



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

VERÔNICA DE LACERDA VÁSQUEZ

ACESSO À JUSTIÇA E FEDERALISMO:
Uma abordagem jurídica da regra de competência do artigo 52
do Código de Processo Civil

Salvador

2017

VERÔNICA DE LACERDA VÁSQUEZ

ACESSO À JUSTIÇA E FEDERALISMO:

**Uma abordagem jurídica da regra de competência do artigo 52
do Código de Processo Civil**

Monografia apresentada à Universidade
Faculdade Baiana de Direito, como parte das
exigências do Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu em Direito Processual Civil para a
obtenção do título de Especialista em
Processo Civil.

Salvador

2017

RESUMO

As regras de competência estabelecidas no Código de Processo Civil foram formuladas de forma a especificar a competência de cada juízo, dentro das modalidades já conhecidas, sendo que as demandas propostas em face dos Estados e do Distrito Federal trazem a peculiaridade da opção de foro a ser realizada pelo autor da ação.

Dentre esses foros concorrentes, há a possibilidade de optar por demandar no próprio foro do domicílio do autor, ainda que este não se localize no mesmo espaço geográfico do ente federado que está sendo demandado.

Assim, o trabalho visa debater os fundamentos da norma para identificar sua adequação ou inadequação a um sistema constitucional democrático, no qual o processo se torna um meio de efetivar essa democracia, com a participação ampla e ativa de todas as partes que integram a lide.

A relação processual não é mais estática e sim dinâmica, os personagens que figuram no processo precisam se integrar ao modelo atual de constitucionalização do procedimento.

Nesse sentido, é que a discussão precisa não apenas avaliar as égides sobre as quais foi criada a norma de competência, mas também analisar sua integração com o sistema de normas constitucionais e sua aplicação prática.

Sua importância se denota justamente no contraponto entre a garantia de acesso à justiça realizada pela jurisdição estatal e o pacto federativo que delimita a atuação dos entes federados acerca dos demais – além de garantir a própria autodeterminação de cada um desses entes.

Assim, o trabalho propõe o debate acerca da constitucionalidade e, mais, da juridicidade da norma de competência do art. 52 do Código de Processo Civil, verificando sua adequação ao ordenamento jurídico regido pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; acesso à justiça; pacto federativo; Constituição Federal.

SUMMARY

The rules of jurisdiction laid down in the code of Civil procedure were formulated to specify the jurisdiction of each court, within the terms already known, and the proposals in the face of demands States and the Federal District bring the peculiarity of forum to be held by the plaintiff.

Among these competing forums, there is the possibility to choose to sue in its own jurisdiction in the place where the author lives, although this does not locate in the same geographical area of the Federated entity being sued.

Thus, the work aims to discuss the basics of the standard to identify your adequacy or inadequacy to a democratic constitutional system, in which the process becomes a means of effective democracy, with broad and active participation from all parts of the deal.

The procedural relationship is no longer static, but dynamic, the characters that appear in the process need to integrate the current model of constitutionalisation of the procedure.

In this sense, it is that the discussion needs not only to evaluate the egos on which the norm of competence was created, but also to analyze its integration with the system of constitutional norms and their practical application.

Its importance is denoted precisely in the counterpoint between the guarantee of access to justice carried out by the state jurisdiction and the federative pact that delimits the actions of the federated entities over the others – besides guaranteeing the self-determination of each of these entities.

Thus, the paper proposes the debate about the constitutionality and, more, of the juridicity of the norm of competence of the rule number 52 of the Code of Civil Procedure, verifying its adequacy to the legal system governed by the Federal Constitution.

Keywords: code of Civil procedure; access to justice; federative pact; The Federal Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CFRB/88	Constituição Federal de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ADIN	Ação de Declaração de Inconstitucionalidade

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO APLICÁVEL COMO FUNDAMENTO PERMISSIVO OU PROIBITIVO DA REGRA DE COMPETÊNCIA DO ARTIGO 52 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	10
3 FUNDAMENTOS DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA: JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA	24
3.1 ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO PREMISSAS A SEREM OBSERVADAS PELA REGRA DE COMPETÊNCIA ESCULPIDA NO ART. 52 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	35
3.1.1 Princípio do contraditório e ampla defesa em face da regra de competência do art. 52: mais uma questão para a administração da justiça	41
3.1.2 Pacto federativo, federalismo e separação de poderes rompidos por uma regra de competência	45
3.1.3 Autorganização da justiça estadual: as normas de direito local e gestão dos precatórios confrontadas com a regra de competência do art. 52	56
3.1.4 Abuso de direito no processo	59
4 CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 52. ANÁLISE DA JURIDICIDADE DA NORMA E SUA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA CONSTITUCIONAL	65
4.1 NOÇÕES PRELIMINARES. <i>FORUM SHOPPING</i> E <i>FORUM NON CONVENIENS</i> : A LIBERDADE DE ESCOLHA OFERTADA PELO LEGISLADOR QUANDO BALIZADA PELOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS SE APLICARIA AO CASO DE FOROS CONCORRENTES NACIONAIS APENAS COMO ANALOGIA	68
4.2 <i>FORUM SHOPPING</i> E <i>FORUM NON CONVENIENS</i> : CONTROLE DE	73

CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO

5 CONCLUSÃO 79

REFERÊNCIAS 82

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se presta à apresentação de uma situação nova no Direito Processual Civil, que implica numa outra perspectiva dos princípios constitucionais que permeiam a matéria. Aqui, será analisada através de uma ótica constitucionalista a relação processual entre ente federativo e autor da ação, quando este último tem o poder de optar pelo seu próprio domicílio como foro de propositura da ação.

É que o Código de Processo Civil em vigor desde 18 de março de 2015 estabelece em seu art. 52 que nos casos que tenham o Estado ou o Distrito Federal no polo passivo da demanda, o foro para propositura da ação é de escolha do polo ativo.

Ou seja, trata-se de uma regra de competência relativa, na qual se estabelece que o foro, dentre outras opções, pode ser do domicílio do autor, não necessariamente no mesmo local do ente federativo que será acionado. Ainda, o art. 15 do mesmo diploma normativo estabelece que as regras processuais serão aplicadas também aos processos administrativos, no que couber.

Dessa sorte, a propositura de demandas no domicílio do autor, sendo em local distinto da localização do ente federativo, traz implicações ao princípio do contraditório (e, conseqüentemente, ao devido processo legal), a autorganização federativa dos entes em questão e, também, abusos de direito no processo.

Isso tudo vem sendo questionado através de Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5492, proposta pelo governador do Estado do Rio de Janeiro. Logo, a constitucionalidade da regra contida no art. 52 do Código de Processo Civil está em debate.

A tudo isso se contrapõe o princípio do acesso à justiça, que deve ser garantido ao contribuinte e cidadão, não apenas com a previsão do direito de demandar (antigo direito de petição, amplamente defendido) e em comunhão com um Estado Democrático de Direito, equalizando a balança da relação entre particular e ente federativo.

Assim, a problematização contida no art. 52 do CPC, que será discutida nesse trabalho, se volta para a necessidade de garantias efetivas de acesso à Justiça e à justiça sem ofender o pacto federativo, a autonomia e autorganização dos entes federativos, todos assegurados na Constituição Federal.

Não apenas constitucionalmente, mas também proferir, neste trabalho, posicionamento sobre a necessidade ou não da previsão legal, face aos prejuízos ou benefícios trazidos, seja para o cidadão, seja para o ente federativo. Em suma, o que se faz evidente é a análise do tema através da ponderação, da razoabilidade, para, por fim, se optar pelo viés mais justificado.

Entretanto, a Constituição como norma maior e norte para todo o sistema jurídico é o ponto de congruência entre os dois lados do debate: a constitucionalidade ou não da regra de competência. Dessa forma é que, apesar de pincelar outros aspectos, o ponto fundamental da pesquisa deve ser a própria Constituição.

Finalmente, há que se deslindar o contraponto que se intenciona fazer neste estudo para, enfim, encontrar a melhor solução para o problema apresentado, seja aquela apontada por parte da doutrina, ou outra que decorra deste trabalho; não esgotando, no entanto, o debate que se prolonga, conforme será posteriormente analisado.

2 A PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO APLICÁVEL COMO FUNDAMENTO PERMISSIVO OU PROIBITIVO DA REGRA DE COMPETÊNCIA DO ARTIGO 52 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A supremacia do interesse público sobre o interesse particular ou privado consiste num princípio informativo, principalmente, do direito público (muito embora essa dicotomia tenha sido superada), que verticaliza a relação entre Estado e particulares.

Como se disse, a dicotomia entre direito público e direito privado há muito já resta suplantada, tendo em vista que já se observa o fenômeno da interdisciplinaridade entre as matérias que compõem o estudo do Direito.

Entretanto, por razões didáticas, é preciso pontuar que as relações entre particulares, regidas predominantemente pelo direito privado, são aquelas em que os sujeitos se encontram, em tese, no mesmo patamar jurídico: estão em pé de igualdade em seus direitos e obrigações.

Já as relações entre Estado e particulares se dá de forma verticalizada; ou seja, o Estado sempre estará em posição hierarquicamente superior ao do cidadão considerado de maneira individualizada, em razão de suas obrigações, principalmente.

É justamente esse o ponto chave do princípio ora em comento: por conta das obrigações de proteção de um interesse maior e do bem comum, o Estado deveria estar em um patamar acima dos cidadãos.

A primazia ou supremacia do interesse público sobre o privado, portanto, trata-se de princípio que submete o interesse primordialmente individual ao que seria o interesse coletivo, de um grupo maior de pessoas.

Deste princípio decorre uma suposta posição privilegiada do órgão administrativo quando contraposto ao particular, além de delimitar o exercício

da função administrativa, servindo como fundamento para inúmeras regras, processuais ou não, que colocam a administração pública em um patamar superior em relação aos indivíduos assim considerados.

Diz Humberto Ávila que “não há dúvida de que a administração não possui autonomia de vontade, mas apenas deve executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei”¹, assim informando que não se trata de uma supremacia, mas sim da existência de um interesse público coletivamente observado.

Ademais, trata-se de princípio que vem informando o Direito, em muitas áreas (como o ramo administrativo e tributário), mais como um axioma que pressuporá sempre a escolha do interesse público sobre o interesse privado, temas que se confundem entre si.

E se confundem entre si os interesses em confronto, vez que o próprio interesse individual é também um objeto da proteção do interesse coletivo. A Constituição Federal de 1988 garante em seu art. 5º, *caput*², de forma genérica, as liberdades individuais, especificando as garantias em cada inciso seguinte.

Dentre as ditas garantias, estão direitos exercidos no âmbito das liberdades individuais e dentro dos interesses particulares; como, por exemplo, o exercício do direito de propriedade, garantido constitucionalmente, dentro do espectro do interesse do particular.

¹ **ÁVILA**, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 06 de agosto de 2017.

² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiro residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Nesse sentido, o Estado nem sempre poderá lançar mão do princípio da supremacia para justificar suas condutas fundadas no interesse público, já que este princípio não está respaldado por um caráter absoluto.

É que no constitucionalismo adotado pela Constituição Federal de 1988, fica evidenciada a dificuldade em se falar num princípio absoluto, tendo as teorias constitucionais evoluído ao ponto de considerar o conflito de princípios e a inaplicação de um princípio em face de outro em dado caso concreto.

Assim, só é possível saber a dimensão e efetividade de um determinado princípio na situação prática. Com isso, há que se dizer que a supremacia do interesse público sobre o privado não é absolutamente suprema em todos os casos no qual é aplicada.

Trazendo a discussão para o tema do estudo, é preciso dizer que o art. 52, parágrafo único, do Código de Processo Civil³ ao estabelecer uma regra de competência relativa, desmonta o conceito trazido pelo princípio da supremacia.

Nesse caso, há um claro conflito de interesses: é interessante para o Estado e para os demais jurisdicionados daquela localidade que as demandas propostas em face deste sejam julgadas dentro da sua própria jurisdição; enquanto que é interessante para o particular que a sua demanda seja julgada, preferencialmente, no local de melhor acesso para si.

Isso porque demanda contra determinado Estado residindo em outra região do Brasil representa custos e desgastes, que poderiam ser evitados se o autor da ação simplesmente a propusesse em seu local de residência.

³ 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.

Já para o Estado, este é um grande conflito: significa não apenas a necessidade de adequação da defesa e de toda assistência jurídica que deve ser prestada no caso, mas também a ofensa a outros princípios e regras constitucionais que ele mesmo tem o dever de defender.

Assim, existente o conflito, poderia se dizer que a regra de competência contida no artigo do CPC é inconstitucional de acordo com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, vez que o Estado tem mais interesses a tutelar com essa regra de competência em face do interesse do particular que proporá a demanda em seu domicílio.

Entretanto, como já se disse, o princípio da supremacia não pode ser considerado de forma absoluta e nem é absoluto o interesse público, que não se justifica por si só, por sua mera existência. Ademais, uma de suas razões de ser é justamente a proteção dos interesses individuais a fim de garantir as liberdades dos indivíduos, constitucionalmente garantidas.

Para identificar se efetivamente se trata de um princípio que poderia consubstanciar a inconstitucionalidade do art., é importante observar que o interesse público, ao contrário do privado, se subdivide, como explica Luís Roberto Barroso:

“O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas”⁴

⁴ **BARROSO**, Luís Roberto. Prefácio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 13.

Explicados os conceitos de interesse público primário e secundário, é seguro dizer que o interesse público secundário se coloca no mesmo patamar que o interesse particular, não servindo como fundamento para desconstruir a regra de competência esculpida no art. 52, como informa Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares) só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles”.⁵

A satisfação do interesse público primário, portanto, seria a satisfação dos interesses coletivamente considerados, servindo de aval para qualquer decisão do Estado dentro do espectro desse nível de interesse, para sobrepor o interesse particular.

Como bem informa Durval Carneiro Neto, até mesmo o interesse público primário, muito embora coordenado pela impulsão da proteção à coletividade, deve se ater aos interesses individuais:

“O esforço desmedido em satisfazer interesses da coletividade sem o mínimo respeito aos direitos individuais é um contra-senso no qual o próprio interesse público acaba aviltado. Sendo também do interesse público que se devam respeitar os direitos individuais consagrados na Constituição, o perigo reside em que algumas prerrogativas públicas, quando mal dimensionadas pelo legislador, acabem se transformando em mecanismos de ‘autofagia’ do próprio interesse público, partindo do paradoxo de que se agem em prol do interesse público, mas contra o interesse público!”.⁶

⁵ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. atual, São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶ **NETO**, Durval Carneiro. Processo, Jurisdição e Ônus da Prova no Direito Administrativo – Um Estudo Crítico Sobre o Dogma da Presunção de Legitimidade. Salvador: Juspodivm, 2008, p.215.

Há, portanto, um limite a ser respeitado pelo bem comum que é justamente o interesse individual, conforme dispõe o próprio Ronald Dworkin⁷ ao apresentar críticas à doutrina utilitarista norte americana. Esta lição deve ser trazida para o funcionamento do princípio da supremacia.

Nesse sentido, a supremacia do interesse público primário deve sempre limitar-se até o ponto onde se encontram os interesses individuais, vez que isso faz parte inclusive do próprio espectro de interesse coletivo garantido pelo princípio.

Portanto, dado que os próprios interesses público e privado se confundem, já que:

“O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. Ex., preâmbulo e direitos fundamentais)”⁸

A supremacia não pode ser avaliada aprioristicamente, por não se tratar de um princípio absoluto e também porque deve garantir o interesse individual (aí inseridas as liberdades individuais, garantias constitucionais).

Dessa sorte, para entender a aplicabilidade do princípio da supremacia de forma concatenada com a doutrina constitucional é imperiosa a inclusão da proporcionalidade no debate. Como informa Daniel Sarmento:

⁷ **DWORKIN**, Ronald. Levando os Direitos a Sério. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁸ **ÁVILA**, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 190.

“(…) A solução para a colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos não é singela. A busca da solução constitucionalmente adequada deve respeitar os chamados ‘limites dos limites’ dos direitos fundamentais, e certamente não passa por qualquer princípio de supremacia do interesse público. Aceitar que a solução destes conflitos se dê através da aplicação do princípio em referência seria, para usar a famosa expressão de Dworkin, não levar a sério os direitos fundamentais. E pode-se dizer tudo da Constituição de 88, menos que ela não tenha levado a sério estes direitos”.⁹

A solução a qual se refere Sarmento e que se aplica ao caso exposto neste trabalho deve ser, portanto, harmônica; não se trata de desconsiderar o princípio da supremacia do interesse público, mas sim de desconsiderá-lo como axioma apriorístico que supostamente impõe a prevalência do interesse público sobre qualquer interesse privado.

Nesse sentido e tomadas as premissas alhures descritas, tem-se que o princípio em comento não serve, *per se*, para justificar ou mesmo invalidar a regra de competência do art. 52 do CPC.

Isso porque, dado que o Estado nem sempre deterá a supremacia de seus interesses (não seus como entidade personalizada, mas como representante da coletividade) sobre os interesses individuais. Não é possível dizer que em razão da supremacia de um (ou mais) interesse público a demanda deve ser proposta apenas onde alcança o braço do ente réu.

Não é possível, portanto, estabelecer uma invalidação da regra por via da inconstitucionalidade apenas com base no princípio da supremacia do interesse público. Mesmo porque, como se disse, há que se aplicar a proporcionalidade; ou melhor, a ponderação dos interesses em jogo.

⁹ **SARMENTO**, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 109.

E tais interesses não se restringem apenas às garantias constitucionais voltadas ao exercício de poder pelo Estado, mas também às garantias que foram homenageadas pela Constituição Federal de 1988 para o cidadão.

O direito ao acesso à justiça, direito à dignidade e demais garantias se confrontam diretamente com o pacto federativo, organização e administração dos Estados (todos previstos na Constituição referida) na circunstância imposta pela regra esculpida no art. 52 do CPC: é justamente a ponderação desses princípios e garantias que irá justificar ou não a existência da regra, mas, jamais, a supremacia do interesse público considerada *a priori*.

Entretanto, em que pese a importância da ponderação para aplicabilidade do princípio da supremacia, trata-se de um sofisma que deve ser superado em definitivo. O próprio histórico do princípio em questão revela que sua aplicação, sempre que possível, deve ser evitada.

Diz-se que o próprio nascimento do direito administrativo se deu pela subordinação do poder (do Estado) à lei, sendo essa uma expressão da vontade coletiva: ou seja, o poder do Estado estaria submetido à vontade coletiva traduzida nos regimentos legais.

No entanto, esclarece Gustavo Binbenbojm que:

“O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d'État* em França, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e *insubmita* daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento”¹⁰

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *In*: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 120.

Dessa forma, a própria configuração do Direito Administrativo, da separação de poderes e dos demais princípios que norteiam a atividade do Estado se tornaram uma proteção à autonomia deste em face aos demais poderes, mormente o judiciário. Ainda, arremata Binenbojm:

“Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados”¹¹

Efetivamente, o posicionamento acrítico ante a função do princípio da supremacia do interesse público, principalmente aplicado aprioristicamente, não serve para fundamentar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da regra de competência do CPC.

Isso porque a própria liberdade individual (que se confunde, em parte, com o interesse particular) deveria ser objeto da garantia do interesse público: como se disse, o interesse particular é um exercício de garantia constitucional.

E tal exercício deve ser acobertado pelo poder do Estado, sendo do seu interesse (coletivamente considerado) que os indivíduos possam exercer sua autonomia em determinada escala – desde que por lei não lhes seja proibido em algum sentido exercê-la.

Assim, a contradição que é denunciada na gênese do próprio direito administrativo, também o é (e assim deve ser) quanto ao princípio da supremacia do interesse público:

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Ob. cit., p. 121

“Se algum sentido garantístico norteou e inspirou o surgimento e desenvolvimento da dogmática administrativista, este foi em favor da Administração, e não dos cidadãos.”¹²

A evidente crise no paradigma da supremacia, que deveria legitimar os privilégios processuais do Estado, está causada pela constante constitucionalização do debate, por ser a própria Constituição o centro e a referência do princípio e não a lei.

Não é mais a lei que subjuga o poder do Estado, mas sim a Constituição e seus princípios – principalmente, a dignidade da pessoa humana. É por ser digno que o indivíduo tem direito à expressão de sua autonomia, sua vontade e seu interesse particular.

E por ter direito à expressão dos seus interesses particulares é que o poder conferido ao Estado deve ser um meio de garantir esse exercício (expressão), inclusive ao submeter o interesse coletivo.

É possível afirmar, assim, que é do interesse coletivo que os interesses particulares sejam garantidos e não soterrados pelo exercício de poder do Estado em prol de uma coletividade que nem sempre representa a relação numérica e quantitativa da população.

O princípio da supremacia, implícito no texto constitucional, não pode promover a ablação do interesse individual, pois que este último não traduz apenas a vontade particular, mas também o próprio exercício das liberdades constitucionais.

As garantias individuais são também valores coletivos, não podendo ser infirmadas pelo interesse ao bem comum que o Estado evoca para si a fim de assegurar prerrogativas processuais.

¹² **BINENBOJM**, Gustavo. Ob. cit., p. 123

A lógica da prevalência do coletivo sobre o privado sob a qual se fundamenta o princípio da supremacia não serve de substrato principiológico para o afastamento de regra que privilegia, processualmente, o particular em detrimento do Estado.

É evidente que, apesar de implícito, trata-se de princípio com forte influência no ordenamento jurídico, seja para pautar a finalidade das ações da Administração Pública, para conceder privilégios processuais ou materiais ou para fundamentar qualquer medida restritiva de direitos individuais.

No caso da finalidade da Administração, pode-se dizer que eleger a segurança do bem comum e garantia do interesse coletivo como bases da existência do próprio Estado é medida razoável, que pondera os princípios dispostos na Constituição, principalmente no que diz respeito à atribuição de poder ao Estado.

Todo poder emana do povo. Se assim o é, efetivamente, então a existência de uma entidade organizada por esse poder deve observar as vontades e os desígnios dessa coletividade.

Já as outras duas atuações do princípio da supremacia não fazem tanto sentido quando confrontadas com a análise constitucionalizada de sua aplicação. No que diz respeito à restrição de direitos individuais em prol do interesse coletivo, tem-se que o próprio fundamento de qualquer restrição é a norma constitucional.

A Constituição Federal de 1988, como norma matriz de todo o ordenamento jurídico, estabelece as próprias situações e limites nos quais os direitos individuais podem ser restringidos.

Dessa forma, é no mínimo despicienda a existência de um princípio que atribua supremacia ao interesse coletivo para daí se suprimirem direitos individuais se a própria Constituição já faz esse papel, seja com normas no texto constitucional ou delegando o regramento para lei infraconstitucionais.

Finalmente, atuando como fundamento de outorga de privilégios à Administração Pública, o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o particular age como um postulado, um axioma, como já esclarecido alhures.

Como também já se disse neste trabalho, esse é um grande problema para o princípio em comento, tendo em vista que a mais moderna teoria constitucional não pode aceitar um princípio que seja absoluto, identificado aprioristicamente, posto que seria impossível apontar como inconstitucional uma lei que rogasse privilégios à Administração.

Esse ponto evoca uma possibilidade, inclusive, de abuso de poder por parte da Administração Pública, que terá ao seu alcance uma regra justificadora de qualquer privilégio que detenha apenas em nome da supremacia do interesse público.

Dessa forma, demonstradas as críticas ao referido princípio, é preciso repisar que ele não serve, por si só, para justificar a inconstitucionalidade do art. 52 do Código de Processo Civil quando dá ao autor a possibilidade de processar a Administração Pública em seu próprio domicílio.

Isso porque alegar a inconstitucionalidade dessa regra com base no princípio da supremacia é afirmar que a Administração Pública tem como prerrogativa o direito de ser processada no seu próprio “domicílio” – o que inexistente.

Ainda, por outro lado, é também afirmar que o interesse de se defender da Administração é superior ao interesse do particular de ter seu direito alegado açambarcado pelo Poder Judiciário, o que tampouco é verdadeiro.

Não se trata de um interesse primário coletivamente considerado a defesa do ente público de qualquer acusação, mas sim um interesse secundário, por se tratar de mero cunho patrimonial – a defesa e os atos que deverão ser tomados no decorrer do processo em outra região em razão da prerrogativa do art. 52 podem, efetivamente, acarretar custos que são inexistentes se o processo se deslindasse na própria região do ente processado.

Embora preocupante a operacionalização da defesa da Administração Pública nesse sentido, não se pode tomar isso como fundamento para alegar um interesse público primário que deva ser acobertado pelo princípio da supremacia do interesse público.

Diz Daniel Sarmento que:

“Se, de um lado, a subordinação dos direitos individuais ao interesse coletivo pode ser a ante-sala para totalitarismos de variados matizes, do outro, a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”¹³

Embora seja patente a necessidade de uma análise equilibrada do suposto conflito entre interesse público e privado (diz suposto porque trata-se mais de interesses vinculados e coexistentes entre si do que efetivamente conflituosos), não rechaçando ao esquecimento nenhum dos dois, pouco se acredita na necessidade de um princípio implícito na Constituição para regular a vida em comum.

Isso porque as regras e princípios já explícitos na Constituição e nas leis infraconstitucionais já fazem esse papel, coordenando os interesses públicos e privados dentro das peculiaridades de cada situação – além do próprio ativismo judicial, que tem contribuído para a construção desses entendimentos.

Dessa forma, não apenas é desnecessário um princípio implícito para regular o que já está sendo regulado por regras explícitas (a teor do art. 5º da CFRB/88), mas também presta um desserviço à análise equilibrada e ponderada, já que traz um postulado, descabido na teoria constitucional atual.

¹³ **SARMENTO**, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28.

Assim, o dito princípio da supremacia não serve para justificar a inconstitucionalidade do art. 52 do Código de Processo Civil, que reclama uma avaliação mais profunda da própria necessidade de sua criação e do momento social, histórico e cultural em que surgiu.

Apenas com uma visão que ultrapasse o próprio Direito em si é que será possível compreender a constitucionalidade da regra, uma vez que a própria Constituição não revela só o Direito, mas sim a Sociologia, a História e a dinâmica cultural de determinada população.

A Constituição é um reflexo do momento histórico e tudo que esse momento implica, de modo que suas normas (ainda que implícitas) não podem ser vistas pela lente única do espectro jurídico, mas sim de forma interdisciplinar.

Dessa forma, a regra deve estar integrada ao ordenamento jurídico, dentro do conceito de integridade como uma virtude política, no formato da Teoria da Integridade de Ronald Dworkin¹⁴.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não está integrado, não se encontra coerente com as demais normas constitucionalmente erigidas para reger a relação entre o público e o privado, de modo que não pode fundamentar um privilégio processual da Administração e nem suplantar o gozo de determinada regra que favoreça processualmente o administrado, como é o caso da regra aqui discutida.

Superada a discussão da inconstitucionalidade pelo viés do princípio da supremacia, é necessário aprofundar o tema em outras normas também constitucionais que irão elucidar a integridade do art. 52 do CPC em relação à própria Constituição.

¹⁴ **DWORKIN**, Ronald. O império do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

3 FUNDAMENTOS DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA: JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

As regras de competência se relacionam intimamente com o conceito de jurisdição, uma vez que se trata de divisão orgânica do poder jurisdicional. Avaliando a jurisdição, pode-se dizer que consiste num poder-dever do Estado de solucionar conflitos.

É preciso entender que o conceito de jurisdição e sua identificação na ordem jurídica de um Estado perpassa por várias alterações ao longo dos anos, principalmente ao acompanhar o viés adotado pelo Direito a depender da composição política do Estado.

Explica Luiz Guilherme Marinoni que, há aproximadamente cem anos, Chiovenda já defendia que a jurisdição seria a função de atuar a vontade da lei (assim, o juiz seria um mero reproduzidor da vontade do legislador), enquanto Carnelutti esposaria a ideia de que o juiz criaria uma norma individual para o caso, trazendo à baila a tese de “justa composição da lide”¹⁵.

Segue o autor explicando que as teorias acima destacadas se modificaram com a chegada do constitucionalismo, que rebaixou o *status* da lei para fazê-la subordinada a Constituição, dando um novo aspecto a conceitos basilares, como o de jurisdição.

Esse novo aspecto não contradiz, se bem analisado, as teorias esposadas pelos clássicos autores italianos, mas sim demonstram que tais conceitos são politicamente (não no sentido partidário, porém filosófico) alterados de acordo com o compasso da conjuntura do Estado e do Direito.

Assim, o Estado liberal que erigiu a legalidade como fonte do Direito e conceituava a jurisdição como uma responsabilidade do Estado voltada para a

¹⁵ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 6º ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, vol.1, p. 21-22.

tutela dos direitos subjetivos das partes, vê-se soterrado pelo neoconstitucionalismo e pelo pós-positivismo.

É que o conceito de jurisdição no Estado contemporâneo encontra uma outra fonte de sustentação, que é a Constituição. Nesse modelo de Estado, o dever do juiz envolve mais do que a aplicação da lei, mas uma inteligência para a compreensão do caso dentro dos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Assim, na pós-modernidade a jurisdição vem se caracterizando pelo poder-dever do Estado-juiz de encontrar a técnica processual adequada para tutelar o direito material, mas não como um autômato, e sim interpretando a norma processual de acordo com os direitos fundamentais para a efetivação do direito a tutela jurisdicional.

Portanto, a jurisdição é a integração entre direito material e processual, dando meios ao Estado-juiz de concretizar a tutela desses direitos materiais em conformidade com uma hermenêutica constitucional. É preciso ainda destacar ponto importante sustentado pelo autor Owen Fiss.

Se atualmente entende-se que o sentido da jurisdição é dar efetividade constitucional ao direito material deduzido no processo de forma interpretativa, para Owen Fiss a função da jurisdição é de dar valor e significado aos ditames sociais contidos na Constituição¹⁶.

Assim, o Estado-juiz teria a responsabilidade, a partir da jurisdição que lhe é dada, de descobrir o que é justo pela lente do texto constitucional, dando solidez aos valores constitucionalmente estabelecidos. É aí que se ultrapassa o caráter legalista da jurisdição pós-positivismo para encontrar uma função social que cabe a jurisdição.

Conectando todos esses sentidos atribuídos ao mesmo instituto legal, é possível dizer que as regras de competência, que emanam da jurisdição, não

¹⁶ **FISS**, Owen M. *Pillars of Justice: Lawyers and the Liberal Tradition*. Massachusetts: Harvard University Press, 2017.

se tratam de meras estipulações processuais, mas sim regras que devem ser vinculadas ao sentido e interpretação da Constituição.

Dessa forma, o Estado-juiz, ao aplicar uma regra de competência, não está apenas enquadrando a lei ao caso concreto, mas sim efetivando um direito material ou processual a partir dos valores erigidos pela Constituição. Assim, o art. 52 do CPC estabelece uma norma processual de competência que deve ser iluminada pela hermenêutica constitucional, uma vez que nascida dessa jurisdição do Estado Constitucional.

Tal art. 52 estabelece que, dentre outras opções, àquele que propõe a demanda em face da Fazenda Pública a prerrogativa de selecionar o foro do seu domicílio como local para propositura da ação.

Diz o texto do art.:

“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.”

Ou seja, se o ente federativo for o réu, e o autor da ação já não mais residir na localidade geográfica desse ente, poderá propor a demanda dentro da jurisdição de outro ente federativo. Tal disposição legal traz severas implicações práticas e uma profunda discussão constitucional que permeia, principalmente, dois princípios: o princípio federativo e o acesso à justiça.

Evidente que a discussão em relevo não se limita aos princípios citados, atingindo também, reflexamente, outros princípios e regras relacionados a ambos. Trata-se de uma regra de competência que deve ser avaliada constitucionalmente, como já se falou.

As regras de competência são o resultado das divisões da jurisdição que é exercida em todo território nacional, logo, relaciona-se a fundo com o próprio conceito de jurisdição. Segundo Didier:

“A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição. É a medida da jurisdição.”¹⁷

Assim, é preciso entender que a jurisdição é uma função legalmente estabelecida a um terceiro imparcial, para que este avalie uma situação jurídica concretamente posta a suas atribuições.

Tal função é, inicialmente, uma função do Estado, transferido para este através da concessão social que é feita; dando ao Estado (como entidade despersonalizada) o poder de resolver conflitos dos cidadãos dentro dos parâmetros estabelecidos legalmente.

Logo, trata-se de uma condição dada ao juízo de forma constitucional, de mitigação das situações jurídicas. Assim se amoldam as regras de competência, que distribuem esse poder social e constitucional dentre os entes da federação, de modo geral, para melhor organizar o exercício desse poder-dever.

A breve análise dos conceitos de competência e jurisdição se relacionam intrinsecamente ao tema proposto, uma vez que o art. 52 estabelece uma regra de competência territorial que depende do princípio da jurisdição entendido como territorialidade.

¹⁷ **DIDIER**, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 14ª ed, vol. 1. Salvador: Editora Juspodivm, p. 133-134.

É que o titular da delegação do poder-dever de jurisdição apenas poderá exercê-lo no limite territorial do ente federativo para o qual restou delegado. Assim, exemplificando, o juiz da Bahia só terá poderes de dirimir um determinado conflito jurídico e judicializado na Bahia.

Isso não quer dizer, como se sabe, que suas decisões só surtam efeitos no Estado da Bahia, mas sim que apenas aí poderá se dar a cognição que alcançará o resultado “decisão”. Assim, o juiz da Bahia não deve, de acordo com tal princípio, dirimir um conflito do Rio Grande do Sul, por exemplo.

Tal princípio se relaciona com a *perpetuatio jurisdictionis*, segundo a qual a competência estabelecida inicialmente não se modifica, ao contrário, se perpetua ao longo do processo. Desse modo, tem-se que: a jurisdição deve ser exercida dentro da territorialidade estabelecida na regra processual e se perpetua no tempo e no processo.

Tendo estabelecido essas premissas, é preciso observar que as regras de competência territoriais não são aleatoriamente estabelecidas. É que apesar de, em regra, tratar-se de competência relativa, ou seja, à apreciação do interesse das partes, a competência territorial deve ter alguma, ainda que mínima, relação com o objeto da causa ou com as partes.

Assim, a validade da cláusula legal que estabelece a possibilidade de escolha do foro do domicílio do autor em face da Fazenda Pública, mesmo que seja esse um distrito ou comarca diferente do ente federado réu, se verifica dentro dos conceitos de jurisdição e competência territorial.

Entretanto, é preciso destacar que a regra de competência territorial não se submete, exclusivamente, ao interesse privado das partes que compõem a lide, mas também devem observar as demais regras e princípios constitucionais.

O tema da competência se submete, portanto, ao estudo da jurisdição como princípio constitucional e também do acesso à justiça.

A jurisdição como o poder constitucionalizado do Estado de ver submetido um conflito social ao seu arbítrio e o acesso à justiça como o direito também

constitucionalizado de aceder a esse poder de jurisdição se relacionam intimamente para explicar a dinâmica da divisão da competência.

Assim, num Estado Democrático de Direito, garantista por natureza, as regras de competência devem incluir não apenas o conceito de jurisdição como exercício de poder, mas também o acesso a justiça como exercício de direito (poder) do povo.

O acesso à justiça funciona tanto como um direito individual, quanto como um direito social, coletivo – daí porque falar-se na impossibilidade de utilização da supremacia do interesse público primária como fonte de inconstitucionalidade da regra de competência, visto que esta mesma deve se preocupar em garantir um direito que é também essencialmente de interesse coletivo.

Esse acesso à justiça se confunde com o próprio direito de ação, que é explicado por diversas teorias ao longo da história do Direito. À guisa de informação, é preciso constatar que o direito de ação já foi confundido com o próprio direito material, passando, posteriormente, para a divisão entre *actio*¹⁸ e *Klagerecht*¹⁹.

Ainda, o direito de ação também caminhou pela percepção de direito de agir em abstrato, após firmada a cisão entre o direito de agir e o direito material, sustentado por alguns autores como Plósz²⁰, Degenkolb²¹, Lodovico Mortara²² e Wach²³.

¹⁸ *Actio* é a denominação peculiar ao direito romano que foi preservada por países como Alemanha, Itália e França, conceito que não percebia qualquer distinção entre o direito material discutido na ação e o próprio direito de ação como um direito apartado, processualmente considerado.

¹⁹ *Klage* ou *Klagerecht*, conhecida pelo estudo de Bernhard Windscheid, de título “A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno”, é a cisão entre o direito de ação e o direito material, própria do ordenamento alemão. Para este autor, a *actio* era direcionada ao demandado, enquanto a *Klage* seria direcionada ao Estado, traduzida como um direito de queixa.

²⁰ **PLÓSZ**, Sándor. *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880.

²¹ **DEGENKOLB**, Heinrich. *Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen*, 1877.

Até alcançar a teoria das condições da ação, de Liebman, o direito de ação percorreu um longo caminho, passando por diversos entendimentos que refletiam o momento histórico e cultural em que eram produzidos.

Atualmente, o direito de ação encontra-se completamente desvinculado do direito material discutido, tendo critérios e exigências próprias, mas seu estudo não perpassou apenas por teorias que discutiam sua natureza.

O direito de ação como meio de acesso à justiça também enfrentou modificações que acompanharam o *status* político do mundo. À época do Estado liberal, tratava-se apenas de um “direito formal de propor uma ação”, segundo Marinoni²⁴.

Com as mudanças sociais e as novas demandas da coletividade, o Estado meramente liberal já não mais servia para satisfazer o contexto político, sendo necessário um novo fôlego para o Estado, que veio com a implantação do Estado social.

Mais do que um direito de petição, o direito de ação restou dotado de conteúdo no Estado social, não focando apenas na proteção do direito material discutido, mas na tutela de “circunstâncias sociais”, nas palavras de Marinoni:

“O direito de ação passou a enfrentar um novo questionamento não apenas porque se percebeu que o exercício da ação poderia ser comprometido por obstáculos sociais e econômicos, mas também porque se tomou consciência de que os direitos voltados a garantir uma nova forma de sociedade, identificados nas Constituições modernas, apenas poderiam ser concretizados se garantido um real – e não um ilusório – acesso à justiça”²⁵

²² **MORTARA**, Lodovico. Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile, 1923.

²³ **WACH**, Adolf. Handbuch des detuschen Zivilprozessrechts, 1885.

²⁴ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 187.

²⁵ **MARINONI**, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 188-189.

Assim sendo, o acesso à justiça através do direito de petição ganhou uma nova faceta, uma nova função, mais socializada, de modo que deve cumprir a essência da Constituição e não apenas revelar o direito de agir, de submeter uma demanda ao Estado.

Nesse viés, ao submeter uma demanda ao Estado, tem-se que existem regras procedimentais que devem ser observadas, como a competência. Entretanto, dado que esse conjunto de regras precisa realizar o sentido do acesso à justiça como princípio constitucional, então não se trata apenas de uma organização do poder judiciário.

Como se disse, a competência é um conceito que responde a dois senhores: deve cumprir tanto o sentido de jurisdição quanto de acesso à justiça. Na realidade, deve funcionar de acordo com a teoria da integridade de Ronald Dworkin.

Diz Dworkin que a interpretação da norma deve ser integrada como se todo o ordenamento fosse um só texto coeso e conexo, formulado por “um único autor – a comunidade personificada”²⁶. Dessa forma, não haveria condições de um conflito significativo entre as normas (regras e princípios).

O conflito teria uma solução simples: a norma que se adequa ao sentido da Constituição e íntegra em relação aos seus pares sobrevive em relação à sua concorrente. É um método infalível, pois uma vez percebido o teor do ordenamento, basta adequar as normas àquilo que garante a Constituição.

Por exemplo, se uma das garantias é o acesso à justiça e existem duas regras de competência, uma que possibilita o exercício do direito de ação em qualquer comarca e outra que limita o direito de ação às comarcas “a”, “b” e “c”; então irá prevalecer a regra de competência que privilegia a facilitação do acesso com o exercício em qualquer comarca.

²⁶ **DWORKIN**, Ronald. O Império do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 270.

É desse modo que o acesso à justiça e a jurisdição devem funcionar. São como dois ingredientes que devem ser submetidos ao funil da integridade, para que o resultado seja o alcance da maior efetividade do sentido constitucional.

A cereja do bolo, nessa receita, é conseguir administrar o conceito de jurisdição de modo que não se desorganize a divisão do poder judiciário com o conceito de acesso à justiça, de modo que não seja suplantado esse direito.

Para administrar essas duas exigências constitucionais é preciso observar, em primeiro ponto, se não há qualquer contrassenso entre as duas: inexistindo conflito entre jurisdição e acesso à justiça, então a mesma regra pode garantir efetividade e máximo aproveitamento de ambos os ditames.

Nesse sentido, é necessário repisar que assim como interesses coletivos e privados não se combatem diretamente, tampouco jurisdição e acesso à justiça o fazem. É que da mesma forma que os interesses antes informados se ‘autofagiam’, também os princípios se comportam dessa forma.

Já ficou clara que a relação entre jurisdição e acesso à justiça é intrincada, porém não se pode dizer que sejam conceitos díspares ou mesmo contrários: é que a submissão de litígios à tutela do poder público é uma forma de garantia do acesso à justiça realizado pela própria Administração.

Trata-se de uma modalidade (não é a única, vale frisar, uma vez que também valem como métodos de acesso à justiça a arbitragem, a mediação, a conciliação; enfim, meios não convencionais de resolução de conflitos) clássica que garante aos administrados um resultado útil e justo através de um procedimento equânime – o objetivo mesmo do acesso à justiça.

“Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”²⁷ para que assim consiga cumprir a meta do acesso à justiça.

²⁷ **CAPPELLETTI**, Mauro; **GARTH**, Bryant. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 08.

Efetivamente, não se trata de conceito de fácil definição, tendo em vista que o próprio entendimento do que seja justiça já traz consigo uma reflexão filosófica profunda e infundável.

O que é justiça varia temporal e espacialmente, devendo ser consideradas as peculiaridades da situação prática na qual se impõe a reflexão do conceito de justiça.

Na realidade, tudo que envolve o estudo do Direito como matéria nascida da relação humana interpessoal e intrapessoal, deve ser avaliado pela ótica do espaço-tempo em que se situam os conceitos, mutáveis que são.

Não é diferente, portanto, com a justiça; muito menos o é com o conceito de acesso à justiça. Entretanto, tomando como verdade que se tem uma constituição garantista em vigor, é possível dizer que o sentido de acesso à justiça é, no mínimo, possibilitar o acesso igualitário a um resultado justo de determinado litígio, sempre pautado nos princípios constitucionais.

Não é demais repisar que o Estado social trouxe fortes influências para o acesso à justiça e para a jurisdição (além de outros institutos jurídicos), de modo que acessar a justiça por meio da jurisdição é afirmar um Estado Democrático de Direito que garanta e satisfaça os direitos fundamentais dispostos na Carta Maior.

Como lei principal e fundamento do Estado, a Constituição é a matriz, a raiz de todos os princípios, garantias, normas e regras. Não é possível existir no ordenamento jurídico sem ter como referência a própria Constituição.

Por isso mesmo é que a visualização da conexão entre o acesso à justiça e a jurisdição deve ser feita através da Constituição, sob pena de ser inválida qualquer conclusão a respeito dos dois princípios referidos.

Dessa forma é que o acesso à justiça deixa de ser mera representação do direito de petição e passa a ser uma necessidade de prestação jurisdicional efetiva – a jurisdição, então, não serve apenas para organizar e distribuir territorialmente o poder, mas para realizar o acesso à justiça.

Assim, vê-se que inexistente qualquer conflito entre os princípios. Pelo contrário, os conceitos se completam, os sentidos convergem para uma única finalidade de alcançar o que é justo por meio da garantia dos direitos fundamentais e do que é justo para aquele momento social.

Nesse sentido é que arremata Bedaque:

“Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torna-lo équo, correto, justo”²⁸

A garantia, então, não pode ser apenas formal, mas sim todos os princípios e ditames devem convergir para a efetividade do acesso, buscando a proteção de qualquer direito sem restrições econômicas, sociais, culturais, etc.

Informa Jorge de Oliveira Vargas que:

“O acesso à Justiça tanto pode ser formal como material ou efetivo. É meramente formal aquele que simplesmente possibilita a entrada em juízo do pedido formulado pela parte. Isto não basta. É importante garantir o início e o fim do processo, em tempo satisfatório, razoável, de tal maneira que a demora não sufoque o direito ou a expectativa do direito. O acesso à justiça tem que ser efetivo. Por efetivo entenda-se aquele que é eficaz.”²⁹

²⁸ **BEDAQUE**, José Roberto dos Santos; Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, p.71.

²⁹ **VARGAS**, Jorge de Oliveira. Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 12.

A proteção, portanto, deve ser material, dos direitos submetidos à tutela, sem perder de vista o uso da jurisdição como forma de alcançar mesmo essa proteção. Dessa forma é que a administração da justiça não deve ser um entrave para a consecução do acesso à justiça.

No entanto, sabe-se que nenhum princípio é absoluto, muito menos é o acesso à justiça superior a qualquer outro princípio. Nesse sentido, as regras de competência não podem servir como um mecanismo de garantia de acesso ao custo da desorganização ou da falha na administração do poder de tutela do Estado.

Por isso mesmo é que se faz preciso aprofundar a análise da questão para entender até que ponto ao acesso à justiça pode fundamentar uma regra de competência tal qual aquela contida no art. 52 do CPC, sem conflitar com a organização judiciária e também com os demais importantes princípios constitucionais – separação de poderes, pacto federativo, etc.

Vale repisar, nesse ponto, que se houver conflito entre as normas, lançando mão da teoria da integridade, a regra que não se adequa aos princípios balanceados não deve permanecer no ordenamento jurídico, sendo imperiosa sua inconstitucionalidade.

3.1 ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO PREMISSAS A SEREM OBSERVADAS PELA REGRA DE COMPETÊNCIA ESCULPIDA NO ART. 52 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dado que o conceito de jurisdição revela a repartição organizada do poder de tutela do Estado entre os entes federativos, na forma geográfica adotada pela Constituição, a administração da justiça é um peso importante a ser equilibrado na balança da constitucionalidade (ou não) do art. 52 do CPC.

Como se disse, o acesso à justiça e a jurisdição, em princípio, não revelam qualquer conflito, mas sim se entrelaçam no sentido de buscar o melhor atendimento das garantias constitucionais através do processo.

Submeter uma demanda ao Estado, portanto, não apenas é exercer direito de ação, mas também é mobilizar o acesso à justiça e a jurisdição.

Nesse viés, é importante perceber que a administração da justiça está incluída no conceito de jurisdição e deve ser observada pelo princípio do acesso à justiça. Portanto, é bem verdade que a administração da justiça deve ser um facilitador do acesso à justiça, bem como este não pode ser um entrave para aquele.

A dinâmica entre ambos deve ser harmônica; mas, para se chegar à tal harmonia, é preciso detalhar o que se compreende por administração da justiça.

Trata-se de tema que vem sendo pouco explorado no estudo do Direito, embora tenha papel importante em outros países, é ainda um campo embrionário no cenário nacional.

Em Santiago, no Chile, criou-se o Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA), em 1999, promovido por instituições que fazem parte do sistema interamericano. O centro nasceu com o sentido de organizar as constantes reformas judiciais, principalmente no que diz respeito ao acesso, gestão, justiça criminal e governo.

Seus objetivos consistem em estudar os sistemas de justiça vigente nos países membros e associados e desenvolver planos acerca da discussão sobre as Reformas Judiciais; além de favorecer a troca de informações e experiências entre os países, e gerar e difundir mecanismos que qualifiquem essas informações sobre justiça.

O órgão se compromete a debater não apenas a questão orçamentária e estrutural dos sistemas judiciários, mas também a trazer pontos relativos à reforma da justiça civil e penal, avaliando o papel de cada participante dos

processos peculiares a cada área, além de discutir acerca de outros meios de resolução de conflitos.

O Brasil, inclusive, é país membro do CEJA, tendo uma atuação também pioneira no território nacional por parte do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que promove estudos sobre o tema da administração da justiça, com congressos e trabalhos de pesquisa.

Assim é que, como tema pouco debatido, a administração da justiça tem seu papel ofuscado por outros temas, criando uma falsa impressão acerca de sua importância. Entretanto, como informa Vladimir Passos de Freitas:

“Nos anos 2000 as coisas começaram a mudar, a partir de congressos realizados pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em Brasília. O último deles foi em 2005.

Hoje há uma consciência geral e todos se empenham no aprimoramento dos serviços judiciários. O CNJ dá uma importante contribuição, instituindo programas como o Conciliar é Legal e promovendo pesquisas como a Justiça em Números. Os tribunais internalizam boas práticas. A Escola Superior da Magistratura da Ajuris (RS) criou um Centro de Pesquisa “Judiciário, Justiça e Sociedade”. Em Mato Grosso, o TJ, o TRT, a Justiça Federal e outros órgãos do Judiciário ou a ele ligados criaram um grupo de estudos, destinado a aperfeiçoar o sistema judicial. ...

O TRF da 4ª Região tem longa tradição na área. Vários presidentes da Corte Regional, a partir de Gilson Dipp, hoje ministro do Superior Tribunal de Justiça, em 1995, preocuparam-se em dar-lhe mais efetividade. Somaram-se as ações nas gestões de Ellen Northfleet, Fábio Rosa e Teori Zavaski, todos empenhados, cada um no seu estilo.”³⁰

Nesse ínterim, é possível dizer que o tema da administração da justiça compreende vários aspectos importantes ao funcionamento do judiciário, dentre eles: o controle externo do próprio Poder Judiciário pela população, de

³⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. Atualidade e futuro da Administração do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=282>>. Acesso em agosto de 2017.

forma participativa; o controle de qualidade do Judiciário, o que veio a ser concretizado em 2004 com a criação do Conselho Nacional de Justiça.

Ainda, há que se falar na especialização da justiça, para atendimento específico das causas submetidas; planejamento no âmbito da administração judiciária como um processo contínuo e sistemático, sempre em evolução; e, finalmente, a produção de dados estatísticos, o que hoje reverbera com a produção do “Justiça em Números” do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

Todos esses aspectos fazem parte do que hoje se entende por administração da justiça, demonstrando que o papel do Poder Judiciário vai muito além da mera subsunção do fato à norma, mas perpassa pela própria organização do órgão, que servirá até mesmo de meio para atender às demandas principiológicas da Constituição.

Inclusive, ilustra Mônica Medeiros no seguinte sentido:

“Os problemas relativos à administração judicial podem ser analisados sob dois enfoques: o primeiro, de natureza interna, aponta para questões tais como: morosidade, pouca racionalidade na organização do trabalho, prioridades discutíveis na alocação de recursos, resistência a inovações, excesso de recursos processuais das decisões dos juízes e poucos investimentos na formação e atualização de magistrados e servidores. O segundo, de natureza externa, está relacionado especialmente à falta de políticas públicas sérias de investimentos, ao volume insuficiente de recursos orçamentários, ao quantitativo de juízes e servidores, às pressões governamentais, à chamada ‘inflação legislativa’, caracterizada por uma grande produção de leis, de modo desordenado e assistemático.”³¹

Nesse sentido também aponta Vicente Junior:

³¹ **MEDEIROS**, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. Inovações na Administração e Funcionamento da Justiça Federal – um novo juiz para um novo Poder. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/715>. Acesso em julho de 2017.

“... contemporaneamente, percebe-se que o sucesso da jurisdição não corresponde, apenas, ao avanço da técnica processual, mas, sobretudo, à operacionalização do poder jurisdicional, via mecanismos de gestão administrativa. [...] A jurisdição, exercitada pelo processo, hoje é desafiada a produzir resultados, atendendo às expectativas quanto à qualidade e à duração razoável do processo. A tutela jurisdicional não é mais pensada como aquela que apenas produz decisões, que declara direitos ou que diz quem tem razão. A declaração de direitos hoje não basta. Ninguém almeja sentenças. Almeja-se, pela jurisdição, a consecução de resultados, a obtenção do bem da vida que corresponde ao direito material. Para atender a essa perspectiva presente, é necessário inovar o pensamento, incluindo um novo paradigma: a ciência processual, ao desvelar as normas processuais, orientando a conduta dos sujeitos do processo, deve considerar a realidade da gestão judiciária.”³²

É elementar a percepção considerada pelo autor, que alia tanto a questão de técnica jurídica quanto a organização do judiciário para alcançar a maior efetividade da prestação do serviço.

Nesse sentido, e tendo como dado que a administração da justiça consiste num profundo debate acerca de como se encontra moldado o sistema judiciário, tem-se que as regras de competência devem açambarcar todos esses princípios.

Tanto a facilitação do acesso à justiça, sobre o qual muito já se disse, quanto a próprio administração devem ser homenageadas pelas regras de competência. E isso porque, para buscar o máximo aproveitamento da norma, é preciso que haja garantia de que as pessoas acederão à uma Justiça célere, organizada e pautada na melhor prestação jurisdicional.

Essa melhor prestação jurisdicional, portanto, compreende não apenas a aplicação da lei e da técnica processual, mas também a adequação do sistema as necessidades dos jurisdicionados. Nesse sentido, identificada, por exemplo,

³² **JUNIOR**, Vicente de Paula Ataíde. Processo e Administração da Justiça: Novos Caminhos da Ciência Processual. In: FREITAS, Vladimir Passos de; KÄSSMAYER, Karin (Coords.). Revista IBRAJUS 1 – Poder Judiciário e Administração da Justiça. Curitiba: Juruá, 2008, p. 111.

a necessidade de maior rapidez na prestação da resposta jurisdicional, é preciso ponderar diversos fatores para alcançar esse resultado.

Na situação trazida pelo art. 52 do CPC, tem-se que a regra de competência tenta estabelecer uma facilitação do acesso à justiça ao promover a opção do autor da demanda de processar o Estado em seu domicílio, ainda que este seja em local diferente da localização do réu.

Bem certo dizer-se que, nesse caso, embora se esteja criando um mecanismo para auxiliar o acesso à justiça, também se está gerando um entrave para readequar o sistema atual (da organização do Poder Judiciário) a fim de pôr em prática a determinação legal.

Se, por um lado, o jurisdicionado tem mais uma opção de jurisdição para acionar o Estado, por outro lado, o Estado terá que administrar seus recursos para dar andamento regular ao processo.

Não é o momento para debater, pelo menos ainda, as questões principiológicas que envolvem a inconstitucionalidade (ou não) do artigo (como o pacto federativo e a separação de poderes), mas é imperioso analisar se existem condições administrativas para a aplicação dessa regra.

Em resumo, no que diz respeito à facilitação do acesso à justiça, a regra esculpida no art. 52 do CPC cumpre seu papel satisfatoriamente, ao prever norma de competência que traz um leque de opções para que o jurisdicionado acesse o Judiciário por todos os meios que lhe favoreçam.

Entretanto, algumas questões práticas se colocam no caminho da aplicação da regra: a defesa do Estado; o próprio julgamento e a execução de uma possível condenação, são exemplos destes problemas.

Inclusive, quanto a este tema, o Governo do Estado do Rio de Janeiro em conjunto com a Procuradoria Geral deste Estado apresentou ao Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade para questionar o art. 52 do CPC, tombada sob o n.º 5492, protocolada em 01/04/2016.

A demanda, na qual interveio como *amicus curiae* o Estado da Bahia e sua respectiva Procuradoria Geral, questiona pontos específicos atinentes a própria administração da justiça, para revelar suposta inconstitucionalidade da norma objeto da ação.

Dentre estes pontos, foram relevados: a) o contraditório prejudicado em razão da necessidade de defesa da Fazenda Pública em todas as unidades federativas do país; b) a ofensa ao federalismo em razão da celeuma causada com a distribuição do exercício do poder; c) ofensa à autorganização da justiça estadual, que perderia seu significado ante a nova regra; d) convalidação do abuso de direito no processo.

Analisando os argumentos suscitados na ação direta de inconstitucionalidade – ADIN, é possível notar que todos se coadunam com a tese de que se trata de uma regra de competência inconstitucional porque ofende o sistema estabelecido de administração da justiça.

Como se disse, é bem verdade que a administração da justiça é um fator relevante para a consecução do próprio acesso à justiça. Entretanto, apenas isso não basta para invalidar a regra em comento; por isso, é preciso avaliar detidamente cada fundamento trazido na ADIN.

3.1.1 Princípio do contraditório e ampla defesa em face da regra de competência do art. 52: mais uma questão para a administração da justiça

Como fundamento da ADIN proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, tem-se que a regra de competência do art. 52 seria inconstitucional em razão da ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa, por forçar a Fazenda Pública a se defender em todas as unidades federativas do país.

Efetivamente, os princípios alhures informados são fundamentais para o devido processo legal e para alcançar a máxima efetividade do procedimento. É

também evidente que tais princípios constituem o direito de defesa da parte, que jamais poderá ser tolhido, sob pena de se incorrer num processo autoritário e não democrático.

É sabido, ainda, que contraditório e ampla defesa, embora sempre citados em conjunto, não se confundem; sendo que a ampla defesa garante o direito de apresentação das alegações e das provas que fundamentam as teses aventadas³³.

Já o contraditório é princípio que traduz o direito à informação dos fatos e atos dentro do processo e o direito à reação, a manifestação em face das informações contidas no processo³⁴.

Tratam-se de princípios que democratizaram o processo ao exigirem a participação efetiva das partes. Sendo assim, em razão de uma regra de competência, nem a Fazenda Pública e nem o jurisdicionado podem deixar de atuar no procedimento.

Ocorre que, se para a Fazenda Pública não atuar no processo significa perder a efetividade do contraditório e da ampla defesa, para o jurisdicionado significa perder isso e também a própria garantia de acesso à justiça.

O art. 52 não tem por objetivo impedir que qualquer das partes (Estado e jurisdicionado) retem impedidos de participar dos atos processuais, mas tenta antes sopesar qual das partes tem maior facilidade e menos impedimentos para participarem ativamente da demanda.

O que se quer dizer é: se o jurisdicionado for obrigado, pela regra de competência, a propor ações apenas na sede administrativa do réu (o Estado), não fica garantida a facilitação do seu acesso à justiça, vez que para ele será muito mais custoso e desgastante.

³³ **NERY JÚNIOR**, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248-249.

³⁴ **CABRAL**, Antônio do Passo. Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

Por outro lado, para o Estado defender-se em outras unidades da federação não se mostra tão complexo; isso porque as procuradorias das unidades podem criar soluções em conjunto para atuarem amplamente sem qualquer prejuízo.

A isso se atribui o estudo da administração da justiça, a criação de soluções que possam dar vida às normas esculpidas nas leis. Uma dessas soluções, por exemplo, são os processos eletrônicos, que possibilitam a participação com facilidade e de qualquer lugar.

Outra solução possível para os casos em que a Fazenda Pública tenha que realizar atos processuais em outras unidades da federação é a realização de convênios entre os órgãos de defesa dos Estados, que possam intercambiar informações entre si.

A mudança do regime de organização judiciária não pode ofender regras consolidadas na Constituição (mesmo por muitas se tratarem de cláusulas pétreas), entretanto, também não é possível sua estabilização apenas em prol de uma prerrogativa a apriorística do Estado que não existe.

Não há regra expressa que defina absolutamente que é uma prerrogativa do Estado que este se defenda em seu próprio território. Por outro lado, o estudo da administração da justiça permite que se criem soluções para adequar a norma à realidade.

Assim, antes de suplantar a norma alegando impedimento de defesa, é preciso repensar o sistema. Isso é importante para a garantia de um processo democrático e que efetivamente favoreça o jurisdicionado.

Um dos objetivos do processo é que as partes discutam em juízo em paridade de armas, ou seja, que estejam em pé de igualdade no que diz respeito às suas condições processuais. Não é possível que a Fazenda Pública seja beneficiada com uma regra implícita de foro compulsório, enquanto o jurisdicionado não o seja.

Não há fundamento lógico para que se favoreça um ente (o Estado) que já tem, por si só, força processual. A própria natureza de pessoa jurídica de direito público já confere ao Estado um status quo superior ao do jurisdicionado.

A prerrogativa processual de foro que se quer ver implicitamente concedida com a invalidação da norma do art. 52 do CPC gera um desequilíbrio injustificado no processo, mesmo porque convalidar norma que obrigue o jurisdicionado a promover ação apenas no território do Estado pode gerar uma influência deste na conclusão do processo.

A possibilidade de aproximação da Fazenda Pública com o órgão julgador da demanda é muito maior quando a mesma está tramitando no próprio foro local, sem interferência de outro juízo. Dessa forma, o Estado tem plenas condições de interferir na decisão por esse meio.

Por outro lado, a demanda proposta em face do Estado em outro foro, de outra unidade federativa, impede que o mesmo possa influenciar ou ter qualquer privilégio ilegal concedido pelo Poder Judiciário.

Assim, a questão do contraditório e da ampla defesa suscitadas são resolvidas pela ótica da administração da justiça, que deve propor e trazer soluções para a efetiva participação processual pelo Estado.

O que não é possível é atribuir à este argumento a qualidade de desabonador da regra de competência, uma vez que para o Estado não é impossível (duvida-se, até, que seja difícil) defender-se em outro foro, que não o do seu território, tendo em vista a facilidade do processo eletrônico, dos convênios entre procuradorias e até mesmo do deslocamento de capital humano para outros foros para a participação em audiências.

Existem, enfim, inúmeras soluções para a questão da participação do Estado no processo, que não estará relegada ao esquecimento com a regra de competência. Entretanto, é preciso reconhecer que essa regra privilegia a paridade de armas e a facilitação do acesso à justiça, ao garantir mais uma possibilidade ao jurisdicionado.

Assim, a inconstitucionalidade do art. 52 não fica evidenciada pela suposta impossibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do Estado suscitada na ADIN, sendo que já se viu um leque de soluções (trazidas pela administração da justiça) para a questão.

Por outro lado, é importante destacar que se a regra fosse proibitiva da propositura de demanda no foro do domicílio do autor, não se vislumbra solução para a afronta ao princípio do acesso à justiça e da igualdade processual.

3.1.2 Pacto federativo, federalismo e separação de poderes rompidos por uma regra de competência

A forma de organização federativa adotada pelo Estado e o princípio da separação de poderes são cláusulas pétreas contidas na Constituição Federal³⁵, que não podem ser alteradas sequer pelo processo de emenda constitucional, mas apenas com a promulgação (ou outorga) de nova carta constitucional.

Tal informação é essencial para o trabalho, uma vez que demonstra a importância das bases que foram adotadas pelo Estado através da Constituição, que servem mesmo para entender a essência da Carta Magna e das normas ali contidas.

Com isso quer-se dizer que o Brasil tem uma constituição democrática, que optou pela forma de organização que pudesse conceder a maior autonomia aos entes federativos, ainda que estes sejam, em último nível, regidos pela União.

³⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Diz-se que não há hierarquia evidente entre os Estados, Municípios e a União, já que o objetivo da organização do estado sempre foi no sentido de atribuir autonomia e preservar as peculiaridades de cada região do país, mesmo por sua importância cultural e histórica.

Ainda, diz também que a separação de poderes revela a necessidade de atribuir funções específicas a cada órgão do poder do estado, diferenciando cada braço forte deste, que ao mesmo tempo se controlam e se complementam.

Vê-se, portanto, a elementaridade de ambos os princípios constitucionais: a federação, modelo de estado adotado para consecução de uma democracia de direito, e a própria separação de poderes, a fim de que o próprio estado detenha o monopólio do exercício dos poderes e entre si se controlem.

Porém, a impossibilidade de alteração da forma de Estado e da necessidade de separação de poderes dentro da Constituição de 88 não quer dizer a imutabilidade do sistema de competência, jurisdição ou mesmo repartição dos poderes.

O que jamais pode ser alterado é a essência desses princípios, entretanto, a forma como se dá o sistema na prática pode ser alterado de acordo com os interesses e as necessidades daquele momento. É o que ensina André Elali:

“Assim, é possível pela norma vigente uma reformulação de competências, permitindo-se, por exemplo, a criação de um imposto sobre o consumo, de competência da União e em substituição ao IPI, ao ICMS e ao ISS, tendo-se por destinação compulsória a repartição de receitas com os Estados, Distrito Federal e Municípios de forma a se manter a atual ordem de receitas. Com tal destinação compulsória, manter-se-ia o nível de recursos necessários para a estruturação das entidades federativas.”³⁶

³⁶ ELIALI, André. O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 63.

E sendo que a essência da federação e da separação de poderes não pode ser alterada, é preciso conhecê-las, para compreender os limites de uma inovação legal neste âmbito. O Estado Federal, como forma de organização do estado, imprime suas características principalmente na divisão dos poderes, influenciando diretamente na forma de aplicação do princípio da separação de poderes.

Assim leciona Dalmo Dallari:

“Nas classificações tradicionais, os Estados são considerados *unitários* quando têm um poder central que é a cúpula e o núcleo do poder político. E são *federais* quando conjugam vários centros de poder político autônomo.”³⁷

Entretanto, não é apenas a descentralização do poder que caracteriza uma federação. Os Estados Federados nasceram em 1787, com a constituição dos Estados Unidos da América, primeiro estado a adotar a forma federalista do qual se tem notícia.

Nesse sentido, a história do surgimento desse modelo de Estado explica muito sobre seu sentido. Em 1776, os Estados Unidos da América (EUA) eram apenas colônias britânicas reunidas num mesmo espaço geográfico. Ao lutarem por sua independência, se uniram com um objetivo em comum, nesse período, após muitas conferências e reuniões entre os Estados.

Nesse momento, os EUA eram ainda uma reunião de entes confederados e não uma federação propriamente dita. Apenas em 1781 foram assinados os “Artigos da Confederação”, em que os Estados norte-americanos se uniram de forma permanente e irrevogável.

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 251.

Dessa forma, estabeleceram características muito peculiares ao sistema federativo, como a perda de condição de Estado soberano dos entes federados, a constitucionalização da federação, a impossibilidade de retirada de um dos entes e a autorganização dos entes através da distribuição de competências.

Assim, a opção federativa de estado cria um Estado unitário e soberano, representante dos demais, que pode ser tido como a União no caso brasileiro, sendo que os demais entes federados resguardam sua autonomia apenas internamente, não sendo considerados soberanos em relação à União.

Ademais, não há direito de secessão, os entes não podem, por nenhum meio, se retirarem da organização federativa, sendo, portanto, irrevogável o modelo; apenas revogável no caso de uma nova constituição, que é a única forma, único meio de formalizar a federação.

Finalmente, a regra que impera no modelo federativo é da “distribuição de competências, sem hierarquia”³⁸, ainda que, atualmente, exista a possibilidade de atribuição de competências ditas concorrentes, nas quais tanto a União quanto os entes federados podem informar suas regras.

Embora críticas possam ser tecidas em relação ao modelo proposto, certo é que se trata do modelo de Estado mais democrático dentre os conhecidos pelo estudo da ciência política, de modo que restou sendo aquele adotado pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido, e ressaltando que no modelo federativo as competências são equânimes entre as partes que o compõem, é preciso correlacionar o modelo de Estado ao sistema de separação de poderes. Por essa razão mesmo é que se disse da importância acerca da história da criação do modelo federativo: é que uma das inspirações dos constituintes dos EUA, como informa Dallari:

³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. cit., p. 255.

“Fortemente influenciados por MONTESQUIEU, os constituintes norte-americanos acreditavam fervorosamente no princípio da separação de poderes, orientando-se por ele para a composição do governo da federação. Elaborou-se, então, o sistema chamado *freios e contrapesos*, com os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si”³⁹

Dessa forma, é preciso ainda avaliar o que é a separação de poderes e sua íntima relação com o modelo federativo de Estado – para entender como ambos os conceitos, essenciais para a Constituição brasileira, poderiam ter sido rompidos pela regra de competência instituída pelo Código de Processo Civil.

Ao escrever “De L’Esprit des Lois”⁴⁰, o objetivo de Montesquieu era traçar um novo parâmetro para o poder político de modo que este não se concentrasse numa única figura, que pudesse se tornar um tirano.

Com a experiência das monarquias e de estados totalitaristas, que não respeitavam as liberdades e os direitos individuais, o autor da separação dos poderes trouxe um mecanismo de distribuição das mais importantes tarefas concernentes ao Estado.

Outros estudiosos antes do próprio Montesquieu já faziam referência à necessidade de divisão das funções do Estado e do perigo que poderia representar a concentração de poder numa figura única, como versavam Aristóteles⁴¹ e Locke⁴².

³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. cit., p. 254.

⁴⁰ MONTESQUIEU. De L’Esprit des Lois. Livro XI, cap. VI.

⁴¹ ARISTÓTELES. A Política. Livro III, cap. XI.

⁴² LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. XII, XIII e XIV.

Entretanto, apenas em Montesquieu é que há uma esquematização da separação entre os poderes legislativo, judiciário e executivo (muito embora Locke apresente claras nuances dessa organização), com harmonia e independência entre si.

A ideia, em suma, era estabelecer um sistema no qual o poder não fosse concentrado em uma figura e que pudessem ser controlados entre si, sem açambarcar funções tão importantes apenas em um braço do Estado.

E é exatamente isso que os três poderes representam: muito embora não desfaçam o caráter unitário do poder do Estado, são braços que carregam determinadas funções deste, de forma exclusiva e que contem suas forças entre si.

Dessa forma, é evidente que o relacionamento entre o princípio da separação de poderes e o estado federativo remonta desde o nascimento deste último: não há teoria mais útil ao objetivo do modelo federativo de Estado.

Tratando-se de um modelo que propõe uma determinada autonomia para os entes que compõem o Estado, mas com soberania e unicidade focadas no poder central (que é a União), há efetiva necessidade de um sistema de freios e contrapesos, que possa controlar o exercício das funções do Estado, a fim de que não se torne uma tirania ou se desloquem os poderes para os entes e fique esquecida a mínima centralização na figura da União.

A reunião dos entes federados num objetivo comum ressalta justamente a necessidade de comunhão dos pontos convergentes com o respeito às peculiaridades de cada local, assim, os entes federados se reúnem sob o manto da federação para constituir um só Estado soberano que irá guiá-los até esse objetivo, resguardando seu próprio poder de autoadministração dentro das necessidades de cada local.

Dessa forma, a separação de poderes vem como um complemento ao Estado federado, para compartimentar as funções deste Estado (descentralizar para evitar qualquer tipo de abuso) e suas atividades. É bem certo que, ainda que

seja possível distinguir a atividade de cada um dos três poderes, não se trata de uma regra absoluta.

Quer dizer, cada um dos poderes pode interferir e tomar para si, temporariamente, a função do outro. É o caso dos julgamentos realizados pelo Poder Legislativo e das regras internas (regimentos) formulados pelo Poder Judiciário, além de outros exemplos.

Essa interferência não retira a qualidade de repartição dos três poderes, sendo algo natural e aceitável, que definitivamente não indica ruptura da separação. Por outro lado, a própria separação dos poderes e as características do Estado federado impõem que as competências de cada ente e da própria União sejam previamente estabelecidas.

Dessa forma, fica a cargo da Constituição estabelecer, ainda que de forma genérica, quais serão os assuntos a serem tratados pela União ou pelos entes federados, seja com exclusividade ou de forma concorrente. No caso da constituição brasileira, em vigor atualmente, tem-se que a competência para legislar acerca de matéria que diz respeito à jurisdição é privativa da União, conforme o art. 22, I, XVII⁴³ da CFRB/88.

Entretanto, o art. 24, XI⁴⁴, também da Constituição estipula que os demais entes federados legislarão de forma concorrente com a União acerca dos procedimentos em matéria processual. Veja-se que não se trata de uma contradição do texto constitucional, mas sim de imputação de responsabilidades distintas.

No primeiro caso, a União é chamada a legislar sobre direito processual, de forma bem mais abrangente, enquanto que aos demais entes resta apenas a

⁴³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

⁴⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual;

concorrência acerca das definições de procedimentos. Trata-se de uma adequação da norma geral às realidades de cada ente federado.

Assim, se a União, por via de lei federal, estabelece que, no que diz respeito à norma processual, a competência para julgar e processar determinada causa será estabelecida de determinado modo, essa regra não pode ser alterada pelos entes federados, mas apenas adequada à sua realidade, sem mitigar a essência do instituto.

Sendo assim, a regra de competência esculpida no art. 52 do CPC, mormente no que diz respeito a proposição de demanda em local distinto do ente federado em face do qual fora proposta a ação, não ofende a repartição de competências (funções) trazidas pela Constituição.

Existe, portanto, a regra geral que estabelece a possibilidade de proposição da demanda em local distinto, sendo que aos entes federados resta regulamentar os procedimentos mais adequados a sua realidade para alcançar o que diz a norma geral.

Por outro lado, no que tange ao pacto federativo, à soberania da União e autorganização dos entes federados, deve-se esclarecer que a regra contida no art. 52 também não ofende e nem impossibilita a consecução de qualquer desses institutos.

É preciso repisar que os entes federados não são dotados de soberania e nem têm autonomia plena para se regerem sozinhos. O que ocorre é uma autonomia para a organização, apenas para que sejam resguardadas as peculiaridades de cada local.

A essência da federação, nesse sentido, sensível ao caso brasileiro, diz respeito à necessidade de adequação das normas gerais da União aos particulares de cada ente. Não é possível e nem desejável estabelecer uma regra específica, de qualquer matéria, para locais tão diferentes entre si, sob pena de que a própria regra não tenha qualquer efetividade.

Isso não significa que os chamados Estados tenham total autonomia sobre si mesmos, pelo contrário, a necessidade de observância à União sempre há de imperar.

No entanto, matérias administrativas, legislativas, que sejam por demasiado específicas devem ser discutidas levadas em consideração as peculiaridades de cada região do país, o que não é possível no âmbito federal.

É um equívoco imaginar que uma norma processual de competência não possa ser aplicável sob pena de se macular o pacto federativo, é desconhecimento do que significa o sentido de federação. Não se trata de um conjunto de vários entes autômatos, que seguem seus próprios parâmetros.

Por isso mesmo, por haver necessidade de um núcleo coeso (representado pela União) é que determinadas regras gerais podem sim serem estabelecidas sem qualquer ofensa à autonomia dos Estados.

Neste caso, os poderes permanecem separados entre si e os Estados permanecem autônomos, organizando-se da maneira que mais aprover a comunidade. Dado que o processo é o mecanismo pelo qual o Estado exerce sua jurisdição e que resguarda uma relação de direito processual e que procedimento é o rito pelo qual se desenvolve o processo⁴⁵, então a competência é uma regra de processo.

E isso porque não se preocupa em estabelecer o rito, mas sim as regras do próprio processo, da relação de direito processual do Estado, como julgador, com seus jurisdicionados. Nesse sentido, a regra de competência do art. 52 só poderia mesmo ser esculpida por via de lei federal, que vincula os demais entes federados.

Assim, não há ofensa à sua autodeterminação política, mas sim uma necessidade de ajuste da administração local para atender a determinação superior. A intenção da norma não é de desprestigiar o pacto federativo, tão

⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 30.

caro ao sistema brasileiro, mesmo porque estabelecer um leque de competências não é retirar a autodeterminação dos Estados.

Os Estados continuarão gozando de seus poderes constituintes decorrentes, livres para determinar sua forma de organização judiciária, legislativa e administrativa, sem interferência direta da União. Quando se fala em foro competente distinto do local do ente federado não se objetiva retirar dele sua autodeterminação, mas sim possibilitar o acesso à justiça dos jurisdicionados.

O fato é que, efetivamente, com essa regra, um ente federado será julgado pelo poder judiciário de outro ente federado. No entanto, a separação de poderes resta mantida, uma vez que não há interferência de um poder sobre o outro, mas apenas o exercício do próprio poder de jurisdição.

Por outro lado, também não há nisso qualquer implicação ao sentido de federação: se assim o fosse, então o Superior Tribunal de Justiça não poderia julgar os conflitos interfederativos (entre entes da federação), como versa o art. 105 da CFRB/88⁴⁶, uma vez que não faz parte diretamente do corpo judiciário dos entes federados.

Isso sob pena de caracterizar severa influência na autodeterminação dos Estados. Ora, se é possível que os Estados-membros tenham conflitos entre si e os resolvam em instância externa em relação ao seu próprio poder judiciário, então não há influência negativa na autodeterminação desses Estados-membros em litigarem, novamente, em uma instância externa no sentido da regra do art. 52.

Não há, portanto, desequilíbrio causado à federação e nem conflito federativo quando se trata da definição de competência trazida como inovação pelo art. 52 do CPC, uma vez que tal não afetará a ordem interna das constituições de cada Estado, exigindo apenas que os mesmos se organizem no sentido de efetivarem sua participação processual em face da norma.

⁴⁶ **Art. 105.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...) g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União

É preciso observar que não há, no caso, um conflito federativo, que ofenda o pacto federativo, mas a regra pode ensejar um conflito entre entes da federação no que diz respeito ao desfavorecimento do ente que está sendo julgado por interesses do ente julgador.

Não é que tal situação revele a inconstitucionalidade da norma, mesmo porque a instituição da federação permanece intacta ainda nessas condições, já que a autodeterminação do Estado-membro julgado não será afetada se este for eventualmente condenado por outro Estado-membro.

A isso equivale dizer que o Estado permanecerá com suas definições internas, apenas com uma obrigação judicial a cumprir em face de um jurisdicionado – assim como se este estivesse sendo condenado em qualquer aspecto pelo seu próprio poder judiciário.

O que pode acontecer, nessas situações, é a impossibilidade de execução da norma, para evitar uma disputa entre os Estados – que os julgadores de um Estado tentem privilegiar seus interesses locais em detrimento de uma decisão justa.

Ocorre que esse questionamento feito por alguns é de fácil resolução: o juiz, em qualquer instância, tem o dever de fundamentar suas decisões e o dever de ser imparcial. Dessa forma, ainda que humanamente o julgador tenha envolvimento com os interesses locais, todo ato que demandar sua participação deve ser fundamentado e exarado pela via da imparcialidade.

É evidente que situações contrárias ao universo ideal acima descrito podem acontecer, e para isso mesmo que existem os mecanismos recursais, e de denúncia, para que tais situações sejam controladas e resolvidas.

Assim, não há razão para que a norma contida no art. 52 do CPC seja considerada inconstitucional por ofender o pacto federativo e a separação de poderes, não causando desequilíbrio nesse sentido e nem gerando conflito federativo, mas sim podendo gerar um conflito entre entes federados, que pode ser resolvido se levarmos em consideração os demais princípios e o sentido do sistema constitucionalmente estabelecido.

3.1.3 Autorganização da justiça estadual: as normas de direito local e gestão dos precatórios confrontadas com a regra de competência do art. 52

Novamente, o tema da autorganização e gestão administrativa dos Estados é pauta para enfrentar a constitucionalidade do art. 52 do CPC, sendo frequentemente alegada a impossibilidade de organização dos entes federados quando julgados por outro ente.

Já resta claro que não há conflito entre entes da federação que possa se tornar um conflito federativo em razão da norma, isso porque esses conflitos são meramente administrativistas, facilmente resolvidos se forem adotados os demais princípios constitucionais e infraconstitucionais.

A isso equivale dizer que qualquer decisão negativa respaldada em interesses pessoais do julgador deve ser confrontada e extirpada do sistema jurídico, seja em razão da regra de competência em comento ou não.

Dessa forma, é impossível que a regra de competência do art. 52 seja capaz de atingir a autonomia que cada Estado detém, vez que sua intenção não é a de ditar como os Estados deverão se comportar ou quais soluções para efetividade da norma deverão adotar, mas sim que devem privilegiar o acesso à justiça em detrimento de uma suposta prerrogativa da Administração Pública, o que já era há muito exigido pela própria Constituição Federal, como já se observou.

Mais especificadamente, é preciso observar que os argumentos suscitados para alegar a inconstitucionalidade da norma são apenas um escudo para a verdadeira face do debate: trata-se de uma discussão que está se preocupando mais com a posição dos Estados e com as dificuldades de uma possível alteração no sistema de defesa, do que propriamente uma preocupação com os dispositivos constitucionais que possam ser ofendidos.

Em suma, não se trata de uma regra interessante para os Estados, pois que estes deverão mobilizar forças para discutir seu sistema de administração da justiça e trazer soluções peculiares a suas realidades.

Ocorre que tais conflitos e problemáticas suscitadas acerca do tema têm respostas contundentes que podem ser buscadas na própria Constituição e nos institutos jurídicos que já hoje se conhecem, sendo mais um trabalho de inteligência do sistema judiciário.

Nesse sentido, trazer a necessidade das normas de direito local e a gestão de precatórios como óbice à efetividade da norma de competência também não se sustentam.

No que diz respeito às normas de direito local, tem-se que efetivamente não é obrigação do julgador de um Estado-membro conhecer as disposições locais de outro Estado-membro, assim como tal não pode ser exigido de instâncias judiciais superiores, tais como os Tribunais de Justiça e as Cortes Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Entretanto, a própria legislação processual federal imputa à parte a obrigação de apresentar a lei local utilizada por si, se assim o determinar o juízo, conforme entendimento do art. 376 do CPC⁴⁷.

Trata-se de um artigo que foge à regra da prova, que se constitui acerca das alegações fáticas que compõem a discussão judicial. No que diz respeito às alegações de direito, em regra, não é exigida prova da alegação, uma vez que *à priori* supõe-se o conhecimento do julgador acerca das normas.

Prevalece, portanto, o princípio da *iura novit curia*, no qual a lei não deve ser provada ao juízo, tendo em vista que se pressupõe seu conhecimento sobre a mesma. Porém, sabe-se que se trata de mera suposição, não absoluta, que comporta exceções, a teor do artigo de lei acima mencionado.

⁴⁷ Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

Dessa sorte, ao afirmar que a norma do art. 52 do CPC trará a inviabilização da aplicação da regra de competência em razão do desconhecimento do juízo do domicílio do autor acerca das normas locais do ente federado que for réu, apenas se tem uma argumentação vazia.

Isso porque, se por um lado o juízo tem a obrigação de conhecimento da lei de acordo com o princípio da *iura novit curia*, por outro lado pode informar seu desconhecimento e solicitar que a parte apresente prova da lei local – juntados aos autos cópias das leis locais, decretos, portarias, etc.

Ademais, no que tange à gestão dos precatórios de cada ente federado em caso de condenação do mesmo por outro Estado, é preciso entender o sistema em questão. Informa o Conselho Nacional de Justiça que:

“Precatórios são requisições de pagamento expedidas pelo Judiciário para cobrar de municípios, estados ou da União, assim como de autarquias e fundações, o pagamento de valores devidos após condenação judicial definitiva. Segundo o último levantamento feito pelo CNJ, os três entes públicos acumulavam em junho de 2014 uma dívida de R\$ 97,3 bilhões em precatórios emitidos pelas Justiças estadual, federal e trabalhista.

As principais regras para pagamento de precatórios estão na Constituição Federal, que foi alterada em 2009 para permitir mais flexibilidade de pagamento. Além de mudanças no regime geral (Artigo 100), o novo regime especial (Artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) autorizou que entes devedores parcelassem a dívida e permitiu a renegociação de valores por meio de acordos com credores.”⁴⁸

Assim, é possível observar que cuida-se de um sistema com gestão flexível, que serve ao adimplemento das condenações transitadas em julgado e que desfavorecem o Estado constituindo obrigações de pagamento.

⁴⁸ Conselho Nacional de Justiça. **O que são os precatórios?** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77269-o-que-sao-os-precatorios>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

Nesse sentido, cada ente da federação tem seu próprio sistema de ordem de pagamentos, com uma organização específica. Assim, se o juízo federal de determinado Estado condena a União ao pagamento de um determinado valor em favor de um jurisdicionado, haverá uma ordem de pagamento que entrará no que se conhece por fila de precatórios.

Assim, o jurisdicionado do caso acima deverá aguardar sua oportunidade na respectiva fila de precatórios para receber o valor respectivo da condenação. Pois bem. No caso em que a regra do art. 52 do CPC seja aplicada, e um determinado processo seja julgado por um ente da federação, condenando um outro Estado-membro ao pagamento de valor, a mesma lógica deve ser aplicada.

Veja-se que quando a Justiça Federal de determinado Estado condena a União, não há qualquer celeuma: a ordem de pagamento entrará na fila respectiva de organização da União e não do Estado que condenou este ente.

Na situação trazida pela regra do art. 52 também não deve haver espaço para qualquer confusão: a gestão dos precatórios será a mesma, regida pelas regras do Estado-membro que for condenado a pagar, evidentemente.

Assim, a gestão dos precatórios não fica negativamente influenciada pela regra de competência e sequer inviabilizada. Ainda, há que ressaltar que se houver necessidade de flexibilização do sistema em comento, é possível lançar mão dos estudos de administração da justiça para encontrar soluções, como já ocorreu com a alteração da Constituição nesse sentido.

3.1.4 Abuso de direito no processo

Finalmente, a ADIN proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, em consonância com o entendimento exposto por outros doutrinadores, informa que há uma

inconstitucionalidade na norma do art. 52 do CPC que decorre da possibilidade de abuso de direito no processo.

É que na situação de opção pelo foro de propositura da demanda, o autor da ação poderia burlar as regras de precedentes vinculantes. Assim, se houver um precedente favorável ao autor no Estado de seu domicílio, ali será sua opção.

Ao contrário, se houver precedente favorável no local do próprio Estado (foro do domicílio do réu), então essa será sua opção de competência. É válido inicialmente ponderar que a regra de competência no CPC/73, já revogado, era genérica e se pautava conforme a situação e não em relação à pessoa.

Dessa forma, não havia regra específica para os casos em que a pessoa do réu fosse a Fazenda Pública, mas sim regras que diziam respeito às circunstâncias do caso (anulação de títulos; lugar do ato ou fato; domicílio do alimentando, dentre outras).

Versavam os antigos arts. 94 e 100 do CPC/73 que:

“Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.”

“Art. 100. É competente o foro:

II – do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

III – do domicílio do devedor, para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos;

IV – do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica;

b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu;

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;

V – do lugar do ato ou fato:

a) para a ação de reparação do dano;

Parágrafo único. Nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato.”

Evidenciado, portanto, que a burla a que se refere a constatação de abuso do direito no processo poderia também ocorrer nos casos da competência estabelecida pelo CPC revogado, que não foi objeto de questionamento acerca da sua constitucionalidade por essa razão em específico.

Por outro lado, é certo que a figura do abuso de direito deve ser coibida, como informa Fábio Milman, ao destacar a necessidade de um *fair play* processual:

“Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o fair play. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e aos julgadores e seus auxiliares.”
49

A previsão da necessidade de boa-fé e lealdade processual já implicam na existência de limites para o exercício dos atos processuais, ainda que permitidos pela lei, limites estes que são definidos pela vedação ao abuso de direito, que pode ser aplicável também ao processo, mas não apenas. Assim informa Eduardo Ferreira Jordão:

"Afirmar o acolhimento, por um ordenamento jurídico específico, do princípio da boa-fé, é afirmar que, a partir da interpretação de seus dispositivos, pode-se haurir a valorização

⁴⁹ MILMAN, Fábio. Improbidade processual. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33.

das condutas de boa-fé, em detrimento das condutas opostas. Por via de consequência, afirmar o seu não acolhimento é defender que de nenhuma forma se pode extrair deste ordenamento a desvalorização das condutas maliciosas. Não se trata de hipótese teoricamente impossível, mas tampouco se trata de hipótese razoável. Abstraídas as ilações *ad absurdum*, dissemos e repetimos que nunca houve qualquer ordenamento que não acolhesse o princípio da boa-fé. Por esta razão, nunca houve um ordenamento no qual os atos abusivos fossem atos lícitos."⁵⁰ (JORDÃO, 2006:105)

Pautando-se principalmente pelo princípio da boa-fé é possível observar que a aplicação desse princípio implica na limitação do exercício de posições jurídicas; que ainda que estejam na esfera de direitos da parte, não podem ser exprimidas no processo de modo a desequilibrar a relação processual.

Se tutelam, assim, não apenas os abusos consistentes no exercício de direitos processuais que não assistem à parte, mas também o exercício de direitos que assistem à parte e que estão sendo utilizados para finalidades contrárias à essência da norma.

Assim, se perfaz obrigatório que as partes atuem no processo com lealdade e boa-fé a fim de que o próprio processo possa atingir sua destinação com efetividade. Nesse sentido, se valer de norma de competência para burlar regras locais ou mesmo para predestinar o julgamento da ação é, efetivamente, contradizer as normas de boa-fé e lealdade.

A parte estaria, portanto, se utilizando de norma que permite a livre escolha do foro para se favorecer, se valendo de direito processual que o assiste com o fito de burlar a imprevisibilidade do julgamento.

De todas as argumentações trazidas para se contrapor a norma do art. 52 e suscitar sua inconstitucionalidade, esta é a mais severa. Isso porque abusar de um direito processual para auferir vantagem com um julgamento é grave e pode gerar inconsistências nas relações processuais.

⁵⁰ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Repensando a Teoria do Abuso de Direito. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 105.

Tal situação afeta inclusive a segurança jurídica, vez que os litigantes contumazes podem se aproveitar da norma para satisfazer seus interesses pessoais, desrespeitando a essência da regra.

Entretanto, para se decretar a inconstitucionalidade de uma norma é fundamental que se identifique: a) qual sua incongruência diante do sistema estabelecido pela Constituição; b) se há incongruência, será ela total ou parcial, de modo que alguma parte da regra possa sobreviver (inconstitucionalidade parcial); c) se esse conflito entre norma e Constituição não pode, de forma alguma, ser resolvido de acordo com os próprios princípios constitucionais e demais regras infraconstitucionais.

No caso em estudo, a regra do art. 52 do CPC se confrontaria com a Constituição de acordo com fundamentos que não estavam sendo analisados à luz dos demais princípios como solução da sua interpretação. Viu-se que para cada questionamento levantado há uma resposta constitucional.

Por outro lado, viu-se também que a norma em relevo homenageia um importante princípio da Constituição: do acesso à justiça. Tal norma trouxe um aspecto a privilegiar o jurisdicionado, pareando as armas entre as partes do processo e possibilitando que todos os cidadãos possam, efetivamente, aceder aos órgãos de justiça dentro de suas possibilidades.

É muito mais custoso e desgastante para o jurisdicionado processar um Estado-membro sendo que sua residência é em outro Estado-membro, principalmente se considerando a magnitude e amplitude do território nacional, além da precariedade dos transportes; do que o seria para o Estado-membro participar de um processo do qual é réu em outro Estado-membro.

De outra banda, é possível observar também que se alguma inconstitucionalidade há, ela não invalidará toda a norma contida no art. 52, mas apenas a parte que se refere a propositura da ação no foro do domicílio do autor, nas ações em face da Fazenda Pública.

Ainda, é preciso repisar que todos os conflitos propostos entre a norma e os valores constitucionais vem sendo resolvidos pela própria Constituição,

demonstrando que se trata mais de uma aversão à readequação dos sistemas de justiça do que efetivamente de uma inconstitucionalidade.

Assim é que é preciso apontar uma possível solução para o caso da suposta inconstitucionalidade da norma do art. 52 do CPC em razão do abuso de direito no processo com o estudo do instituto do *forum non conveniens*.

Entretanto, antes, é preciso que se diga que não é pretensão deste trabalho exaurir o tema e nem colocar uma pá de cal na discussão da inconstitucionalidade da norma, mas apenas abrir as portas para o debate acerca da necessidade de encontrar soluções pautadas na juridicidade, dentro do entendimento explanado por Gustavo Binbenbojm:

A crise da lei hoje é um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo estrutural, a crise da lei se confunde com a crise da representação (...). Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade.⁵¹

A sociedade exige, hodiernamente, uma resposta mais complexa e mais elucidativa. Não basta trazer para a discussão a lei e demais enunciados legais, tal não basta para qualquer discussão; é preciso analisar a historicidade e o processo de democratização dos direitos contidos na lei – ou seu retrocesso face ao ordenamento jurídico.

É justamente esse o ponto que se assoma contrária à consideração apriorística da inconstitucionalidade da norma de competência do art. 52 do CPC; a regra representa um avanço em relação às garantias individuais e ao acesso à justiça, em contraponto às injustificadas prerrogativas da Fazenda Pública.

⁵¹ **BINENBOJM**, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 125.

4 CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 52. ANÁLISE DA JURIDICIDADE DA NORMA E SUA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Asseverar a ilegalidade ou inconstitucionalidade de uma norma é execrá-la do sistema jurídico constitucionalmente estabelecido para que ali não mais permaneça e nem produza qualquer efeito na realidade prática.

Assim, trata-se de uma medida drástica, que requer fundamentação no sentido de demonstrar a incompatibilidade da norma com todo o sistema constitucional, ou seja, seria uma norma claramente afrontosa a Constituição e sua essência.

As teorias jurídicas e da filosofia do Direito vem se pautando na necessidade de identificar o sentido de todo o ordenamento e não na análise individualizada das regras que diuturnamente são impostas aos jurisdicionados.

Dessa forma, tanto a Teoria da Integridade de Ronald Dworkin quanto o conceito de juridicidade de Gustavo Binebojm demonstram que a avaliação de uma norma requer um aprofundamento no sentido da Constituição.

Se por um lado a norma deve se adequar ao sistema estabelecido pela Constituição e neste se integrar sem qualquer incongruência, por outro lado a constatação da ilegalidade deve ser avaliada um passo além, um passo além inclusive da própria inconstitucionalidade.

Logo, a norma contida no art. 52 do CPC não demonstra qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade em face do ordenamento jurídico pátrio. Isso porque veio para homenagear o princípio do acesso à justiça, oferecendo um caminho de facilitação para aqueles jurisdicionados que não dispõem de meios para aceder ao juízo por conta de sua residência.

Ora, imagine-se que um cidadão deseje perquirir seus direitos em face de determinado Estado-membro, a exemplo do Estado da Bahia, mas atualmente reside no Estado do Acre. O custo para acompanhamento do processo, o

desgaste, as limitações pela própria localização geográfica de ambos os Estados, tudo representará um óbice para esse cidadão.

Em contrapartida, na mesma situação acima descrita, para o Estado da Bahia se perfaz muito mais simples a participação e defesa no processo. Isso porque existem servidores à disposição, os custos com deslocamentos serão inferiores em relação ao poder financeiro do ente, enfim, os óbices serão, praticamente, inexistentes se comparados com a situação do jurisdicionado.

Por outro lado, a regra da competência que inova no sistema jurídico apenas será acionada quando o fato disser respeito ao ente federado processado. Veja-se: se a regra de competência é o foro do domicílio do autor, então deve-se levar em consideração que o réu sempre será uma pessoa jurídica de direito público que tem direta relação com a situação narrada nos autos.

Nesse sentido, o Estado ou Distrito Federal que seja réu na ação deverá se submeter às seguintes opções do autor: a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor; no de ocorrência do ato ou fato; no de situação da coisa discutida ou na capital do réu.

Não há qualquer problema identificado na ação proposta na capital do réu, Estado-membro, pelo que não resta o que se discutir quanto a esse particular. No que respeita ao local de ocorrência do ato ou fato tem-se que estes só serão produzidos pelo Estado em seu próprio território, de modo que a escolha dessa opção jamais ensejará a demanda em outro Estado.

De igual modo, o foro de situação da coisa discutida só pode ser no território do próprio Estado réu, vez que este não pode ser proprietário de bens em outros territórios, outros Estados.

Assim, nos casos em que o autor optar pelo seu próprio domicílio, o estará fazendo para sua própria comodidade, por razões estritamente práticas. Em todas as demais hipóteses ou opções previstas no art. 52 não há condições do autor eleger seu próprio domicílio, a não ser que domicílio e outra circunstância se comuniquem.

Explica-se: sendo o domicílio do autor seja o local da coisa ou do ato/fato, com o qual se relaciona o Estado processado, não há qualquer vício de constitucionalidade na norma que possibilita a eleição de foro do domicílio.

Logo, a problemática reside exclusivamente na escolha do domicílio como opção primordial do autor, o que faz com que, *à priori*, a norma não seja totalmente inconstitucional. Ademais, a julgar por todo o estudo que vem sendo delineado, é injusto dizer que se trate de uma norma ilegal ou inconstitucional.

Isso porque não se identifica qualquer ofensa à Constituição e nem nenhum rompimento com os parâmetros elegidos pela Carta Magna para o funcionamento do sistema de Estado; de modo que é uma norma que pode vir a integrar o sistema jurídico sem qualquer conflito.

Há apenas que se realizar adequações no modelo de administração da justiça para possibilitar a consecução da norma: existem soluções constitucionais para os problemas apontados na efetivação da regra de competência, de modo que a Constituição deve ser sempre usada como resposta.

Não há, *prima facie*, uma justificativa para as prerrogativas da Administração Pública e suas representações judiciais que não inclua a própria garantia dos direitos individuais, de modo que o acesso à justiça deve ser objeto do próprio interesse coletivo, uma vez que constitucionalmente garantido.

Assim, até mesmo a norma de competência deve observar tais garantias, de maneira primordial. E se assim o é, então é preciso adequar a aplicação da referida regra de competência às exigências da prática processual.

Dessa sorte, dentro do leque de possibilidades estabelecido no art. 52 do CPC, faz-se necessário enfrentar a questão dos foros concorrentes e *forum shopping*, como método de solução da sua aplicação. Os foros concorrentes se estabelecem quando existem, como no caso, várias opções para a parte demandar.

Dentro desse cenário, o autor que se enquadrar na previsão do art. 52 do CPC irá eleger um dos foros previstos para propor sua ação, o que é conhecido

como *forum shopping*. Trata-se, claramente, de direito potestativo da parte autora, sob o qual suas razões de escolha permanecem misteriosas.

Quer dizer, tendo o legislador oferecido essa possibilidade de escolha ao autor, não cabe questionar sua motivação para tanto. Entretanto, nessa área cinzenta que permeia a opção do autor pelo foro de propositura da ação, deve ser considerada a figura do abuso de direito, como já referido, no sentido de que possa o autor burlar as demais normas ao exercer o direito de eleição de foro, privilegiando seus interesses em detrimento de um julgamento justo e imparcial.

Portanto, “essa escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso de direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé”⁵². Assim é que é preciso avaliar se a dicção do art. 52 do CPC trata-se de um foro concorrente *shopping* que resvala no abuso de direito e corrompe a boa-fé, ou se o próprio instituto do *forum non conveniens* pode ser a solução para tal situação.

4.1 NOÇÕES PRELIMINARES. FORUM SHOPPING E FORUM NON CONVENIENS: A LIBERDADE DE ESCOLHA OFERTADA PELO LEGISLADOR QUANDO BALIZADA PELOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS SE APLICARIA AO CASO DE FOROS CONCORRENTES NACIONAIS APENAS COMO ANALOGIA

Decerto que em tratando-se de foros concorrentes, ou seja, de múltiplas opções de escolhas para propositura da ação, há inquestionável liberdade da parte para propor a ação. Não há que se falar, a princípio, nos motivos que levaram a parte autora a optar naquele sentido.

⁵² DIDIER, Fredie Junior. Curso de Direito Processual Civil. 14ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 142-143.

Cuida-se, portanto, de uma garantia de liberalidade dada pelo legislador infraconstitucional, como se observa no caso do art. 52 do CPC. A previsão é de que, quando demandando em face de órgão administrativo de ente federativo, o autor possa escolher dentre quatro foros.

O domicílio do autor, o local de ocorrência do ato ou fato que ensejou a demanda, o local de situação da coisa discutida no processo ou a capital do ente federado que é réu são as opções listadas pela lei e demonstram que, evidentemente, trata-se de foros concorrentes.

É direito potestativo da parte, sua liberalidade. É, em suma, situação em que a parte irá escolher o foro que lhe convém, que melhor se adequa às suas perspectivas de vitória no processo. Não há qualquer abuso ou inadequação nessa conduta, trata-se de uma estratégia, apenas.

Nesse ponto, é preciso esclarecer que a utilização do termo *forum shopping* tem suas origens na análise de litígios essencialmente transnacionais, nos quais a parte tanto poderia escolher a jurisdição nacional quanto outra, internacional, ou uma combinação de ambas, assim aplicado no Reino Unido. Por outro lado, o termo tornou-se largamente utilizado nos Estados Unidos em casos de lides estabelecidas precipuamente em jurisdição interna.

Nas Cortes norte-americanas, portanto, o termo revela um caráter de conflito de competência interno e não internacional, como em sua origem, conforme explica Solano de Camargo em sua dissertação de mestrado.

Ocorre que a doutrina nacional, acompanhada da jurisprudência, vem equivocadamente aplicando o termo e a teoria em comento para os casos em que há opção de escolha entre foros diversos. Entretanto, não há aí um problema de jurisdição, mas apenas de competência.

É que o *forum shopping* é uma tese que sustenta o conflito entre jurisdições e não entre competências, como demonstra sua origem. Apesar da primeira utilização do instituto ter se dado em 1952, nos Estados Unidos, ainda hoje existem percalços no entendimento do seu significado.

A jurisdição é um poder unitário, divisível apenas para satisfazer a organização judiciária dentro de um Estado-nação. Assim é que surgem as competências, parcelas da jurisdição que se dividem no mesmo território nacional, para organizar o próprio poder.

Quando se tem foros concorrentes nacionais, portanto, se tem um conflito interno de competência, ou seja, o julgamento estará sob uma mesma égide constitucional e de poder jurisdicional; ao contrário, quando o conflito é internacional, se trata de um conflito de jurisdição, porquanto estão em contraponto duas égides distintas, dois poderes (ou mais) distintos.

Explica Solano de Camargo:

*“Forum shopping foi a nomenclatura utilizada pelos juristas do common law para definir a escolha, dentre várias jurisdições passíveis de serem exercitadas, como sendo aquela de preferência do demandante, levando-se em conta as mais diversas premissas. [...] o tema da escolha da jurisdição mais favorável e as questões que o circundam tem sido debatido há várias décadas no exterior, muitas vezes de maneira eloquente, não tendo merecido o mesmo tratamento pela doutrina brasileira, carecendo de uma sistematização.”*⁵³

Segue afirmando o autor que uma evidente confusão entre os conceitos de jurisdição e competência estaria ensejando uma incorreta aplicação do instituto do *forum shopping*.

Entretanto, com a devida *venia*, é possível tomar emprestado os conceitos e teorias trabalhados no direito privado internacional, a fim de exercitar sua aplicação, *mutatis mutandis*, aos casos em que há um conflito apenas de competência e não efetivamente entre jurisdições.

⁵³ CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição?*. 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 20.

É possível, portanto, partindo do pressuposto de que a essência do instituto é a possibilidade de escolha entre foros distintos para propositura da demanda, informar um conflito entre competências com o conceito de *forum shopping*.

Decerto que a aplicação do instituto do *forum shopping* aos casos de competência sempre deverá ser acompanhada de um *mea culpa*, uma vez que a própria criação do conceito se deu para a sistemática do direito internacional, com seus princípios e normas específicos.

Nesse sentido, esclarece Solano de Camargo:

“Há diferenças entre as jurisdições, assim como há entre seus povos, suas economias e suas estruturas estatais. Se nasce um conflito, e há possibilidade de se discutir esse conflito em mais de uma jurisdição, parece natural que se sopesem as possibilidades. Quando uma parte vence uma disputa, isso significa uma perda de poder da outra parte. O poder representa, portanto, um fenômeno relacional, no qual há a chance de impor a própria vontade, mesmo contra oposições.”⁵⁴

Efetivamente, se existem diferenças entre as realidades das jurisdições, é impossível negar que existam dentro da realidade de uma mesma jurisdição, mormente em se tratando de Brasil, país com regiões tão diversas e história tão rica em diferenças.

Dessa forma é que se entende ser possível alugar os conceitos e os institutos próprio do direito internacional para visualizar a possibilidade de escolhas de foros distintos, ainda que dentro de uma mesma jurisdição, como uma espécie de *forum shopping*, trazendo como solução para os conflitos de aplicação da norma de competência do art. 52 o instituto do *forum non conveniens*.

Assim, da mesma forma que ocorre no estudo do direito internacional privado, onde nasceu o instituto, o exercício desse direito de escolha do foro, em toda

⁵⁴ CAMARGO, Solano de. Ob. cit., p. 64.

sua potencialidade, pode vir, eventualmente, ofender princípios estabelecidos na ordem jurídica. Para tanto é que surgiu na Escócia a ideia de *forum non conveniens*. Explica Renato Resende Beneduzi:

“*Forum non conveniens* é uma defesa processual (ora uma exceção, ora uma objeção) mediante a qual se pede a um juiz, competente embora em princípio para julgar a demanda, que se recuse a julgá-la ao fundamento de que existe um outro foro mais apropriado para o seu julgamento”⁵⁵

É preciso destacar, nesse ponto, que de modo diverso do direito internacional, o direito nacional não é dotado de tantas nuances, uma vez que responde à mesma égide constitucional. Sendo assim, as razões que levam a parte a escolher determinado foro fogem à regra do direito internacional, como demonstra Camargo:

“A escolha da jurisdição pode estar relacionada à forma com que aquele sistema jurídico resolve, em tese, o caso concreto que terá, muito provavelmente, elementos estrangeiros.”⁵⁶

Dado que não se tem, no direito nacional, os elementos que distinguem as jurisdições, então a possibilidade de burlar o julgamento pautado pela imparcialidade e pela aleatoriedade do juízo se limita.

Assim, o *forum non conveniens* surge como uma solução prática ao problema da escolha do foro pelo *shopper*: trata-se de uma barreira criada para que o exercício do direito de escolha não transponha o limite e se torne um abuso de

⁵⁵ **BENEDUZI**, Ricardo Resende. Novo CPC Doutrina Seleccionada – Parte Geral. 2ª ed. 2016. Salvador: Editora Juspodivm, p. 799.

⁵⁶ **CAMARGO**, Solano de. Ob. cit., p. 69.

direito, escolhendo a parte um foro não apenas por uma estratégia processual, mas sim para evidentemente se favorecer mais do que o natural e ofender o exercício de direito pela outra parte.

Dessa forma é que é possível adotar o instituto do *forum non conveniens* para realizar um controle em concreto da norma de competência do art. 52 do CPC, como solução para as implicações (negativas) práticas da utilização da regra.

4.2 FORUM SHOPPING E FORUM NON CONVENIENS: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO

Dado que o *forum non conveniens* é uma solução ao abuso de direito da faculdade tida com o *forum shopping*, tipicamente aplicada ao direito internacional, no qual há um conflito de jurisdições, é preciso apontar interessante comentário trazido por Renato Resende Beneduzi:

“Esta a razão pela qual o processo civil brasileiro, tradicionalmente, reconhece ao demandante irrestrita liberdade para, havendo mais de um foro abstratamente competente, escolher livremente perante qual demandará: se o juiz é competente, mesmo que outros potencialmente também o sejam, não se lhe permite a recusa em julgar. [...] A conclusão é coerente com a premissa de que cabe essencialmente à lei, não ao próprio juiz, determinar se ele é competente ou não. Incumbiria ao juiz, em outras palavras, apenas verificar se os parâmetros definidos pelo legislador (e, residualmente, pela vontade das partes) para a definição de sua competência estão presentes no caso concreto. Se estiverem, não teria ele escolha a não ser julgar a demanda.”⁵⁷

Entretanto, é preciso atentar que como se trata de um sistema íntegro e congruente, o ordenamento deve adequar a figura do juiz (que há muito já não

⁵⁷ **BENEDUZI**, Ricardo Resende. Ob. cit., p. 801.

é mais a boca da lei, mas sim uma figura participativa) às necessidades das partes e também da efetivação da essência das normas.

Assim, tendo como postulados a vedação ao abuso de direito e, ao mesmo tempo, a liberdade de escolha das partes conforme concedido pela legislação, é papel do juiz, no processo democrático, ajustar os interesses para que alcancem o ponto de equilíbrio no qual nem a parte irá se exceder no exercício do direito de escolha, passando para o abuso e nem seu direito será tolhido, em face do receio de se recair na figura do abuso.

Dessa forma, o instituto do foro de não conveniência é justamente o limite entre o exercício saudável e o abuso; dando ao juiz e as partes a capacidade de denunciarem situações avessas ao sistema constitucional.

Lançando mão da figura do controle difuso das normas é que o juiz poderia enfrentar a escolha de um foro com a negativa de processamento e julgamento da causa sem incidir na falta de apreciação da justiça, coibida na Constituição.

Acerca do controle de constitucionalidade, tema bastante intrincado e complexo, informa Alexandre de Moraes:

“A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.”⁵⁸

Isso quer dizer que a norma constitucional é hierarquicamente superior a todas as demais, sendo que estas últimas devem observar o sentido da Constituição a fim de que possam integrar o sistema jurídico sem conflitos.

Segue explicando Alexandre de Moraes:

⁵⁸ **MORAES**, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 577.

“Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”⁵⁹

Explica Luís Roberto Barroso que o controle de constitucionalidade pode ser dividido em várias modalidades, de acordo com a natureza do órgão de controle (político ou jurídico), o momento do controle (repressivo ou preventivo) e quanto ao modo (via incidental ou principal) e órgão, sendo difuso ou concentrado.

Acerca do controle difuso, explica Barroso:

“Diz-se que o controle é *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803.”⁶⁰

Já o controle concentrado é justamente a operação invertida: quando apenas um órgão específico tem a finalidade de verificar a constitucionalidade da norma, sendo adotado primeiramente na Constituição da Áustria, em 1920.

No Brasil, são praticados os dois tipos de controle, sendo que o controle concentrado é realizado pelo Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário têm a obrigação de verificar, sempre que possível, a regularidade das normas em face da Constituição. Diz Barroso que:

⁵⁹ **MORAES**, Alexandre. Ob. cit., p. 579.

⁶⁰ **BARROSO**, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 22.

“Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento”⁶¹

Nesse sentido, poderiam os juízes adequar a aplicação da norma de competência do art. 52 do CPC dentro do espectro do que se entende por controle difuso de constitucionalidade? Para elucidar o questionamento, é imperiosa a observação a seguir:

“A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, quer se defenda uma noção procedimental de Constituição — que privilegia a definição das regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos —, quer se opte por um modelo substancialista — no qual certas opções materiais já estariam predefinidas.”⁶²

Nesse sentido, tratando-se de um processo democrático que requer a participação efetiva de todos, inclusive da figura do juiz, e considerando tudo o quanto já dito acerca da necessidade de proteção dos princípios constitucionais e inexistência de prerrogativa apriorística que privilegie a Fazenda Pública em face dos jurisdicionados que não esteja transcrita em lei, é preciso considerar que a própria Constituição traz meios de efetivação da tão criticada norma do art. 52 do CPC.

⁶¹ **BARROSO**, Luís Roberto. Ob. cit., p. 22.

⁶² **BARROSO**, Luís Roberto. Ob. cit., p. 25-26.

Assim, a conexão do instituto do *forum non conveniens* com o controle difuso de constitucionalidade das normas permite que os juízes, nos casos práticos, verifiquem se a mesma está sendo objeto de abuso de direito ou se está efetivamente servindo a premissa do acesso à justiça.

Dessa forma, declarando a parte sua opção por determinado foro e sentindo-se lesada a parte contrária ou mesmo identificado o juízo que há descumprimento de normas constitucionais ao utilizar-se esse método de escolha de foro, é possível que o juízo decline sua competência.

É dizer-se, num caso em que a Fazenda Pública litiga com uma pessoa jurídica de grande porte, com acesso à todos os Estados do Brasil e sedes administrativas em todas essas localidades, por exemplo, é despicienda a eleição do foro de domicílio da parte – mesmo porque aí sim se teria a figura do abuso de direito.

Nesse caso, exemplificativo, é possível que o juízo, atento às necessidades das partes litigantes e também aos preceitos constitucionais, decline sua competência, lançando mão de um contexto argumentativo que vai desde o *forum non conveniens* até o abuso de direito.

Ademais, não há fundamento para se verificar antecipadamente, num controle preventivo de constitucionalidade, extirpando desde já a norma de competência do art. 52 do CPC, sendo mais prudente a sua verificação na concretude dos casos identificados na prática.

Isso porque, além de ser uma norma que traduz efetividade à uma garantia constitucional (de acesso à justiça e liberdade individual) e que distorce o mito da supremacia do interesse público sobre o privado, trata-se de uma norma que não assiste críticas concretas em relação aos princípios constitucionais.

Com isso quer-se dizer: não foram constitucionais as críticas e condenações tecidas à norma, mas sim relativas exclusivamente à sua aplicabilidade prática. A preocupação é, em suma, com o lugar ocupado pela Fazenda Pública e como o sistema deverá ser alterado para se adequar à norma e não com a real inconstitucionalidade da regra.

Como se disse, a inconstitucionalidade se dá quando a norma não compactua com os pressupostos afirmados na Constituição e, no caso da regra de competência em questão, não apenas essa compactua com esses pressupostos como dá efetividade a uma garantia constitucional esquecida, do acesso à justiça.

É importante que o jurisdicionado seja também lembrado e homenageado pelas normas infraconstitucionais, sendo que qualquer prerrogativa para a Fazenda Pública (no sentido processual, principalmente) não deve ser tomada *à priori*, em razão de algum princípio implícito na Carta Magna, mas sim com fundamento no que diz a lei, de forma clara e expressa, sob pena de apresentar risco de abuso do poder.

Dessa forma, não é possível identificar a inconstitucionalidade da norma de competência do art. 52 do CPC, sendo que há solução viável, contida na própria Constituição e no estudo da doutrina, que possibilitam a aplicação da norma e sua aferição na prática, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade e também do instituto do *forum non conveniens*.

5 CONCLUSÃO

Por derradeiro, fica evidenciada neste trabalho a constitucionalidade e necessidade da norma de competência do art. 52 do Código de Processo Civil, com base na sua juridicidade, integridade com o sistema constitucional e nos próprios princípios constitucionais, além de basear-se também na garantia de acesso à justiça.

Vê-se que os problemas que dizem respeito aos princípios constitucionais que poderiam ser afetados pela norma, na verdade, não passam de mero receio da alteração do sistema e organização judiciária vigente; que podem ser solucionados pela própria consulta à Constituição.

Restou verificado que um dos objetivos precípuos da jurisdição não tangencia apenas a divisão do poder do Estado e organização da jurisdição estatal, mas também se relaciona com o princípio do acesso à justiça como forma de garantia constitucional.

Assim, a jurisdição é um poder-dever do Estado e nesse sentido deve observar as garantias cedidas pela Constituição aos seus jurisdicionados, a fim de que o próprio poder seja limitado pelas liberdades individuais, podendo, assim, qualquer abuso de poder por parte do Estado.

As regras de competência, nesse sentido, não devem realizar apenas a organização e subdivisão do poder de jurisdição, mas também se efetivarem como forma de consecução do princípio do acesso à justiça dos jurisdicionados.

Na medida em que são garantidas liberdades individuais, se verifica que o próprio interesse coletivo ou público é um mecanismo que se transmuta ao longo dos anos e do estudo do Direito, deixando de ser uma premissa para a concessão irrestrita de prerrogativas à Administração Pública, para ser mais uma ferramenta em favor do sistema constitucional.

Assim, a supremacia do interesse público sobre o particular em sua forma mais atualizada não representa necessariamente uma supremacia do interesse público aferido aprioristicamente, mas antes inclui o próprio interesse individual como objeto do interesse público.

Isso porque, dado que as liberdades individuais são constitucionalmente garantidas, é do interesse público, como representante do poder e dos objetivos comuns do povo, que o interesse privado seja resguardado, em determinada medida e desde que não conflite com os interesses gerais da população.

As prerrogativas processuais, principalmente no que diz respeito ao foro de propositura de demandas contra o Estado, não representam, portanto, um interesse público primário, digno de primazia sobre o interesse particular; mas sim um interesse público secundário, meramente administrativo.

Dessa feita, tem-se que é latente a constitucionalidade da norma do art. 52 do CPC, mormente em face das atuais soluções para os problemas de gestão que possivelmente venha a acarretar a aplicação dessa regra; ao teor do estudo da administração da justiça.

Por outro lado, conclui-se ainda que se trata uma regra que não ofende a forma federalista e de separação de poderes adotadas pela Constituição como cláusulas pétreas, uma vez que a autodeterminação dos entes federados não traduz sua autonomia absoluta em face da figura do Estado federado, que é o verdadeiro soberano.

Igualmente, como se viu, a organização deverá sofrer algumas mudanças para adequar à aplicação da regra, mas não há qualquer exigência de que os entes federativos abandonem suas peculiaridades em nome da norma de competência, antes que coadunem os dois elementos; a norma e as características particulares de cada ente federativo.

Trata-se, portanto, não da perda de autonomia, mas sim de observação dos comandos da própria Constituição, que vincula todos os entes federados na

medida da soberania do Estado sobre estes, devendo ser obedecida inclusive nas próprias Constituições locais, de cada Estado-membro.

Finalmente, como exemplo de solução para as implicações práticas da regra de competência do art. 52 do CPC, é possível lançar mão do controle de constitucionalidade difuso, com fundamento no instituto de direito internacional privado conhecido como *foum non conveniens*.

Tomando por empréstimo tais conceitos, tem-se que o abuso de direito pode vir a ser um problema futuro para a aplicação da regra, entretanto, que pode ser solucionado se a figura do juiz deixar de ser apática e se tornar participativa dentro dos limites do processo democrático.

Nesse sentido, só é possível concluir pela constitucionalidade da norma identificada preventivamente, diante dos argumentos expostos e diante também da inexistência de ofensa a qualquer ditame constitucional, característica fundamental para decretar a inconstitucionalidade de uma regra.

Assim, trata-se de norma integrável ao ordenamento jurídico, que demonstra a democratização e constitucionalização do processo, cada vez mais latente e necessária, e que homenageia o princípio do acesso à justiça de forma honrosa, colocando em grau de paridade as partes no processo do qual participe o Estado ou o Distrito Federal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. ° 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 06 de agosto de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
BENEDUZI, Ricardo Resende. **Novo CPC Doutrina Seleccionada – Parte Geral**. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo**. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMARGO, Solano de. **Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição?**. 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14^a ed, vol. 1. Salvador: Editora Juspodivm.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELIALI, André. **O Federalismo Fiscal Brasileiro e o Sistema Tributário Nacional**. São Paulo: MP Editora, 2005.

FISS, Owen M. **Pillars of Justice: Lawyers and the Liberal Tradition**. Massachusetts: Harvard University Press, 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Atualidade e futuro da Administração do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=282>>. Acesso em agosto de 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CARMONA, Carlos Alberto. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **Processo e Administração da Justiça: Novos Caminhos da Ciência Processual**. In: FREITAS, Vladimir Passos de; KÄSSMAYER, Karin (Coords.). Revista IBRAJUS 1 – Poder Judiciário e Administração da Justiça. Curitiba: Juruá, 2008.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a Teoria do Abuso de Direito**. Salvador: Juspodivm, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6º ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, vol.1.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. **Inovações na Administração e Funcionamento da Justiça Federal – um novo juiz para um novo Poder**. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/715>. Acesso em julho de 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. atual, São Paulo: Malheiros, 2009.

MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NETO, Durval Carneiro. **Processo, Jurisdição e Ônus da Prova no Direito Administrativo – Um Estudo Crítico Sobre o Dogma da Presunção de Legitimidade**. Salvador: Juspodivm, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do

Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **O princípio da supremacia do interesse público: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação**. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092&revista_caderno=4>. Acesso em: 27 out. 2015.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2004. 2 v.