

AS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS E O DIREITO PROCESSUAL⁽¹⁾

Fontes de Alencar^(*)

I — O federalismo brasileiro e o direito processual

1. Vezes amiúde, pessoas, obviamente sem tento nem propósito, expressam-se a respeito de problemas nacionais como se fora o Brasil um estado unitário ou a Federação brasileira mero desenho arquitetural e sem cor do nosso Estado. Suas palavras não contribuem para solucioná-los, nem mesmo os amenizam. Antes, bem ao contrário, mais os enevoam.

2. **Felisbelo Freire**, de quem se disse ter sido o historiador da nossa democracia, republicano desde os tempos da propaganda da idéia que seria vitoriosa no 15 de novembro, homem de Estado (parlamentar, Presidente de Sergipe, Ministro da Fazenda e das Relações Exteriores) e autor de obras imprescindíveis à compreensão da nossa república federativa, em sua excelente “História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil”, que a Universidade de Brasília a bom tempo reeditou, fez o registro seguinte, reportando-se a momentos pós-independência nacional:

“A dissolução da Constituinte, inspirada na vaidade pessoal do soberano, irritou os ânimos dos patriotas e despertou então nas províncias os desejos de autonomia local, desligando-se elas da jurisdição imperialista, cujo início fora selado com um crime de Estado.

Esse sentimento dominou então todo o país, acentuando-se na região do Norte, onde as tentativas de independência já tinham feito vítimas e heróis.

Data daí a aspiração federalista” (págs. 279/280).

(1) Condensado de trabalhos do autor publicados na Revista CEJ nº 4 e 5.

(*) Ministro do STJ.

Mais adiante deitou em sua obra referida o que, por útil ao revivescimento dos fatos esmaecidos pelo passar de mais de século, reproduzo:

“De 1824 a 1840 a idéia republicana chegou a assumir a forma de aspiração federalista. Chegou também a inspirar a elaboração do direito constitucional, quase sob os mesmos princípios da Constituição promulgada pela Constituinte de 15 de novembro de 1890.

Aí estão os votos de Caneca na Câmara Municipal do Recife e o projeto de Constituição da *República de Piratinin*.

Nestas tentativas de elaboração de direito, vemos claramente os princípios da federação, da divisão e separação dos poderes, do presidencialismo, da igualdade dos dois ramos do Poder Legislativo, os mesmos que serviam de ponto de inspiração à Constituição Republicana de 1890.

Se pelo lado do direito constitucional o primeiro período da propaganda chegou à fase adiantada de sua elaboração, pelo lado da forma da idéia republicana, chegou também à conquista da Federação como ponto convergente da aspiração republicana. Aí está como prova a *Confederação do Equador* e a revolução de 1835 no Rio Grande do Sul, que não passam de uma reação dos interesses locais em favor de sua autonomia e de sua liberdade. Sob este aspecto, a segunda fase da propaganda em nada adiantou ao que já tinham firmado os primeiros propagandistas da República” (**op. cit.**, pág. 342).

Nos idos de 1831, a Câmara dos Deputados pretendeu fosse o Império do Brasil uma *monarquia federativa*. O Senado bloqueou o curso da proposta.

Tavares Bastos, bacharel das arcadas do São Francisco, deixou marcada sua presença no século em que surgiu e desapareceu o Império, e a projetou no tempo republicano. De efeito, com “A Província — Estudo sobre a Descentralização no Brasil”, de 1870, revelou-se um grande pensador político. Disse ele:

“A descentralização, que não é, pois, uma questão administrativa somente, parece o fundamento e a condição de êxito de quaisquer reformas políticas. É o sistema federal a base sólida de instituições democráticas” (pág. VII).

E se antecipando à organização das justiças na república federativa que quase duas décadas adiante viria, escreveu:

“Dividir um poder que os publicistas europeus reputam indivisível é a mais eloqüente homenagem à descentralização, suprema necessidade dos vastos estados do Novo Mundo, condição de vida e de liberdade” (pág. 196).

3. Equivocam-se os que, deslembados de fatos e figuras que opulentam a nossa História, imaginam que teria sido a república resultado de insatisfação episódica de militares.”

A República fê-la o povo, como fizera a Abolição.

A República Federativa fora proclamada pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889; e, nos termos do art. 1º da Constituição de 1891, a nação brasileira a adotava como forma de governo, sob o regime representativo.

No dizer de **João Barbalho**, bacharel do Recife,

“... o povo brasileiro, no uso de sua soberania..., organizou seu regime político, dividindo o anterior estado unitário do Brasil em estados particulares...” (pág. 8).

4. A primeira constituição republicana ao tratar das atribuições do Congresso Nacional (art. 34) estabeleceu competir-lhe legislar *privativamente* sobre o direito “*processual da justiça federal*” (§ 23).

Aos Estados o mencionado estatuto político facultava

“em geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição” (art. 65, § 2º).

Desta sorte, puderam eles legislar sobre direito processual — civil e penal.

E aclarava **Barbalho**:

“A disposição deste art. 65, § 2º, pode se considerar a chave mestra da federação. É a regra áurea da discriminação das competências” (pág. 273).

Haroldo Valladão referiu, quanto ao direito processual legislado pelos Estados, uma

“emulação determinante de importantes progressos jurídicos.”

A República e a Federação já venceram a centúria, ainda que no passado possam ser verificados momentos de maior adensamento do quadro federativo, instantes que teriam resultado dos movimentos de sistole e diástole da vida nacional, para usar de expressão que teve voga algum tempo atrás.

5. O mencionado Diploma Constitucional repúblico ao gizar a Declaração de Direitos (art. 72) o fez traçando a estrutura do direito processual de que se não poderiam afastar as unidades federadas quando da legiferação de normas de processo.

Hodiernamente doutrinadores têm ressaltado o liame do Processo com a Constituição. **José Alfredo de Oliveira Baracho** faz acerca do tema a seguinte reflexão:

“A relação entre Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo” (pág. 122).

Contudo, o panorama do direito legislado não guardou a nitidez que seria desejável. A União, diretamente e por portas travessas, legislava sobre direito processual penal, como bem observado por **José Henrique Pierangeli**.

6. Foi no período autoritário do Estado Novo que ocorreu a unificação do direito processual republicano, no cível (CPC de 1939) e no criminal (CPP de 1941).

É verdade que vozes autorizadas louvaram a reunificação do direito processual. Todavia, a qualidade do louvador não faz, só por só, merecido o encômio.

Retomo do pensamento liberal de **Tavares Bastos**. Falava ele da

“funesta simetria nas leis de um país vastíssimo...;”

e considerava que com a centralização

“se cria um país oficial diferente do país real em sentimentos, em opiniões, interesses.”

E indagava o autor de “A Província”:

“A simetria das leis de polícia e de organização policial, tão opressoras para a liberdade individual, não agrava os seus inconvenientes ao menos nas grandes povoações e nos municípios mais moralizados?” (pág. 26).

Noutra passagem perguntava e acrescia:

“... há interesse algum que toque mais de perto ao indivíduo, à paróquia, ao município, do que a segurança de vida e propriedade, do que a prevenção do crime e a sua repressão? A sociedade tomada em seu todo, a nação inteira, não é de modo algum mais interessada na boa polícia do que cada uma das pequenas esferas locais que constituem esse todo” (pág. 171).

Os fatos da década de 40 dizem dos acontecimentos produtores da Constituição de 46, que reteve para a União a competência legiferante sobre direito processual (art. 5º, XV, **a**). A de 67, também (art. 8º, XVII, **b**). Mesmamente a Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 8º, XVII, **b**). E por igual a Constituição de 88 (art. 22, I).

7. Todavia, entre a Lei Fundamental de 88 e as demais mencionadas há, no ponto, diferença essencial. Refiro-me ao que dispõe o art. 24 daquela:

“ Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

XI — procedimentos em matéria processual.

...

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Dessarte, os constituintes do decênio passado, sem tornarem ao sistema da aurora republicana, outorgaram aos Estados e ao Distrito Federal,

bem como à União, competência legislativa concorrente no respeitante aos procedimentos em matéria processual, limitada à União, nesse caso, ao estabelecimento de *normas gerais*.

A talho de foice, a observação de **Ives Gandra Martins**:

“O constituinte, ao abrir campo à competência concorrente, à evidência, objetivou dar maior elasticidade à participação legislativa dos Estados e Distrito Federal, no intento de fortalecer a autonomia federativa, sem desfigurar a necessidade de um poder central harmonizador e que se encontra na própria essência de uma Federação dinâmica. Por isso, à competência privativa processual acrescentou aquela procedimental concorrente.”

Atualmente no campo do direito ordinário não subsiste o juizado de pequenas causas, porquanto expressamente revogada a Lei Federal nº 7.244/84 pela Lei 9.099/95 (art. 97).

Deixo à margem, para evitar demasia, a discussão a respeito da identificação entre o juizado de pequenas causas e os juzizados especiais.

8. O Código de Processo Penal de 1941 atravessou o tempo: mais de cinco décadas. Ficou incólume ante a redemocratização do País. Vigorou sob a autoridade da Constituição de 46 e da de 67. Sobrevive em nossos dias, inda que o Estatuto Fundamental de 88 tenha arrasado alguns dispositivos seus.

O Código de Processo Civil de 39 foi substituído pelo de 73 que, por seu cabo, tem recebido, recentemente, modificações.

Quanto ao Código de Processo Penal, não faz muito tempo, um grupo de juristas fora incumbido de elaborar propostas de alterações pontuais no seu texto. A Escola Nacional da Magistratura animava o trabalho que foi desenvolvido em Brasília, São Paulo, Goiânia e Salvador. Não foi pequena a labuta. As proposições deram lugar a projetos de leis que lamentavelmente não vingaram.

9. Agora pretende-se não simples mudanças tópicas na lei. De fato, do Ministério da Justiça parte a idéia de um novo Código de Processo Penal. A mim parece, a estas horas, que tal pode ser tentado. As leis envelhecem, sobretudo as instrumentais.

Há de presidir o trabalho de elaboração de um anteprojeto de Código de Processo Penal preocupação de que deva ele guardar o comando constitucional, ficando limitado ao direito processual propriamente dito (art. 22, I); sem prejuízo, à evidência, de *normas gerais* que a União venha a ditar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, § 1º).

Os Estados e o Distrito Federal dirão, a seu tempo, os respectivos procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

Já não é possível que se tente preservar, no que toca a procedimentos em matéria processual, aquela *funesta simetria* entre os Estados e Distrito Federal, entes díspares sob vários aspectos.

Quando a tecnologia posta à disposição do Homem permite que se pense na intimação dos atos processuais por meios eletrônicos, e o direito virtual vai ocupando a atenção dos cientistas da área jurídica, não é sequer imaginável que a lei ordinária, extravagando do mandamento da Lei Básica, imponha ao Distrito Federal e aos Estados, errada e desnecessariamente, uniformidade de procedimentos em matéria processual.

II — Procedimentos estaduais em matéria processual e os feitos da competência da Justiça Federal

1. A Justiça Federal foi organizada ainda no rosicler republicano, antes mesmo da instalação do Congresso Constituinte de 1890. O Decreto nº 848, de 11 de outubro desse ano, do generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório, a estruturou. Campos Salles, Ministro da Justiça, formulou a correspondente Exposição de Motivos. Dela extraio:

“Ahi está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o poder judiciário, tal como se achava instituído no regimen decahido, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo afim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão”.

É interessante ficar consignado ter sido criada a Justiça Federal, segundo expressava a mencionada exposição motivacional,

“de conformidade com o disposto na Constituição da República.”

A referência era à Constituição dos Estados Unidos do Brazil dada a lume com o Decreto nº 510, de 22 de junho daquele ano,

“no intuito de ser submetida à representação do País, em sua próxima reunião, entrando em vigor desde já nos pontos abaixo especificados.”

Mesmo depois da edição do Decreto nº 848, no dia 23 daquele outubro o Governo Provisório da República resolveu alterar o teor da Constituição publicada, modificando-o

“desde logo nos raros tópicos sobre que se pronunciou accentuadamente neste sentido a opinião do paiz.”

Fê-lo por via do Decreto nº 914-A e atento ao parecer da Comissão dos Vinte e Um.

As disposições da Constituição publicada relativas ao Poder Judiciário não estavam dentre os *pontos especificados*.

Contudo, é válido registrar o que se continha no art. 54:

“O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e tantos Juizes e Tribunais federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.”

Os artigos 58 e 59 tratavam da competência do Supremo Tribunal Federal e dos Juizes ou Tribunais federais, respectivamente. O § 1º do art. 58 previa recurso, de curto espectro de cabimento, das *sentenças* da Justiça dos Estados em última instância, que ao depois seria denominado recurso extraordinário.

2. A Constituição de 1891 (arts. 55 a 62) manteve a essência do que no texto de 1890 se achava no tocante ao Judiciário. Não se deve inferir de tal circunstância pacificidade da matéria no Congresso Constituinte. **Raul Machado Horta**, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, observou:

“A Constituinte de 1891, ainda sob o unitarismo monárquico, tornou-se o campo da controvérsia entre as duas tendências, a da unidade e a da dualidade do Poder Judiciário. Os *anais* da primeira constituinte republicana registram brilhantes debates, que se iniciaram na “Comissão dos Vinte e Um”, incumbida de elaborar o Projeto de Constituição, e se prolongaram nas intervenções do plenário” (**Horta**, 1988).

Para **Adhemar Ferreira Maciel** o Decreto nº 848/890 espelhava a Lei Orgânica do Judiciário norte-americano (*Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789).

Impende trazer à baila, neste momento, o que dispunha a primeira Constituição republicana no

“Art. 59...

§ 2º — Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a Jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a Jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.”

A Emenda de 1926 não afastou da Lei Fundamental o conteúdo da norma transcrita. Deu-lhe espaço no § 2º do art. 60.

João Barbalho, após considerar as hipóteses em que os tribunais da União teriam

“ocasião e necessidade de interpretar e aplicar leis estaduais”,
“n’isto [consulta da Justiça Federal à jurisprudência dos Tribunais locais] uma homenagem aos poderes estaduais.”

A objurgatória de **Amaro Cavalcanti** à dualidade de justiças consagrada na Lei Maior de 1891 afigura-se-me contra toda a razão. Os argumentos expostos a propósito em *Regime Federativo e a República Brasileira*, obra de 1900, não se mostram ajustados ao ideário dos novos tempos que o 15 de novembro inaugurara.

Desde os momentos primeiros do Estado Federal brasílico até o instante de extinção da Justiça Federal pelo Estado Novo, as duas justiças serviram ao País na linha daquele papel importantíssimo do Poder Judiciário ressaltado por Campos Salles na Exposição de Motivos do Decreto nº 848.

O próprio ato organizativo da Justiça Federal cuidou do Jury Federal (Parte Primeira, Título II, Capítulo IX) e do Processo Federal (Parte segunda, Título III, Capítulos X a XLIV). Assim, porque o texto constitucional publicado com o Decreto nº 510, de junho de 1890, ao fixar a competência privativa do Congresso Nacional, ali incluía a de codificar as leis processuais da República (art. 33, item 24). O texto modificado (Decreto nº 914-A, de 23 de outubro do mesmo ano) ao expressar aquela competência exclusiva fê-lo desta forma:

“Codificar as leis civis, criminaes e comerciaes da República e bem assim as processuais da justiça federal.”

3. A Constituição de 1891 confirmou a competência única da União para legislar sobre o *direito processual da Justiça Federal* (art. 34, item 23), situação intocada pela Emenda de 1926. Os Estados, autorizados pela Lei Maior, puderam legislar a respeito de processo (art. 65, § 2º, CF/1891 e

EC/1926); evidentemente sem invadirem a especificidade do campo legislativo da União.

Desde a Constituição de 1934 até a de 1967, Emenda nº 1, de 1969, inclusive, a competência para legislar privativamente sobre *direito processual* ficou com a União, dilatada, dessarte, sua idoneidade para legiferar na matéria.

4. Hoje, diverso o quadro: O preceituar dos Estados e do Distrito Federal quanto a procedimentos em matéria processual, respeitadas as normas gerais da União, tem amplo alcance, isto é, os feitos da competência da Justiça Federal também deverão seguir, observada a territorialidade, os procedimentos traçados pelos entes mencionados. É o que ressaí da Constituição de 1988.

É oportuno lembrar, nesta oportunidade, a observação de **Carlos Mário da Silva Velloso**:

“Na competência legislativa de normas gerais, diretrizes ou princípios, não poderá a União legislar sobre questões específicas, sobre particularidades. Se o fizer, cometerá inconstitucionalidade” (pág. 375).

Arruda Alvim, em “*Manual de Direito Processual Civil*”, depois de dizer da compreensão larga de *direito processual* e dos lindes entre as normas processuais e os procedimentos, aclara:

“... normas procedimentais não gerais seriam as que estabelecessem novas formas de citação ou intimação, normas respeitantes a cartas precatórias, as cartas de ordem etc...” (págs. 124/125).

E acrescenta:

“... cumpre observar-se que um Estado-membro não poderá “impor” a outro suas normas procedimentais não gerais. Logo, relações de comunicação interestaduais serão regidas por normas emanadas da União, ou seja, normas procedimentais gerais” (pág. 125).

De mais a mais, parece bem observar que das decisões dos Tribunais Regionais Federais, assim como dos Estaduais, relativas a normas procedimentais localistas, não caberá recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 do Estatuto da Federação.

Referências Bibliográficas

ALENCAR, Fontes de. “Procedimentos em Matéria Processual”. Revista CEJ nº 4.

- _____. *Estudos: I — Procedimentos em matéria processual e os feitos da competência da Justiça Federal*, Revista CEJ nº 5.
- ALVIM, Arruda.** “Manual de Direito Processual Civil”, vol. I — Parte Geral. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 6ª ed., 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira.** “Processo Constitucional”. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBALHO, João.** “Constituição Federal Brasileira: comentários”; apresentação do Senador Mauro Benevides; introdução de Walter Costa Porto — Ed. Fac. Similar. Brasília: Senado Federal, 1992.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra.** “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 3, tomo III, São Paulo: Saraiva, 1993.
- BASTOS, Tavares.** “A Província — Estudo sobre a Descentralização no Brasil”. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, livreiro-editor, 1870.
- CAVALCANTI, Amaro.** “Regime Federativo e a República Brasileira”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900.
- FREIRE, Felisbelo.** “História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil”. Editora Universidade de Brasília, 1983.
- HORTA, Raul Machado.** “Unidade e Dualidade da Magistratura”. “Revista de Direito Público”, n. 87 — julho/setembro, 1988.
- MACIEL, Adhemar Ferreira.** “Tribunais Regionais Federais”. “Revista de Direito Público”, n. 94 — junho, 1990.
- MIRANDA, Pontes de.** “Comentários à Constituição de 1967”, tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.
- PIERANGELLI, José Henrique.** “Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas”, Bauru: Editora Jalovi, 1983.
- VALLADÃO, Haroldo.** “História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro”. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva.** “Temas de Direito Público”. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.