

Estado em Juízo



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no exercício da atribuição que lhe confere o art. 103, V, da Constituição Federal, assistido pela Procuradoria Geral do Estado, vem, com fundamento nos artigos 1º e seguintes da Lei nº 9.868/99, ajuizar a presente

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar

tendo por objeto os artigos 9º, parágrafo único, II, 15, 46, § 5º, 52, parágrafo único, 242, § 3º, 311, parágrafo único, 535, § 3º, II, 840, I, 985, § 2º, 1.035, § 3º, III, 1.040, IV, todos da Lei Federal nº 13.105/2015 (DOC. 01), que institui o Novo Código de Processo Civil (CPC/15).

As razões que amparam cada um dos pedidos, sob o ângulo processual e de mérito, inclusive os pressupostos para a concessão de medida cautelar, serão desenvolvidas no decorrer da presente peça, mas podem ser desde logo sumariadas na forma que se segue:

SUMÁRIO DA PETIÇÃO INICIAL

QUESTÕES PROCESSUAIS: LEGITIMIDADE E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

II. OS DISPOSITIVOS QUE VIOLAM A CONSTITUIÇÃO

II.1. Aplicação do CPC/15 aos processos administrativos estaduais (art. 15): a imposição, por lei federal, de fonte normativa para o processo administrativo dos demais entes políticos ofende a autonomia federativa.

II.2. A opção do foro de domicílio do autor quando réu o Estado (art. 52, parágrafo único): submeter os Estados-membros e o Distrito Federal ao foro de domicílio do autor, pela mera vontade deste e ainda que situado em qualquer lugar do país, compromete a efetividade da garantia do contraditório, esvazia a Justiça Estadual como componente da auto-organização federativa e dá margem ao abuso de direito no processo.

II.3. O foro de domicílio do réu na execução fiscal (art. 46, § 5º): a fixação de regra especial de competência territorial na execução fiscal, agora atrelada

ao domicílio do réu, à sua residência ou ao local onde se encontrar, mesmo que situado em qualquer local do país, potencializa a guerra fiscal, mina a sustentabilidade financeira indispensável à autonomia federativa e esvazia, mais uma vez, a auto-organização dos Estados-membros.

II.4. Administração Estadual e a atribuição para receber citação (art. 242, § 3º): o legislador federal não pode avocar a definição do órgão administrativo específico que, na esfera dos demais entes políticos, detém atribuição para receber citação, sob pena de suprimir-lhes a autoadministração.

II.5. Concessão liminar de tutela da evidência fundada em precedente vinculante (arts. 9º, parágrafo único, II, e 311, parágrafo único): em respeito ao contraditório, somente a urgência justifica a postergação da oitiva do réu para decisão que causa agravo à sua esfera de interesses, jamais apenas a suposta plausibilidade do direito aferida com base em alegações unilaterais do autor.

II.6. Os depósitos judiciais e a definição da instituição financeira (arts. 535, § 3º, II, e 840, I): não cabe à lei federal restringir a autonomia dos Estados-membros na definição da instituição financeira responsável pelo recebimento e a administração dos depósitos judiciais pertinentes à Justiça Estadual.

II.7. Vinculação da Administração Pública para a “efetiva aplicação” de tese firmada em julgamento de casos repetitivos (arts. 985, § 2º, e 1.040, IV): a automática e direta submissão da Administração Pública, ainda que não tenha sido parte no feito, à tese resultante de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos, com o dever de fiscalizar a efetiva aplicação no campo dos serviços públicos, ofende a garantia do contraditório e o devido processo legal.

II.8. Repercussão geral presumida quando declarada inconstitucional lei federal (art. 1.035, § 3º, III): a facilitação do acesso ao STF apenas quando em pauta atos normativos federais, excluindo da mesma proteção os estaduais, configura preferência federativa indevida, abuso de poder legislativo e quebra do dever de lealdade federativa.

III. DA MEDIDA CAUTELAR

IV. DOS PEDIDOS

I. QUESTÕES PROCESSUAIS: CABIMENTO, LEGITIMIDADE E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

1. A admissibilidade da presente demanda é singela. O ato normativo impugnado consiste em lei federal, editada pelo Congresso Nacional sob a vigência da atual ordem constitucional, e aqui apontado como em descompasso com a última. Assim, *legitimado* o Governador do Estado pelo art. 103, V, da Constituição, a *pertinência temática* é

evidente. Os dispositivos atacados afetam diretamente a esfera de interesses do Estado¹, já que em pauta: (i) a preservação de componentes essenciais ao pacto federativo, retratados nas competências legislativas estaduais, no espaço de autonomia que lhe cabe e na vedação à criação de preferências federativas; e (ii) o respeito às garantias fundamentais que corporificam o devido processo legal, titularizados pelo jurisdicionado, nessa condição inserido o Estado enquanto parte.²

II. OS DISPOSITIVOS QUE VIOLAM A CONSTITUIÇÃO

2. Os vícios de inconstitucionalidade ora argüidos podem ser desdobrados em sete tópicos distintos, que seguem, tanto quanto possível, a ordenação dos dispositivos na estrutura do Código de 2015.

II.1. Aplicação do CPC/15 aos processos administrativos estaduais (art. 15)

3. O Capítulo intitulado “Da aplicação das normas processuais”, no CPC/15, é inaugurado com a disciplina da *incidência das normas processuais no espaço* (art. 13) e *no tempo* (art. 14). Logo a seguir, estabelece o Código, no art. 15, regra sobre a aplicação de suas disposições para além do campo do processo civil, elevando-o à condição de fonte subsidiária e supletiva para os processos de natureza eleitoral, trabalhista e administrativa. Confira-se:

“Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

4. Ao se referir pura e simplesmente a processos “administrativos”, sem a adição de um qualificativo, a regra dá ensejo à interpretação de abarcar também os processos administrativos das demais esferas federativas, como a estadual ou a municipal, e não apenas a federal. Tal interpretação, porém, agride a noção básica de autonomia federativa (CF, art. 18), já que não está ao alcance do legislador federal ditar a fonte normativa do processo administrativo dos demais entes políticos.

5. A dogmática do direito administrativo deslocou, já de há muito, a centralidade da figura do ato administrativo para o processo administrativo. Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, aliada à ascensão dos direitos fundamentais, os vetores de participação e controle popular sobre a intervenção do poder público conferiram nova relevância ao *iter* de formação da decisão estatal, em todas as etapas que o compõem, não mais apenas do ato conclusivo. Hoje, como resultado, qualquer competência administrativa é exercida de maneira necessariamente *processualizada*,

¹ STF, ADI 2.747, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 16-5-2007, DJ 17.ago.2007.

² “(...) as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva (...)” (STF, MI 725, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 10.mai.2007, DJe 21.set.2007). A afirmação é amplamente respaldada na doutrina. Por todos, cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 312, assentando que deve se reconhecer “a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, o que se verifica especialmente na esfera dos direitos de cunho processual”.

de modo que o processo administrativo passa a ser o veículo por excelência do desenvolvimento da atividade administrativa³.

6. Sob este pano de fundo, a decisão do constituinte de 1988 de adotar a forma federativa de estado, com a distribuição espacial do poder em múltiplos níveis, e atribuindo a cada um feixe próprio de competências materiais, traz em si, de forma lógica, a reserva aos entes políticos da disciplina do respectivo processo administrativo. Inexistindo regra expressa na Constituição para essa específica hipótese material de competência legislativa, tal conclusão decorre da conjugação dos arts. 18 e 25, *caput* e § 1º, que compõem um sistema de afirmação do núcleo de autonomia federativa dos entes políticos⁴, já que, como dito, legislar sobre processo administrativo é legislar sobre a *forma* de administrar.

7. Por tudo isso, não cabe à lei federal, como é o CPC/15, impor “de cima para baixo” o regramento da fonte normativa do processo administrativo dos demais entes políticos, ainda que de natureza supletiva ou subsidiária. E inúmeros são os problemas de ordem prática decorrentes da interpretação ampliativa do citado artigo⁵.

8. E nem se diga que a pretendida aplicação supletiva do CPC/15 seria inspirada na preservação das garantias fundamentais no processo administrativo. O racio-

³ BATISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 243; SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 64-74; MARTINS, Ricardo Marcondes. *O conceito científico de processo administrativo*, Revista de direito administrativo, n. 235, jan./mar 2004, p. 352, afirmando que o “processo é o meio de exercício da função administrativa”.

⁴ É emblemática, no ponto, a lição de ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo*, Revista de Direito Administrativo, n. 209, jul./set. 1997, p. 196-197: “Quanto à questão da competência para cuidar do tema em sede infraconstitucional, a organização federativa brasileira não permite que haja lei nacional sobre o tema. A autonomia administrativa, que caracteriza o princípio federativo dominante da forma de estado adotada no Brasil, tem a sua afirmação rigorosa na garantia de um espaço próprio de cada entidade federada (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para estruturar a sua organização e a sua forma de atuação, observados os princípios constitucionais. O processo administrativo, como instrumento de ação adotado pela Administração Pública garantido em seus princípios fundamentais na Constituição Federal, tem o seu esboço infraconstitucional firmado pela legislação elaborada pelas diferentes pessoas políticas, cada qual seguindo as diretrizes que melhor se adaptem às suas condições”, para logo a seguir, às p. 197-198, refutar enfaticamente a leitura ampliativa dos arts. 22, I (“direito processual”), e 24, XI (“procedimentos em matéria processual”), da Constituição, que, em harmonia com o vetor hermenêutico do art. 60, § 4º, I, da Constituição, evidentemente só podem abarcar o processo de natureza jurisdicional. No mesmo sentido, *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro*, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 350-352, em obra que reflete tese de doutorado defendida em 2015, na UFBA, perante banca examinadora composta, dentre outros, pelos Mins. Gilmar Ferreira Mendes e Teori Zavascki; e SUNDFELD, Carlos Ari. *Sistema constitucional de competências*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº 01, 1993, p. 274-275, para quem “incumbe privativamente a cada pessoa política – União, Estados (ou Distrito Federal) e Municípios – editar *para si* leis dispendo sobre: (...) os procedimentos a serem adotados no exercício de suas atividades administrativas”.

⁵ Por exemplo, (i) os novos limites de dispensa quanto ao valor para o reexame necessário (Art. 496, § 3º) serão aplicáveis ao processo administrativo fiscal de Estados e Municípios? (ii) diante de lacuna, o processo administrativo disciplinar de servidores estaduais e municipais não pode se socorrer das normas da Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), mas necessariamente do CPC/15? (iii) ao fim e ao cabo, atentando-se para a afinidade temática, por que não a aplicação supletiva para os demais entes da Lei Federal nº 9.784/99, que regula o processo *administrativo* federal?

ção, apesar de bem intencionado, parte de um erro de perspectiva, confundindo os planos formal e material do fenômeno da inconstitucionalidade, pois qualquer norma regente do processo administrativo, seja ela originária ou por aplicação subsidiária ou supletiva, deve atentar para o devido processo legal por imposição direta do art. 5º, LV, da Constituição⁶.

9. Assim, impõe-se a interpretação conforme a Constituição da expressão “processos administrativos” constante do art. 15 do CPC/15, para restringir sua incidência à órbita federal, preservando o espaço próprio para cada ente político na definição da fonte subsidiária ou supletiva do respectivo processo administrativo⁷.

II.2. A opção do foro de domicílio do autor quando réu o Estado (art. 52, parágrafo único):

10. Inovando em relação ao diploma revogado, o CPC/15 institui regramento próprio à competência de foro quando o Estado-membro ou o Distrito Federal forem parte na demanda. Nos termos do art. 52, *caput*, se tais entes forem autores, competente será o foro de domicílio do réu, neste ponto sem se distanciar da tradicional regra geral de competência territorial para ações de direito pessoal ou de direito real sobre bem móvel (art. 46 do CPC/15).

11. Quando, porém, o Estado ou o Distrito Federal figurarem no polo passivo, o quadro mudará sensivelmente, por força da criação de quatro foros concorrentes deixados à opção do autor, que constam do parágrafo único do art. 52. Eis a redação do dispositivo:

“Art. 52. É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autor Estado ou o Distrito Federal.

Parágrafo único. Se Estado ou o Distrito Federal for o demandado, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado”.

12. Certamente, a intenção do legislador, ao instituir esse novo regime, foi aproximar o tratamento dos demais entes políticos àquele conferido pelo constituinte à União, segundo os §§ 1º e 2º do art. 109 da Constituição da República. A aproximação de situações profundamente desiguais, entretanto, acabou por gerar um resultado flagrantemente inconstitucional, em especial pela abertura ao “domicílio do autor”, esteja este onde estiver, como um foro geral deixado à sua mera vontade. E há uma série de razões que o demonstram.

⁶ E pior: (iv) na omissão do regramento de um processo administrativo de viés *sancionador*, qual a razão para afastar a aplicação do processo penal supletivamente, ao invés do civil, que pode ser ainda mais *garantista*?

⁷ O raciocínio não impede, por certo, eventual opção *voluntária* do ente menor, por ato normativo próprio, pela integração de seu ordenamento por normas federais, como já decidido em STF, ADI nº 246, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 16.dez.2004, DJ 29.abril.2005, mas naquela oportunidade tendo por objeto, nos termos do art. 368 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, apenas a aplicação supletiva dos “princípios” vigentes na órbita federal.

a) *Contraditório efetivo, representação judicial dos Estados e uma analogia perversa*

13. Em primeiro lugar, esta opção do autor de demandar em seu próprio domicílio, elevada à condição de uma nova regra geral, submeterá a Fazenda Estadual à irrealizável missão de se defender em juízo em todas as demais unidades federativas do país, desde que lá tenha o demandante, na data do ajuizamento da demanda, fixado residência com ânimo definitivo. Transformando-se o que hoje é excepcional em ordinário⁸, o efeito sistêmico que daí decorrerá será reduzir a nada a efetividade da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), retirando as condições mínimas para a defesa técnica pelo réu.

14. É da própria definição de federalismo a ideia de distribuição geográfica do exercício do poder⁹. Nos dois níveis abaixo do ente central – a União –, as competências legislativas e administrativas são repartidas pela Constituição entre entidades que exercem poder político apenas sobre uma dada parcela do território nacional. Isso significa que, concebendo o constituinte os Estados-membros como unidades autônomas, o feixe de atribuições exercido por cada qual não pode e não deve extravasar os respectivos limites territoriais¹⁰. O ponto, apesar de corrente na teoria do direito constitucional, é crucial como premissa para o exame da validade do foro do domicílio do autor previsto no art. 52, parágrafo único, do Novo CPC, porque em nenhuma hipótese poderia o legislador, como de fato fez, instituir regime processual que simplesmente *desconsidera a posição constitucional dos Estados*, ignorando os atributos e as consequências de sua autonomia federativa.

15. É bem verdade que as regras de competência territorial relativa têm em mira, de modo geral, o propósito de reequilibrar forças no processo civil, facilitando o acesso à tutela jurisdicional da parte que se mostra presumivelmente mais fraca aos olhos do legislador. Nem por isso está ao alcance da lei, a pretexto de proteger determinado interesse, suplantando a efetividade da garantia do contraditório pelo polo oposto no processo, oprimindo sua posição subjetiva a ponto de impedir-lhe a defesa em juízo. **Especialmente quando essa parte é uma figura jurídica criada para expressar e titularizar o universo que representa o interesse coletivo de todos os demais cidadãos, que litigam em face do interesse individual da parte adversa.**

16. A tensão entre os dois vetores é constante, mas, como em toda ponderação de interesses, jamais pode levar à ablação do núcleo essencial de qualquer dos valores

⁸ Atualmente, o fenômeno só ocorre em razão da incidência de regra especial de foro fundada em elementos objetivos do conflito ou pela aceitação tácita configurada pela não arguição da incompetência relativa.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982, p. 17-27; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 832; ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 42; e PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988: parâmetros para sua interpretação e para a solução de seus conflitos*, 2011, 261 f., Orientador: Luís Roberto Barroso, Dissertação (mestrado), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, p. 47.

¹⁰ O que inspira inclusive a previsão do art. 34, II, da Constituição da República, autorizando a excepcional intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal para “repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra”.

envolvidos, em atenção ao postulado da proporcionalidade¹¹. E é exatamente este teste que o foro do domicílio do autor, previsto no art. 52, parágrafo único, não é capaz de superar.

17. Como se sabe, a garantia do contraditório percorreu um longo caminho até ser alçada, nos dias de hoje, à posição de pedra angular do devido processo legal. Sob a perspectiva formal, ela inicialmente expressava apenas o direito de ciência quanto aos atos e termos do processo, com a correspondente oportunidade de reação pelo interessado. Os valores da democracia participativa e da isonomia material transformaram, porém, o contraditório formal na sua feição atual de direito de influência, traduzindo a ideia básica de que a jurisdição, em um Estado Democrático de Direito, somente se legitima se assegurar aos sujeitos atingidos a ampla possibilidade de contribuir na formação da convicção do julgador sobre cada um dos elementos do conflito, de modo que a solução da causa reflita a maior ou menor força persuasiva das razões de autor e réu na defesa de suas posições subjetivas. De parte os muitos desdobramentos que essa compreensão do contraditório irradia¹², elevando as partes da condição de súditos para efetivos partícipes, no núcleo essencial desta garantia ainda reside a noção fundamental do *direito de ser ouvido*, que se faz valer a partir da oportunidade de apresentação de *defesa técnica*¹³, porque é o advogado, como essencial à administração da justiça (CF, art. 133), o porta-voz por excelência capaz de articular os elementos de defesa de modo mais eficaz possível no interesse das partes e de travar um efetivo diálogo paritário com o juiz da causa¹⁴.

18. Para que o contraditório não se perca em promessa falaciosa, pressupõe ele *meios materiais* que permitam a participação no processo. A ciência processual de há muito abriu os olhos para a superação de obstáculos que a realidade social duramente ergue à defesa efetiva¹⁵. Dentre muitos outros fatores, o direito de defesa depende da relativa proximidade que deve existir entre o órgão jurisdicional competente e os

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 139 e segs.; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 366 e segs.

¹² Sobre o tema, na literatura brasileira, v. GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556, no que se inclui a regra hoje prevista no art. 10 do CPC/15, de vedação às decisões-surpresa no processo civil.

¹³ CALAMANDREI, Piero. *El respeto de la personalidad en el proceso*, In: *Proceso y democracia*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960, p. 181-183; PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 193; RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 160; e CAPPELLETTI, Mauro. *Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*, In: *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974, p. 550-552.

¹⁴ Evidentemente, daí não se extrai que a lei não possa abrir espaços para que a parte opte, *voluntariamente*, por dispensar a representação por advogado em processos judiciais cíveis, como já reconhecido por este E. STF no julgamento, v.g., da ADI 3.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 8-6-2006, DJ de 03.ago.2007. São, porém, situações radicalmente diversas a (i) livre disposição de uma garantia e a (ii) imposição de um regime legal que impeça ao titular a efetiva fruição, como se verá.

¹⁵ É notório o movimento mundial de acesso à justiça retratado por CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, diagnosticando obstáculos reais à tutela jurisdicional e propondo as conhecidas ondas renovatórias de superação.

litigantes que perante ele devem comparecer¹⁶. Assim, submeter sobretudo o réu¹⁷, por si ou representante, ao deslocamento excessivo de seu *centro de interesses* para apresentar defesa e praticar atos processuais significa apor um desvalor à sua participação no processo. E, nas palavras de Mauro Cappelletti, um “processo em que a parte fique na impossibilidade de participar efetivamente é um atentado contra aquilo que de mais essencial existe no processo jurisdicional”¹⁸.

19. Ora, a aplicação do foro do domicílio do autor, agora prevista no art. 52, parágrafo único, produzirá justamente este efeito, e de forma sistêmica. Tomando como hipótese o Estado do Rio de Janeiro, terá ele de ordinariamente se defender¹⁹, na nova ordem processual, em qualquer comarca do país, ainda que situada a milhares de quilômetros em outro Estado da Federação, e mesmo que não haja um vínculo mínimo entre tal foro e os elementos objetivos da demanda, fruto da mera vontade do autor. E terá de fazer isso, veja-se bem, a partir de um raciocínio analógico extremamente perverso, que transpõe a regra do art. 109, § 2º, da Constituição para a esfera estadual ignorando que, por imposição da mesma Constituição, **(i) somente a União, e não os Estados, está presente e desempenha atividades administrativas em todo o território nacional e (ii) a defesa técnica em juízo da Administração Pública estadual é necessariamente promovida pela carreira dos Procuradores do Estado da respectiva unidade federativa (CF, art. 132), que evidentemente não pode e jamais será estruturada nacionalmente, muito ao contrário dos segmentos da Advocacia-Geral da União.**

20. Esta Suprema Corte já afirmou a relação entre efetividade da defesa técnica e os limites válidos para incidência do art. 109, § 2º, da Constituição. Com efeito, no julgamento em Repercussão Geral do RE nº 627.709/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, submeteu-se a exame a possibilidade da interpretação ampliativa da referida regra constitucional, para abarcar também autarquias federais, apesar de restrita, do ponto de vista literal, à Administração Direta. De parte os votos vencidos, cujas razões são inteiramente aplicáveis à presente hipótese²⁰, mesmo a maioria vencedora assen-

¹⁶ Nesse sentido, v. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. I, RJ: ed. Forense, 2015, p. 124.

¹⁷ FUX, Luiz, *Teoria geral do processo civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 97, asseverando que, no trato legislativo da competência territorial, “o legislador pondera a ‘conveniência das partes’ e/ou o local onde o ‘demandado pode defender-se melhor e sem incômodos’, haja vista a sua posição passiva decorrente da potestividade do direito de agir, que o torna réu ainda que ele não queira”.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*, Revista Forense, Rio de Janeiro, nº 318, abr./maio/jun. 1992, p. 131.

¹⁹ No que se inclui o dever de comparecer à Audiência de Conciliação ou de Mediação prevista no art. 334 do CPC/15, que passará a ser a regra na fase postulatória do procedimento comum.

²⁰ Na oportunidade, votaram vencidos os Mins. Teori Zavaski, Rosa Weber e Luiz Fux, terminantemente contrários à ampliação da incidência do art. 109, § 2º, da CF. Do voto do Min. Luiz Fux, em primeiro lugar, o seguinte trecho bem revela o risco de comprometimento da defesa efetiva pelo réu pelo alargamento da regra de foro do domicílio do autor: “Por outro lado, Senhor Presidente, talvez aqui adotando uma linha teórica um pouco diversa, o processo civil é um processo do Estado juiz. É um substitutivo civilizado da vingança privada. Não é nem o processo do autor, nem o processo do réu, mas, se alguém tem que ser dono do processo, em termos de regras para ser acionado, tem que ser o réu. Por quê? Porque o réu é sujeito do processo e é sujeito ao processo, ainda que ele não queira, pelo exercício do direito potestativo de agir do autor. Então ele é sujeito da lide e sujeito à lide. Ele não tem saída, porque, se ele não se defender, ainda que não tenha nada a ver com aquele litígio, ele sofre os efeitos gravíssimos da revelia. (...) Quer dizer, a União, como é muito grande, dificultaria o

tou, como *ratio decidendi*, que a ampliação seria válida pelo fato de as autarquias federais já serem dotadas de *representação judicial suficientemente estruturada para defendê-las em todo o território nacional*, pela Procuradoria-Geral Federal, como revelam os votos do Relator Min. Ricardo Lewandowski²¹ e dos Ministros Roberto Barroso²², Dias Toffoli²³ e Marco Aurélio²⁴. Nada disso se passa, por óbvio, com a realidade da advocacia pública dos Estados-membros e do Distrito Federal, em prejuízo da efetividade da defesa.

21. E o quadro grave não é de qualquer modo amenizado pela previsão do art. 75, § 4º, do CPC/15, que agora contempla o convênio entre Procuradorias Estaduais para a prática de “ato processual” em benefício recíproco, em nova hipótese de *representação processual* dos Estados para além da contemplada no inc. II do dispositivo. É que a regra, em primeiro lugar, atenta contra o art. 132 da Constituição da República, que confere aos Procuradores do Estado a atribuição de representar em juízo, de modo exclusivo e indelegável, a *respectiva* unidade federativa²⁵. Ainda que assim

acesso à Justiça dos cidadãos. Não seria justo isso. Mas, no caso das autarquias, qual é a regra geral da competência territorial? A incompetência de seção da Justiça Federal é competência de território. É fórum onde se discute o litígio. Qual é a regra? O autor segue o foro do réu, *actor sequitur forum rei*. Por quê? Porque o autor tem que promover a ação onde o réu se defende com menores incômodos. E por quê? Porque o réu não tem saída diante do direito potestativo de agir do autor”. Por sua vez, no voto do Min. Teori Zavascki a relação entre âmbito geográfico de atuação das autarquias e definição do foro competente transparece da seguinte passagem: “A segunda realidade que é importante considerar é a grande variedade de autarquias hoje existentes, que se distinguem não só pela finalidade, pelos seus objetivos, mas até, em alguns casos, pelo âmbito geográfico da atuação. Refiro-me, por exemplo, aos conselhos regionais de fiscalização profissional. Não veria como, um Conselho Regional do Rio Grande do Sul poder ser acionado perante a Justiça Federal de um outro Estado. Pelo menos, em relação a essas autarquias, não faz o menor sentido, no meu entender, aplicarmos o artigo 109 da Constituição”.

²¹ Min. Lewandowski: “Entretanto, desde 2002, com a edição da Lei 10.480, a Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União, composta por procuradores federais, é responsável pela representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais. É dizer, a partir dessa inovação legislativa iniciou-se um processo de reestruturação do corpo jurídico responsável pela defesa da União federal”.

²² Min. Roberto Barroso: “Ou seja, de um lado tem-se uma autarquia federal que pode se servir da estrutura advocatícia bem montada, hoje em dia, no âmbito da Advocacia-Geral da União, das procuradorias federais e entidades com procuradorias específicas, como é o caso do CADE”.

²³ Min. Dias Toffoli: “Senhor Presidente, não estamos na época da implementação da AGU, da inexistência da Procuradoria-Geral Federal, na qual cada qual tinha seus nichos de advocacia, sem vaso comunicante, sem um órgão nacional estruturado, como é hoje a Procuradoria-Geral Federal. (...) [A] posição da Procuradoria Federal, nesta hipótese, vai na contramão daquilo que fez o Ministro Gilmar e a que eu dei continuidade, que é exatamente nós termos uma Advocacia Pública de Estado estruturada em todo o Brasil, e não compartimentada em nichos, sem diálogo, sem uma uniformidade de atuação.”

²⁴ Min. Marco Aurélio: “Referi-me à Procuradoria da Fazenda, mas, logicamente, aludi à Procuradoria Federal, que atua em todo o território brasileiro. Não há prejuízo, mesmo que se diga que não se conta com procurador em certo estado – e não acredito que isso ocorra nos dias atuais porque a Procuradoria está bem estruturada”.

²⁵ Nas palavras do Min. Celso de Mello no julgamento da ADIn nº 4843-MC-ED-Ref, “O conteúdo normativo do art. 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele, contém-se norma de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais que **não permite conferir a terceiros** – senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal – o **exercício, intransferível e indisponível, das funções de representação judicial e de consultoria jurídica da respectiva unidade federada**” (grifos acrescentados) (STF, ADI nº 4843 MC-ED-Ref, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.dez.2014, Dje 19.fev.2015).

não fosse, a única premissa que poderia conferir validade à celebração do convênio, para este fim, seria a natureza voluntária da adesão de cada ente, como manifestação de autonomia. Nem esta premissa, porém, é de todo verdadeira. Pensar o convênio de cooperação como a única saída à disposição dos Estados capaz de contornar as consequências prejudiciais do art. 52, parágrafo único, significa atribuir àquele um caráter *cogente, impositivo*, sem qualquer comportamento alternativo factível. E se é assim, a verdade é que o legislador federal criou um sistema em que os Estados *deverão* abrir mão de sua autonomia²⁶.

b) Auto-organização e o significado da Justiça Estadual

22. Em segundo lugar, o descompasso entre o foro do domicílio do autor, no art. 52 do CPC/15, e o princípio federativo se revela também por outra vertente, por suprimir, sob o ângulo prático, o papel da Justiça dos Estados como componente da autonomia que a Constituição lhes assegura (CF, art. 125).

23. O convívio de múltiplas esferas de poder político, pela forma federativa de Estado, permite a promoção de valores virtuosos, como o pluralismo e a aproximação da tomada de decisão política da população atingida. Como em qualquer domínio da vida, porém, há também riscos, que podem tomar corpo em perseguições e retaliações entre governantes, que subjagam a cooperação pelo bem comum em prol do imediatismo egoísta guiado pelas mais diversas inspirações. Foi com o propósito de evitar esses riscos que, na origem mesma do federalismo, engendrou-se a criação da Justiça Federal, evitando que o poder dos interesses locais sobre a autoridade judiciária comprometesse a imparcialidade nos conflitos em que envolvido o ente central²⁷. E são razões similares que ainda hoje justificam, no federalismo norte-americano, que causas entre cidadãos de Estados diversos sejam julgadas, como regra, pela Justiça Federal, impedindo que a influência de valores locais alinhados com apenas uma das partes comprometa a equidistância do julgador²⁸.

24. Essa inspiração ecoou no sistema constitucional em vigor no Brasil, que, por um lado, contempla a União com a prerrogativa de ser julgada, via de regra, por

²⁶ E com um agravante, agora relacionado à previsibilidade e à segurança: basta pensar na hipótese nada remota de, instaurado conflito estratégico entre dois Estados, resolva um deles, em represália, denunciar o convênio de cooperação no que toca aos atos em prol do *ex adverso* para todo e qualquer processo.

²⁷ Assim, CARP, Robert. A.; STIDHAM, Ronald; e MANNIG, Kenneth L. *Judicial Process in America*, Washington: CQ Press, 2011, p. 27; e COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*, Campinas: Russel, 2002, p. 119, para logo a seguir, à p. 120, assentar que “um governo que deve depender de outros para interpretar, confeccionar e executar suas próprias leis está sempre à mercê daqueles de quem isso depende”. No Brasil, consta da Exposição de Motivos do Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890: “O organismo judiciário no systema federativo, systema que repousa essencialmente sobre a existencia de duas soberanias na triplice esphera do poder publico, exige para o seu regular funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdição federal e a dos Estados, de tal sorte que o dominio legitimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado”. Sobre o ponto, v. NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da Independência*, vol. II – República, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, p. 16 e segs.

²⁸ Nesse sentido, por todos, v. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; e MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*, St. Paul: Thomson West, 2005, v. p. 25 e segs.

um ramo próprio do Poder Judiciário, a Justiça Federal, cuja competência em primeiro e segundo graus é balizada pelos arts. 108 e 109 da Constituição. O outro lado da moeda, no equilíbrio federativo, é preservado com a previsão do art. 125, *caput*, do texto constitucional, segundo o qual “os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”. Ora, organizar a “sua” Justiça, à luz das razões históricas que a justificam desde o surgimento da República²⁹, significa um atributo vinculado ao poder de auto-organização dos Estados (CF, art. 25)³⁰, que não pode e não deve ser diminuído em sua dignidade, salvo por força de regra constitucional de igual hierarquia.

25. Diante disso, será que, por ter a competência privativa para legislar sobre direito processual civil (CF, art. 22, I), estaria ao alcance da União criar um regime processual de competência territorial que praticamente *retira* o significado Justiça Estadual para os Estados? Evidente que não. Se não é dado à União suprimir de *forma direta* o poder de auto-organização dos Estados fundado no art. 125, *caput*, da Constituição, não pode ela atingir o mesmo fim de *forma indireta*, instituindo regra de competência de foro que, em seus efeitos práticos, pulverizará por todo território nacional o julgamento das causas de um dado Estado-membro.

26. E o cenário se agrava por duas consequências. Em primeiro lugar, é notório que a vasta maioria das relações jurídicas travadas com a Administração estadual é regida por normas de direito local, editadas pelo Poder Legislativo estadual, no que predomina o amplo campo do direito administrativo. Se o sentido de tais normas, que já padecem de um criticável desvalor quanto ao princípio *iura novit curia* (CPC/15, art. 367), for construído ordinariamente pelo Poder Judiciário de outros entes da Federação, o resultado será o rompimento da conexão que há entre cultura e direito, porque todos os valores locais que informaram sua elaboração jamais serão captados com igual intensidade por intérprete inserido em contexto econômico, social, político e cultural diverso. De outro lado, se eventualmente sucumbente a Fazenda em obrigação de pagar quantia certa, chegar-se-á ao injustificável cenário de a gestão de Precatórios, atividade de ordem reconhecidamente administrativa³¹, ser conduzida pela Presidência de Tribunal de Justiça de outro Estado da Federação (CF, art. 100), com graves riscos de quebra da ordem cronológica de pagamentos no universo total de credores e **grave violação ao princípio federativo, erigido pelo art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição à categoria de clausula pétrea, contra a qual nem emenda constitucional se admite.**

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A justiça estadual na república*, Revista de Processo, vol. 160, jun./2008, p. 295-303.

³⁰ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, 45.

³¹ STF, ADI nº 1.098/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/1996, DJ 25-10-1996, de cuja ementa consta: “(...) PRECATÓRIO - TRAMITAÇÃO - CUMPRIMENTO - ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL - NATUREZA. A ordem judicial de pagamento (§ 2º do artigo 100 da Constituição Federal), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não jurisdicional. (...)”. No mesmo sentido é o teor da Súmula nº 311 do STJ (“Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”) e a lógica subjacente à Súmula nº 733 deste e. STF (“Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”).

c) Uma porta para o abuso no processo

27. A terceira e última razão da inconstitucionalidade do art. 52, parágrafo único, do CPC/15, no que toca à opção do foro de domicílio do autor situado em qualquer lugar do país, decorre da vedação ao abuso de direito no processo.

28. É da tradição do direito processual a disciplina minudente da forma, baliando a prática de atos pelo tempo e pelo modo. Isso levou a que, no passado, o espaço deixado aberto pelas formas legais fosse tido como um *campo livre da vontade*: cabendo à parte eleger um dentre vários comportamentos admissíveis no processo, a escolha seria impulsionada apenas pela eleição da melhor estratégia de vitória no conflito, dada a ausência de norma proibitiva. Na quadra atual, porém, sabe-se que o valor da liberdade sofreu, nos diversos ramos do direito, o influxo de parâmetros éticos, pela ascensão da boa-fé objetiva como limite para o exercício de direitos³². E não poderia ser diferente com o direito processual civil, que hoje também rejeita o predomínio absoluto da vontade típico do liberalismo para conformá-la com um componente de *eticidade*, impedindo que a manipulação das formas, mesmo no espaço deixado à liberdade, seja veículo de burla à incidência de outras normas imperativas, com a figura do *abuso de direitos processuais*³³.

29. E como se situa, em meio a esses novos paradigmas, a opção pelo foro do domicílio do autor quando réu o Estado? Como uma *porta aberta* para o abuso. E não é difícil demonstrá-lo. É que o sistema do CPC/15 tem por um de seus nortes a força vinculante da jurisprudência, sediada no art. 927 e desenvolvida em inúmeros institutos, como a tutela da evidência (art. 311, II), a improcedência liminar do pedido (art. 332), os requisitos formais da sentença (art. 489, § 1º, VI), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 985, I, II e § 1º) e a Reclamação (art. 988). Em algumas das hipóteses do art. 927, em especial nos incs. III, primeira parte (“*os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas (...)*”),

³² É notório o exemplo, neste ponto, do direito civil, domínio por excelência da autonomia da vontade, com crescente relevância da figura do abuso de direito. Sobre o tema, em especial com o exame do sentido e do alcance da verdadeira *regra geral de direito* contida no art. 187 do CC/02, incorporada no sistema processual pelos arts. 5º e 6º do CPC/15, cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, p. 345 e segs.

³³ Sobre o tema, v. TARUFFO, Michele. *Elementos para una definición de ‘abuso del proceso’*, In: Páginas sobre justicia civil, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 295-309; e do mesmo autor, *El abuso del proceso: perfiles comparados*, In: Páginas sobre justicia civil, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 311-334; VERDE, Giovanni. *Abuso del (e nel) processo*, In: Il difficile rapporto tra giudice e legge, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 117-134; CAPONI, Remo. *Princípio da proporcionalidade na Justiça Civil: primeiras notas sistemáticas*, Revista de Processo, vol. 192, Fev/2011 (versão digital, p. 07-08); CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa ‘in agendo’*, Coimbra: Edições Almedina, 2014, especialmente às p. 139-146; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Abuso do procedimento especial*, Revista de Processo, vol. 204, Fev./2012 (versão digital); e CARRADITA, Andre Luis Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*, 2013, 444 f., Orientador: Antonio Carlos Marcato, Dissertação (mestrado), Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, que, às p. 417-418, elenca os seguintes requisitos para a configuração do abuso no processo: a) aparência de legalidade do ato; b) o desvio de finalidade, para atingir escopo ilícito ou ilegítimo; c) o eventual elemento volitivo, traduzido pela culpa ou dolo, mas apenas quando expressamente eleito pela lei como condição para o abuso; d) a consequência do dano às partes ou à administração da Justiça.

e IV (“a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”), os precedentes com força vinculante podem ter por objeto controvérsias em que o direito material é regido apenas por normas estaduais, que atinjam, por exemplo, todo o funcionalismo público estadual ou mesmo a generalidade dos administrados. Levando em conta as restrições do efeito devolutivo dos recursos aos Tribunais Superiores, que não permitem o reexame de direito local³⁴, a última palavra sobre a tese jurídica, nestes casos, será dada pelo Tribunal de Justiça estadual, que valerá para todos os jurisdicionados nos limites de sua competência.

30. Pois bem. Suponha-se que um cidadão tenha domicílio no Estado do Rio Grande do Sul, mas deseje, por circunstâncias da vida, ajuizar demanda contra o Estado do Rio de Janeiro. Se a questão jurídica em que se ampara o pedido já tiver sido objeto de precedente vinculante desfavorável no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, todo esse sistema construído pelo legislador em prestígio à uniformidade de tratamento e à segurança jurídica poderá ser facilmente *burlado* pela mera vontade do autor: podendo optar entre o foro do domicílio do réu, onde se submeterá ao precedente vinculante, e o do seu próprio domicílio, não alcançado pela eficácia do precedente³⁵, como o art. 52, parágrafo único, do CPC/15 agora lhe faculta, é fora de dúvida que preferirá o segundo. E mais: nada impedirá inclusive aqueles que já tenham domicílio no Estado do Rio de Janeiro de o transferirem para outra unidade da Federação com os olhos no mesmo artifício, apenas para escapar do insucesso que de outra forma já estaria determinado.

31. Como se vê, o campo aberto à vontade do autor, no parágrafo único do art. 52 do CPC/15, servirá de manto a estratégia voltada a prejudicar, a um só tempo, tanto o interesse público na administração da justiça, por impedir a pacificação social e a isonomia, quanto o leque de instrumentos a serviço da defesa do réu, porque poderá ampliar ou reduzir o cabimento da via processual da reclamação. Considerando, mais uma vez, que as relações jurídicas de direito material em que toma parte a Administração Pública estadual, ao contrário das entre particulares, são predominantemente regidas pelo direito local, a consequência será uma verdadeira *institucionalização do abuso de direito no processo*, em franca oposição ao que decorre da conjugação do princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), do valor ético do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e do contraditório como dever de cooperação (CF, art. 5º, LV).

32. Por todas essas razões, deve ser declarada a inconstitucionalidade da expressão “*domicílio do autor*”, contida no parágrafo único do art. 52 do CPC/15. Na

³⁴ É o que proclama a Súmula 280/STF (“*Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário*”), aplicável também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (v.g., AgRg no AREsp 163.407/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1º Turma, julgado em 04/02/2016, DJe 15/02/2016).

³⁵ Por certo, não há relação de hierarquia funcional entre o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde hipoteticamente firmado o precedente, e um juiz de primeiro grau que componha o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, o que desautoriza o cabimento da Reclamação. O ponto é confirmado, ainda, pela redação do art. 985, I e II, do CPC/15, que limita os efeitos do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas aos processos em curso “que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região” (inc. I) e aos processos futuros “que venham a tramitar no território de competência do tribunal” (inc. II), sendo que somente nesses casos caberá reclamação (§1º).

hipótese de assim não se entender, pugna-se ao menos pela interpretação conforme a Constituição do dispositivo, para que a livre opção pelo foro de domicílio do autor se restrinja às comarcas inseridas nos limites territoriais do próprio Estado-membro ou do Distrito Federal³⁶.

II.3. O foro de domicílio do réu na execução fiscal (art. 46, § 5º)

33. As razões expostas no tópico anterior são, em grande medida, aplicáveis também a outra regra constante do CPC/15. Trata-se do art. 46, § 5º, que delimita a competência territorial para a execução fiscal:

“**Art. 46.** (...)

§ 5º *A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.*”

34. Ao instituir essa regra específica, na Parte Geral, para a competência na execução fiscal, distoando do tratamento conferido à competência para a execução de título extrajudicial em geral, que figura na Parte Especial (art. 781), o Código acabou por minar mais uma vez as bases do pacto federativo. É que os Estados da Federação simplesmente terão de ajuizar a execução fiscal no domicílio do executado, situado, por hipótese, em outra unidade da Federação, e isso ainda que o fato gerador tenha ocorrido nos limites do território do Estado exequente.

35. Os efeitos que daí decorrem são graves. Além da mitigação do contraditório e do esvaziamento da auto-organização federativa, já expostas no tópico anterior e aqui inteiramente aplicáveis, a verdade é que, neste art. 46, § 5º, há ainda um componente danoso ligado à *sustentabilidade financeira da Federação*. Sendo a execução fiscal o veículo por excelência de satisfação do crédito tributário, o quadro levará a que se **potencialize a guerra fiscal**, conferindo a outro Estado a última palavra sobre a interpretação de normas tributárias de ente distinto, possivelmente até mesmo em benefício próprio – na hipótese, por exemplo, de sobreposição de interesses fazendários.

36. Ora, não há Federação que sobreviva sem sustentabilidade financeira; ao lado da divisão constitucional de competências legislativas e administrativas, a repartição de receitas – e, evidentemente, os meios para que sejam efetivadas – reside no próprio núcleo conceitual do pacto federativo³⁷. Assim, jamais poderia a lei federal, a pretexto de disciplinar processo civil, criar regra que esvazia a efetividade da satisfação do crédito tributário de ente federativo, submetendo-o ao alcance do interesse de ente distinto, como faz o art. 46, § 5º, do CPC/15, ao não observar os limites territoriais do próprio ente federativo.

³⁶ O ponto é reforçado pelo fato de o art. 52 não abarcar os Municípios, como entes federativos cujo território não extravasa os limites de uma única Comarca, na qual têm sede. Pela isonomia federativa, a mesma lógica deve se aplicar aos Estados-membros e ao Distrito Federal.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982, p. 77 e segs.

37. Assim, e na linha das razões expostas no tópico anterior, deve ser declarada a inconstitucionalidade do § 5º do art. 46 do CPC/15. Na hipótese de assim não se entender, pugna-se ao menos pela interpretação conforme a Constituição do dispositivo, para que fique restrito aos limites do território de cada Estado-membro ou ao local de ocorrência do fato gerador.

II.4. Administração Estadual e a atribuição para receber citação (art. 242, § 3º)

38. Na disciplina dos atos de comunicação processual, o art. 242 do CPC/15, após firmar, no *caput*, a regra geral da pessoalidade da citação inicial do réu, estabelece em seus parágrafos três exceções. Duas delas (§§ 1º e 2º) guardam íntima correspondência com o regime do CPC/73, em paralelo com os §§ 1º e 2º do art. 215. A terceira (§ 3º), ao contrário, inova para mirar especificamente na Fazenda Pública, estatuinto que a Administração Direta e as autarquias e fundações de direito público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão citadas, sempre, perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial:

“Art. 242. A citação será pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado.

(...)

§ 3º A citação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial”.

39. Ao assim fazer, a verdade é que mais uma vez o CPC/15 avançou para além do campo que lhe era dado disciplinar, interferindo diretamente na capacidade de autoadministração dos demais entes federativos (CF, arts. 18 e 25).

40. Para que tenha efetiva oportunidade de se defender, a convocação inicial do réu a integrar a relação jurídica processual é cercada de muitas cautelas, pautadas pela necessidade, fruto da garantia do contraditório, de que os atos de comunicação processual sejam preferencialmente reais³⁸. Dentre elas, subsiste no sistema do CPC/15, como não poderia deixar de ser, a regra geral da *pessoalidade da citação inicial do réu*, enunciada no *caput*, primeira parte, do art. 242, para que se traga ao conhecimento seguro da pessoa do demandado a pretensão do autor e os riscos que dela decorrem³⁹. Esse compromisso com a efetividade do ato de citação pessoal do

³⁸ GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: Estudos de direito processual, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547.

³⁹ STF, RE nº 109.091, Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, julgado em 27/06/1986, DJ 15-08-1986. Do voto do Min. Relator se extrai a seguinte passagem: “Nosso Código de Processo, prestigiando velha tradição, subordina ao requisito da pessoalidade o chamamento da parte no vestibulo da causa. (...) É indubitoso que semelhante princípio resultaria frustrado quando admitida a possibilidade de que o procurador vestido pelo cidadão com poderes meramente ordinários viesse ao feito com qualidade para dizê-lo citado”. As exceções enunciadas nos §§ 1º e 2º do art. 242 são fundadas na impossibilidade material de citação pessoal do réu, o que confirma a regra geral.

réu é complementado com a previsão do art. 105 do CPC/15, que, em continuidade à tradição processual brasileira, assenta que a procuração geral para o foro não acarreta a concessão de poderes ao advogado para receber citação (CPC/15, Art. 105); somente com a opção expressa da parte nesse sentido, no ato de constituição do patrono, é que caberá a este figurar em seu lugar para tal fim. Sendo assim, a rigor a parte final do art. 242, ao mencionar a possibilidade de citação na pessoa “do procurador do réu”, só tem valia quando combinada com o art. 105 do CPC/15, isto é, diante de ato voluntário de outorga de poderes específicos pela parte ao advogado⁴⁰.

41. A *liberdade* que inspira essa lógica de opção pela outorga ou não de poderes específicos ao advogado, que vale para qualquer jurisdicionado privado, vale também para o poder público, mas agora alimentada, à luz dos princípios do direito público, pela ideia de *autonomia administrativa*. Tal como compete a uma pessoa jurídica de direito privado definir qual órgão interno de sua estrutura terá poderes para receber citação, também cabe esta margem de apreciação ao poder público em sua estrutura interna, conforme melhor lhe pareça, por razões logísticas e organizacionais, a atribuição de competências a tal ou qual órgão em seu âmbito. Nesse cenário, é até possível, e inclusive comum, que o ente político escolha por desde logo deferir ao seu órgão de representação judicial os poderes para receber citação, sem reservar, por exemplo, à Chefia do Poder Executivo tal papel; essa decisão, porém, decorrerá tão somente do exercício legítimo de sua margem de autonomia administrativa, já que, como amplamente reconhecido, os poderes dos advogados públicos são dados por força de lei própria de cada ente⁴¹ e nos limites desta, e não por qualquer imposição externa.

42. Sendo assim, não cabe à lei federal, a pretexto de dispor sobre direito processual civil (CF, art. 22, I), instituir regra específica voltada à atribuição de poderes para receber citação na estrutura interna dos demais entes políticos, como faz agora o § 3º do art. 242. E o cenário fica ainda mais evidente quando se tem em mira a Administração Indireta, mencionada no dispositivo em atenção a autarquias e fundações de direito público. É que a *medida* da submissão de tais entidades à Administração Direta, denominada, no contexto da descentralização administrativa, de *tutela, controle* ou *supervisão*, é ditada única e exclusivamente *pela lei de cada ente*, que pode optar por conceder maior autonomia ou maior submissão conforme o interesse público subjacente ao domínio em que atuará⁴². Sendo assim, se concedida autonomia no

⁴⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II – arts. 154 a 269, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 184-185.

⁴¹ Como afirmado, por exemplo, em STF, AI nº 673.087-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 19.nov.2013, DJe 16-12-2013; e STF, ADI nº 2728 ED, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 19.out.2006, DJe 04-10-2007.

⁴² Como esclarece ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012, p. 107, “como há personalidade jurídica própria, a relação entre a entidade central e as entidades descentralizadas não é de hierarquia como acontece na desconcentração. Entre a Administração Pública direta e a Administração Pública indireta há uma relação de tutela ou de controle, também chamada de supervisão pelo Decreto-Lei n. 200/67; em relação às concessionárias, há o exercício do poder concedente. A supervisão administrativa confere ao ente central apenas as potestades expressamente contempladas em lei – justamente o contrário da hierarquia, em que a regra é o poder genérico de mando, excetuado apenas quando a lei resguardar o exercício autônomo da competência do órgão ou do agente subordinado”. No mesmo sentido, v. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 253 e 260-261; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 289.

plano local, por força de lei estadual, a uma dada entidade, conferindo-lhe o perfil, por exemplo, de uma agência reguladora, não está ao alcance da lei federal desdizer ou mitigar aquele atributo, nem mesmo para os fins do art. 242, § 3º, do CPC/15.

43. Deste modo, e levando em conta que uma lei federal somente é apta a dispor sobre a organização da Administração Pública da União, deve ser declarada inconstitucional a expressão “dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios”, constante do art. 242, § 3º, do CPC/15, por ofensa à autonomia federativa.

II.5. Concessão liminar de tutela da evidência fundada em precedente vinculante (arts. 9º, parágrafo único, II, e 311, parágrafo único)

44. O Código de 2015 cria um complexo sistema para reger o grande gênero da denominada Tutela Provisória, nos arts. 294 a 311 da Parte Geral. Em especial, dessas disposições transparece uma divisão fundamental quanto aos pressupostos para a concessão de providências em cognição sumária: (i) para a “Tutela de Urgência”, de natureza cautelar ou antecipada (Art. 294, parágrafo único), faz-se necessária a demonstração de “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, aliada à probabilidade do direito alegado (art. 300, *caput*); (ii) já no campo da “Tutela de Evidência”, regulada no art. 311, entendeu o legislador por autorizar o deferimento “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo” (*caput*), impulsionado pelo alto grau de probabilidade de vitória da parte se configurada uma das quatro hipóteses listadas em lei (incs. I a IV). Sob o ângulo do momento, a concessão de tutela de evidência é excepcionalmente admitida pelo legislador em sede liminar, antes da oitiva do réu, nos casos dispostos no parágrafo único do art. 311, e que guardam sintonia com a exceção ao contraditório como *audiência bilateral* estabelecida no art. 9º, par. único, II, da Parte Geral. Confira-se:

“Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

(...)

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

(...)

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;”

45. À luz de tais regras, e focando no que diz respeito ao inc. II do art. 311⁴³, poderá o autor receber tutela desde logo, antes da oitiva do réu, se o juiz entender que, a partir das alegações e provas constantes da petição inicial, a tese encontra respaldo em precedente firmado em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou em Recursos Extraordinário ou Especial Repetitivos, ou, ainda, se estiver alinhada com o teor de Súmula Vinculante. Essa postergação da participação do réu na formação do convencimento do juiz, que, com o perdão da coloquialidade, *já sairá perdendo* antes mesmo de tomar parte na relação processual, por ser absolutamente desacompanhada de urgência para a concessão da medida, representa uma violência contra o núcleo essencial da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), e não se compadece com as balizas que a Constituição da República impõe à formação de um *processo justo*.

46. Na origem mais remota da garantia do contraditório, ao lado da já mencionada garantia de defesa técnica, figura a igual oportunidade de manifestação das partes perante o julgador, fruto da paridade de tratamento imposta pela isonomia (*audiatur et altera pars*), para que ambos possam influenciar no mesmo grau a construção do raciocínio judicial que prevalecerá. Desse imperativo de idênticas oportunidades de participação decorre o dever instrumental de comunicação necessariamente *prévia* das partes quanto aos atos a serem praticados do processo, para que desfrutem da mesma probabilidade de fazer valer as suas razões na defesa de suas posições subjetivas. Esse é o significado da chamada *oitiva* ou *audiência bilateral* como componente mínimo do contraditório participativo⁴⁴, e que, como filtro legitimador da jurisdição em um Estado Democrático de Direito, é imposta diretamente pela Constituição da República (art. 5º, LV) e meramente explicitada pela redação do *caput* do art. 9º do CPC/15.

47. O elevado valor civilizatório deste componente do contraditório somente permite mitigação, na constelação das garantias fundamentais do processo, em casos excepcionais, marcados pelo risco de frustração da própria tutela jurisdicional. Quando o transcurso do tempo do processo ou mesmo o comportamento a ser adotado pelo réu forem aptos a inviabilizar a proteção judicial buscada pelo autor ou a lhe causar grave dano, a participação do demandado no contraditório pode e deve ser postergada para o momento seguinte à concessão de medida de apaziguamento do perigo. E o deferimento *inaudita altera parte* se justifica, neste caso, como único caminho a resguardar a efetiva proteção do jurisdicionado inclusive diante de ameaças de lesões a direito (CF, art. 5º, XXXV), em uma ponderação de valores norteadas pelo postulado

⁴³ Em atenção à pertinência temática que pauta a presente provocação do controle abstrato de constitucionalidade, esta ação não tem por objeto a concessão liminar de tutela da evidência fundada no inc. III do art. 311, porque absolutamente alheia à esfera de interesses dos Estados-membros em juízo.

⁴⁴ Assim, COUTURE, Eduardo J. *Las garantías constitucionales del proceso civil*, In: *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo I—La Constitución y el proceso civil, Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 35; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2014, p. 116; GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547; e SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 181 e 183-4.

da proporcionalidade, como de longa data assentam a teoria do processo⁴⁵ e a jurisprudência deste e. STF⁴⁶.

48. Nada disso ocorre, porém, na chamada tutela de evidência, regradada pelo legislador processual justamente para casos em que se dispensa o perigo. É fundamental tornar claro, no ponto, que não há qualquer descompasso com a Constituição no regramento sistemático da tutela de evidência agora previsto no Novo Código. Já de há muito defendido em doutrina⁴⁷, o novo regime do art. 311 do CPC/15, que ecoa também em outras searas (v.g., art. 1.012, § 4º), é uma feliz medida engendrada pelo legislador para permitir a redistribuição do ônus do tempo do processo entre autor e réu, oportunizando que o juiz afira quem tem mais razão, e lhe conceda desde logo tutela, não só ao final do procedimento, em um sistema que acabava por proteger em demasia o réu, mas também no decorrer dele, ainda que ausente a urgência.

49. O que há de verdadeiramente incompatível com um processo civil democrático, ao contrário, é aferir qual das partes tem mais razão *apenas ouvindo o autor*, de modo *liminar*, como autorizado pelo art. 311, parágrafo único, na referência ao inc. II do mesmo dispositivo, e pelo art. 9º, parágrafo único, II, do CPC/15, sem que antes o réu tenha o direito de também influenciar a convicção do juiz. Esta é a faceta da tutela de evidência que não se compadece com a garantia do contraditório, porque rompe com a fundamentalidade da *audiência bilateral* para impor *ab initio* um gravame à esfera jurídica do réu⁴⁸.

⁴⁵ SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 189-196; GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547-8, ressaltando que, de regra, “contraditório eficaz é sempre prévio”; CIPRIANI, Franco. *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, In: *Il processo civile nello stato democratico*. Saggi, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 85-86; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 141; e CABRAL, Antônio do Passo. *Princípio do contraditório*, In: *Dicionário de princípios jurídicos*, (org.) Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flávio Galdino, Rio de Janeiro, Ed. Elsevier, 2011, p. 196.

⁴⁶ Nesse sentido, aplicando a lógica da necessária correlação entre mitigação do contraditório e urgência para o domínio do processo administrativo, STF, ADI nº 2120, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2008, DJe 29.out.2014: “(...) A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. Doutrina. Precedentes. – Revela-se **incompatível com o sistema de garantias processuais** instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, **fora do contexto das medidas meramente cautelares**, a própria punição **antecipada** do servidor público, **ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa**. Doutrina. Precedentes” (grifos acrescentados); e, ainda, STF, MS 28.417-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27-2-2014, DJE de 02.abr.2014: “(...) As garantias do contraditório e da ampla defesa não são absolutas quando **considerado o caráter de urgência do pedido liminar**, podendo o relator despachar a medida antes da oitiva das partes interessadas. (...)” (grifos acrescentados).

⁴⁷ É seminal, nesse terreno, a obra de FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

⁴⁸ Rigorosamente neste sentido, GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015*, In: *Desvendando o novo CPC*, Porto Alegre: Livraria do Advogado

50. E veja-se que nem mesmo o afã de promover a celeridade processual – algumas vezes a qualquer preço, distanciando-se do real significado da duração *razoável* do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) – pode servir de base válida de justificação à tutela de evidência liminar. Só o seria se partíssemos da premissa de um nefasto *processo civil do autor*⁴⁹, absolutamente incompatível com a paridade de armas e a igual dignidade de autor e réu como partícipes do contraditório, porque fundado na presunção de que, diante da invocação de precedente vinculante pelo autor (CPC/15, art. 311, II), o réu não seria capaz de trazer em sua defesa qualquer elemento relevante para a tomada de decisão. Isso, porém, constitui um erro crasso. É que o réu pode e deve ser ouvido previamente para ter a chance de influenciar a cognição sumária do juiz sobre: (i) a própria *identificação do significado do precedente*, tarefa longe de singela, sobretudo se considerada a postura ainda comum do Judiciário brasileiro de privilegiar a redação de votos, e não de acórdãos⁵⁰, o que obscurece a tese efetivamente acolhida pela maioria vencedora no julgamento do precedente; (ii) a efetiva *aplicabilidade do precedente ao caso* em exame, porque, uma vez identificada a *ratio decidendi*, somente seu cotejo com os fatos jurígenos da causa é que permitirá concluir pela subsunção ou, ao contrário, pela necessidade de *distinguishing*⁵¹, o que levou o legislador a reforçar o dever de fundamentação judicial especificamente para tal fim (CPC/15, art. 489, § 1º, V, aplicável à tutela provisória por força do art. 298); e (iii) a *atualidade do precedente invocado*, que nada impede já tenha sido inclusive superado pelo Tribunal do qual

Editora, 2015, p. 129-131: “Com efeito, se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela da evidência seria irremediavelmente inconstitucional, pois somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável”, para logo a seguir afirmar que a se “impõe uma interpretação do *caput* e do parágrafo único do art. 310 [refere-se ao atual art. 311] em conformidade com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição, no sentido de que, nas hipóteses dos incisos II e III, a liminar autorizada depende concorrentemente da evidência do direito e da caracterização do perigo de lesão grave ou de difícil reparação”. E, ainda, TARUFFO, Michele. *Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria*, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 280, afirmando que “si la garantía de la defensa se tomase dworkinianamente ‘en serio’, se podría fundadamente dudar de la aceptabilidad de un procedimiento en que el deudor fuese condenado incluso antes de saber que se ha iniciado un procedimiento en su contra”. Vale a ressalva de que os argumentos aqui expostos não se estendem aos inc. I e III do parágrafo único do art. 9º do CPC/15, e por razões lógicas: no inc. I, relativo à tutela de urgência, há perigo a lastrear a concessão da tutela provisória, ao passo que, no inc. III, pertinente à ação monitoria, a mera apresentação de embargos é suficiente a suspender integralmente a eficácia do mandado monitorio (art. 702, § 4º), de modo que a esfera jurídica do réu só é efetivamente atingida após decisão em primeiro grau fundada em cognição plena e exauriente em contraditório (art. 702, §§ 1º e 8º).

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 290, repudiando tal visão do processo para impedir que “o autor seja privilegiado em nome de uma obcecada busca da celeridade processual”.

⁵⁰ Conforme afirma MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 710, “o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais adotaram o costume de fazer consistir o acórdão, pura e simplesmente, na série de votos proferidos pelos juízes que hajam participado do julgamento”.

⁵¹ Sobre o tema, v. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 57-60, reconhecendo que “a great deal of legal argument involves the attempt by one side to claim that some higher court case controls the result in the instant case, while the other side insists that there is a sufficient distinction between the two that the outcome in the precedent case need not be the outcome in the instant case”.

emanou (v.g. art. 986 do CPC/15), ou mesmo submetido, quando prolatado, a eventual modulação temporal para a produção de efeitos (art. 927, §§ 3º e 4º, do CPC/15).

51. Em suma, nada justifica, quando ausente a urgência, que apenas o autor tenha o direito de influenciar a convicção do juiz sobre tais passos no caminho lógico para a concessão da medida, privando o réu de igual participação prévia; nada, absolutamente nada permite concluir que, mesmo no caso do art. 311, II, do CPC/15, a defesa seja tida como presumivelmente inconsistente. Sendo assim, esse juízo sobre “quem aparenta ter mais razão” no processo, à luz do art. 5º, LV, da Constituição, deve ser condicionado ao momento *posterior à participação do réu*, logo após a apresentação de defesa, repelindo-se a concessão liminar da tutela de evidência, já que, repita-se mais uma vez, sequer há urgência a exigir a tutela imediata do interesse do autor. E tanto é assim que o Código, ao disciplinar os poderes do relator nos Tribunais (art. 932), acertadamente restringe o provimento monocrático de recursos a um momento claro e definido, para “*depois de facultada a apresentação de contrarrazões*” (inc. V), e isso mesmo que fundado em precedentes similares aos que lastreiam o art. 311, II, do CPC/15 (alíneas ‘a’ a ‘c’), em um sinal de respeito à audiência bilateral na esfera recursal lamentavelmente não refletido no campo da tutela provisória.

52. Assim, deve ser declarada inconstitucional a referência ao inciso “II” do art. 311 do CPC/15 que consta do parágrafo único daquele mesmo dispositivo e do art. 9º, parágrafo único, II, do Código, dada a violação à garantia do contraditório perpetrada pela concessão *liminar* de tutela de evidência fundada em precedente vinculante.

II.6. Os depósitos judiciais e a definição da instituição financeira (arts. 535, § 3º, II, e 840, I)

53. Ao regram, nos arts. 535, § 3º, II, e 840, I, a execução de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública e a execução de título extrajudicial de modo geral, o CPC/15 impõe, no primeiro caso, que os depósitos para pagamento de requisições de pequeno valor sejam feitos em “banco oficial”, e, no segundo, que o objeto da penhora, quando consistir em dinheiro, papéis de crédito e pedras ou metais preciosos, seja depositado “no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado”. Confira-se:

“Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

§3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

(...)

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depó-

sito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

Art. 840. *Serão preferencialmente depositados:*

I - as quantias em dinheiro, os papéis de crédito e as pedras e os metais preciosos, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado, ou, na falta desses estabelecimentos, em qualquer instituição de crédito designada pelo juiz; (...)”.

54. As duas regras, porém, ao abarcarem indistintamente tais atos quando praticados na Justiça Federal ou na Justiça Estadual, atentam contra a autonomia que decorre do pacto federativo (CF, art. 18), já que, mais uma vez, não é dado à lei federal restringir a margem de escolha do Estado-membro da instituição financeira à qual se atribuirá este encargo no âmbito de sua Justiça.

55. De início, é de se destacar que não estão em jogo, nesta sede, as chamadas “disponibilidades de caixa” dos entes públicos, cujos depósitos são regradados pela norma do art. 164, § 3º, da Constituição. Só se enquadram nessa categoria, a rigor, os recursos e bens *de titularidade do ente público*, para seu livre uso⁵², e não, como na hipótese, recursos de terceiros apenas depositados em juízo, isto é, o credor na execução contra a Fazenda Pública e uma das partes no processo de execução entre particulares.

56. Inexistindo, assim, regra constitucional impositiva, jamais poderia o legislador federal ter determinado que, mesmo quanto à Justiça Estadual, tais depósitos sejam necessariamente realizados em bancos estatais ou controlados pelo poder público, como impõem os arts. 535, § 3º, II, e 840, I, do CPC/15 como regra geral. No cenário de progressivas desestatizações e privatizações que marcaram a economia brasileira desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, sequer cabe inclusive conjecturar que tais instituições públicas seriam dotadas de maior solidez e segurança, e que assim obteriam uma espécie de reserva de mercado frente a outros agentes financeiros neste segmento, diametralmente contrária aos princípios que regem a ordem econômica na Constituição, em especial a livre concorrência (CF, art. 170, IV).

57. Sendo assim, impõe-se reconhecer a cada Estado-membro o exercício de sua autonomia administrativa, para realizar a escolha de qual entidade financeira será responsável pela administração e gestão dos depósitos judiciais atrelados à sua Justi-

⁵² Nesse sentido, STF, Rcl nº 3872-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 14.dez.2005, DJ 12.mai.2006, frisando o voto do e. Min. Cezar Peluso que “disponibilidade de caixa é conceito técnico contábil e, evidentemente, não se confunde com verbas que, segundo os registros contábeis, são predestinadas e postas à disposição de terceiros”; e STF, RE nº 444.056, Rel. Min. Carlos Velloso, Decisão Monocrática, DJU 17.out.2005, assentando que “disponibilidade de caixa se traduz nos valores pecuniários de propriedade do ente da federação”. A mesma linha pautou, quanto ao ponto, o julgamento da ADIN-MC 3578-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.fev.2006, conforme transparece do voto do em. Min. Nelson Jobim.

ça, evidentemente conduzida em procedimento seletivo segundo o regime de direito administrativo, norteados pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37).

58. Por isso, preservando-se o espaço de autonomia dos Estados-membros, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição à expressão “banco oficial”, contida no art. 535, § 3º, II, do CPC/15, que, em relação à Justiça Estadual, apenas pode significar a instituição financeira que tenha sido validamente escolhida em procedimento seletivo público pela respectiva entidade federativa. E, em relação ao art. 840, I, deve ser declarada a inconstitucionalidade da expressão “banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado”, conferindo-se interpretação conforme a Constituição, por sua vez, à expressão “no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal”, para que vincule apenas a União e os depósitos realizados no âmbito da Justiça Federal.

II.7. Vinculação da Administração Pública para a “efetiva aplicação” de tese firmada em julgamento de casos repetitivos (arts. 985, § 2º, e 1.040, IV)

59. O tratamento da litigiosidade repetitiva, no CPC/15, é viabilizado essencialmente por dois institutos: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 e segs.) e o julgamento de Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos (arts. 1.036 e segs.), que, reunidos, formam o denominado *microsistema de casos repetitivos* (art. 928). O regime legal conferido a essas técnicas de aceleração da formação de precedentes é consideravelmente complexo, guiado por duas vertentes: (i) fixar, em um processo-modelo ou padrão, a tese jurídica que resolverá a multiplicidade de casos similares, e (ii) preservar a publicidade e a abertura à participação dos atingidos na formação da decisão, seja diretamente ou por entidades representativas (v.g., art. 983 e 1.038). Ao final, os efeitos da decisão no IRDR e nos Recursos Repetitivos são disciplinados, respectivamente, pelos arts. 985 e 1.040, que, além de imporem a necessária aplicação da tese firmada aos processos presentes e futuros, prevêm regras específicas de comunicação do resultado do julgamento a órgãos e entidades administrativas, no campo dos serviços públicos e atividades reguladas. Confira-se:

“Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

(...)

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

“Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

(...)

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao

ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

60. Primeiramente, os dispositivos **estabelecem uma vinculação absolutamente inconstitucional**. O Código de Processo Civil não está amparado por qualquer autorização constitucional nesse sentido, como bem ressalta Nelson Nery Junior, em seus Comentários ao Novo CPC, em nota ao art. 985:

*“2. Vinculação inconstitucional. Sem autorização expressa da Constituição não pode haver decisão judicial que vincule outros órgãos do Poder Judiciário, bem como particulares. Segundo o sistema constitucional brasileiro, somente vinculam as decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos (CF 102 § 2º) e as súmulas vinculantes do mesmo STF (CF 103 caput)”.*⁵³

61. Além disso, as regras contidas nos arts. 985, § 2º, e 1.040, IV, do CPC/15, porém, ao preverem a *vinculação direta e automática* da Fazenda “para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”, atentam contra o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e a garantia do contraditório (CF, art. 5º, LV), já que subjuga a posição de quem não tomou parte na técnica de julgamento.

62. A privação de direitos por decisão judicial, em um Estado Democrático de Direito, só se faz legítima quando franqueada ao atingido a efetiva oportunidade de participação na sua formação. Essa é a razão da construção teórica dos limites subjetivos da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), agora contemplados no art. 506 do CPC/15 e inspirados na garantia do contraditório, porque a imutabilidade que dela decorre é um reflexo do direito de influência exercidos por autor e réu, na defesa de suas posições subjetivas⁵⁴. É bem verdade que, pela complexidade que marca a vida em sociedade, entende-se que terceiros não podem se furtar a reconhecer a sentença prolatada entre autor e réu como um ato imperativo do Estado, no que se convencionou chamar de *eficácia natural da sentença*⁵⁵; daí, porém, não decorre imutabilidade,

⁵³ JUNIOR, Nelson Nery. *Comentários ao Código de Processo Civil - Novo CPC - LEI 13.105/2015*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, Nota ao art. 985, p. 1.975.

⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. *Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)*, In: *Aspectos polêmicos sobre os terceiros no Processo Civil e assuntos afins*, Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 201; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 106 e segs.; e CABRAL, Antônio do Passo. *Princípio do contraditório*, In: *Dicionário de princípios jurídicos*, (org.) Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flávio Galdino, Rio de Janeiro, Ed. Elsevier, 2011, p. 197.

⁵⁵ A teoria é fruto da clássica obra de LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativos ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, Rio de Janeiro: ed. Forense, 2007, p. 121 e segs.

que remanesce limitada às partes, já que tais terceiros, sofrendo *prejuízos jurídicos* em sua esfera subjetiva, não ficam impedidos de rediscutir o conteúdo da decisão, com o necessário acesso ao meio judicial que lhes assegure a ampla oportunidade de defesa do gozo de seus direitos⁵⁶.

63. Basta aplicar tais premissas aos arts. 985, § 2º, e 1.040, IV, do CPC/15 para que se perceba que a vinculação ali imposta à Fazenda, que deve se curvar à tese em sua atividade administrativa e replicá-la para os agentes no setor regulado, não se harmoniza com as bases de um *processo justo*. Como premissa, não se pode ignorar que a regulação a cargo da Fazenda Pública, desempenhada por órgãos ou entidades especificamente criadas para este fim, tem por objetivo conformar domínios econômicos ou sociais a diretrizes impostas pelo interesse público⁵⁷. Tais funções são desempenhadas por agentes públicos dotados de batismo democrático ou de *expertise técnica*, que lhes assegura uma especial condição para interferir em setores de alta complexidade e para canalizar e conciliar a voz de diferentes forças sociais. Sendo assim, é claro que há um interesse jurídico relevante da Administração Pública em preservar e manter a regulação que reputa adequada, à luz do interesse público, ao setor regulado. Por exemplo, a frequência de circulação e o trajeto percorrido por transportes públicos intermunicipais é, por certo, um componente sensível deste serviço público, fruto de uma difícil equação que busca atender o interesse dos usuários e, ao mesmo tempo, conter a pressão inevitável dos custos econômicos de alterações ampliativas, com a conseqüente majoração da tarifa ou o aporte de recursos públicos que seriam destinados a outros fins. Assim, será que, à luz dos arts. 985, § 2º, e 1.040, IV, do CPC/15, se decidida a matéria, por exemplo, em eventual Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de que foram partes apenas a concessionária e os usuários, o ente regulador, apesar de não ter participado da formação do julgamento e de não reputar aquela como a mais adequada disciplina da atividade, terá, ainda assim, de vigiar e punir todos os agentes sujeitos à

⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. *Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)*, In: *Aspectos polêmicos sobre os terceiros no Processo Civil e assuntos afins*, Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 204-205, submetida a oportunidade de revisão, evidentemente, às condições da ação de legitimidade *ad causam* e do interesse de agir. Enfaticamente nesse sentido, v. GRECO, *Instituições de processo civil*, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 383-384, frisando que “As distinções promovidas por Liebman continuam a influenciar a doutrina processual, mas se impõe complementá-la para assegurar a mais ampla proteção do interesse do terceiro. Na medida em que a decisão judicial atinge a eficácia do direito de outrem, alheio ao processo em que foi proferida, no seu conteúdo concreto e essencial, este terceiro deve dispor de algum meio jurídico para defender a continuidade do gozo do seu direito, com esse mesmo conteúdo, em face de uma decisão que, num processo em que ele não foi ouvido, o privou desse gozo. (...) A doutrina de Liebman tem influenciado a jurisprudência brasileira no sentido de, diferenciando a *eficácia natural da sentença da autoridade da coisa julgada*, conformar-se com a perda de direitos de terceiros por força de decisões judiciais, em manifesta violação das já referidas garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Sob o pretexto de trata-se da eficácia natural da sentença, que atinge a todos, o que não se nega, muitos direitos de terceiros podem ser atingidos, esvaziados ou tornados ineficazes por decisões em processos alheios”.

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 22 e segs., que, após destacar que a regulação se desdobra em múltiplas facetas, como a edição de normas infralegais que contribuem para a densificação de parâmetros de conduta, a resolução de conflitos entre os agentes regulados e a aplicação de sanções administrativas, assevera que o fenômeno comumente abarca os setores de monopólios, a regulação para a livre concorrência e a regulação dos serviços públicos.

regulação que agirem de outro modo? Evidente que não, e é por força da Constituição que essa conclusão se impõe.

64. Em primeiro lugar, é francamente inconstitucional qualquer interpretação que confira a tais regras o significado da imutabilidade inerente à coisa julgada material. Com efeito, nada há que restrinja a “comunicação” para fiscalização da aplicação da tese, na seara administrativa, apenas aos casos em que a Fazenda tenha sido parte no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou no procedimento de julgamento de Recursos Repetitivos. Muito ao contrário, a rigor o Código de 2015 sequer confere legitimidade ativa à Fazenda Pública para instaurar o IRDR, conforme enumeração do art. 977, de modo que só o poderá fazer quando figurar em um dos pólos da demanda relativa à tese. E nem mesmo a possibilidade de intervenção na qualidade de *amicus curiae* seria causa suficiente à extensão da imutabilidade, dadas as notórias restrições de prerrogativas processuais a que se submete esse terceiro interveniente, incomparáveis com os poderes das partes, impedindo o amplo exercício do contraditório que orienta os limites subjetivos da coisa julgada material⁵⁸.

65. Em segundo lugar, mesmo que tratada tal comunicação como uma espécie de *institucionalização* da *eficácia natural da decisão* por disposição legal, o que se vê é que, quando inserida no sistema geral do CPC/15, simplesmente não há meio efetivo posterior deixado à disposição da Fazenda para rediscutir o acerto da tese jurídica que atinge sua esfera jurídica, negando-lhe o devido processo legal. Se julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas por Tribunal de Justiça, a via estreita dos recursos aos Tribunais Superiores, sem margem para apreciação de direito local, jamais poderia ser tida como suficiente para o amplo desempenho do contraditório pela Fazenda. Tratando-se, por sua vez, de tese firmada em Recurso Repetitivo, a oportunidade de impugnação recursal posterior, sob o ângulo prático, é reduzidíssima, se julgado pelo STJ, ou simplesmente inexistente, se julgado por este e. STF. Por fim, mesmo a porta *supostamente* deixada em aberto para a defesa em ação autônoma por provocação da Fazenda, como lhe assegura o art. 5º, XXXV, da Constituição da República, perde qualquer valor em termos de efetividade, já que submetidos todos os demais órgãos do Poder Judiciário à necessária “observância” (CPC/15, art. 927, *caput*), que traduz cogente vinculação (v.g., arts. 485, § 1º, VI, e 985, II), da tese então firmada.

66. Assim, por não se harmonizarem com as garantias do contraditório e do devido processo legal por nenhum ângulo, devem ser declarados inconstitucionais os arts. 985, § 2º, e 1.040, IV, do CPC/15. Subsidiariamente, pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade da expressão “para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”, constante de ambos os dispositivos, atribuindo-se ao texto remanescente dos enunciados interpretação conforme a Constituição para retirar qualquer grau de cogência e imperatividade à comunicação

⁵⁸ Expressamente rejeitando a extensão da coisa julgada material ao *amicus curiae*, v. TALAMINI, Eduardo. *Comentários ao art. 138*, In: *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

dirigida ao ente regulador, quando não tenha figurado como parte no procedimento de formação do precedente.

II.8. Repercussão geral presumida quando declarada inconstitucional lei federal (art. 1.035, § 3º, III)

67. Por fim, o último tópico desta ação direta diz respeito ao regramento da repercussão geral no CPC/15, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário introduzido na ordem constitucional pela EC 45/04. Desenvolvendo-lhe o regime, o Novo Código, no art. 1.035, após enunciar a função do instituto (*caput*) e balizar sua apreciação quanto ao conteúdo (§ 1º) e à forma (§ 2º), elenca hipóteses em que a presença de repercussão geral é presumida, dispensando a aferição casuística, conforme os incisos que compõem o § 3º. De parte os incs. I, que repete a previsão do § 3º do art. 543-A do CPC/73, e II, revogado pela recente Lei nº 13.256/16, inova o legislador agora ao contemplar a hipótese do inc. III, que afastará o exame daquele requisito de admissibilidade sempre que o acórdão recorrido houver pronunciado a inconstitucionalidade “de tratado ou de lei federal”. Eis a redação do dispositivo:

“Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: (...)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”.

68. Como se vê, a regra facilita o acesso a este e. STF, pela via recursal, quando em pauta atos normativos *federais*, que passam a gozar de um canal de proteção judicial reforçado frente a decisões que lhes reputem inválidos. Ao assim dispor em atenção apenas a seus próprios atos, sem estender o mesmo regime protetivo às leis estaduais, o que fez o legislador federal foi instituir indevida preferência federativa (CF, art. 19, III), em abuso de poder legislativo no exercício da competência do art. 22, I, da Constituição que acaba por romper com o dever de lealdade federativa.

69. O pacto federativo, antes de tudo, significa um projeto a unir os entes que o compõem em torno da realização, pela República Federativa do Brasil, dos objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Constituição. Como um projeto coletivo, os entes políticos central e periféricos que nele se inserem, mesmo que no espaço demarcado de suas competências legislativas e administrativas próprias, não podem e não devem agir em absoluto desprezo aos interesses legítimos dos demais centros de poder que compõem a Federação. Todos, como partícipes de boa-fé, devem se guiar por um imperativo de mútuo reconhecimento na realização do bem comum, de forma harmônica e coordenada, para que a unidade que ainda subsiste na Federação não se

esfacele na diversidade. Esse é o conteúdo jurídico do denominado *dever de lealdade federativa*⁵⁹, que, dentre diversas outras manifestações, orienta teleologicamente o art. 19, III, parte final, da Constituição, ao vedar que União, Estados, Distrito Federal e Municípios criem “preferências entre si”, no que se convencionou chamar de *paridade federativa*⁶⁰.

70. O art. 1.035, § 3º, III, do CPC/15, sob esse ângulo, pode ser visto como um exemplo emblemático de indevida preferência federativa, que rompe com qualquer compromisso de lealdade na Federação. Por certo, a União detém competência privativa para legislar sobre direito processual civil, à luz do art. 22, I, da Constituição da República. Isso, porém, não lhe autoriza a criar regime processual voltado a proteger única e exclusiva seus interesses, não extensível às demais esferas políticas em igualdade de condições. Com efeito, à luz da nova regra legal, quando houver declaração de inconstitucionalidade de lei no acórdão impugnado por recurso extraordinário, dois regimes diversos de admissibilidade serão aplicáveis, conforme a natureza do ato normativo em jogo: (i) se lei federal, a repercussão geral será presumida; (ii) se lei estadual, distrital ou municipal, o exame do mérito só ocorrerá se, além de superados os demais requisitos de admissibilidade, for constatada a existência de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (art. 1.035, § 1º).

71. O que resulta deste novo regime é, em outras palavras, um tratamento mais intenso conferido à defesa judicial dos atos normativos federais, facilitando o acesso ao reexame pela Corte Suprema contra decisões que os reputem inválidos, ao mesmo tempo em que se relegam os atos normativos estaduais em idênticas condições a uma via mais custosa e árdua para alcançar igual fim. Uma preferência federativa, portanto, e criada apesar de o art. 97 da Constituição da República não atribuir qualquer relevância à esfera da qual emana o ato para a chamada “cláusula de reserva de plenário”. Assim, tolerar que essa *mais-valia* aos atos federais seja concedida pela União a pretexto de disciplinar direito processual, além de chancelar o abuso de poder legislativo⁶¹, seria romper com o espírito que alimenta o projeto

⁵⁹ Sobre o ponto, com referências à construção do conceito operada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, v. BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, lealdade e petróleo, ainda uma vez: inconstitucionalidade da supressão das participações especiais devidas aos Estados. Interpretação conforme a Constituição do art. 5º da Lei nº 12.276/2010*, Revista de Direito da Procuradoria Geral, Edição Especial – Royalties do Petróleo, Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 232-237, fazendo alusão ao voto do Min. Gilmar Mendes no precedente STF, Pet nº 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 25.set.2009; e KOMMERS, Donald. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 69-75.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 474.

⁶¹ TÁCITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*, Revista de direito administrativo, n. 228, abr./jun. 2002, p. 8, para quem o abuso de poder legislativo “é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação”. No mesmo sentido, STF, ADI 2667-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19.jun.2002, DJ 12-03-2004: “(...) APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO. - A teoria do desvio de poder, quando

de um *federalismo de cooperação*, deturpando-lhe a lógica para a dissimulação e a deslealdade.

72. Por essas razões, deve ser declarado inconstitucional o adjetivo “federal” constante do art. 1.035, § 3º, III, do CPC/15, estendendo idêntico tratamento processual também aos atos normativos dos demais entes políticos.

III. Da medida cautelar

73. O Código de Processo Civil de 2015 mudará substancialmente a forma de prestar jurisdição no Brasil. O núcleo de identidade deste novo sistema, vale mais uma vez ressaltar, não pode e não será atingido pelas providências requeridas nesta ação direta, porque inspirado nos mais virtuosos propósitos de aproximar ainda mais o processo civil aos valores democráticos e às garantias fundamentais. Para que isso seja feito sem transgredir a moldura demarcada pela Constituição, porém, as inconstitucionalidades aqui suscitadas devem ser prontamente expurgadas do CPC/15, porque em desalinho com a espinha dorsal que lhe confere unidade. Impõe-se, assim, o deferimento de medida cautelar para o fim de suspender imediatamente os dispositivos impugnados ou lhes conceder interpretação conforme a Constituição, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.868/99, dada a plena satisfação dos requisitos legais.

74. As inconstitucionalidades apontadas ao longo da presente peça agridem valores fundamentais albergados pela Constituição da República. De um lado, nos arts. 15, 46, § 5º, 52, 242, § 3º, 535, § 3º, II, 840, I, e 1.035, § 3º, III, do Código de Processo Civil de 2015, o legislador federal incorreu em violação a componentes essenciais do pacto federativo, retratados nas competências legislativas dos Estados-membros, em seus poderes de auto-organização e autoadministração ou mesmo na vedação à criação de preferências federativas. Já nos arts. 9º, parágrafo único, II, 311, parágrafo único, 985, § 2º, e 1.040, IV, do mesmo diploma, e também no referido art. 52, parágrafo único, foram desrespeitadas as garantias fundamentais do processo que balizam o devido processo legal, em especial a garantia do contraditório participativo. Daí decorre a plausibilidade das teses jurídicas aqui sustentadas, pois claramente transgredidos os limites em que cabia ao legislador ordinário atuar.

75. Por sua vez, é mais do que claro o perigo na demora. A entrada em vigor do Novo Código denota o quão irreparáveis e graves serão os danos que advirão da produção dos efeitos dos dispositivos impugnados. E isso vale inclusive para os processos ainda em curso, que igualmente sofrerão os impactos das inconstitucionalidades aqui argüidas, em decorrência da teoria do isolamento dos atos processuais que norteia o direito processual intertemporal (CPC/15, arts. 14 e 1.046). Como resultado, o prejuízo incalculável se configurará, a rigor, ao interesse público defendido em juízo pelo qual Fazenda Pública estadual cabe zelar, na medida em que submetida, em

aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. (...).”

todos os processos em que figure como parte, a regras que lhe suprimem as garantias fundamentais do processo e a parcela de sua autonomia federativa.

IV. Conclusão e Pedidos

76. Após prestadas as informações pela Presidência da República e Congresso Nacional, na qualidade de autoridades das quais emanou a lei impugnada (Lei nº 9.868/99, art. 6º), e ouvidas, na sequência, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República (Lei nº 9.868/99, art. 8º), pede o autor seja(m):

(i) dada interpretação conforme a Constituição à expressão “processos administrativos”, constante do art. 15 do CPC/15, para restringir sua incidência à órbita federal;

(ii) declarada a inconstitucionalidade da expressão “domicílio do autor”, contida no parágrafo único do art. 52 do CPC/15, ou, subsidiariamente, seja a ela atribuída interpretação conforme a Constituição para que a livre opção pelo foro de domicílio do autor se restrinja às comarcas inseridas nos limites territoriais do Estado-membro ou do Distrito Federal réu;

(iii) declarada a inconstitucionalidade do art. 46, § 5º, do CPC/15, ou, subsidiariamente, seja a ele atribuída interpretação conforme a Constituição para que fique restrito aos limites do território de cada Estado-membro ou ao local de ocorrência do fato gerador;

(iv) declarada a inconstitucionalidade da expressão “dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios”, que figura no art. 242, § 3º, do CPC/15;

(v) declaradas inconstitucionais as referências ao inciso “II” do art. 311 do CPC/15, que constam do parágrafo único daquele mesmo dispositivo e do art. 9º, parágrafo único, II, do Código;

(vi) dada interpretação conforme a Constituição à expressão “banco oficial”, contida no art. 535, § 3º, II, do CPC/15, que, em relação à Justiça Estadual, apenas pode significar a instituição financeira que tenha sido validamente escolhida em procedimento seletivo público pela respectiva entidade federativa, e, em relação ao art. 840, I, declarada a inconstitucionalidade da expressão “banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado”, conferindo-se interpretação conforme a Constituição, por sua vez, à expressão “no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal”, para que vincule apenas a União e os depósitos realizados no âmbito da Justiça Federal;

(vii) declarados inconstitucionais os arts. 985, § 2º, e 1.040, IV, do CPC/15. Subsidiariamente, pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade da expressão “para fiscalização da efetiva aplicação”, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”;

constante de ambos o dispositivos, atribuindo-se ao texto remanescente dos enunciados interpretação conforme a Constituição para retirar qualquer grau de cogência e imperatividade à comunicação dirigida ao ente regulador, quando não tenha figurado como parte no procedimento de formação do precedente; e

(viii) declarada a inconstitucionalidade do adjetivo “federal”, que consta do art. 1.035, § 3º, III, do CPC/15.

Pede deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 18 de março de 2016.

LUIZ FERNANDO DE SOUZA
GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

[assinatura digital]
EMERSON BARBOSA MACIEL
PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA NA CAPITAL FEDERAL

DOCUMENTOS:

01 – Lei Federal nº 13.105/2015

02 – Lei Federal nº 13.256/2016