriedade do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, 2012, 229-246).

então, a prática de negócios jurídicos processuais que levem à alteração de procedimentos (ANDRADE, 2011, p. 186-188)¹⁹.

No Senado, a redação do dispositivo foi alterada, somente sendo permitido ao juiz, “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico” (art. 118, inc. V, do Projeto).

Contudo, a ideia original foi retomada, com a permissão de as partes convencionarem não apenas alterações do procedimento de seu processo em particular, mas também sobre “seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais” (art. 190, do CPC/2015): ou seja, as partes, com este dispositivo, passam a ter um poder maior do que os Estados e o Distrito Federal. Do mesmo modo, a calendarização processual, negócio jurídico celebrado com a participação das partes e do juiz, também consta do novo diploma processual (art. 191).

Enquanto a Constituição Federal dá aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre procedimentos, o CPC dá às partes o poder de regulamentar também sobre o processo como um todo!

Neste sentido, não há como negar a possibilidade, cada vez maior, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre procedimentos de acordo com suas peculiaridades locais.

Assim, poderá o Estado-membro legislar sobre regras específicas de procedimento, conforme a competência concorrente constitucionalmente definida (art. 24, § 2º, da Constituição Federal). Além disso, cada juiz pode alterar, com a participação de autor e réu, o procedimento para adequá-lo às necessidades específicas do caso concreto, dentro dos limites que lhe permite a legislação estadual específica, caso exista.

Segundo Leonardo Greco, uma das garantias fundamentais do processo justo é a existência de um “procedimento legal, flexível e previsível” (2005, p. 26). Afirma o autor que devem as partes ter o direito de ter conhecimento prévio das fases do procedimento, que devem ser definidas em lei. Destarte, apesar de entender que o juiz poderia alterar o procedimento para tornar o

¹⁹ Radicalmente contrária à possibilidade de contratualização é a posição de Marcela Regina Pereira Câmara (2011, p. 393-413).

processo mais justo e ágil, tal alteração somente poderia ocorrer a partir de uma autorização do legislador.

Contudo, a autorização legal não precisa ser concedida apenas pelo legislador federal, tendo em vista que, como visto acima, também os Estados detêm o poder de regulamentar procedimentos.

E não se pode objetar que esta possibilidade de serem criadas normas locais sobre procedimento poderá vir a trazer insegurança para os advogados que atuam em mais de um Estado, uma vez que, além de não estarmos em uma República unitária (uma das características da federação é uma certa autonomia legislativa de suas unidades), a diferenciação procedimental por Estado serviria para atender às peculiaridades locais em um país com dimensões continentais e profundas diferenças regionais²⁰.

6. Conclusão

A Constituição de 1988 trouxe aos Estados e ao Distrito Federal uma liberdade inédita: a de ter a possibilidade de ampliar o seu poder de legislar. Nos termos atuais, as diferenças locais existentes podem ser levadas em consideração para fins de melhor acesso à justiça.

A falsa concepção de completa unidade legislativa dá espaço para a constatação de que, ainda que uniforme o direito processual, peculiaridades há entre as regiões (culturais, históricas, geográficas, financeiras etc.) que permitem regulamentação específica.

Por seu turno, o CPC de 2015, atento às necessidades específicas das partes no tocante à forma de solução de seus conflitos, passou a permitir a convenção sobre procedimento.

Ainda assim, lamentavelmente, nossos legisladores ainda estão presos ao monopólio legislativo da União. Ainda hoje, as leis de maior importância emanam do Congresso Nacional, mesmo quando digam respeito a questões locais.

É importante que se dê atenção a essa conquista da Constituição cidadã que, bem aproveitada, pode se configurar em mais um dos fatores de acesso à

²⁰ Demonstrando receios com relação à flexibilização pontual de procedimentos, ver Fernando da Fonseca Gajardoni, 2015, p. 632.

justiça, aliada à possibilidade de convenção das partes sobre procedimentos. E, desta forma, auxiliar no alcance dos ideais de justiça, salvaguardando a segurança jurídica, sem desprezar a celeridade dos processos e suas garantias fundamentais.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo”, in *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, v. 36, 2011. p. 167-200.

ATALIBA, Geraldo. “Competência legislativa supletiva estadual (Código Nacional de Trânsito e competência legislativa estadual)”, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, , abr/jun 1982, p. 21-33.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BERMUDES, Sergio. “Competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual”, in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, n. 21, out/dez 1994, p. 46-50.

BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BORGES, Alice Gonzalez. “Normas gerais nas licitações e contratos administrativos”, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, out-dez 1990, p. 81-93.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: O problema da repartição de competência legislativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.257, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-4-05, *DJ* de 26-8-05. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 17/04/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1916-9 MS, j. em 11/02/1999, Tribunal Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 17/04/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ADI-MC 927-3 RS, do Tribunal Pleno. Rel.: Min. Carlos Velloso, j. 03/11/1993. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em 01/04/2016.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CÂMARA, Marcela Regina Pereira, “A contratualização do processo civil?”, in *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 194, v. 36, 2011, p. 393-413.

CAMBI, Eduardo. “Normas gerais e a fixação da competência concorrente na federação brasileira”, in *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 92, v. 23, out/dez 1998, p. 244-261.

CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1983.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, v. 1. 2. ed. Buenos Aires: Europa-America, 1973. Tradução de Santiago Sentis Melendo.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. “O Anteprojeto do Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança”, in *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 185, v. 35, 2010, p. 145-150.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal”, in *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 7, 1994, p. 16-20.

FIGUEIREDO, Marcelo. “Federalismo x centralização. A eterna busca do equilíbrio – a tendência mundial de concentração de poderes na União. A questão dos governos locais”, in *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 41, jan/fev 2007, p. 93-108.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimentos (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”, in *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 186, v. 35, 2010, p. 199-227.

_____. “A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*”, in *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 163, n. 33, 2008, p. 161-178.

_____ et ali. Comentários ao art. 190, in *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Forense, 2015, p. 613-632.

GOLDSCHIMDT, James. *Teoria General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936. Tradução de Leonardo Prieto Castro.

GRECO, Leonardo. “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LOBO, Paulo Luiz Neto. “Competência legislativa concorrente dos estados-membros na Constituição de 1988”, in *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 304, out/dez 1988, p. 175-183.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2008.

MALACHINI, Edson Ribas. “A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos”, in MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. “A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC”, in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 190, t. 1, abr/jun 2011, p. 289-302.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Competência concorrente limitada. O problema da conceituação das normas gerais”, in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 100, out/dez 1988, p. 127-162.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Márcia Cristina Xavier de. Da extinção do procedimento sumário e da obrigatoriedade do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, in SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. *O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 229-246.

_____. *Juizados Especiais Fazendários*. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Competência legislativa em matéria de processo e procedimento”, in *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 657, p. 32-36, jul 1990.

Data de Submissão: 15/08/2017
Data de Aprovação: 16/08/2017