

## COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS: INCONSTITUCIONALIDADE DA LOMAN

Sergio de Andréa Ferreira

1. O art. 1.º da Constituição Federal estabelece como forma do Estado Brasileiro a Federação, o que se traduz no próprio nome do País, República Federativa do Brasil.

O Estado Federal, como espécie de Estado composto, é um Estado (a União Federal) constituído de Estados (os Estados-membros).

Soberano o primeiro (o Estado Nacional), reveste-se ele da tríplice capacidade de autodeterminação, auto-organização e autogoverno.

Politicamente autônomos os últimos, ostentam as duas últimas, que são as que interferem com a questão em pauta.

2. A capacidade de auto-organização envolve a competência de estruturar-se a si mesmo político-juridicamente, dotando-se de uma Constituição que defina a composição dos respectivos Poderes Públicos; configure suas atribuições; e disponha sobre o inter-relacionamento de governantes e governados (cuja distinção é o núcleo do fato político) dentro de cada conjunto e dos integrantes de um deles com os dos outros.

Essa Constituição será o ápice da hierarquia de normas cujo complexo formará o *ordenamento jurídico* do Estado, próprio dele, eis que tal aspecto também se insere na capacidade em foco.

Assim organizado, o Estado estará integrado por um Governo só seu, que exercerá as funções estatais típicas da legislação, da administração e da jurisdição, traduzindo todo esse complexo sua capacidade de autogoverno.

3. A União Federal, soberana, auto-organiza-se com liberdade, eis que, conforme salientado, pode autodeterminar-se, encontrando limites, no Mundo Civilizado e no Estado de Direito, nos princípios básicos da ordem internacional — pela ótica contemporânea da interdependência entre os Estados Nacionais, ainda que soberanos —; do respeito aos direitos humanos; da legalidade e da auto-vinculação; da responsabilidade, enfim, do que os publicistas costumam chamar de um veraz direito natural social.

Os Estados-membros, não soberanos, têm sua capacidade de auto-organização limitada pelo que dispõe a Constituição Federal, que, mais do que isso, é Nacional, ao tratar de aspectos daquela capacidade e da de autogoverno dos Estados-membros.

Não deixa de se ter, porém, no caso, uma forma de auto-vinculação, na medida em que, da formulação e reforma de uma

Constituição democrática participam os representantes dos Estados-membros de uma Federação e de sua população.

4. Sob o ângulo do relacionamento Governo Federal—Estado-membro, é ponto básico a taxatividade da competência do primeiro, a abranger os poderes expressos, enunciativamente elencados no texto formalmente constitucional, e os poderes e faculdades instrumentais, implícitos, e estritamente necessários — sempre numa relação meio-fim com os primeiros — à consecução desses, como no exemplo clássico da competência — implícita — de instituição da Casa da Moeda, para a viabilização do exercício da atribuição — expressa (art. 8.º, IX) — de emissão de dinheiro.

Em termos, no entanto, de conteúdo de poderes, de seus limites, das limitações do correspondente exercício, tudo é taxativa e expressamente previsto na Carta Magna Federal.

Qualquer extravasamento, qualquer extrapolação constituirá ilicitude a macular irremediavelmente o ato público federal praticado, por excesso de poder, incompetência, invasão de atribuições federativas.

É de lembrar-se que a Federação é uma forma, político-social, de divisão de poderes — e, por isso, essencialmente democrática —, que leva em conta — e, daí, sua pertinência total com um País de dimensões continentais como o nosso — as inerentes diversidades naturais e sociais, as peculiaridades regionais.

Em decorrência, capítulo essencial do Direito Federativo é o da *repartição de competências* entre suas unidades.

5. Há de gizar-se, igualmente, que os Estados-membros — seja numa Federação centripetamente, seja numa centrifugamente formada — são o centro do Estado Federal, entidades necessárias à sua existência.

Por isso mesmo é que — seja Federação de formação centripeta, como a norte-americana, seja de constituição centrifuga, como a nossa — o princípio básico é o da retenção, pelos Estados-membros, dos poderes remanescentes ou residuais. Em outras palavras: todos os poderes, numa Federação, são dos Estados-membros, poderes esses que são limitados ou restringidos, em seu conteúdo ou exercício, pelo que taxativamente dispõe a Constituição Federal.

É o princípio feito norma na disposição contida no art. 13, § 1.º, da Constituição Federal, *ipsis verbis*:

*“Aos Estados são conferidos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição”.*

6. Salientou-se, já, que a autonomia dos Estados-membros é uma autonomia política, como instituições federativas imprescindíveis e



nucleares que são. Não se trata, conseqüentemente, de mera autonomia administrativa, delegada.

Autonomia política essa para cuja configuração é essencial a prevalência dos princípios da auto-organização e do autogoverno.

7. Aliás, em matéria de estruturação do Poder Público, a Constituição Brasileira vigente, não obstante seus vícios de origem e de conteúdo, foi bastante incisiva e explícita na consagração, na autonomia nos vários níveis federativos, e na independência, no mesmo nível, de um dos Poderes Políticos em relação ao outro.

É o que se lê, quanto ao primeiro tópico, no art. 13 ("os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem"); e, no que concerne ao segundo, nos arts. 30; 40, III; 42, IX; 115, II e III; e 144, §§ 5.º e 6.º.

Alguns excessos autocráticos e centralizadores nas limitações impostas já foram expungidos pela Emenda Constitucional n.º 25, de 15-5-85.

Resta, no entanto, ainda, o acerto na parte da organização judiciária, área em que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional extravasou os limites devidos.

Sobre um desses pontos de extrapolação — ponto de suma importância à boa administração da Justiça, que é aspecto fundamental da redemocratização nacional — é que versa esta representação.

8. Dentro do quadro traçado, a CF, conforme já sublinhado, reconheceu (art. 13) a capacidade de auto-organização e a reserva de todos os poderes federativos, salvo o que funciona como ostensiva exceção — os vedados pelo diploma normativo formalmente constitucional.

Em termos específicos de *organização judiciária* (que a CF distingue, expressamente, do Direito Processual: *cf.* arts. 8.º, XVII, *b*, e *t*; e 144, § 5.º; *cf.* arts. 91 e 93 do CPC), a Magna Carta Federal reiterou o princípio da auto-organização estadual, ao dispor, expressamente, em seu art. 144, que

*"os Estados organizarão a sua Justiça".*

Mais ainda: conferiu, também de maneira explícita, ao Tribunal de Justiça de cada Estado-membro, a iniciativa da deflagração do processo legislativo na matéria: art. 144, § 5.º.

9. Como é próprio de uma Constituição Federal, essa estabelece limites a essa faceta da capacidade de auto-organização política dos Estados-membros, limitações essas, em sua parte fundamental, tradicionais no Direito Constitucional Brasileiro, eis que repetição — com algumas alterações — do contido em Constituições anteriores.

A grande novidade foi a previsão (art. 112, parágrafo único) de uma Lei Complementar Federal — a Lei Orgânica da Magistratura Nacional — que estabelecerá (parágrafo único do art. 112) “normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura”, isto é, do corpo de juizes, da respectiva carreira, do seu estatuto funcional — o que difere da organização judiciária —, isto é, da estruturação do Judiciário como Poder.

É, a propósito, expressa a Constituição, como não poderia deixar de ser, sobre a sujeição da LOMAN (que veio a consubstanciar-se na Lei Complementar n.º 35, de 14-3-1979, modificada pela Lei Complementar n.º 37, de 13-11-1979) às normas constitucionais federais, eis que lhe impõe, na matéria funcional, o respeito às “garantias e proibições previstas” na Constituição “ou dela decorrentes”, ou seja, com a preservação daquilo que, explícita ou implicitamente, fizer parte jurídico-lógica do sistema constitucional.

10. Cumpre, a propósito, acentuar que a Lei Complementar está situada, na hierarquia normativa do Direito Objetivo Brasileiro, abaixo da Constituição: ela *não a completa* (junção reservada às emendas à Constituição Federal), mas apenas a *complementa*, isto é, regula, com submissão consoante o gizado, às normas expressas e aos princípios implícitos, virtuais e decorrentes, do ordenamento constitucional.

*Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, RT, São Paulo, III: 612)* ensina que “à diferença da emenda”, a Lei Complementar “não se insere na Constituição. Uma vez que somente complementa, não é conteúdo da Constituição. Daí não poder ser tida como texto constitucional.”

11. Outrossim, dado político-histórico fundamental — que jamais poderia ser impunemente desprezado pelo intérprete, pelo executor e pelo aplicador da LOMAN — é que ela teve assento na Emenda Constitucional n.º 7, promulgada pelo Presidente da República, no uso de atribuição de exceção contemplada no § 1.º do art. 2.º do famigerado Ato Institucional n.º 5, de 13-12-68, e em período de recesso compulsório do Congresso Nacional, decretado para a efetivação daquela promulgação, diante da resistência manifestada pelo Parlamento Nacional.

Por essa origem comprometida, aliada à revogação dos Atos Institucionais e Complementares conflitantes com a Constituição, os próprios dispositivos constitucionais que se referem à LOMAN devem ser, num momento de inauguração de um novo regime democrático no País, interpretados e vivenciados, dentro da ótica da chamada *construction* do Direito Constitucional, da exegese que acompanha a evolução histórica e à nova realidade social, sob pena de fatal descompasso entre o Direito e os fatos, dissonância essa sempre de conseqüências comunitárias imprevisíveis.



À ilustrada Procuradoria-Geral da República, como guardião e provedora do respeito aos postulados constitucionais básicos, e ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, como intérprete e aplicador máximo da Constituição, tais fatores jamais poderiam passar despercebidos, na aferição das regras contidas na LOMAN.

É oportuno, aliás, recordar que publicistas sustentam a importância maior de certas regras constitucionais, em relação a outras, o que é de suma relevância na interpretação, execução e aplicação dessas últimas.

Os conflitos constitucionais intracontextuais ou de normas de hierarquia inferior às constitucionais (inclusive de leis complementares) com essas devem, ademais, como se depreende da parte final do parágrafo único do art. 112 da CF, ser aferidos quer em relação à letra, quer com referência ao espírito e aos princípios decorrentes daquela no exame da própria constitucionalidade das Emendas Constitucionais.

*José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, RT, São Paulo, 1976, 1:25 e s.), com base no ensinamento de Nelson de Souza Sampaio (O Poder de Reforma Constitucional, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1954, pp. 93 e s.), distingue, em termos de poder de emenda constitucional, entre os limites materiais explícitos e os limites materiais inerentes.*

Exemplo típico dos primeiros está na disposição contida no § 1.º do art. 47, que veda a deliberação sobre proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

Os autores falam, com efeito, em “espírito da Constituição”, em “legitimidade constitucional” (*Hauriou*).

As emendas constitucionais experimentam um limite quanto à extensão da própria alteração introduzida, eis que, a pretexto de alterar, não poderão substituir a própria estrutura constitucional. O poder constituinte derivado não pode transmudar-se em poder constituinte originário.

Por isso, outros princípios constitucionais são, igualmente, inócáveis, além dos vários aspectos que se relacionam com a Federação e a República.

Esses outros aspectos inatingíveis são os da separação dos Poderes (art. 6.º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 10, VII); os direitos fundamentais (art. 153, *caput*); o regime representativo e democrático (arts. 151, I e 152, § 1.º, I), por seu turno traduzido no preceito da isonomia (art. 153, § 1.º, art. 97); os ligados ao Estado de Direito, consistentes no princípio da legalidade e moralidade públicas (arts. 82, V, 151, II e 153, § 2.º), do controle e responsabilidade do Poder Público (art. 153, § 4.º).

O art. 178 da Constituição do Império do Brasil erigia em princípio e regras materialmente constitucionais — e, portanto, acima de outras também formalmente inseridas no texto constitucional — os que dizem respeito

*“aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos”,*

o que vale, certamente, tanto no plano horizontal — poderes políticos de um mesmo Governo —, como no vertical, no escalonamento governamental inerente à Federação.

Daí, sustentar-se que o *poder constituinte, originário ou derivado*, como todo *poder jurídico*, tem *limites*, quanto ao seu conteúdo, e *limitações*, quanto ao seu exercício.

A distinção estabelecida pelo art. 178 da Carta do Império permanece, não com o sentido de distinção entre *rigidez e flexibilidade*, mas de discriminações entre as normas constitucionais superiores básicas, normas por natureza constitucionais e que tratam da forma de Estado, regime e sistema de governo, forma de associação político-social, direitos e garantias individuais e sociais, conformação do Estado de Direito (*Constituição material*); e as demais, que são constitucionais, em razão da espécie de fonte que as veicula (*Constituição formal*). No confronto das últimas com as primeiras, essas devem prevalecer: “Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional, de maneira que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser inválidas...” (*Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, de Otto Bachof, trad. port. de José Manoel M. Cardoso da Costa, Atlântida, Coimbra, 1977, pág. 23).

Há normas constitucionais de grau superior. Inferiores, por exemplo, são as de Direito Transitório, em que, muitas vezes, o constituinte trai o espírito e a letra da parte permanente da Constituição Federal.

São, por outro lado, inválidas as normas constitucionais arbitrárias, caracterizadoras do abuso de poder constituinte.

Otto Bachof, citado por José Luiz de Anhaia Mello (*Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, RT, São Paulo, 1968, p. 98), admite “inconstitucionalidade de normas constitucionais que contradizem normas constitucionais de grau superior” e “inconstitucionalidade por contrariar normas de direito natural.”

Se não reconhecermos a existência de limites e delimitações ao poder constituinte, mesmo o originário, estaremos admitindo que um Estado de Direito possa nascer com o arbítrio.

Em conseqüência, todas essas lições não podem deixar de ser consideradas na verificação da validade, e na interpretação, exe-



cução e aplicação das normas constitucionais inseridas pela Emenda Constitucional n.º 7, e da LOMAN, lei complementar que dela resultou.

E tudo isso, de modo muito especial, no que tange ao respeito ao princípio federativo básico das limitações dos poderes da União, no que tange à ingerência na organização dos Estados-membros, o que é o reverso da face principal da moeda da Federação: o princípio de que aos Estados-membros cabem os poderes de auto-organização.

12. É diante de todo esse panorama que tem de ser considerada a disposição constante do artigo 144, *caput*, da CF, que estatui que “os Estados organizarão a sua justiça, observados os artigos 113 a 117 desta Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os dispositivos seguintes”, constantes dos seus incisos e parágrafos correspondentes.

Nesta matéria, que é de *organização judiciária* (e não, do estatuto funcional da Magistratura), a LOMAN só pode dispor nos estritos termos previstos na Constituição Federal, isto é, no tocante aos assuntos os quais aquela indicou que seriam objeto de tratamento pela referida Lei Complementar.

Qualquer outro tópico é de abordagem vedada pela LOMAN, por inversão de competência, já que se estaria interferindo, indevidamente, no princípio da autonomia na auto-organização do Poder Público estadual.

Não se coloca, portanto, no caso, a questão de se saber se matérias que poderiam ser objeto de lei ordinária, podem sê-lo de lei complementar, ou, apenas as que a CF prevê, imperativamente, como tendo de ser regulada através da última fonte formal citada.

É que, nessa questão, a competência que está em jogo é sempre da União Federal, e o problema passa a ser, apenas, de licitude, ou não, do objeto, enquanto, no caso ora em análise, cuida-se de incompetência da União.

O que está em jogo aqui é o poder estadual em confronto diretamente com a norma constitucional federal, cabendo à LOMAN atuar, tão-somente, nos estritos limites explícitos e implícitos da CF.

O Código de Processo Civil reconhece, expressamente, em seu art. 93, que a matéria referente à “competência dos tribunais” é de “organização judiciária”, e, portanto, estadual, sobre a qual prevalecem, apenas, “as normas da Constituição da República.”

13. No tocante aos *Tribunais de Alçada*, que a CF chama de “tribunais inferiores de segunda instância”, o § 1.º do artigo 144 reconhece aos Estados liberdade para criá-los, através de lei, por proposta do Tribunal de Justiça.

A LOMAN a Constituição reservou o papel de estabelecer os "requisitos" dessa criação.

Ora, *requisitos* são os *pressupostos*, e estão estabelecidos nos incisos I e II do art. 108 da LOMAN.

Mas o inciso III do mesmo artigo, quer em sua redação primitiva, quer na de acordo com o disposto na Lei Complementar 37/79, extrapolou os limites da atuação da LOMAN, no particular, porquanto trata das matérias de competência dos Tribunais de Alçada, o que nada tem a ver com o estabelecimento de *requisitos de sua criação*, única atribuição dada pela CF àquela legislação complementar no setor.

Trata-se, evidentemente, de matéria de *organização judiciária*, da competência estadual, nos termos já vistos, e que tem por limite, em termos de legislação federal, o que se contém no Direito Processual (cf. art. 6.º da Lei n.º 5.621, de 4-11-70).

*Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, RT, São Paulo, 2.ª ed., 1970, II: 61 e s.)* é claro na preocupação de que o legislador federal, inclusive sob a invocação da centralização do Direito Processual, invada a competência do Estado-membro, a que cabe dispor sobre a organização e divisão judiciárias, e destaca, de modo expressivo, a questão da fixação da competência, que é local; o legislador federal trata de *processo*, e não da competência de *juiz* ou *juízos* nem, conseqüentemente, de *Tribunais*.

Nem se argumente com que, pelo disposto no inciso III do art. 115 da CF, a LOMAN pode interferir no conteúdo dos regimentos internos dos Tribunais, em matéria de competência de seus órgãos.

É que, assim como a *organização judiciária* não se confunde com o Direito Processual, distingue-se, também, da elaboração de regimentos internos, como está expresso no inciso II do art. 6.º da citada Lei 5.621/70.

De qualquer modo, não se trata de atuação da LOMAN na competência *ratione materiae*, mas na discriminação dos tipos de ações e recursos, e, de qualquer modo, com futuro constitucional expresso.

Muito pelo contrário, a Emenda Constitucional n.º 7 veio a retirar do texto da alínea "a" do § 1.º do art. 144 da CF, a referência à competência (a que chama de *alçada*) qualitativa ou quantitativa, como o fazia o texto anterior do dispositivo, para cuidar, apenas, de atribuir à LOMAN competência para tratar dos *requisitos* de criação daqueles tribunais.

14. Não se poderia deixar de referir um aspecto, que, embora fático, não é desprezível.

É que a disciplina da matéria pela LOMAN foi desastrosa, na medida em que, na limitação que impôs às atribuições cíveis dos Tribunais de Alçada, sobrecarregou e congestionou os Tribunais de Justiça, cujo agigantamento, outrossim, não é desejável.