

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora):

Contexto decisório

1 . Como exposto no relatório, o problema jurídico-constitucional trazido para deliberação versa sobre a validade da Resolução nº 001/1999 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, sobremaneira no que diz respeito à vedação de litisconsorte ativo ulterior (após a distribuição), ou intervenção de terceiros que lhe faça as vezes, tanto em segundo como em primeiro grau. O parâmetro de controle invocado é o art. 22, I, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

2. Segundo a interpretação defendida pelo Procurador-Geral da República, autor da ação, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo não normatizou, na resolução impugnada, sobre procedimento, ou sobre protocolo ou distribuição. Diversamente, disciplinou questão de direito processual, já regulada pelo Código de Processo Civil, a saber, litisconsórcio e intervenção de terceiros. Em essência, não poderia o órgão estadual estabelecer a vedação de ingresso de litisconsorte ou terceiro, tal como feito em relação aos processos de segundo e, por extensão, primeiro grau.

Mais especificamente, a impugnação da constitucionalidade do ato, nos termos da petição inicial, consiste na inconstitucionalidade formal da vedação de litisconsórcio ativo ulterior em ações originárias de competência do tribunal (art. 1.º, *caput* e parágrafo único, da resolução) e em primeira instância (art. 5.º, *caput*, até a expressão “para julgá-los”) e, por outro lado, em inconstitucionalidade por arrastamento das demais previsões, já que possuem caráter acessório às vedações estabelecidas naqueles dispositivos, ainda que possam ser compreendidas como relativas a matéria procedural.

3. As informações inicialmente prestadas pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo dão conta do propósito da edição da resolução, qual seja, fazer frente a um problema prático que se entendia fraudulento e violador do princípio do juiz natural, originalmente em ações repetitivas em matéria tributária. Em essência, a depender do relator a quem eram distribuídas as petições iniciais, havia desistência da ação pela parte autora e subsequente pedido de ingresso, por quem desistiu, como litisconsorte ativo em processo

alheio sobre a mesma questão, na busca de entendimento favorável à sua pretensão.

As notas taquigráficas da sessão de aprovação da resolução, juntadas com a prestação de informações pelo tribunal local, por sua vez, contemplam discussão a respeito da problemática da competência federal vs. competência estadual e a necessidade de se encontrar resposta efetiva para o problema que então se apresentava na justiça estadual.

Ainda, conforme informação prestada pela Presidência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo em 2008, o ato continua vigente. O regimento interno atualmente divulgado no sítio eletrônico do tribunal, com atualização até 21 de outubro de 2020, indica que tal informação segue atual, ao ter a resolução em questão como um de seus anexos.

4. Nesse contexto, nos termos do debate colocado no processo, a questão gira em torno do art. 22, I, da Constituição Federal, que prevê expressa competência legislativa privativa da União.

Deve ser considerada, ao lado do dispositivo constitucional invocado como parâmetro de controle, para a sua interpretação, a previsão do art. 24, XI, CRFB, que estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre “procedimentos em matéria processual”, tendo em conta a argumentação correlata no sentido de que a normatização operada pela resolução impugnada não trata simplesmente de aspectos procedimentais relativos a protocolo ou distribuição.

Ademais, considerando que o ato impugnado emanou do próprio tribunal local, e não do legislativo estadual, reputo que a interpretação do parâmetro invocado deve ter em mente também norma que atribui aos tribunais o poder normativo de regular certas questões em regimento interno, conforme estipula o art. 96, I, a, da Constituição Federal.

Admissibilidade da ação constitucional

5. A presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, que detém legitimidade universal para tanto (art. 103, VI, CRFB), e impugna ato normativo estadual (art. 102, I, a, CRFB).

A linha decisória deste Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da admissão do processo de fiscalização normativa *in abstracto* de

constitucionalidade quando o ato normativo objeto da impugnação reveste-se de coeficiente de normatividade suficientemente apto a qualificá-lo como ato normativo de caráter primário ou autônomo.

Nessa linha, entre outros, os precedentes formados nos seguintes julgamentos: ADI 4874/DF, j. 01/02/2018, DJe 01/02/2019, sob a minha relatoria; ADI 5543/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 11/05/2020, DJe 21/05/2020; ADI 3731-MC/PI, Rel. Min. Cesar Peluso, j. 29/08/2007, DJe 29/08/2007; ADI 2.439/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13/11/2002, DJ 21/02/2003. Ainda, com normas de regimento interno como objeto da ação de controle de constitucionalidade, por exemplo, ADI 6766/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 23/08/2021, DJe 30/08/2021, e ADI 758/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/09/2019, DJe 18/11/2019.

6. Ademais, uma vez ainda vigente o ato impugnado, permanece a utilidade da medida pretendida, não obstante as quase duas décadas já decorridas desde o ajuizamento. Como será registrado abaixo, na apreciação do mérito, de certo modo, o Código de Processo Civil de 1973 (e depois também o de 2015) veio a tratar do problema concreto que levou à edição da resolução da questão, mas reputo que, mesmo assim, permanece viva a questão da constitucionalidade formal do ato impugnado. Tampouco a discussão foi superada pela Lei do Mandado de Segurança de 2009, que inaugurou limitação temporal expressa ao litisconsórcio ativo (art. 10, § 2º), alteração que será também referida abaixo.

Ou seja, a questão formal posta para deliberação não foi prejudicada por subsequentes alterações da legislação processual civil, ainda que substancialmente possa haver certa coincidência, ou que a lei processual tenha passado a contemplar previsão que visava a minorar o cenário de fraude vislumbrado no momento da edição da resolução impugnada.

7. Assim, atendidos os pressupostos formais de admissibilidade, **conheço** da ação direta e passo ao exame do **mérito**.

Inconstitucionalidade formal: afronta à competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CRFB)

8. O cerne do debate está em saber se é possível concluir pela natureza processual da vedação temporal empreendida pela resolução impugnada, no que diz respeito ao litisconsórcio ativo ou intervenção de terceiros que lhe faça as vezes.

Porque a Constituição, no art. 22, I, estabelece que é competência privativa da União legislar sobre “direito processual”, ao mesmo tempo que, no art. 24, XI, dispõe ser competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre “procedimentos em matéria processual”, surge discussão sobre o que seria norma processual e o que seria norma procedimental.

A questão é tormentosa na doutrina, debatendo-se já há muito a distinção entre “processo” e “procedimento”. Conclui-se, até mesmo, pela inutilidade ou inviabilidade de se reconhecer existente real diferença entre os institutos.

Esta Suprema Corte, por sua vez, parece ainda não ter estabelecido critério único de diferenciação para nortear a interpretação dos referidos dispositivos constitucionais e os juízos de constitucionalidades sobre as normas nessa seara.

Não obstante, a linha decisória deste Supremo Tribunal Federal é integrada por diversos precedentes que reconhecem violação do art. 22, I, da Constituição Federal, por atos normativos estaduais, por tratarem de matéria processual.

Assim, por exemplo, já se declarou inconstitucional, por violação da referida norma de competência, **lei estadual** que (i) tratava do **valor da causa** (ADI 2655/MT, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 09/10/2003, DJ 26/03/2004; e ADI 2052/BA, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/04/2005, DJ 18/11/2005); (ii) dispunha sobre **atos do juiz** – no caso, discordância com a apresentação ou não de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo pelo Ministério Público em juizados especiais (ADI 2257/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/04/2005, DJ 26/08/2005); (iii) estabelecia, em ações de investigação de paternidade ou maternidade, definitividade do benefício de **assistência judiciária gratuita e prazo para cumprimento** de decisão de resarcimento de despesas (ADI 3394/AM, Rel. Min. Eros Grau, j. 02/04/2007, DJe 15/08/2008); (iv) conferia prerrogativa a delegado de polícia consistente em escolha de data, hora e local de seu **depoimento em processos ou inquéritos** (ADI 3896/SE, Rel. Min. Cármem Lúcia, j. 04/06/2008, DJe 08/08/2008); (v) fixava **prioridade** de procedimentos sobre as conclusões de comissão parlamentar de inquérito e impunha **deveres ao Ministério Público**, além de sanções (ADI 3041/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10/11/2011, DJe 01/02/2012); (vi) estabelecia regras de **prevalência de juízos diante de conexão, delegação de atos processuais e reunião de órgãos julgadores** (ADI 4414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012, DJe 17/06/2013); (vii) criava

hipótese de **prioridade de tramitação** para causas com mulher vítima de violência doméstica como parte (ADI 3483/MA, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/04/2014, DJe 14/05/2014); (viii) introduzia exigência de **depósito recursal** em juizado especial, a inovar em matéria de admissibilidade de recursos (ADI 4161/AL, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 30/10/2014, DJe 10/02/2015); (ix) definia regras de **competência** de juizados especiais cíveis e criminais (ADI 1807/MT, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/04/2014, DJe 09/02/2015); (x) previa **prerrogativas processuais** a Procuradores de Estado (ADI 5908/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 20/11/2019, DJe 04/12/2019); e (xi) dispunha sobre **depósito judicial** (ADI 2909/RS, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12/05/2010, DJe 11/06/2010; ADI 3125/AM, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12/05/2010, DJe 18/06/2010; e ADI 5099/PR, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 20/04/2020, DJe 19/05/2020).

Também, já se reconheceu a inconstitucionalidade de **regimentos internos** que emanavam preceito sobre **julgamento secreto** de feitos originários (ADI 2970/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 20/04/2006, DJ 12/05/2006) e **maioria absoluta para julgamento de recursos** (HC 74761/DF, Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 11/06/1997, DJ 12/09/1997); assim como a inconstitucionalidade de **medida provisória** que dispunha sobre **honorários advocatícios**, ao tratar de “materialização da regra processual de sucumbência” e ônus das partes (ADI 2736/DF, Rel. Min. Cesar Peluso, j. 08/09/2010, DJe 29/03/2011).

Em outra ponta, por exemplo, esta Suprema Corte já entendeu que estão abrangidas pela competência concorrente, por serem matéria procedural, a **criação de juízo colegiado em primeiro grau** e a **regulação de sistema de protocolo autônomo e distribuição**, e que a **criação de vara especializada** está dentro da competência de definição da organização judiciária (ADI 4414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012, DJe 17/06/2013). Ainda, já considerou, como matéria procedural e de autonomia administrativa, o estabelecimento de **procedimentos administrativos para recebimento de citação** na Advocacia-Geral estadual (ADI 5.773/MG, Red. do acórdão Min. Carmen Lúcia, j. virtual de 26/02/2021 a 05/03/2021, DJe 21/05/2021).

9. No presente caso, cujo problema central é saber se houve violação da competência legislativa privativa da União, mostra-se possível, na esteira dos precedentes acima, reconhecer a natureza processual da vedação ou limite temporal que a resolução impugnada instalou, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, ao regular o litisconsórcio ativo ou formas de intervenção de terceiros que fossem utilizada para o mesmo fim.

Em essência, questões envolvendo quem pode ser parte ou, mais amplamente, quem pode participar do processo, ou quando e de que modo alguém pode fazê-lo, constituem matérias de direito processual, pois dizem respeito a aspectos essenciais do dito “direito de ação”, ou direito à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB), além do direito de defesa e do devido processo (art. 5º, LIV e LV, CRFB). Não são aspectos procedimentais colaterais ou de operacionalidade prática.

O propósito do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, efetivamente, era que restasse expressamente vedado o “ingresso tardio” no polo ativo, sobremaneira à luz de pleitos da espécie que eram feitos após o deferimento de liminar favorável à parte autora.

É o que se pode concluir da leitura dos **considerandos** do ato impugnado:

CONSIDERANDO que os pedidos de ingresso de litisconsortes facultativo ativo em ações de Mandado de Segurança tem sido interpretado de forma diferenciada no seio do Egrégio Tribunal [sic], trazendo incertezas para os postulantes sobre a real expectativa da admissão de suas postulações;

CONSIDERANDO que esta técnica de ampliação do pólo ativo da demanda tem sido utilizada de forma distorcida por litigantes que, conhecedores da posição jurídica do julgador, objetivam ingressar em ação já proposta para beneficiar-se de decisão liminar já prolatada ou até mesmo antes de sua concessão;

CONSIDENRADO que o próprio Superior Tribunal de Justiça asseverou nos ementários 5, 345 e 155 que não se admite o ingresso de litisconsorte facultativo ativo depois da propositura da ação, ou, dependente do caso concreto, no decêndio das informações para evitar ofensa ao princípio da livre distribuição e resguardar postulado do juiz natural;

CONSIDERANDO que a doutrina tem pontificado que o “litisconsórcio ativo, quando facultativo, deve ser formado na petição inicial, quando da propositura da ação, vedado o litisconsórcio ulterior”, e que “proposta a ação, não é mais possível a formação de litisconsórcio ativo” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery - Comentários ao C.P.C. 3ª ed. RT, 1997);

CONSIDERANDO que a propositura da ação se dá, segundo a regra do art. 263, do C.P.C. quando a petição inicial seja despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída onde houver mais de uma vara e que, portanto, a prática de pedido de ingresso de litisconsórcio ativo em Mandado de Segurança de competência originária encontra óbice

não só sob o ponto de vista legal como do ponto de vista constitucional, por afrontar os princípios insculpidos nas garantias individuais e coletivas previstas na C.F./88 (art. 5º, incs. XXXVII, LIII, LIV e LV);

CONSIDERANDO a necessidade de preservar a utilização ética do processo, com vistas à manutenção da credibilidade do Poder Judiciário e preservação dos princípios do juiz natural, livre distribuição da causa, acesso a justiça e isonomia real, e, procurando traçar normas de conteúdo obrigatório e uniformizador, a fim de orientar o Egrégio Tribunal, os jurisdicionados e seus ilustres procuradores, de modo a propiciar a necessária segurança;

CONSIDERANDO que este tem sido o posicionamento expresso pela maioria dos Eminentes Desembargadores integrantes deste Egrégio Tribunal; e, finalmente,

CONSIDERANDO que a matéria relativa à distribuição, por remissão expressa do art. 548 do C.P.C., se insere na esfera de competência de regulamentação administrativa dos tribunais.

As notas taquigráficas da sessão plenária em que adotada a resolução impugnada, contemplam, aliás, discussão sobre possível usurpação da competência federal e, até mesmo, votos no sentido de que, não obstante a eventual competência federal, era necessário adotar alguma medida para resolver o problema prático então identificado (grifei):

(...)

O SR. DESEMBARGADOR OSLY DA SILVA FERREIRA: -
Eminente Presidente.

Eu não desaprovo a Resolução, mas entendo que é matéria de Código de Processo Civil, é matéria de lei federal.

Se existe uma decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que esse pedido de litisconsorte não é permitido, caberá ao Desembargador indeferi-lo.

Entendo que este Egrégio Tribunal não deve estabelecer Resolução no sentido de divergir ou de legislar sobre o Código de Processo Civil.

É como voto.

*

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ EDUARDO GRANDI RIBERIO: -
Eminente Presidente.

Entendo que o Egrégio Tribunal Pleno não pode, em um caso como esse, proceder como avestruz que ante o perigo “coloca a cabeça dentro da terra e ignora o que acontece por cima.”

Todos nós que compomos esta Colenda Corte sabemos o que está havendo esse problema de escolha de Relator [sic], seja em matéria fazendária ou em outra qualquer. Determinados advogados estão distribuindo várias ações e depois entrando com pedidos de litisconsortes naquelas ações nas quais o Relator proferiu uma decisão favorável ao pedido formulado. Essa situação não está acontecendo só no Espírito Santo, mas em todo o Brasil.

Os Tribunais têm tomado providências no sentido de evitar que o litisconsórcio ativo se dê depois da distribuição da ação, justamente para sanar essa fraude. Vejam V.Ex^{as}s que nem o Poder Judiciário é respeitado em matéria de fraude.

Voto favoravelmente a essa Resolução e, ainda mais, faço uma moção no sentido de que o seu teor seja inserido no nosso Regimento Interno, para que amanhã, com o passar do tempo, ela não seja esquecida.

É como voto.

(...)

O SR. DESEMBARGADOR ANTÔNIO MIGUEL FEU ROSA: -

Eminente Presidente, lembro-me muito bem de uma época em que havia as Comarcas de Cariacica, de Vila Velha e da Serra. Um Juiz de Vitória que quisesse mandar citar ou intimar uma parte ou mandar realizar uma diligência de Vitória para Cariacica tinha que mandar expedir uma Carta Precatória.

O Egrégio Tribunal de Justiça, à época, resolver criar o chamado “Comarcão”, ou seja, uma Comarca só para acabar com isso. Foi uma atividade até pioneira em todo o País. Na ocasião foi alegado que era uma atitude ilegal, inconstitucional e antiprocessual, mas acabou dando certo e serviu para moralizar e para melhorar o funcionamento da Justiça. Entendo, também, que nesse caso, o Eminente Desembargador Osly da Silva Ferreira tem carradas de razões, pois seria mais apropriado que essa Resolução fosse regulada através de lei federal, pois, praticamente se trata de uma retificação dentro do Código de Processo Civil. Mas temos que tomar medidas, essa Resolução é muito boa, salutar. Não tenho dúvidas de que essa medida já está sendo acolhida por outros Egrégios Tribunais de Justiça, conforme estou ouvindo dizer, e, tenho certeza, será adotada em todo o País porque é, de fato, importante.

Aprovo a Resolução, data vénia dos que pensam em sentido contrário.

*

O SR. DESEMBARGADOR NORTON DE SOUZA PIMENTA: -

Eminente Presidente, não quero ser o pomo da discórdia, mas observa na apreciação da Resolução o seguinte: o Eminente Desembargador Osly da Silva Ferreira, com muita propriedade, disse que a competência de legislar sobre processo civil é federal; o

Eminente Desembargador Arione Vasconcelos Ribeiro, a despeito de concordar com essa posição, diz que, por ordem prática, acha prudente a edição da Resolução; o Eminente Desembargador Antônio José Miguel Feu Rosa, no mesmo diapasão, diz que a matéria é de competência federal, mas por motivo de ordem prática deve-se adotar a Resolução. Eu penso diferente, até por uma questão de princípio, o da legalidade.

A resolução negará vigência a uma regra insculpida no Código de Processo Civil, que diz respeito ao litisconsórcio facultativo ulterior. Se o problema é de distribuição, de ordem administrativa, que se cuide para que essa distribuição não seja facciosa.

Há um outro problema que me chama a atenção: o § 1º do art. 2º da Resolução cria uma competência residual ao Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, concedendo-lhe poderes para que S. Ex^a indefira a petição endereçada, ou se for o caso, pode até devolver a petição. Então, o que aconteceria? Em um processo, a competência legal do Relator, que é o dono do processo, estaria em conflito com a posição administrativa do Egrégio Tribunal de Justiça. Ainda que esse entendimento seja razoável, não se poderia entender, como sendo de boa norma, que convivessem no processo duas autoridades jurisdicionais.

Em vez de retirarmos do Relator esta competência, iríamos realmente ter uma situação muito desagradável.

Vejam só os Eminentess Pares: na jurisprudência que consultei, cabe ao Relator, no caso concreto, com respaldo na legislação existente, indeferir o pedido de litisconsórcio, quando ocorrer a hipótese.

Peço vênia para discordar dos Eminentess Pares que pensam em sentido contrário, mas desaprovo a Resolução porque se trata de matéria de competência federal e estaríamos investindo contra uma regra insculpida no Código de Processo Civil, negando vigência a esse dispositivo.

É assim que penso.

(...)

O SR. DESEMBARGADOR ADALTO DIAS TRISTÃO: -

Eminente Presidente.

A despeito das razões trazidas pelo eminent Desembargador Norton de Souza Pimenta, eu também, por motivos de ordem prática, mesmo por entender que esta questão não será argüida e sabedor que sou que outros Tribunais de Justiça já a vêm adotando, entendo que essa medida se faz urgente e necessária.

Aprovo integralmente a proposta formulada, em boa hora, pela Egrégia Presidência.

*

O SR. DESEMBARGADOR MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU: -

Eminente Presidente, em situação pretérita, já tive oportunidade de abordar o tema, ensejo em que não fui muito bem compreendido pelos Eminentess Pares. No entanto, vejo que o assunto volta a eclodir nesta oportunidade.

Ao que me parece, de logo, peço vênia aos Eminentess Colegas Desembargadores Osly da Silva Ferreira e Norton de Souza Pimenta para deles dissentir no campo das idéias.

A meu ver, o assunto envolve mera distribuição e o Código de Processo Civil faz remissão expressa, no sentido de que ele seja disciplinado, através de Regimento Interno, como realmente vem tomando esse caminho, esse endereçar dos mais altos Pretórios dessa República.

Na verdade, Eminentess Colegas, não se trata de afastar a figura e o instituto do litisconsórcio, na hipótese, o litisconsorte ativo. Apenas o que se exige é que haja boa-fé dos impetrantes e que tome essa iniciativa em trato inaugural. Provocada a jurisdição, que o façam através do litisconsórcio ativo e não como ocorre reiteradamente.

Recentemente, o Eminent Colega Desembargador Frederico Guilherme Pimentel viu que num Mandado de Segurança distribuído para a sua competência, logo que tal ocorreu, veio a parte interessada a pedir desistência para, certamente, provocar nova jurisdição até que fosse endereçada àquele Colega que tem entendimento que favorece a sua pretensão. É essa situação, Eminent Colegas, que não é justa, não é correta e ofende, aí sim, a regra constitucional que define e exige a observância ao juízo natural.

Ao meu ver é matéria que pode tranquilamente ser disciplinada através de Regimento Interno, tanto que trazemos aqui e consta do texto da Resolução, a maestria dos dois inigualáveis juristas, os mais iluminados deste País, que são Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, quando tecer comentários ao CPC, 3^a Edição, RT/1997.

Em face de tais considerações, entendendo que se trata de matéria a ser disciplinada pelo Regimento Interno e que o Código de Processo Civil expressamente faz remissão, pois se trata de mera distribuição, é que aprovo com louvor a Resolução como editada.

É como penso e voto.

(...)

O SR. DESEMBARGADOR MANOEL ALVES RABELO: -

Eminente Presidente, louvo também a iniciativa de V.Ex^a em disciplinar essa questão, entendendo que não há ferimento do princípio legislativo porque o Egrégio Tribunal de Justiça estaria normatizando situações jurídicas no vácuo de lei federal que expressamente não defendeu isso.

Na verdade, os Tribunais de Justiça é que vêm substituindo esse vácuo através de Resoluções como demonstrou, com muita propriedade, o Eminent Desembargador Geraldo Correia Lima.

Aproveito a oportunidade para acrescentar que as posições jurisprudenciais oscilam, mas com predominância, justamente, para essa orientação que já foi mostrada pelo Eminente Desembargador Geraldo Correio Lima. A jurisprudência não diverge da doutrina quanto à possibilidade de litisconsórcio ativo. Não há consenso, entretanto, quanto ao momento de sua formação, mas entendemos que só é possível antes da distribuição do Mandado de Segurança, pois, do contrário, facultaria à parte a escolha do Juiz certo para processar e julgar o feito, fato que o Eminente Desembargador Geraldo Correia Lima demonstrou, deixando-o bastante estampado. Esta é a posição do Egrégio Tribunal Regional da 3^a Região; no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça em outros julgados que não este, tem antecedentes e o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em outras decisões. Outros tribunais entendem que não devem admitir mais a formação de litisconsorte na falta de espaço que nega a liminar.

Ora, o que vem acontecendo na prática é justamente a ensancha à fraude, que é a propositura das ações objetivando a formação de litisconsórcio facultativo ulterior, justamente para fraudar o princípio do juiz natural e, uma vez deferida a liminar, é que se promove as atribuições. Isso evidentemente tem que cessar, porque está causando um mal estar muito grande. Os princípios jurídicos são vetores que se sobreponem à norma jurídica. É melhor até ocorrer ofensa à norma jurídica, já que nós não somos normativistas, do que ofender princípios, como o da moralidade que é pior para o Egrégio Tribunal.

Parabenizo a V. Ex^a, Sr. Presidente, pela iniciativa.

(...)

10. Evidência da natureza processual da matéria há no fato de que a questão foi subsequentemente tratada pelo Congresso Nacional, no liminar deste século. Já em 2001, e depois também em 2006, o Poder Legislativo, com sanção e por iniciativa do Poder Executivo, alterou o Código de Processo Civil, na exata tentativa de barrar tal espécie de escolha, pela parte autora, do juízo competente, comportamento esse que se podia encontrar nos mais diversos foros do território brasileiro, a demandar resposta legislativa nacional.

O art. 253 do CPC de 1973 tinha, originalmente, a seguinte redação:

Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência os feitos de qualquer natureza, quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outro já ajuizado.

Parágrafo único. Havendo reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

A Lei 10.358/2001, que alterou esse e outros dispositivos, introduziu-lhe o inciso II:

Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.

Parágrafo único. Havendo reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

E, subsequentemente, a Lei 11.280/2006 deu nova redação ao inciso II, a ampliar o seu campo de incidência, da hipótese da desistência para qualquer causa de extinção do processo sem resolução do mérito:

Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

III - quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento.

Parágrafo único. Havendo reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

No CPC atual, a norma foi mantida, conforme previsão do art. 286:

Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

III - quando houver ajuizamento de ações nos termos do art. 55, § 3º, ao juízo prevento. Parágrafo único. Havendo intervenção de terceiro, reconvenção ou outra hipótese de ampliação objetiva do processo, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

Conquanto a resposta do legislador tenha sido diversa da fixação expressa de um limite temporal para a figura do litisconsórcio ativo ulterior tal como operada na resolução impugnada, porque se optou pela fixação de regra de prevenção (distribuição da ação para o mesmo juízo do processo anterior, por prevenção), pode-se ver que a alteração de 2001 tratava, justamente, da hipótese de desistência da parte e subsequente ajuizamento da mesma ação, pretendendo evitar que, sem a fixação da prevenção do primeiro juízo, houvesse escolha, pela parte, do órgão julgador. Esse propósito pode ser vislumbrado ainda que as modificações não afastem por completo a situação que se reputava violadora do juiz natural por fraude na livre distribuição: basta pensar, por exemplo, na repropositura da ação por quem desistiu, mas aí com várias outras pessoas como novos litisconsortes, tendo-se inicialmente desistido justamente para que essas outras pessoas pudessem participar do mesmo processo e se beneficiar do entendimento favorável do órgão julgador prevento.

Os motivos que levaram à edição da primeira lei modificativa do art. 253 do CPC de 1973, a Lei 10.358/2001, expressados pelo Poder Executivo ao propor o respectivo projeto de lei, bem revelam o propósito da nova previsão, buscando-se combater situações tais como as enfrentadas pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Nas palavras do então Ministro da Justiça José Gregori, sobre a Lei 10.358/2001:

2. Trata-se de proposta elaborada pela Comissão constituída em 1991 para estudar o problema da morosidade processual e propor soluções objetivando a simplificação do Código de Processo Civil, coordenada pelos Drs. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor da Escola Nacional de Magistratura, e Athos Gusmão Carneiro, Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça e representante do Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidido pela Prof.^a Ada Pellegrini Grinover.

3. Como fundamento da iniciativa, transcrevo o relatório detalhado sobre o texto que me foi oferecido pelos juristas integrantes da Comissão, o qual denota a necessidade da adoção das normas projetadas:

“(...) **Art. 253.** É alterado o ‘caput’ do art. 253, a fim de que a distribuição seja feita por dependência não apenas nos casos de conexão ou continência com outro feito já ajuizado, como ainda nos casos de ‘ações repetidas’, que versem idêntica questão de direito. Evitar-se-ão as ofensas ao princípio do juiz natural, atualmente ‘facilitadas’ nos foros das grandes cidades: o advogado, ao invés de propor a causa sob litisconsórcio ativo, prepara uma série de ações similares e as propõe simultaneamente, obtendo distribuição para diversas varas. A seguir, desiste das ações que tramitam nos juízos onde não obteve liminar, e para os autores dessas demandas postula litisconsórcio sucessivo, ou assistência litisconsorcial, no juízo onde a liminar haja sido deferida.

A alteração desse artigo do CPC foi inclusive sugerida pelo Tribunal Regional Federal da 1^a Região, por ofício datado de 19/05/1994, e encaminhado ao Conselho da Justiça Federal (of. 270/94-PRESI), com esse objetivo: obstar as “distribuições conduzidas”. (....)”

Na mesma linha, a Lei 11.280/2006. Nas palavras do então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos:

6. As alterações ao artigo 253 do CPC ampliam os casos de distribuição por dependência, privilegiando o princípio do juiz prevento como sendo o “juiz natural”, assim sendo impedidas manobras tais como o ajuizamento sucessivo de demandas idênticas até ser ‘encontrado’ um juiz que defira a liminar pretendida pela parte.

11. Outro fator que revela o caráter processual da matéria, na lógica de regular-se em tal dimensão quem pode participar do processo, ou quando e de que modo é possível fazê-lo, é a disciplina própria, existente na legislação processual, sobre o litisconsórcio e a intervenção de terceiros.

À época da edição do ato impugnado, o CPC de 1973 regulava tais institutos no art. 46 e seguintes. Especificamente quanto ao litisconsórcio, autorizava-se, no art. 46, mais de uma pessoa litigar no polo ativo ou passivo, sem expressamente tratar do aspecto temporal de eventual formação do litisconsórcio ativo. No mesmo sentido, o art. 113 do CPC atual. Tampouco se tinha ou tem, ao menos na perspectiva de previsões expressas, limitação temporal para a cumulação de ações na hipótese (art.

202 do CPC de 1973; art. 327 do CPC atual). Exceção encontra-se, atualmente, em lei especial, qual seja, a Lei 12.016/2009, que regula o mandado de segurança, ao dispor expressamente, no art. 10, § 2º, que “o ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.”

Diversamente, previsão expressa de (inexistência de) limites temporais à intervenção litisconsorcial pode ser encontrada na época em que as leis processuais eram estaduais, conforme lembra José Carlos Barbosa Moreira:

Na mesma linha, e com mais explicitude, o projeto COSTA MANSO de Código de Processo Civil para o Estado de São Paulo consagrava a intervenção litisconsorcial voluntária, abrindo a quem quer que pudesse “figurar na causa como litisconsorte” a possibilidade de ingressar no processo “para acumular o seu pedido ao do autor, ou defender o seu direito juntamente com o réu”. O instituto não foi acolhido no Código paulista; mas chegou a sê-lo no do Paraná, cujo art. 23 assim dispunha:

“Art. 23 — Em qualquer fase do processo da ação, em primeira ou segunda instância, podem intervir terceiros, a fim de fazer valer contra uma das partes direito próprio e autônomo, mas inteiramente idêntico ao da outra parte”.

O Código nacional [CPC de 1939], como já se notou, é omissivo a respeito, salvo quanto ao herdeiro, em relação às ações em que seja parte a herança. Dever-se-á concluir que, no tocante a quaisquer outros casos, para os quais não há autorização expressa, é proibida, no direito vigente, a intervenção litisconsorcial? (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Intervenção litisconsorcial voluntária. *Revista de direito da Procuradoria Geral* - Governo do Estado da Guanabara, n. 11, p. 40-58, 1963, p. 46-47)

12. É certo que se poderia argumentar que a mera regulação de dada matéria em lei federal, ou mais especificamente no Código de Processo Civil, não é suficiente para se reconhecer a sua natureza processual. Até porque não se pode dizer que o tratamento da matéria em lei estadual implica sua natureza procedural. Entretanto, neste caso, como consignado, a natureza processual resta evidente, por dizer respeito à regulação de quem pode participar do processo (ou quando e como).

Ainda, também se tangencia matéria de cumulação de demandas, já que, nos casos que ensejaram o ato impugnado, os litisconsortes, após o ingresso, não atuam simplesmente para alcançar a procedência de

pretensão alheia, mas buscam que, ao lado da parte autora originária, sua própria pretensão, semelhante, também seja acolhida. Aí, o caráter processual da normatização igualmente transparece, por dizer respeito ao objeto do processo.

14. Em *obiter dictum*, cabe acrescentar que se poderia cogitar, para definição dos limites de cada competência (privativa para direito processual e concorrente para procedimento), que o exercício da segunda estaria justificado pelo atendimento dos interesses locais, no aprimoramento da prestação jurisdicional conforme as particularidades de cada Estado ou do Distrito Federal.

Entretanto, o que aqui se percebe é que não se estava, em eventual exercício de competência legislativa concorrente (exercida pelo legislativo estadual), a tratar de particularidades locais, o que poderia justificar o exercício da competência concorrente. Diferentemente, buscava-se regular técnica processual disciplinada pelo legislador federal, restringindo-a temporalmente de maneira expressa. Não havia elemento particular que justificasse eventual atuação estadual complementar, para atender interesses locais.

O problema concreto que se enfrentava era, na verdade, de amplitude nacional, como se consignou nas notas taquigráficas acima reproduzidas. Ao lado disso, respostas foram sendo construídas a nível nacional, pelo legislador federal.

Era problema nacional, aliás, gerado em boa parte pela própria falta de unidade na interpretação do direito, refletida na inexistência de uniformidade na jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Conforme se depreende dos **considerandos** da resolução impugnada, acima reproduzidos, decisões internas divergentes podiam ser encontradas em termos processuais, ora admitindo-se, ora indeferindo-se o “ingresso tardio” de novos litisconsortes ativos. E também em relação ao direito materiais, já o que se pretendia era justamente o ingresso em processos com distribuição a órgão judicial com entendimento favorável sobre a questão tributária repetitiva, depois da distribuição da primeira ação a órgão com entendimento desfavorável.

As notas taquigráficas retratam, igualmente, o problema da falta de uniformidade no tribunal local, conforme um dos votos proferidos na aprovação resolução impugnada:

O SR. DESEMBARGADOR ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON: -

Eminente Presidente, creio que a aprovação da Resolução já está consumada e tudo o que poderia ser feito em seu favor, já o foi.

Quero fazer apenas uma observação: há um caráter, quer me parecer, também pacificador nesta emenda. Porque muitas vezes esses entendimentos, isso sem desmerecer evidentemente a independência que cada um de nós tem e deve ter, são absolutamente divergentes. As partes, através de seus advogados, utilizam-se muito desses entendimentos diversos existentes no seio do Colegiado, que é muito natural, para às vezes ferir princípios maiores, como bem colocou o Eminente Desembargador Manoel Alves Rabelo.

A proposta parece-me que tem essa natureza pacificadora de nós escolhermos uma vertente, que todo o Egrégio Tribunal de Justiça deverá acatar, e, inclusive, terminar com a discussão sobre essa aceitação.

Não vejo, apesar das sempre lúcidas ponderações dos Eminentes Desembargadores Osly da Silva Ferreira e Norton de Souza Pimenta, ferimento à lei federal. Não há inadmissão de litisconsórcio facultativo e ativo nenhuma. Há simplesmente estabelecimento de um momento para a sua formação e o momento de formação de litisconsórcio diz respeito sempre à conexão [sic], à continência, à dependência. O Código de Processo Civil, em dois dispositivos, é expresso em estabelecer que essa matéria nos Egrégios Tribunais deve ser por eles regulada. Essa matéria é típica de regulação pelo Tribunal e ela diz muito mais sobre o que fazer, sobre como admitir, sobre o momento, do que efetivamente sobre o direito à prestação de tutela. Ainda em outro campo, se fosse o caso, creio que a nossa própria Assembléia Legislativa poderia até legislar sobre isso. Acho que é de competência dos Estados, segundo a atual Constituição Federal. Neste caso, o Código de Processo Civil faz remissão a matéria, distribuição, dependência, conexão [sic], identidade de causas, para vigorarem em segundo grau. É matéria de Regimento Interno.

Creio que além disso, como foi colocado na exposição de motivos que acabei de reler, dará mais tranqüilidade às partes. O advogado já sabe o que fazer, o que não fazer, se entra aqui, se entra lá, como é que vai ser, se o Relator será o Desembargador Fulano ou Beltrano.

Por essas razões, aliadas a todas as outras, aprovo a Resolução.

14. Por fim, considerando que o ato emanou do próprio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, e não do Poder Legislativo estadual, é necessário trazer à consideração, para interpretação da competência legislativa, o art. 96, I, a , da Constituição Federal, no que atribui espaço normativo aos tribunais para “elaborar seus regimentos internos, com observância das

normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Referido espaço normativo dos tribunais, autorizado constitucionalmente, está refletido, em parte, no art. 548 do CPC de 1973. É específico, nessa seara, à distribuição dos feitos conforme previsões do regimento interno, isto é, de acordo com a competência e demais especificações do regimento:

Art. 548. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio.

O dispositivo foi reproduzido no *caput* do art. 930 do CPC atual:

Art. 930. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.

Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo.

Menciono o dispositivo infralegal, porque foi invocado em um dos **considerandos** da resolução impugnada, sem aqui visar a juízo de legalidade:

CONSIDERANDO que a matéria relativa à distribuição, por remissão expressa do art. 548 do C.P.C., se insere na esfera de competência de regulamentação administrativa dos tribunais.

16. Em primeiro lugar, cabe notar que a resolução impugnada não se restringe a regular a distribuição, ou o que quer que seja, no âmbito do próprio tribunal. Também estaria regulando a matéria, se fosse o caso, no primeiro grau de jurisdição, conforme previsão do art. 5º do ato, que veda o “ingresso tardio” de litisconsortes, da mesma forma, nos processos de competência dos juízos de primeira instância.

Para além disso, fato é que, na essência, não se tem matéria afeta à competência ou ao funcionamento dos órgãos do tribunal, nem especificamente à distribuição no tribunal, não obstante as previsões sobre distribuição das petições de “ingresso tardio” à Presidência do Tribunal ou

à Direção do Foro. O cerne da resolução é estabelecer a vedação da intervenção litisconsorcial, formação de litisconsórcio ou intervenção de terceiros que lhe faça as vezes, após a distribuição.

Em outros termos, embora se tenha justificado que a estipulação concerniria a aspectos relativos à distribuição, vedar o ingresso de litisconsortes ou, se for o caso, a intervenção de terceiros, não diz respeito à mera distribuição das petições em que se pleiteia uma ou outra forma de participação no processo, ou à definição da competência interna do tribunal, mas ao seu mérito. Estabelece-se que os pedidos não devem prosperar. Adentra-se o exercício da atividade jurisdicional, regulada pelo direito processual na lógica já explicitada.

Nesse sentido, a analogia feita pelo Advogado-Geral da União em sua manifestação, ao invocar a ADI 2052/BA (Rel. Min. Eros Grau, j. 06/04/2005, DJ 18/11/2005), procede. Naquela ação direta, estava posta para deliberação a constitucionalidade de decreto judiciário que estabelecia, entre outros aspectos, fiscalização do valor da causa na distribuição. Em específico, serventuário do órgão responsável pela distribuição poderia proferir juízo sobre a correção ou não do valor da causa, com recurso ao juiz distribuidor. Entendeu, esta Suprema Corte, que isso significava espécie de juízo prévio sobre o valor da causa, à margem da atuação jurisdicional do juízo competente. Em outras palavras, se tratava, na verdade, da admissibilidade das ações, e não de mera distribuição.

À semelhança, nas palavras do Advogado-Geral da União, “pode-se afirmar que a norma jurídica do Estado do Espírito Santo criou um juízo preliminar de inadmissibilidade quanto à formação de litisconsórcio ativo ulterior e intervenção de terceiro”. Mais ainda, aqui não apenas se estabeleceu um juízo prévio de admissibilidade, mas também terminativo: petições de “ingresso tardio” são encaminhadas à Presidência do Tribunal ou à Direção do Foto e com sorte já definida; serão necessariamente rejeitadas, com devolução da petição ao postulante.

Quanto à competência, referida expressamente pelo texto constitucional, vale acrescer que a matéria entra na seara das normas processuais, de modo que se pode argumentar que os tribunais estão, validamente, autorizados a editar normas de tal natureza:

De fato, um olha atento para o art. 96, I, “a”, da CF/88 não deixa dúvidas sobre a existência de disposições normativas processuais nos regimentos internos, ao menos sobre regras de competência, incluídas nesse gênero regras sobre prevenção, reunião e separação de

processos, uniformização de entendimentos etc. (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Regimentos internos como fonte de normas processuais**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 36)

Aliás, o art. 253, II, do CPC de 1973 (ou a idêntica previsão no art. 286 do CPC atual), inciso II esse que, ao menos em parte, trata da problemática que deu ensejo à resolução impugnada, embora mencione “distribuição”, diz respeito a competência, e não a mera distribuição, ao fixar a prevenção do primeiro órgão julgador, a quem havia sido distribuída a ação extinta sem julgamento de mérito:

2. Prevenção e Reiteração da Demanda.

Embora nosso Código fale em distribuição por dependência, o art. 285, II, CPC, na realidade, fixa por prevenção a competência do juízo que conheceu da demanda anteriormente ajuizada cujo processo foi extinto sem resolução de mérito. O intento evidente do legislador é coibir a escolha do juízo pelo litigante, manobra que importa em clara ofensa ao direito fundamental ao juízo natural e à paridade de armas no processo civil. A reiteração da demanda, nesses casos, pode dar lugar inclusive à aplicação das sanções inerentes à litigância de má-fé (STJ, 1.^a Turma, REsp 766.930/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 01.09.2005, *DJ* 26.09.2005, p. 257). Pouco importa que a nova ação seja proposta em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda: o que interessa é que o núcleo do litígio entre determinadas pessoas seja novamente apresentado em juízo. Nesse caso, há prevenção do juízo que primeiro conheceu do pedido de tutela jurisdicional (art. 285, II, CPC). (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado** [livro eletrônico]. São Paulo: Ed. RT, 2021, art. 286, grifou-se)

Porém, o tribunal local não tratou da competência de seus órgãos internos simplesmente, como aliás se poderia cogitar da atribuição de competência à Presidência ou da Direção do Foro para despachar a devolução das petições de ingresso vedadas pelo ato impugnado. Foi além e procurou estabelecer expressa vedação a figura prevista na legislação processual, segundo critério temporal que reputava adequado. Também afetou, na perspectiva do objeto do processo, a própria disciplina da cumulação de demandas, na medida em que se entendeu inviável pessoas em situação análogas agregassem, com o emprego da figura do litisconsórcio ativo ulterior, suas pretensões a outras já aforadas.

Veja-se, aliás, mas sem aqui pretender fazer exames de legalidade, que a vedação operada vai além do problema que se procurava resolver, pois potencialmente afastou o litisconsórcio ativo em outras situações concretas que, aparentemente, estariam autorizadas por outros diplomas. Para ilustrar, cabe lembrar a hipótese expressamente prevista na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), no sentido de que “fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes” (art. 5º, § 2º), sem que haja limitação ao tempo da distribuição. Como a vedação foi estendida para os processos de primeira instância em sua generalidade, restaria já definida também a sorte de pedidos de ingressos nas ações coletivas.

Como salientado, em suma, o que se fez não foi determinar para quem os pedidos de ingresso de litisconsortes seriam distribuídos ou quem seria competente para apreciá-los. Ao contrário, se definiu a própria sorte, no mérito, desses mesmos pedidos. **O ato fere, dessa forma, a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal .**

Inconstitucionalidade por arrastamento

17. Pelas razões acima, mostram-se formalmente inconstitucionais o art. 1º, *caput* e parágrafo único, e o art. 5º, *caput*, primeira parte, até a expressão “para julgá-lo”, da resolução impugnada, ao tratarem de matéria processual (art. 22, I, CRFB). Correlativamente, são aspectos que não se enquadram, neste caso, no espaço normativo que foi conferido pela Constituição aos tribunais (art. 96, I, a, CRFB).

Em relação às demais disposições do ato, na medida em que pretendiam disciplinar a vedação ora declara formalmente inconstitucional, é cabível o reconhecimento de sua inconstitucionalidade por arrastamento, como pleiteado na petição inicial. A razão de ser das demais previsões é, exatamente, a vedação temporal posta ao litisconsórcio ativo ou intervenção de terceiros inserida naqueles dispositivos. Dependem dela.

Conclusão

18. Ante o exposto, **julgo procedente** o pedido de declaração de **inconstitucionalidade** do inteiro teor da Resolução nº 001/1999 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo .

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 22/10/2021 00:00