

REVISTA JURÍDICA

IBPD - INSTITUTO BRASIL-PORTUGAL DE DIREITO

Volume I - Estudos em homenagem a
Paulo Ferreira da Cunha

IBPD

Sumário

Apresentação

Artigos

Pósfácio



SUMÁRIO

O IBPD – Instituto Brasil – Portugal de Direito

Diretoria Executiva e Conselho Editorial

Apresentação da Edição em Homenagem ao Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha

Artigo 1. Pacto antenupcial: um breve estudo jurídico-comparativo luso brasileiro

José Luiz de Sousa Neto

Artigo 2. O Direito de Ação e Contraditório: a impossibilidade de prolação de “decisão surpresa”

Luciana Maltinti e Juliana Maltinti

Artigo 3. Limites de Atuação dos Tribunais Administrativos fiscais e o princípio da segurança jurídica

Diogo Basilio Vailatti e João Carlos Maurício Correa Júnior

Artigo 4. Tráfico de Mulheres e Crianças e a respectiva proteção no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: contextualização para as Américas e o Caribe

Ana Paula de Moraes Pissaldo e Estela Cristina Vieira de Siqueira

Artigo 5. Estudos sob a ótica dos planos dos atos processuais: o(s) liticonsorte(s) necessário(s) unitário(s) e a sentença de mérito prolatada com a sua preterição.

Lisiane Beatriz Fröhlich e Jonathan Iovane de Lemos

Artigo 6. A visão jurisprudencial sobre titularidade da prestação do serviço de saneamento básico em região metropolitana no Brasil

Maria Carolina Chaves de Sousa

Artigo 7. Existe um estado civil específico para as pessoas que vivem em união estável?

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges e Paulo Henrique Araújo Zica

Artigo 8. O alcance da Constituição: barreiras e efetividade

Ricardo Glasenapp e Amanda Del Rio da Silva

Artigo 9. O Direito ao Acesso à Justiça: a função da Defensoria Pública no exercício da sua efetivação.

João Victor Silva dos Santos e Carlos Alberto José Barbosa Coutinho.

Artigo 10. O uso do aplicativo Nota Potiguar como mecanismo de combate a sonegação fiscal

Jorge Luiz Câmara Nicácio e Mateus Felipe de Azevedo Araújo

O IBPD – Instituto Brasil – Portugal de Direito

O Instituto Brasil - Portugal de Direito nasce da proposta de estimular o desenvolvimento acadêmico-jurídico entre os dois países, de modo a permitir não apenas a discussão jurídica no âmbito do Direito Comparado mas, especialmente, no que tange às discussões sobre o desenvolvimento jurídico por meio do intercâmbio entre profissionais da área.

Assim, com o objetivo de desenvolver os estudos internacionais na esfera Brasil - Portugal é que firmamos parcerias com instituições de ensino superior, órgãos públicos e outros institutos de relevo.

Além dos estudos internacionais, também realizamos cursos, grupos de estudos, congressos e publicamos a Revista Jurídica do IBPD.

Venha conhecer mais sobre nós em nosso site e redes sociais.

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Ricardo Glasenapp

Vice-Presidente: Vanderlei Garcia Junior

Primeiro-Secretário: Yara Alves Gomes

Segundo-Secretário: Rennan Faria Krüger Thamay

Primeiro-Tesoureiro: Rubens Ferreira Junior

Segundo-Tesoureiro: Terezinha de Oliveira Domingos

Diretor de Relações Internacionais: Ricardo Glasenapp

Primeiro Vice-Diretor de Relações Internacionais: Vanderlei Garcia Junior

Diretor do Conselho Consultivo: Yara Alves Gomes

Diretoria de relações interdisciplinares: Rubens Ferreira Junior e

Terezinha de Oliveira Domingos

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)

Prof. Dr. Manuel David Masseno (Portugal)

Profa. Dra. Catarina Botelho (Portugal)

Prof. Dr. Ricardo Glasenapp (Brasil – São Paulo)

Prof. Dr. Rennan Faria Krüger Thamay (Brasil – São Paulo)

Prof. Dr. Diogo Vaillart (Brasil – São Paulo)

Profa. Dra. Thais Bernardes Maganhini (Brasil - Rondônia)

Profa. Dra. Lara Bringel (Brasil - Alagoas)

Profa. Dra. Bleine Queiros (Brasil – Ceará)

Profa. Dra. Renata Pinto (Brasil – São Paulo)

Profa. Dra. Fernanda Sabah (Brasil – São Paulo)

Profa. Ms. Carolina Castelo Branco (Brasil - Amazonas)

Profa. Ms. Denismara Knorr (Alemanha)

Prof. Ms. Luis Roberto Carboni de Sousa (Brasil - São Paulo)

Prof. Ms. Sandro Glasenapp Moraes (Brasil – Rio Grande do Sul)

Profa. Ms. Tais Ramos (Brasil – São Paulo)

Profa. Ms. Yara Gomes (Brasil – São Paulo)

Apresentação da Edição em Homenagem ao Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha

O Instituto Brasil – Portugal de Direito vem publicar a **Revista Jurídica do Instituto Brasil - Portugal de Direito** com foco nos estudos das mais diversas áreas do Direito, possibilitando a divulgação de estudos jurídico e, também, de áreas afins; e a cada edição um professor de Direito de destaque será o homenageado, de modo a destacar a relevante contribuição para o estudo do Direito tanto no Brasil como em Portugal.

E já na sua primeira edição o IBPD traz a Revista Jurídica do Instituto Brasil – Portugal de Direito em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha, que é professor catedrático da Faculdade de Direito junto à Universidade do Porto, com diversas publicações nas áreas de Teoria Jurídica, Introdução ao Direito, Filosofia do Direito, Metodologia Jurídica, História Constitucional e Ciências Políticas, além do Direito Constitucional propriamente dito.

Sendo sua publicação semestral, a revista apresenta um amplo temário de pesquisas, atualização do conhecimento, apanhados bibliográficos, resenhas, estudos, relatos de experiências, trabalhos advindos de apresentações em congressos, seminários e simpósios; artigos de dissertações de mestrado e teses de doutorado dos docentes de Graduação, Pós Graduação *Latu Sensu* e *Strictu Sensu* e de não docentes, profissionais que tem o interesse científico da reflexão e da melhoria da prática profissional.

Trata-se de uma revista aberta a todos interessados para leitura, pois tem como objetivo central a divulgação do conhecimento jurídico por meio de artigos científicos de relevo para a academia.

Aos interessados em publicar, os artigos devem ser submetidos no site da Revista Científica para apreciação do Conselho Editorial; para tanto é necessário o cadastramento para que tenha um login e uma senha individual e intransferível.

ARTIGO 1.

PACTO ANTENUPCIAL: UM BREVE ESTUDO JURÍDICO-COMPARATIVO LUSO-BRASILEIRO

PRENUPTIAL AGREEMENT: A BRIEF LUSO-BRAZILIAN COMPARATIVE LEGAL STUDY

José Luiz de Souza Neto¹

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar o instituto do pacto (convenção) antenupcial no ordenamento jurídico brasileiro e português, discorrendo brevemente sobre a origem histórica, noções conceituais e principiológicas, requisitos essenciais para celebração do acordo e os limites impostos ao princípio da liberdade (autonomia privada) quando da pactuação, expondo as similitudes e diferenças na aplicabilidade do instituto na legislação, doutrina e jurisprudência de ambos os países. Examina-se com maior enfoque a possibilidade (no Brasil) e vedação (em Portugal) de alteração do regime de bens após o casamento, analisando as possíveis implicações. Conclui-se que a opção legislativa brasileira melhor salvaguarda os interesses conjugais ao permitir a alteração do regime de bens após a celebração do casamento.

Palavras-chave: Pacto antenupcial. Convenção antenupcial. Regime de bens. Casamento. Patrimônio.

ABSTRACT

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e participante egresso do Programa de Mobilidade Internacional da Universidade de Coimbra (2018). Advogado E-mail: desouzanetoj@gmail.com

This study aims to analyze the prenuptial agreement institute in the Brazilian and Portuguese legal order, briefly discussing the historical origin, conceptual and principled notions, essential requirements for the conclusion of the agreement and the limits imposed to the principle of freedom (private autonomy) upon agreement, exposing the similarities and differences in the applicability of the institute in the legislation, doctrine and jurisprudence of both countries. We examine more closely the possibility (in Brazil) and prohibition (in Portugal) of changing the property regime after marriage, analyzing the possible implications. It is concluded that the Brazilian legislative option better safeguards marital interests by allowing the alteration of the property regime after the celebration of marriage.

Keywords: Prenuptial agreement. Antenuptial convention. Marital property systems. Marriage. Patrimony.

1. INTRODUÇÃO

A consumação de um casamento, para além da comunhão de vida, também implica efeitos em relação aos interesses patrimoniais entre os esposados e entre estes e terceiros, o que requer a fixação de um arcabouço legal tendente a regular essas questões. Na maioria das leis civis dos países ocidentais, isto se faz por meio de um estatuto patrimonial indicativo do regime de bens, adotado para reger a circulação de riquezas entre os esposados e entre estes e terceiros.

O instituto jurídico do regime de bens é, nas palavras do civilista português Augusto Pais de Amaral, “um conjunto de normas que regulam as relações de natureza patrimonial dos cônjuges entre si e as que, na vida familiar, estabelecem com terceiros” (AMARAL, 2016, p. 141). A principal função do regime de bens escolhido pelos nubentes é revelar quais bens levados por cada um dos cônjuges para o casamento continua a lhe pertencer em regime de exclusividade e quais passam a constituir um patrimônio comum do casal.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla a tipificação de quatro regimes de bens: a) comunhão parcial de bens (supletivo); b) comunhão universal de bens; c)

separação de bens; e d) participação final nos aquestos. Lado outro, no Direito português há três regimes vigorando atualmente, a saber: a) regime da comunhão de adquiridos (supletivo); b) regime da comunhão geral; e regime de separação. Como exposto, em ambos os países há um regime supletivo, o qual dispensa a necessidade da convenção antenupcial. Isto é, quando os nubentes adotarem outro regime que não o supletivo, essa escolha será formalizada por meio da convenção antenupcial (em Portugal) ou pacto antenupcial (no Brasil).

Assinaladas essas ideias iniciais, o presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto do acordo antenupcial, discorrendo brevemente sobre sua historicidade, quanto aos seus princípios norteadores, requisitos legais, bem como as restrições à sua celebração, observando as similitudes e diferenças existentes no ordenamento jurídico brasileiro e português, a fim de traçar um breve estudo comparativo sobre o instrumento jurídico em apreço. No decorrer da obra, far-se-á um exame sobre a possibilidade de alteração do regime de bens após o matrimônio em ambos os ordenamentos, discorrendo sobre o princípio da imutabilidade (inalterabilidade), vigente em Portugal, assim como sobre o princípio da mutabilidade motivada (ou justificada), aplicável no Brasil, empreendendo uma análise sobre as possíveis implicações para os cônjuges com ordem vigente.

2. PACTO ANTENUPCIAL

A convenção ou pacto antenupcial é considerado um acordo firmado pelos nubentes com a finalidade de regular as questões patrimoniais, dentre eles, o regime de bens que vigorará durante a constância do casamento, sendo o instituto em tela meio hábil para que os convenientes possam livremente escolher um dos regimes de bens existentes, podendo, entretanto, optar por mais de um deles, de modo a combiná-los, ou criar um regime com regras próprias aplicáveis ao matrimônio, observando, para tanto, os limites previstos em lei. É um instrumento facultativo, já que não se faz necessário caso os nubentes optem pelo regime supletivo. É também acessório, isto porque sua eficácia pressupõe a celebração ulterior do casamento.

No Brasil, a doutrina diverge quanto a natureza jurídica do instituto em comento, sendo definido por alguns como um contrato, enquanto para outros um negócio jurídico.

Para Maria Berenice Dias, o presente instituto “nada mais é do que um contrato matrimonial” (DIAS, 2016, p. 503). Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, o estatuto patrimonial do casamento “trata-se de um negócio jurídico solene, condicionado ao casamento, por meio do qual as partes escolhem o regime de bens que lhes aprouver, segundo o princípio da autonomia privada” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 311). A doutrina lusitana, por sua vez, entende que o instituto é um “contrato acessório do casamento” (COELHO; OLIVEIRA, 2016, p. 570).

Com as diferenças culturais de cada local, obviamente, o instituto jurídico em análise é, atualmente, previsto em quase todos os países do mundo ocidental. A respeito de sua historicidade, Biazzi (2016) anota que o presente instituto jurídico é tradição do sistema jurídico luso-brasileiro, isto porque a convenção antenupcial já era aplicada em Portugal na vigência das Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446.

Segundo o referido autor, as Ordenações não disciplinavam um regime próprio para o instituto, o que veio a ser implementado posteriormente com a promulgação das Ordenações Manuelinas, em 1521, as quais estabeleciam que *“todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos por carta de metade, saluo quando antre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce feguardará o que antre elles for concertado.”*² Seguidamente, as Ordenações Filipinas, ao dispor sobre a matéria, vieram a prever os limites a serem observados nas convenções antenupciais.

Atualmente, em Portugal, sua figura está preceituada no art. 1698 do Código Civil português (CCP), senão vejamos: “Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens no casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei.” (PORTUGAL, 1966). No Brasil, o instituto em comento é previsto pelo art. 1639 do Código Cível brasileiro (CCB): “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002). Nota-se, portanto, que a convenção matrimonial é o instrumento legal, adotado em ambos os ordenamentos jurídicos, admitido para a fixação do regime de bens. Caso os nubentes não optem por

² Ord. Man. L. IV. T. VII.

determinar o regime de bens, será aplicável o regime supletivo: comunhão de adquiridos em Portugal; comunhão parcial de bens no Brasil.

3. PRINCÍPIOS BASILARES

3.1 PRINCÍPIO DA LIBERDADE (AUTONOMIA PRIVADA)

Conforme fora exposto inicialmente, os nubentes gozam da liberdade para acordar, mediante a convenção antenupcial, o regime de bens que irá vigorar a partir da celebração do casamento. Isto permite que eles escolham um regime que coadune com os seus próprios interesses. Todavia, essa liberdade não é absoluta porque, em determinadas situações, a lei impõe o regime obrigatório da separação de bens (art. 1.641 do CCB / art. 1720º, nº 1 do CCP).

No direito português, o princípio da liberdade está explícito no art. 1698º do Código Civil. Já no Brasil está previsto no art. 1639 da lei Cível. Ressaltando a implementação deste princípio no ordenamento jurídico português, Coelho e Oliveira afirmam que não é apropriado falar sequer em um sistema de tipicidade em que os nubentes tenham de escolher um dos modelos legais, restringindo-se assim a sua liberdade, eis que aos contraentes é permitida a combinação dos regimes tipificados, mas, para além disto, lhes é permitido a criação de um regime que não esteja previsto em lei (COELHO; OLIVEIRA, 2016).

O mesmo permissivo vigora no Brasil, conforme se extrai da afirmação de Roberto Gonçalves, ao versar que “podem os nubentes, assim, como já referido, adotar um dos regimes-modelo mencionados, como combiná-los entre si, criando um regime misto, bem como eleger um novo e distinto” (GONÇALVES, 2014, p. 302).

Pontue-se, contudo, que o Código Civil português, em seu artigo 1718º proíbe que o regime de casamento venha a ser fixado por meio de simples remissão genérica a uma lei estrangeira, uso e costumes locais, ou a preceito revogado. Lado outro, a Lei Civil admite expressamente em seu art. 1713º, nº 1, convenções sob condição ou a termo.

Este é o princípio vigorante nas legislações modernas. Dentre elas, podemos citar a da França e Espanha, que positivaram tal entendimento nos arts. 1.387 e 1.315 de suas leis civis, respectivamente. Outros ordenamentos, contudo, não adotam tal entendimento,

de modo a impor o regime de bens a se aplicar ao casamento (como se fazia em Cabo Verde) ou impossibilitar a criação de um regime próprio, ou até mesmo proibir a combinação dos regimes tipificados em suas legislações.

Com isso, nota-se, portanto, um processo de ruptura com os paradigmas sociais que há muito se perpetuaram na sociedade. Ao passo que se dá autonomia para a escolha do regime de bens a vigorar na sociedade conjugal, abre-se caminho para a consagração formal e material da igualdade de direitos entre homem e mulher, tornando-os sujeitos livres e com paridade para decidirem conjuntamente sobre um tema tão importante para vida matrimonial. Outro aspecto que merece ser valorado condiz ao afastamento do Estado desta esfera particular, quando sua ausência não implique em risco para a manutenção da ordem pública, aos bons costumes e quando a liberdade concedida não ameace interesses de terceiros.

Desta feita, não podem os nubentes estipular cláusulas que atentem contra a ordem pública e contra as finalidades do casamento. Neste sentido, verificando a necessidade da intervenção do Estado para preservação da finalidade matrimonial ou da ordem pública e dos bons costumes, o ordenamento jurídico brasileiro e português preveem determinadas restrições, figurando, aqui, exceções ou limitações ao princípio da liberdade. Ausentes as hipóteses legais restritivas, a liberdade (autonomia privada) deve ser a máxima aplicável, já que ninguém melhor que os próprios nubentes para formarem um juízo de delibação quanto aos aspectos patrimoniais que irão vigorar a partir do casamento.

Uma questão que muito divide a doutrina é sobre a possibilidade de se tratar sobre temas de caráter não só patrimonial, mas também extrapatrimonial nas convenções (pactos) antenupciais. Em Portugal, parte considerável da doutrina³ admite a possibilidade de se fazer constar no instrumento cláusulas que não versem sobre conteúdo puramente patrimonial.

Segundo Coelho e Oliveira (2016), a convenção antenupcial pode conter disposições extrapatrimoniais que versem, p. ex., sobre o modo de educação dos filhos, inclusive sobre a crença religiosa a ser ensinada, proibição de segundas núpcias, escolha da residência por um dos cônjuges, estipulações sobre a guarda dos filhos ou sobre a utilização da casa de morada da família, em caso de ocorrência de divórcio ou separação

³ Entre eles: Braga da Cruz e Jorge Augusto Paes de Amaral.

de facto, imposição de visitas aos familiares, vedação ao exercício de ofício de alta periculosidade, dentre outros assuntos.

No Brasil, o art. 1.639 do CCB disciplina que os nubentes podem estipular “a respeito dos bens”, havendo assim uma limitação do objeto. Todavia, a doutrina admite que em razão da autonomia privada, podem os nubentes estipular no pacto antenupcial não somente questões patrimoniais, como, p. ex., cláusulas que tratem sobre compra e venda, doação a terceiros, cessão de direitos, etc., mas também aquelas sobre diversas finalidades tendentes a regular as relações privadas dos cônjuges. Farias, Rosenthal e Braga Netto (2019), por sua vez, admitem a possibilidade de se disciplinar questões atinentes à vida doméstica e de ordem existencial do casal, como, p. ex., deveres domésticos, crenças religiosas, não se obstando a participação de terceiros no acordo.

De certeza, o princípio da liberalidade, assim como os demais princípios, não encontra seu grau absoluto. O acordo entre os nubentes deve respeitar os direitos e garantias fundamentais das partes, abstendo-se de atentar contra as normas de ordem pública, contra a igualdade entre os cônjuges e a solidariedade familiar, conforme Enunciado 635 das Jornadas de Direito Civil, em 2018.

3.1.1 Restrições ao Princípio da Liberdade em Portugal

Muito embora a liberdade seja considerada o princípio basilar do instituto ora em análise, casos há em que o legislador vedou seu pleno exercício aos nubentes para a fixação de determinadas cláusulas. Para Amaral, esse mecanismo utilizado pelo legislador tem por objetivo “evitar que no acordo se procurassem derrogar certas normas de caráter imperativo que regulam as relações familiares” (2016, p. 144).

Neste sentido, prevê a parte final do art. 1698º do CCP que os nubentes, quando da elaboração da convenção, deverão pactuá-la dentro dos limites da lei. Seguidamente, o art. 1699º do mesmo códex, vem a estabelecer as principais restrições, como se verá adiante.

Preceitua o nº 1 do dispositivo supramencionado que não podem ser objeto da convenção antenupcial:

a) A regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo o disposto nos artigos seguintes.

Da leitura da alínea supracitada, extrai-se que não pode ser objeto de convenção antenupcial a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges, ou de terceiro, com exceção dos casos estabelecidos nos artigos. 1700.º à 1707.º, em que a lei permite que se convençionem disposições por morte entre os esposados ou de terceiros aos esposados e vice-versa. A alínea “a” nada mais o faz que antevê a proibição à regulamentação dos pactos sucessórios, assim como também estipulado no art. 2028, nº 2.

b) A alteração dos direitos ou deveres, quer paternais, quer conjugais.

No tocante aos direitos paternais, o dispositivo de lei supra vem a deixar claro, com fundamentos legítimos incontestáveis, a razão desta restrição, de modo que não é lícito aos nubentes alterar ou excluir direitos ou deveres adstritos à responsabilidade parental, conforme previsto pelos art.s. 1877, 1878 e 1882⁴. Para Coelho e Oliveira, esta restrição abrange cláusulas de teor patrimonial e extrapatrimonial, sendo vedadas as cláusulas que “determine a abolição do dever de fidelidade; que estabeleça o compromisso de obter autorização conjugal para o exercício de uma profissão; que fixe competências especiais, ou prerrogativas quanto ao modo de educação dos filhos, etc.”. (COELHO; OLIVEIRA, 2016, p. 573).

c) Alteração das regras sobre administração dos bens do casal.

Conforme exposto pela literalidade do dispositivo, não se permite que as regras sobre a administração dos bens do casal sejam alteradas na convenção, isto porque depois

⁴ Artigo 1877º, CCP - Duração das responsabilidades parentais

Os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação.

Artigo 1878º - Conteúdo das responsabilidades parentais

1 Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representa-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

2 Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.

Artigo 1882º, CCP - Irrenunciabilidade

Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adoção.

de um processo de evolução legislativa, que teve como marco principal a reforma do Código Civil português, ocorrido em 1977, passou-se a fixar de modo mais igualitário regras sobre a administração dos bens do casal, o que seria um contrassenso a permissibilidade de os conjugues poderem transigir neste aspecto.

Todavia, é lícito, no direito português, que o casal altere regras de administração dos bens por meio da celebração de contratos mandatos, conforme dispõe o artigo 1678º, nº 2, al. g⁵, podendo o casal estipular de modo diverso do previsto em lei. Isto porque o que se proíbe é a alteração por meio da convenção, o que, caso fosse admitido, como se verá adiante, tornariam as regras de administração inalteráveis e abriria caminho para novas injustiças no seio conjugal. O contrato mandato, por sua vez, pode ser livremente e a qualquer momento revogado.

d) A estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no art. 1733º.

Aqui, novamente o legislador vem a estabelecer restrição quanto a comunicabilidade dos bens que compõem o patrimônio próprio mesmo que o regime de bens escolhido pelos contraentes seja o da comunhão geral. Trata-se de uma restrição imperativa que se impõe contra qualquer estipulação em contrário.

O nº 2 do art. 1699º do Código Civil português, por sua vez, proíbe que o nubente que vier a possuir filhos, opte, em convenção antenupcial, pelo regime da comunhão geral, quer sejam os filhos maiores ou menores de idade, sendo vedada, ainda, a comunicabilidade dos bens referidos pelo art. 1722º, nº 1. Nas palavras de Jorge Augusto Pais de Amaral, a presente restrição tem por objetivo “defender os interesses dos filhos anteriores à celebração do casamento, visto que poderiam ser lesados se fosse fixado o regime da comunhão geral” (2016, p. 145). Esta disposição garante que o progenitor continuará a manter em seu patrimônio próprio os bens adquiridos antes e que tenham sido levados para o casamento, como também aqueles que foram sub-rogados em seu lugar ou adquiridos a título gratuito.

⁵ Artigo 1678º, CCP - Administração dos bens do casal

(...)

2 Cada um dos cônjuges tem ainda a administração:

(...)

g) Dos bens próprios do outro cônjuge se este lhe conferir por mandato esse poder.

Tal previsão é salutar, uma vez que os interesses de terceiros ou daqueles que muitas vezes não possuem meios de defesa, como é o caso de filhos menores, devem ser tutelados pelo Estado. Contudo, questionável passa a ser a imposição desta restrição quando o nubente tenha filho maior de idade e este possua total autonomia financeira.

3.1.2 Restrições ao Princípio da Liberdade no Brasil

Em Portugal, o legislador optou por enumerar as restrições ao princípio da liberdade. No Brasil, ressalvada a imposição do regime imperativo para quem se encontre numa das situações previstas pelo art. 1.641, tem-se que o código civil é demasiadamente sucinto na tarefa de limitar o princípio da liberdade (ou princípio da autonomia privada), sendo apenas declarado no art. 1.655 do diploma cível que é considerada “nula a convenção ou cláusula que dela contravenha disposição absoluta de lei” (BRASIL, 2002). Desta feita, conclui-se que o princípio da liberdade não pode ser interpretado e aplicado pelo exegeta de forma absoluta.

Sendo assim, aos nubentes é permitido estipular no instrumento aquilo que lhes aprouver, assuntos notadamente relativos ao regime de bens adotado e às demais questões da vida conjugal do casal, desde que estas não afrontem disposição imperativa ou proibitiva de lei.

Sobre a temática, ensina Gonçalves que “as estipulações permitidas são as de caráter econômico, uma vez que os direitos conjugais, paternos e maternos, são normatizados, não se deixando a sua estruturação e disciplina à mercê da vontade dos cônjuges. Assim, exemplificativamente, nenhum valor terão as cláusulas que dispensem os cônjuges do dever de fidelidade, coabitação, mútua assistência, sustento e educação dos filhos e exercício do poder familiar” (2014, p. 311-312).

Em sentido oposto, Farias, Rosenvald e Braga Netto (2019), entendem que nada obsta, inclusive, que sejam estipuladas cláusulas dispensando os deveres conjugais, como a fidelidade e a coabitação entre os cônjuges, aduzindo que “o preceito não é, a toda evidência, de interesse público, dizendo respeito, essencialmente, à vontade dos particulares (...) até porque, se quiserem [os nubentes] assim proceder, não será a lei que obstará” (2019, p. 1779). Com as devidas vênias, não coadunamos com este posicionamento, uma vez que o diploma civil brasileiro, nos róis do art. 1.566, elenca

entre os deveres conjugais a fidelidade recíproca (inciso I) e a vida em comum (coabitação – inciso II), como bem lembrado acima por Gonçalves (2014).

Em que pese o exercício da autonomia privada pelas partes e as mudanças ocorridas nas relações sociais, não se pode perder de vista que o instituto do casamento tem por objetivo conferir proteção jurídica ao seio da relação e a seus frutos, visando reafirmar valores e bons costumes inerentes a uma vida conjugal que constituem regra, como o respeito, lealdade e a manutenção de uma vida em comum, sem os quais o dever de respeito e consideração mútuos (art. 1.566, inciso V) pode ser prejudicado. Assim, ainda que esses deveres não sejam observados voluntariamente, como outros também não o são, sua dispensa não se deve constar de um acordo formal e solene como o pacto antenupcial.

Em suas lições, escreve Maria Berenice que “nula é a cláusula que prive a mãe do poder familiar, ou altere a ordem de vocação hereditária. É de se ter por não escrita cláusula que implique em renúncia a alimentos, ao direito real de habitação ou ao usufruto legal dos bens dos filhos. Porém, pode haver o reconhecimento de filho, que constitui prova escrita da filiação” (2016, p. 506).

Ao prestar relevantíssima definição do que venha a ser um ato de disposição *contra legem* e esclarecendo as restrições ao princípio da liberdade do pacto antenupcial, ensina Washington de Barros Monteiro que: “Disposições absolutas de lei são as de ordem pública, as rigorosamente obrigatórias, que têm caráter proibitivo e cuja aplicação não pode ser afastada ou excluída pelas partes. O Código não se refere às cláusulas ofensivas dos bons costumes, mas é fora de dúvida que a defesa da ordem pública, a defesa dos interesses gerais da sociedade, abrange também a dos costumes. Em tais condições, tornam-se inadmissíveis estipulações antenupciais que alterem a ordem da vocação hereditária, que excluam da sucessão os herdeiros necessários, que estabeleçam pactos sucessórios, aquisitivos ou renunciativos (de sucedendo ou de non sucedendo), com violação ao disposto no art. 426 do Código Civil de 2002” (2004, p. 312).

Muito embora a legislação brasileira não dispunha taxativamente as restrições ao princípio da liberdade das convenções (pactos) antenupciais, a jurisprudência tem direcionado os casos em que há excesso no exercício da liberdade de pactuação do acordo

antenupcial. Um exemplo disto é o julgamento do REsp 954567 PE 2007/0098236-3⁶ em que o STJ declarou a nulidade de cláusula contida no pacto antenupcial que disciplinava matéria afeta ao regime sucessório contrariando a lei.

Do exposto, percebe-se que a tarefa pela delimitação do princípio da liberdade no ordenamento jurídico brasileiro fica a cargo da doutrina e dos entendimentos jurisprudenciais.

3.2 PRINCÍPIO DA (I)MUTABILIDADE

Neste ponto, verifica-se uma diferença existente quanto a aplicação do instituto na legislação lusitana e brasileira. Em Portugal vigora o princípio da imutabilidade (ou inalterabilidade) do regime de bens. Isto é, os nubentes só podem alterar ou revogar o regime de bens como também aquilo que fora convencionado no acordo nupcial antes de realizado o casamento, conforme preceitua o n° 1 do art. 1714 do CCP⁷. Além de fixar a inalterabilidade da convenção e regime de bens, o legislador vedou a possibilidade de os cônjuges firmarem contratos de compra e venda e sociedade entre si, exceto se separados judicialmente de pessoas e bens (art. 1714°, n° 2). Esta proibição surge para coibir fraudes ao princípio da imutabilidade, isto é, que o regime de bens venha a ser alterado indiretamente, evitando com isso, p. ex., a simulação de transações irrevogáveis entre o

⁶ RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COMASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. 1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família. 2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento. 3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento. 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido. (STJ, 2011, on-line).

⁷ Art. 1714°, n°1, CCP. Fora dos casos previstos na lei, não é permitido alterar, depois da celebração do casamento, nem as convenções antenupciais nem os regimes de bens legalmente fixados.

casal que possam verdadeiramente assumir a faceta de doações⁸, ou, ainda, para evitar a confusão da massa patrimonial do casal com a pertencente à sociedade, assim como uma possível responsabilização daquela.

Quanto à aplicabilidade do princípio em Portugal, explica Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que “não é só o regime de bens convencionado pelos nubentes que não pode ser modificado na constância do matrimónio, mas também o regime supletivo que, na falta de convenção, se aplica por determinação da lei nos termos do art. 1717.º” (2016, p. 576). O fundamento para a aplicação do princípio da imutabilidade ao regime supletivo (comunhão de adquiridos) no ordenamento jurídico português segue a mesma para os demais casos, objetivando dar mais segurança aos terceiros e aos próprios nubentes, conforme assevera Jorge Augusto Pais de Amaral (2016).

Vários são os argumentos levantados pela doutrina portuguesa para justificar a imposição e manutenção de tal regra. Dentre eles, sustenta-se a alegação de que as convenções também são pactos de família, pois os ascendentes dos nubentes também têm interesse pela inalterabilidade do acordo antenupcial, já que muitas vezes prestam auxílio financeiro para o início da vida conjugal de seus filhos e influenciam no regime de bens adotado. Este fundamento não é pacificamente acolhido, já que as relações hodiernas evoluíram.

Uma segunda justificativa defende que princípio da imutabilidade evita que um cônjuge influenciado psicologicamente pelo outro aceite alterar o regime de bens inicialmente convencionado e, com isso, aquele venha a ter prejuízo. Este posicionamento guarda maior aceitabilidade na doutrina, porém é rebatido quando confrontado com o princípio da igualdade entre os cônjuges, presente no art. 1671º do CCP e art. 36º, nº 3 da Constituição portuguesa, bem como quando levantada a hipótese de a regra da imutabilidade poder ser violada por meio da prática de outros negócios jurídicos.

⁸ O Código Civil português permite a doação entre cônjuges, exceto se casados no regime imperativo da separação (art. 1762º). Alguns autores afirmam que tal permissivo constitui na verdade em violação ao princípio da imutabilidade, outros, contudo, discordam, afirmando que não há nenhuma violação à regra, já que o art. 1765º do CCP prevê o princípio da livre revogabilidade, segundo o qual as “doações entre casados podem a todo o tempo ser revogadas pelo doador”. Sendo assim, o cônjuge que se sentir lesado após a doação pode livremente revogá-la.

Por fim, dentre os posicionamentos favoráveis ao mencionado princípio, argumenta-se que a inalterabilidade resguarda interesses de terceiros credores do casal, vez que, por meio da alteração do regime de bens, a massa patrimonial que responda por dívida pode ser diminuída, comprometendo a expectativa de adimplemento do credor. Contudo, este argumento também é enfraquecido quando suscitada a instituição da obrigatoriedade da publicidade da convenção, além da possibilidade de vedação dos efeitos advindos do novo regime de bens para os negócios celebrados no ceio do regime anterior.

Não obstante a manutenção do princípio da imutabilidade e rigidez com que disciplina a matéria, há determinados casos, taxativamente previstos no art. 1715º, nº 1 do CCP, em que se admite a alteração do regime de bens. Estes casos são exceções ao princípio da imutabilidade. Estabelece a alínea “a” do referido dispositivo a primeira exceção à regra da imutabilidade: possibilidade de alteração do regime de bens por meio da revogação de disposições por morte constantes da convenção (permitidas com base no art. 1700º), nos casos e sob a forma em que é permitida pelos arts. 1701º a 1707º.

Em seguida, a Lei Civil portuguesa admite a mudança do regime de bens quando da simples separação judicial de bens do casal (art. 1715º, nº 1, al. “a”). Sobre esta possibilidade, o art. 1770º do CCP estabelece que, após o trânsito em julgado de sentença que vier a decretar a separação judicial de bens, o regime de bens a ser adotado pelo casal será o da separação. A al. “c” se refere como terceira exceção à inalterabilidade a “separação judicial de pessoas e bens”, o que provoca os mesmos efeitos da dissolução do casamento, nos termos do art. 1795º - A do CCP. Por fim, a alínea “d” admite a mudança do regime de bens pactuado em “todos os demais casos, previstos na lei, de separação de bens na vigência da sociedade conjugal”.

Estas são as hipóteses em que a legislação portuguesa admite a alteração da convenção antenupcial. Além do mais, a modificação da convenção deve ser registrada para que produza efeitos perante terceiros (art. 1715, nº 2), em processo semelhante ao exigido para a publicidade da convenção antenupcial.

Há ainda outra via para conseguir a mudança do regime patrimonial e que não é vedada pelo ordenamento jurídico português. É o que se refere à possibilidade de o casal se valer do art. 1713º do CCP (o qual permite convenção sob condição ou a termo) para dispor, na convenção, antes do casamento, sobre a mudança do regime de bens durante o

matrimônio, sendo esta alteração subordinada a evento futuro e incerto (condição) ou a um acontecimento futuro e certo (termo).

Em tom crítico, Ricardo Monteiro Oliveira questiona a manutenção da regra da inalterabilidade do regime de bens vigente em Portugal. Para ele, “se os cônjuges podem, mediante uma decisão prévia, alterar o regime de bens do seu casamento durante o casamento, subordinando essa alteração a um acontecimento (...), então também deveriam ter a possibilidade de alterar o regime de bens do seu casamento no presente, quando as circunstâncias assim o exigissem” (OLIVEIRA, 2015, p. 47-48). O posicionamento merece guarida. Não parece razoável nem prudente que os cônjuges sejam impedidos de modificar sua vontade diante de possível erro ou prováveis mudanças de interesses sobrevivendo com acontecimentos durante a constância do casamento.

No Brasil, por sua vez, o princípio vigente é o da mutabilidade motivada⁹. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o novo diploma legal rompeu com a regra anteriormente vigente e passou a admitir o direito à mudança do regime de bens convencionalizado durante a constância da sociedade conjugal, desde que cumprido os requisitos previstos em lei. Neste sentido, o art. 1.639, § 2º do CCB, permite a alteração do pacto, “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros” (BRASIL, 2002).

Sendo assim, o Código Civil brasileiro requer o preenchimento de quatro requisitos para que se autorize a modificação do regime de bens: a) pedido formulado por ambos os cônjuges; b) autorização judicial; c) razões relevantes; e d) ressalva dos direitos de terceiros. Importa ressaltar que a negativa de um dos cônjuges em anuir com a modificação impede o deferimento do pedido, consentimento este que não pode ser substituído por decisão judicial.

A nosso ver, o Código Civil brasileiro buscou se adequar a nova realidade social ao substituir o princípio da imutabilidade pelo da mutabilidade motivada ou justificada, uma vez que, ao passo que confere maior liberdade aos cônjuges para tratar de seus

⁹ Art. 1639, §2º, CCP. É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

interesses patrimoniais, possibilitando àqueles alterar o regime de bens, de modo a adequá-lo à sua vontade e às suas necessidades, diga-se, mutáveis ao longo da vida conjugal, também estabelece a imutabilidade como regra, enquanto a mutabilidade é a exceção, admissível somente quando preenchidos os requisitos supramencionados e, sobretudo, quando o “pedido motivado” para alteração seja consensual entre ambos os cônjuges, salvaguardando assim, os interesses dos esposados, sem deixar de lado os de terceiros.

A modificação do regime de bens é vedada, porém, pelo Código Civil brasileiro na hipótese de casamento submetido ao regime obrigatório de separação de bens, assim imposto pelo art. 1.641 do Código Civil: a) às pessoas que se casarem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; b) à pessoa maior de 70 anos; e c) a todos os que, para casar, dependerem de suprimento judicial.

Vários são os julgados¹⁰ do Superior Tribunal de Justiça que acolhem as pretensões dos cônjuges em alterar o regime de bens quando cumprido os requisitos previstos em lei. A Corte Superior brasileira tem, inclusive, admitindo a alteração do regime de bens nos pactos antenupciais celebrados antes da vigência do diploma cível de 2002, quando a imutabilidade era a regra¹¹. Para os ministros do STJ, a pretensão conjugal

¹⁰ REsp 1.446.330/SP: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Código Civil de 2002 alterou o ordenamento jurídico brasileiro, modificando o sistema em relação ao princípio da imutabilidade absoluta de regime de bens permitindo a sua alteração justificada ou motivada e desde que demonstrado em procedimento de jurisdição voluntária a procedência da pretensão que deve ser manifestada por ambos os cônjuges, observados os direitos de terceiros. 2. Presente o interesse processual, apto a possibilitar a pretendida alteração de regime conjugal já que a paz conjugal precisa e deve ser preservada. 3. Recurso especial provido. (STJ, 2015, on-line).

¹¹ REsp 1.533.179/RS: DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DO CASAMENTO DE COMUNHÃO PARCIAL PARA SEPARAÇÃO TOTAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NO REGIME ANTERIOR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante dispõe o art. 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os embargos de declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejugamento da causa. 2. É possível a alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do CC de 1916, em consonância com a interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039 do Código atual, desde que respeitados os efeitos do ato jurídico perfeito do regime originário. 3. No caso,

de alterar o regime de bens deve ser acolhida, pois “a paz conjugal precisa e deve ser preservada” (STJ, 2015, on-line).

4. REQUISITOS DO PACTO ANTENUPCIAL

4.1 CAPACIDADE

Considerado um acordo consensual entre as partes, isto é, um contrato, o pacto antenupcial, para que seja considerado válido, deve observar determinados requisitos de validade, assim como qualquer contrato. Contudo, há requisitos próprios atinentes exclusivamente à figura do instituto em comento que devem ser mensurados e levados a cabo para que este surta os efeitos legais esperados para os nubentes e para terceiros.

A priori, necessário levar em consideração a capacidade para celebração da convenção. Em Portugal, conforme determina o art. 1708º, nº1 do CCP, detém capacidade para celebrar convenções aqueles que possuem capacidade para casar, com isso, há uma convergência compreensível para a capacidade de realizar estes atos. O Código civil português (art. 1.601º, al. “a”, CCP), assim como o brasileiro (art. 1.517, CCB), estabelece que possui capacidade para se casar os maiores de dezesseis anos, sendo que aqueles que não possuem a maioridade civil necessitam da autorização de seus representantes legais (pais ou tutores). A capacidade é exigida no ato da escrituração (art. 1710º, CCP).

Nos casos dos menores, a ausência da anuência do representante legal acarreta na anulabilidade da convenção antenupcial, que pode ser revogada no limite de até um ano após a celebração do casamento pelo próprio incapaz, por aqueles a quem competia a autorização ou pelos seus herdeiros. Se, todavia, o nubente for incapaz à época da celebração da convenção e vier a atingir a capacidade para tal ato até a celebração do casamento, o negócio jurídico se convalidará, sendo sanado o vício existente, nos termos do art. 1709º da lei civil portuguesa.

diante de manifestação expressa dos cônjuges, não há óbice legal que os impeça de partilhar os bens adquiridos no regime anterior, de comunhão parcial, na hipótese de mudança para separação total, desde que não acarrete prejuízo para eles próprios e resguardado o direito de terceiros. Reconhecimento da eficácia ex nunc da alteração do regime de bens que não se mostra incompatível com essa solução. 4. Recurso especial provido. (STJ, 2015, on-line).

No Brasil, como exposto alhures, a capacidade para celebrar o pacto antenupcial segue a exigida para o casamento. Deste modo, aqueles que possuam entre 16 e 18 anos, necessitam da assistência de seus representantes legais para que o acordo antenupcial seja considerado válido, pelo que sua eficácia “fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens” (art. 1.654, CCB). O consentimento dos responsáveis legais para o casamento, portanto, não dispensa a necessidade da assistência destes para a celebração do pacto antenupcial.

4.2 FORMALIDADES

No que se atém às formalidades para celebração do ato, determina o Código Civil português que a validade das convenções pressupõe sua declaração prestada perante funcionário do registro civil ou por escritura pública (art. 1710º, CPP). O registro é realizado mediante sua menção no texto do assento do casamento. Qualquer alteração do regime de bens, convencionado ou legalmente fixado são registradas por averbamento ao assento de casamento (art. 190, nº 2 do Código de Registro Civil).

Com isso, os efeitos produzidos pela convenção para terceiros só são gerados a partir do seu registro (art. 1711º, nº 1 do CCP), o que não retira a sua validade e eficácia entre os nubentes. Do mesmo modo prevê o art. 191, nº1, do Código de Registro Civil português que a convenção que estipula a alteração do regime de bens só produz efeitos perante terceiros após o seu registro. Importa salientar que, nos termo do art. 1711º, nº 2 do CCP, não são considerados terceiros os herdeiros dos cônjuges e dos outorgantes.

O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo o português, não admite a fixação do regime de bens do matrimônio por meio de escritura particular, sendo indispensável a sua forma pública, por meio de escritura pública, sob pena de nulidade (art. 1.653, CCB). Para produzir efeitos perante terceiros, é necessário que o pacto seja registrado no Cartório Civil do domicílio conjugal (art. 244, Lei nº 6.015/73), assim como no Cartório do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 1.657 do CCB e art. 167, I, 12 da Lei nº 6.015/73).

Tal registro dará a devida publicidade ao negócio jurídico antenupcial, produzindo efeitos em relação a terceiros. Sem que o registro se proceda, externamente é como se os cônjuges não houvessem firmado tal acordo, vigorando, então, o regime da comunhão parcial perante terceiros, sendo o pacto válido somente entre o casal. O pacto antenupcial também deve ser averbado nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais

pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento (art. 167, II, 1 da Lei nº 6.015/73).

5. INVALIDADE E CADUCIDADE

Assim como os demais negócios jurídicos, as convenções antenupciais são susceptíveis de anulação ou anulabilidade (invalidade). Em ambos os casos, o seu efeito é retroativo, ou seja, a declaração de anulabilidade atinge os negócios jurídicos celebrados na constância do vício que macula o acordo nupcial, exceto quanto ao casamento putativo, como se verá adiante. O instituto em análise possui caráter acessório, pelo que a invalidade ou ruptura do casamento compromete o pacto antenupcial. O contrário, porém, não procede, pois a invalidade da convenção não invalida o casamento.

Com efeito, anota Gonçalves (2014) que, com fundamento no princípio *utile per inutile non vitiatur*, o vício em uma das cláusulas do pacto não compromete o todo, desde que as demais não contrariem a ordem pública. Em Portugal, a problemática pode ser dirimida com base no art. 292º da lei civil, ao dispor que a “nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada” (PORTUGAL, 1966).

No tocante ao casamento putativo¹², é pacífico na doutrina portuguesa e regulamentado em lei que, se os cônjuges tiverem atuado de boa fé, o acordo antenupcial surtirá entre eles e para terceiros (art. 1647, nº 1 do CCP), produzindo todos os efeitos nestas relações até que ocorra o trânsito em julgado da sentença anulatória ou até que se dê o averbamento da decisão no registro civil. O art. 1647, nº 2, por sua vez, disciplina situação oposta, isto é, quando apenas um dos contraentes tiver agido de boa fé. Segundo Amaral, se isto ocorrer, “só esse cônjuge pode arrogar-se os benefícios do estado

¹² Entende-se por casamento putativo aquele celebrado quando presente causa de anulabilidade ou nulidade, tendo sido contraído de boa fé por um ou ambos os nubentes mediante erro de fato ou de direito. Ou seja, é o casamento maculado pela invalidade. Tem-se como exemplos clássicos a mulher que, sem ter ciência, contraiu núpcias com homem já casado e a pessoa que se casou com irmã, vindo a saber depois do parentesco familiar. O reconhecimento da putatividade enseja proteção jurídica ao cônjuge de boa fé e aos eventuais filhos gerados daquela relação.

matrimonial e opô-los a terceiros, como se o casamento tivesse validamente celebrado, até a data do trânsito em julgado da sentença” (2016, p. 149).

O Código Civil brasileiro prevê que o reconhecimento do casamento putativo contraído de boa fé por ambos as partes gera em relação a estes, bem como aos filhos, todos os efeitos do casamento até o dia da sentença anulatória (art. 1.561, CCB). Todavia, se apenas um dos cônjuges estava de boa fé, os efeitos só se aproveitam em relação a ele e aos filhos (§ 1º). Noutro giro, caso ambas as partes estejam imbuídos de má fé, os efeitos civis do casamento somente se aproveitará quanto aos filhos (§ 2º). Não tido por satisfeito, o legislador brasileiro decidiu punir expressamente o consorte culpado pela anulação do casamento com a perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente, bem como o obrigando a cumprir com as promessas feitas àquele no contrato antenupcial (art. 1.564, I e II do CCB).

Em relação à caducidade, o legislador português optou por estipular um determinado prazo para que os nubentes convalidem a convenção antenupcial e esta adquira seu requisito de validade plena, a saber: um ano. Caso os contraentes não se casem neste período, o acordo caducará por expressa disposição legal. O mesmo ocorre se o casamento vier a ser declarado nulo ou anulado, com exceção ao caso do casamento putativo (artigo 1716º, CCP).

Sobre o tema, convém trazer à baila a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (SJ200104190003981)¹³, em caso no qual, mesmo constatada a caducidade de pacto antenupcial celebrado há mais de um ano da data do casamento, a Corte decidiu pela aplicação do regime de bens pactuado na convenção (regime da

¹³ Em seu voto, acolhido por unanimidade, o relator Miranda Gusmão concluiu que: “1) O regime fixado pela convenção antenupcial, celebrado pelo Autor e Ré, foi o da comunhão geral de bens. 2) A convenção antenupcial, celebrada entre Autor e Ré, caducou por o casamento não ter sido celebrado dentro de um ano. 3) Como ninguém se apercebeu da caducidade da convenção antenupcial, o casamento foi celebrado pelos cônjuges e sacerdote como se a convenção se mantivesse eficaz, dela se fazendo menção no assento do casamento, através do respectivo averbamento. 4) A boa fé dos cônjuges quanto à eficácia da convenção antenupcial determina que se considere comum os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges, por sucessão, na constância do casamento, após o registo da convenção. 5) A boa fé dos cônjuges quanto à eficácia da convenção antenupcial, na constância do casamento, após o registo, determina que se atenda ao regime de bens convencionado, aquando da partilha do casal, por efeito do divórcio. (STJ, 2001, on-line).

comunhão geral de bens) por vislumbrar boa-fé em relação aos contraentes, já que ao menos uma das partes tinha a crença de que o acordo estivesse plenamente válido durante o matrimônio. A pretensão da parte autora em afastar o regime pactuado e aplicar o regime da comunhão de adquiridos, alegando, para tanto, a caducidade do termo não foi acolhida.

No Brasil, a lei não estabelece prazo para que o matrimônio seja celebrado após firmado o pacto antenupcial. Ainda que o parágrafo único do art. 1.640 do CCB disponha que a escolha do regime de bens pode ser efetuada pelos nubentes no prazo de habilitação para o casamento, que é de 90 dias, tem-se que este prazo não disciplina a garantia de eficácia plena do pacto, pois o art. 1.653 declara como condição de ineficácia do acordo antenupcial tão somente a não celebração do casamento. Assim, mesmo caducando a habilitação para o casamento, o pacto mantém-se válido. Porém, caso os nubentes não se casem em tempo razoável, tem-se por ineficaz o negócio jurídico acessório celebrado, podendo qualquer das partes questioná-lo.

Por fim, ainda sobre a questão, Farias, Rosenvald e Braga Netto (2019) apontam a possibilidade de o pacto antenupcial servir como contrato de convivência entre os pactuantes, na hipótese de estabelecida uma união estável entre eles, caso estes não venham a se casar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo foi possível analisar, brevemente, os aspectos jurídicos gerais do instituto do pacto antenupcial e sua relevância para consagrar a autonomia privada dos nubentes, disciplinar os interesses econômicos sobrevividos com o casamento e tutelar os interesses de terceiros. No decorrer da obra, prezamos por apresentar um panorama comparativo sobre a aplicabilidade do acordo antenupcial no ordenamento jurídico brasileiro e português. Desta feita, foi possível pontuar que, em relação às regras gerais, ambos os ordenamentos conferem aplicabilidade semelhante ao instituto.

Norteadores do tema em análise, procuramos examinar os princípios basilares do pacto antenupcial, sendo possível constatar que, em Portugal, no tocante ao princípio da liberdade, há uma maior delimitação de sua abrangência, pelo que o legislador português optou por elencar expressamente as vedações aos nubentes quando da celebração do acordo, enquanto no Brasil, essa tarefa fica a cargo da doutrina e jurisprudência.

Constatou-se maior incongruência em relação ao segundo princípio, pois, enquanto em Portugal vigora o princípio da imutabilidade (ou inalterabilidade), vedando-se a alteração do regime de bens após celebrado o casamento, no Brasil, o legislador ordinário, quando da elaboração do Código Civil de 2002, optou por romper com a antiga regra da imutabilidade, que fora importada por meio das Ordenações e adotada pelo Código Civil de 1916, conferindo maior autonomia às partes, tanto antes como depois da união matrimonial, vigorando o princípio da mutabilidade motivada ou justificada, em que é admitido a alteração do regime de bens pactuado no estatuto patrimonial após o casamento, desde que presentes os requisitos legais.

Desta análise, julgamos como correta a opção do legislador brasileiro e pontuamos os principais argumentos que ensejam a manutenção de tal regra na lei civil portuguesa, como também os argumentos contrários, pelo que ficou claramente demonstrado que os primeiros não são capazes de sustentar a regra vigente no ordenamento lusitano, a qual ignora a dinamicidade dos interesses do casal e, sobretudo, suas necessidades, o que pode comprometer a harmonia da vida em comum do casal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito da Família e das Sucessões**. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2016.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **Pacto Antenupcial: Uma Leitura à Luz do Negócio Jurídico**. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0229_0264.pdf. Acesso em: 10 de set. de 2019.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 de set. 2019.

_____. **Lei dos Registros Públicos de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 14 de set. 2019.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**, vol. I, 5ª ed. Coimbra: Coimbra da Universidade de Coimbra, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6: Direito de Família. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 2. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Ricardo Monteiro de. **O Princípio da Imutabilidade das Convenções Antenupciais e dos Regimes de Bens Legalmente Fixados: Algumas considerações sobre um princípio em declínio**. Disponível em:

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28697/1/O%20principio%20da%20imutabilidade%20das%20convencoes%20antenupciais.pdf>. Acesso em 14 de set. 2019.

PORTUGAL. **Código Civil Português de 1966**. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=775&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 12 de set. 2019.

_____. **Código do Registro Civil Português de 1995**. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=682&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 14 de set. 2019.

_____. **Constituição da República Portuguesa de 1974**. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 14 de set. 2019.

REINO DE PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em:

<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/11ind.htm>. Acesso em: 13 de set. 2019.

_____. **Ordenações Filipinas**. Disponível em:

<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 13 de set. 2019.

_____. **Ordenações Manuelinas**. Disponível em:

<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em: 13 de set. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 954567 PE 2007/0098236-3. Relator: Ministro

Massami Uyeda. DJ: 10/05/2011. **JusBrasil**, 2011. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085246/recurso-especial-resp-954567-pe-2007-0098236-3>. Acesso em: 19 de set. 2019.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1446330 SP 2013 /0381841-1. Relator: Ministro

Moura Ribeiro. DJ: 17/03/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178707387/recurso-especial-resp-1446330-sp-2013-0381841-1/relatorio-e-voto-178707401?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 de set. 2019.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.533.179/RS. Relator: Ministro Ministro Marco

Aurélio Bellizze. DJ: 08/09/2015. **Migalhas**, 2016. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/1/art20160118-01.pdf>. Acesso em: 19 de set. 2019.

STJ. REVISTA: SJ200104190003981. Relator: Ministro Miranda Gusmão. DJ:

19/04/2001. **DGSI**, 2001. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8ff5be3963525c6680256b0b003b47a9?OpenDocument&Highlight=0,SJ200104190003981>. Acesso em: 19 de set. 2019.

ARTIGO 2.

O DIREITO DE AÇÃO E O CONTRADITÓRIO: A IMPOSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE “DECISÃO SURPRESA”

THE RIGHT OF ACTION AND THE CONTRADICTORY: THE IMPOSSIBILITY TO PROLATE “SURPRISED DECISION”

Luciana de Camargo Maltinti¹⁴

Juliana de Camargo Maltinti¹⁵

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo estudar o direito de ação como direito fundamental à jurisdição efetiva, respeitado o contraditório, apesar do novo Código de Processo Civil permitir a possibilidade das decisões de improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 332. Os processualistas devem adequar certos institutos à realidade, a fim de alcançar a efetividade da jurisdição. Para isto, é imprescindível que o juiz tenha consciência dessa realidade, a fim de aplicar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material, em decorrência do direito fundamental à jurisdição efetiva, destacando-se a concepção de ação como o direito fundamental à jurisdição efetiva.

¹⁴ Advogada. Mestre pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Ambiental pela PUC-SP e em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professora da Universidade Nove de Julho - Uninove e de cursos preparatórios para exame da OAB e concursos públicos. Autora de diversas obras e artigos jurídicos.

¹⁵ Advogada. Mestre pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Processo Civil pela PUC-SP. Professora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, da Universidade de Guarulhos e de cursos preparatórios para exame da OAB e concursos públicos. Autora de diversas obras e artigos jurídicos.

Palavras-chave: Direito de Ação – Contraditório – Direito Fundamental – Jurisdição Efetiva

ABSTRACT

This essay aims to study the right of action as a fundamental right to the effective jurisdiction, respecting the contradictory, although the new Code of Civil Procedure allows the possibility of decisions of preliminary dismissal of the request, pursuant to art. 332. Proceduralists must adapt certain institutes to reality in order to achieve the effectiveness of jurisdiction. For this, it is essential that the judge be aware of this reality, in order to apply the most appropriate procedural technique to the needs of substantive law, due to the fundamental right to effective jurisdiction, highlighting the conception of action as the fundamental right to jurisdiction. effective.

Keywords: Law of Action – Contradictory – Fundamental Law – Effective Jurisdictional

1. INTRODUÇÃO

O direito brasileiro passa por movimentos reformistas, com a finalidade de estabelecer mecanismos capazes de atender de forma satisfatória ao direito em tempo razoável. Não basta celeridade no procedimento, é imprescindível a efetividade no resultado.

Diante deste contexto, verifica-se o movimento efetivista no direito como um todo, que tem por escopo cumprir a promessa constitucional dos direitos fundamentais.

O presente estudo visa apresentar a jurisdição efetiva como direito fundamental, destacando sua imprescindibilidade para a tutela dos direitos na sociedade contemporânea, respeitado o contraditório, apesar do novo Código de Processo Civil permitir a possibilidade das decisões de improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 332.

A Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo o direito de ação, isto é, o direito ao acesso a uma atividade jurisdicional do Estado, bem como o direito a devida resposta do judiciário.

Portanto, este dispositivo constitucional é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, de tal forma que para que se tenha efetividade é necessário que no menor espaço de tempo, o processo confira a quem tem direito tudo àquilo que faz jus.

Com isso, todas as normas processuais devem ser submetidas à efetividade, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, podendo ser considerado cláusula geral processual, já que constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva.

Diante disto, o processo deve ser estruturado de modo a permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. Para isto, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação.

Isto significa que diante da dinâmica da sociedade, o juiz está autorizado a encontrar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material. E, estas técnicas, devem ser subordinadas ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Para isso, procurar-se-á, com o presente ensaio, estudar o movimento efetivista no processo civil brasileiro para demonstrar a necessidade da adequação das técnicas processuais ao direito material como resposta ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Pois, atualmente, a finalidade do processo é a prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que os procedimentos tornam-se menos importantes.

2. MOVIMENTO EFETIVISTA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O direito brasileiro passa por movimentos reformistas a fim de procurar atender as necessidades sociais decorrentes da evolução social. Essas alterações não se referem apenas aos instrumentos que visam celeridade, mas respostas satisfatórias ao direito em tempo razoável.

O movimento efetivista corresponde a aplicações éticas e tempestivas do direito¹⁶. No processo civil brasileiro, destacam-se as ondas renovatórias tratadas por

¹⁶ RULLI NETO, Antonio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.161-162.

Mauro Cappelletti¹⁷, caracterizadas pelo despertar de interesses em torno do acesso efetivo à justiça. A primeira onda desse movimento é voltada à assistência judiciária aos necessitados; a segunda, tendente a atender pretensões à tutela coletiva e a terceira, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, centra sua atenção no conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos, utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas, inclusive, através de reformas internas das técnicas processuais.

Verificam-se, há alguns anos, diversas reformas nos procedimentos judiciais como, por exemplo, procedimentos especiais para pequenas causas; racionalização dos recursos; previsões de tutelas de urgência; alterações nos processos de execução, dentre outras medidas tendentes a garantir o funcionamento da jurisdição, no sentido de efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Antonio Rulli Júnior¹⁸, afirma que: “A jurisdição deve permitir a garantia dos princípios constitucionais, como forma de bem decidir, assegurando a realização de seus fins”.

Antonio Rulli Neto¹⁹ destaca que o movimento efetivista irradia-se em todos os ramos do direito. Explica que: “esse movimento a que entendemos por bem denominar efetivista corresponde a uma onda renovatória no direito como um todo e uma quarta onda renovatória no processo civil, pois engloba a participação de outros campos jurídicos e, mesmo, estruturas de Estado, dando seguimento à desburocratização da terceira onda, do acesso à justiça e das demandas coletivas, mas com meios possíveis para tanto e mecanismos de melhoria institucional. Se se fala em melhoria, quer-se dizer adequação para permitir atendimento ao número de feitos a ser apreciados, e apreciados de maneira a conscientizar a população de seus direitos. A quarta onda sai do âmbito interno do processo (como ocorre na terceira onda) e é o funcionamento conjunto do processo, das instituições e do agente juiz, os três elementos formadores do Poder Judiciário”.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.31, 67-68.

¹⁸ RULLI JÚNIOR, Antonio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.103.

¹⁹ RULLI NETO, Antonio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.162.

E, ainda, esclarece “esse conjunto de comportamentos (juiz + instituições + reformas legislativas) inaugura essa nova fase que tem os resultados como objetivos, dentro de: (a) ética; (b) transparência; (c) legalidade; (d) tempestividade, nesse sentido visando a um efeito de tutela de confiança. Eis um instrumento de legitimação democrática e de pacificação com justiça”.

Assim, o movimento efetivista tem por finalidade cumprir a promessa constitucional dos direitos fundamentais. Dentro deste contexto, a tutela jurisdicional, que é a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão de lesão ou ameaça de lesão a um direito material, é voltada para o direito material, daí ser correta a expressão “tutela jurisdicional de direitos materiais²⁰”.

Com isso, das garantias constitucionais, da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional deve se extrair, formas de tutela ou tipos de provimento aptos a solucionar, efetiva e adequadamente, todas as situações de violação ou ameaça de violação de direitos e interesses protegidos no plano substancial. Isto significa que é preciso extrair das aludidas garantias e do sistema processual que as regulamenta, efeitos aptos à tutela de todos os direitos fundamentais violados ou sujeitos a ameaça de violação.

Para isto reconhece-se a atipicidade da tutela jurisdicional, no sentido de que não há um rol previamente estabelecido de provimentos aptos à proteção de todos os direitos e interesses materiais. Essa atipicidade é um desdobramento da atipicidade das ações²¹.

As formas de tutela ou os tipos de provimento são estabelecidos com base na situação substancial, que estabelece não apenas qual o bem da vida a ser proporcionado ao autor, mas também a eficácia jurídica apta a conduzir a esse bem²². Portanto, a tutela jurisdicional deve ser buscada primeiramente no direito material, indagando-se, depois,

²⁰ *vide* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009, p.30-38.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p.147.

²² Sob a ótica de Flávio Yarshell, trata-se, respectivamente, do pedido mediato (bem da vida) e imediato (efeitos aptos a proporcioná-lo). (YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p.148).

qual o provimento apto à produção de tais ou quais efeitos substanciais autorizados pelo direito material²³.

A atipicidade atende à exigência de universalidade da tutela jurisdicional, no sentido de que o sistema deve estabelecer modelos de provimento (resultados) aptos à efetividade de todo e qualquer direito ou interesse material, com o que se obtém pleno acesso à justiça²⁴.

Nesse sentido, afirma Flávio Yarshell²⁵: “a aceitação desses *modelos* de provimentos não deve, ao menos como regra²⁶, operar como fator limitativo do acesso ao Poder Judiciário. Pelo contrário: a extensão desses modelos é ditada pelo direito material, a quem incumbe determinar quais os efeitos substanciais que podem e que não podem ser produzidos. Sob esse aspecto, o estabelecimento de modelos – idôneos à efetivação de direitos e interesses – pode ser interpretado como uma superação da rigidez da *actio romana* e fator de universalização da tutela jurisdicional”.

A garantia de ingresso em juízo ou “direito de demandar”²⁷ consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, somente lhes podendo ser negado o exame de casos perfeitamente definidos em lei. Hoje, cada vez mais, prega-se a universalidade da jurisdição, no sentido de evitar que conflitos fiquem à margem do Poder Judiciário.

Para Antônio Rulli Júnior²⁸, a finalidade do processo é “permitir a universalidade da tutela jurisdicional. Instrumento da Justiça não pode conotar empecilho de nenhuma

²³ *ibidem*, p.148.

²⁴ *Ibidem*, p.148-149.

²⁵ *ibidem*, p.149.

²⁶ Flávio Yarshell considera a ação rescisória como ação típica. Pois entende que “há caso em que a tutela – entendida como resultado proporcionável pelo processo – é prévia e taxativamente limitada pela lei processual, que deliberadamente impõe limites à produção de certos efeitos. È o caso do provimento apto à desconstituição da sentença de mérito transitada em julgado, eis que a situação de desvinculação da coisa julgada (subjéctiva e objetivamente) somente se obtém com base naquele provimento taxativamente autorizado pela lei (ação rescisória)”.

²⁷ Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, em seu sentido menos profundo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.2. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.320).

²⁸ RULLI JÚNIOR, Antônio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.130.

ordem, como prática pacificadora voltada para o restabelecimento da harmonia social”. E completa: “torna-se indispensável a função jurisdicional para qualquer grupo da nação”.

Com isso, a universalidade do processo e da jurisdição reside no primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e, por consequência, no primeiro passo para o acesso à justiça²⁹.

3. JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO

O direito processual, ao longo da história, sofreu profundas alterações. E é a partir dessa evolução que os processualistas devem adequar certos institutos processuais à realidade, a fim de alcançar a efetividade da jurisdição.

O homem satisfaz suas necessidades através dos bens. Ao se posicionar frente aos bens para satisfazer suas necessidades surge o interesse. É possível que várias pessoas possuam interesse sobre o mesmo bem, o que pode resultar no conflito de interesses.

Nos primórdios da civilização, quando o Estado ainda não estava consolidado, vigorava o regime da autotutela (ou autodefesa ou justiça privada), no qual as próprias pessoas resolviam entre si os seus conflitos de interesses.

Esse regime caracterizou-se pela imposição da decisão do mais forte sobre o mais fraco, o que resultava em injustiças, pois nem sempre aquele que estava em situação regular tinha o seu direito tutelado.

Em dado momento da história, surge à necessidade da intervenção estatal. O Estado, suficientemente fortalecido, avoca para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses, passando a prestar, com exclusividade, a denominada atividade jurisdicional.

A jurisdição é exercida em relação a uma lide, que o interessado deduz perante o Estado-juiz, inerte por sua natureza. Ao ser provocado, através da ação, o Estado, por

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.373.

meio de um processo, aplicará a lei ao caso concreto, buscando solucionar o conflito e atingir a paz social.

Daí ser nítida a relação entre jurisdição, ação e processo, conhecidos como institutos fundamentais do processo civil.

Para Cândido Rangel Dinamarco, os institutos fundamentais do processo são quatro: jurisdição, ação, processo e defesa.

Entretanto, pensamos como o professor Rodrigo da Cunha Lima Freire, no sentido de que: a defesa deve ser estudada no contexto do processo, como manifestação do princípio da bilateralidade da audiência, também conhecido como princípio do contraditório. Não se pode localizá-la, portanto, ao lado de conceitos absolutamente interdefiníveis como a jurisdição, a ação e o processo.

Assim, consideraremos como institutos fundamentais do processo civil, a jurisdição, a ação e o processo.

A jurisdição é a função estatal, exercida por intermédio do juiz, de resolver os conflitos na sociedade, restabelecendo a pacificação social e as relações jurídicas. E, se o Estado possui esta atividade, todas as pessoas têm o direito de exigir dele a prestação do exercício da jurisdição. Esta função é exercida através da ação.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra: jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Ação é o direito de todos de cobrar do Estado o exercício da jurisdição. E o método ou técnica pela qual se realiza a jurisdição é o processo, ou seja, este é o instrumento da jurisdição, responsável por estabelecer as relações jurídicas entre as

partes, e entre elas e o juiz. Enquanto o procedimento é uma sequência de atos processuais, isto é, a parte visível do processo.

Com isso, conclui-se, que jurisdição, ação e processo, são conceitos dependentes, constituindo os três elementos fundamentais do direito processual.

4. O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO EFETIVA

A Constituição Federal brasileira dispõe, no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isto significa que todos têm direito a uma prestação jurisdicional efetiva, ou seja, a ação é um direito fundamental a uma jurisdição efetiva.

Embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador³⁰, o acesso à justiça atinge a todos indistintamente, não podendo o legislador, assim como o administrador e o julgador, impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir uma pretensão³¹.

Assim, seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, torna-se necessário à

³⁰ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969), 2.ed., São Paulo, 1971, tomo V, p. 108-109. Dissemos *destinatário principal* no sentido da advertência de Santi Romano, para quem as normas jurídicas não têm um destinatário certo e único, de onde se pode concluir que o problema do destinatário das normas é um falso problema (Norme giuridiche (destinatare delle), verbete nos *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (reimpressão), p.135 et seq.) *apud* NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.130.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.130. A edição do Ato Institucional 5/68, de 13.12.1968, outorgado pelo Presidente da República, no sistema jurídico dos estados totalitários, que para tanto não tinha legitimidade, proibia o acesso à justiça por questões raciais. O seu artigo 11, dizia que: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

atuação do Estado na prestação da tutela jurisdicional, através do instrumento processual, a fim de propiciar às partes “acesso à ordem jurídica justa³²”.

Isto quer dizer que o acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de ingresso em juízo ou a mera *admissão ao processo*³³. É necessário que se tenha efetivo acesso à justiça, ou seja, todos possuem direito a uma devida resposta do judiciário.

Nesse sentido, Kurt Eichenberger³⁴ assegura que “o direito de ação não é apenas o direito de afirmar um direito material em juízo ou o direito de formular um pedido de tutela do direito material com base em fundamento de fato e direito. A ação não se resume ao ato que invoca a jurisdição. Não é um ato solitário, como se o direito de ação pudesse ser restringido a um requerimento de tutela jurisdicional”.

Portanto, o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição³⁵.

É importante esclarecer que a tutela jurisdicional efetiva não pode ser confundida com a celeridade processual, prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Não há dúvida de que um dos grandes problemas da justiça atualmente está na morosidade da prestação jurisdicional. Entretanto, a efetividade jurisdicional não se resume a isto, pressupõe, de um lado, o equilíbrio entre a celeridade processual ou duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e segurança processual e, do outro, a denominada máxima coincidência ou processo de resultados³⁶. Esta máxima coincidência é demonstrada na fórmula de Chiovenda, para quem “Il processo deve dare per quanto è

³² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 33.

³³ *ibidem*, p.33.

³⁴ Kurt Eichenberger vê o direito de ação como uma pretensão a uma decisão materialmente justa. (Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, p.83 e ss.) *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.215.

³⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p.301.

³⁶ *ibidem*, p.302.

possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire³⁷”.

Com isso, a simples celeridade é insuficiente para alcançar a almejada efetividade. O penoso tempo entre o exercício da ação e a satisfação do direito material não pode servir de desculpa para o detrimento de outras garantias constitucionais, tais como a segurança processual, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), visto que a celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem o devido processo legal (art. 5º, LIV)³⁸, pois, caso contrário, estaríamos diante da insegurança jurídica.

Nesse sentido, o professor Rodrigo da Cunha Lima Freire, com quem concordamos, entende que: “só existe jurisdição efetiva quando esta é, ao mesmo tempo, tempestiva e eficaz no plano material. Portanto, a efetividade da jurisdição exige que, no menor espaço de tempo possível, o processo confira a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que faz jus³⁹”.

Diante disto, Luiz Guilherme Marinoni⁴⁰ assevera que a norma constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, significa, de uma só vez, que “i) o autor tem o direito de afirmar lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’ azione nascende dal contratto preliminare”. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. vol. I, p. 110 *apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.1.

³⁸ Barbosa Moreira, conclui: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”. (“O futuro da Justiça: alguns mitos”. Temas de Direito Processual Civil: Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.5) *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

³⁹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p.302.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.221.

que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou for exercitada; v) o autor tem o direito de influir sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedida; vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao procedimento adequado à situação de direito substancial carente de proteção”.

Desta forma, fica categoricamente demonstrado que a ação, longe de ser um simples ato de invocar a prestação jurisdicional, constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva. Pois de nada adiantaria a Constituição Federal prever o direito à prestação jurisdicional, sem garantir sua efetividade.

Com isso, todas as normas processuais devem ser submetidas à efetividade, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, podendo tal dispositivo ser considerado cláusula geral processual⁴¹, já que constitui o direito fundamental à jurisdição efetiva.

Adverte Enrico Tullio Liebman⁴², “é necessário evitar, tanto quanto o possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito”.

Por isso, a partir da tutela prometida pelo direito material é que vai se estruturar o formalismo processual.

⁴¹ Conforme orientação do professor Rodrigo da Cunha Lima Freire, em decorrência das reformas do Código de Processo Civil, a tendência é a eliminação dos procedimentos especiais. Atualmente, existem no processo civil as cláusulas gerais processuais, como, por exemplo, a tutela antecipada que é aplicada a qualquer procedimento (art. 273, CPC); a cláusula geral de cautela (art. 798, CPC), dispensando as cautelares nominadas; a cláusula geral para obrigação de fazer e não fazer (art. 461, CPC); a tutela específica para entrega de coisa (art. 461-A, CPC). A partir daí, o juiz, pode, inclusive, flexibilizar procedimento, em razão do direito fundamental à jurisdição efetiva. (Aula ministrada no curso de Mestrado em São Paulo, 2009).

⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v.1. 2.ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Cabe esclarecer que nem sempre as partes possuem interesse em uma tutela jurisdicional dirigida à reparação do dano, pois, muitas vezes, o que se pretende é impedir a lesão do direito, de forma a concretizar os direitos fundamentais e invioláveis do cidadão. Assim, o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*⁴³, seja preventiva ou reparatória. Não basta o direito à tutela jurisdicional.

É imprescindível que o juiz tenha consciência dessa realidade, a fim de aplicar o procedimento adequado ao caso concreto como decorrência do direito fundamental à jurisdição efetiva⁴⁴.

5. O CONTRADITÓRIO E A IMPOSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE “DECISÃO SURPRESA”

Estabelecido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. E, ainda, no art. 7º do CPC é garantido o contraditório substancial: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Verifica-se que do contraditório resultam duas exigências: a de se dar ciência ao réu, bem como aos litigantes, de todos os termos e atos do processo (“poder de informação”) e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário (“poder de influência”)

⁴³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.132.

⁴⁴ O direito de ação ou direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pode ser decomposto em três aspectos básicos: direito de acesso à jurisdição, direito ao processo justo e direito à técnica processual adequada. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.211). Ou seja, a técnica processual deve ser adequada ao perfil do direito material, a fim de que seja obtida a efetividade jurisdicional.

O contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida ou participação da parte; exige-se participação de forma ativa, ou seja, com a possibilidade de influenciar no conteúdo da decisão. Isto porque o juiz tem o dever de levar em consideração as alegações das partes na construção do resultado do processo, o que a doutrina denomina de contraditório substancial.

Com isso, o contraditório prévio é regra no processo civil, sendo proibida as “decisões surpresas”, de forma que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (arts. 9º e 10, CPC).

Ressalta-se, ainda, que um dos deveres decorrentes da cooperação, previsto no art. 6º, CPC, é o dever do juiz consultar as partes diante de qualquer decisão, visto que ele não pode resolver questão ou matéria sem a oitiva prévia das partes, salvo exceções previstas no parágrafo único do art. 9º do CPC.

Verifica-se também que ainda que a matéria seja cognoscível de ofício (falta de condições da ação, de pressupostos processuais, litigância de má fé etc), o juiz tem o dever de ouvir as partes previamente antes de proferir sua decisão, sob pena de nulidade (art. 10, CPC).

É possível que o contraditório seja diferido diante das decisões provisórias, ou seja, decisões que poderão ser modificadas. Por exemplo, no caso das decisões fundadas em cognição sumária (tutelas de urgência, arts. 9º, inciso I e 300, ambos do CPC).

Também no caso do julgamento de total improcedência liminar do pedido, admite-se que o juiz julgue improcedente o pedido antes de determinar a citação do réu (art. 332, CPC). Isto porque tal decisão não traz nenhum prejuízo ao réu, pelo contrário, só aufere vantagens. Caso o autor interponha o recurso de apelação contra esta decisão, o réu deverá ser citado para apresentar as contrarrazões, a fim de garantir o contraditório (art. 332, §4º, CPC).

O art. 11 do CPC é fonte dos princípios da publicidade processual e da fundamentação das decisões judiciais, também consagrados nos arts. 5º, inciso LX e 93, inciso IX, da CF. Ambos os princípios são inerentes ao estado democrático e social de direito.

O art. 11 do CPC estabelece que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

A publicidade se apresenta como uma garantia contra o arbítrio e o devido processo legal, já que processo justo não se compatibiliza com a discricionariedade jurisdicional.

Assim, os atos processuais são públicos a fim de proporcionar o controle das decisões judiciais (arts. 8º, 11 e 189 do CPC).

A publicidade tem um duplo significado: publicidade geral, que outorga direito de acesso ao conteúdo dos autos do processo, e publicidade imediata, que outorga direito de presença no momento da prática de atos processuais, exceto nas hipóteses de segredo de justiça.

O CPC admite que os processos tramitem sem segredo de justiça quando o interesse público ou social o exigir; quando versarem sobre “casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de criança e adolescentes”; na proteção do direito à intimidade; quando versarem sobre “arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo” (art. 189, CPC).

Além disto, o juiz ou tribunal, ao proferir suas decisões, deve apresentar as razões pelas quais proferiu determinada medida ou julgamento. A fundamentação serve para o controle e fiscalização da atividade judiciária, assegurando-lhe transparência.

Esse controle poderá ser exercido pelos próprios litigantes, pelos órgãos superiores, em caso de recurso, e pela sociedade.

Portanto, o dever de fundamentação das decisões judiciais (o magistrado deve esclarecer os seus pronunciamentos) constitui banco de prova do direito ao contraditório das partes (afastando-se “decisões surpresas”), ou seja, corresponde ao poder das partes de participar ativamente, influenciando no resultado do processo (princípio da cooperação), bem como se conecta a boa fé objetiva (a lealdade do julgador exige um discurso racional, previsível e controlável).

Em caso de falta de motivação, qualquer dos litigantes poderá valer-se dos embargos de declaração, solicitando ao juiz que explique os fundamentos de sua decisão,

bem como interpor o recurso adequado a fim de pleitear eventual nulidade da decisão (art. 1022, inciso II e seu parágrafo único e §1º do art. 489, ambos do CPC).

As tutelas provisórias podem ser concedidas liminarmente, ou seja, independentemente da citação do réu; ou após a realização da audiência de justificação prévia, em que o autor produz prova para tentar confirmar o preenchimento dos requisitos legais para a concessão da tutela provisória de urgência, quais sejam: probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e, eventualmente, ausência de irreversibilidade dos efeitos da decisão na tutela de urgência de natureza antecipada (§§ 2º e 3º do art. 300, CPC).

Portanto, admite-se a concessão das tutelas provisórias inaudita altera parte, sendo o contraditório diferido ou postergado. Trata-se de exceção ao disposto no caput do art. 9º do CPC que prevê: “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (parágrafo único do art. 9º, CPC).

6. O CONTRADITÓRIO E A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

A improcedência liminar do pedido trata-se da possibilidade do magistrado proferir sentença de mérito desde logo, antes da citação do réu. É admitida nos termos do art. 332 do CPC, nas causas que dispensem a fase instrutória e desde que o pedido contrarie enunciado de súmula do STJ ou do STF; ou acórdão proferido pelo STJ ou STF em julgamento de recursos repetitivos; ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou, ainda, enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (incisos I ao IV do art. 332 do CPC).

Além destes casos, o § 1º do art. 332 do CPC também prevê a rejeição liminar da inicial com resolução do mérito nos casos em que o juiz verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição (art. 487, inciso II, CPC).

Observa-se o parágrafo único do art. 487 do CPC que, de acordo com as normas fundamentais do processo, atendendo o princípio do contraditório e a impossibilidade de prolação de “decisão surpresa”, determina que a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se, salvo no caso de constatação delas, desde logo, gerando a improcedência liminar do pedido.

Nada impede que ocorra o julgamento liminar parcial do mérito, nos termos do art. 356, CPC, desde que presentes os requisitos previstos no art. 332, CPC.

Contra a sentença de improcedência liminar do pedido cabe o recurso de apelação (art. 1009, CPC), permitindo o juízo de retratação em cinco dias pelo magistrado (§ 3º do art. 332 do CPC). Havendo retratação, o réu será citado para audiência de conciliação ou mediação, como regra, salvo se o objeto não admitir transação ou ambas as partes expressarem desinteresse pela audiência (arts. 334 e 335, CPC). Caso não haja retratação, o réu será citado para apresentar contrarrazões à apelação no prazo de quinze dias (§ 4º do art. 332 do CPC).

Não interposta a apelação, a sentença de improcedência liminar do pedido trânta em julgado e o réu deverá ser intimado desta decisão (§ 2º do art. 332 do CPC e arts. 9º e 10 do CPC).

Diante disto, verifica-se, conforme já elucidado, que o processo é técnica, meio, método de trabalho, pelo qual se realiza a jurisdição. Tal técnica processual deve ser adaptada ao perfil do direito material, a fim de se obter a jurisdição efetiva, ou seja, a tutela dos direitos.

Nesse sentido, dispõe Luiz Guilherme Marinoni, “os institutos do processo dependem da estrutura não apenas das normas que instituem direitos, mas também das formas de proteção ou de tutela que o próprio direito substancial lhe confere⁴⁵”.

Afirma Sérgio Cruz Arenhart⁴⁶: “a sociedade evolui, trazendo novos paradigmas do Direito, novos direitos a serem reconhecidos e novas situações a serem enfrentadas. Justamente com esta evolução, o processo é sempre conclamado a adaptar-se às circunstâncias e a oferecer formas de tutela adequadas a tais novas situações.

É imprescindível a adaptação do Direito as mudanças sociais, uma vez que sua atuação depende do conhecimento da realidade para poder ordenar as relações entre os cidadãos. O papel do jurista é tornar o abismo que separa a realidade, o direito e o

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.240.

⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

processo o menor possível, dotando o sistema jurídico de soluções às novas situações reais, de forma mais breve possível⁴⁷.

Portanto, a transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que o processo civil seja adaptado às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial, uma vez que sua principal função é o dever de atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional. Pois, o processo é uma técnica processual que deve estar sempre a serviço da efetividade.

Isto significa que diante da dinâmica da sociedade, o juiz está autorizado a encontrar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material. E, estas técnicas, devem ser subordinadas ao direito fundamental à jurisdição efetiva. Não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Esclarece Luiz Guilherme Marinoni⁴⁸ “no Estado constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material é ser incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais”.

Para dar efetividade aos direitos fundamentais, inclusive, à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível outorgar à jurisdição a tutela dos direitos.

Ensina o professor Luiz Guilherme Marinoni⁴⁹ “se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) *são diversas*, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, *não são neutros* às tutelas (ou ao direito material), *e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância*”.

⁴⁷ *op. cit.*, p. 17.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.240-241.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115.

O processo deve ser estruturado de modo a permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. Para isto, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação.

O professor Rodrigo da Cunha Lima Freire⁵⁰, dentre as técnicas processuais, destaca: a admissibilidade; as tutelas jurisdicionais e os procedimentos, fruto do direito fundamental à jurisdição efetiva, capazes de atender às novas situações jurídicas, em que se concretizam os direitos fundamentais do cidadão.

Desta forma, o juiz deve adaptar as técnicas processuais ao perfil do direito material para atender os novos direitos.

Atualmente, a finalidade do processo é a prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que os procedimentos tornam-se menos importantes.

Explica o professor José Roberto dos Santos Bedaque⁵¹: “o sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente. (...) É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo”.

Nesse sentido, observa-se a improcedência liminar do pedido como uma técnica adequada à satisfação do direito material, já que permite, de forma célere e efetiva, a garantia aos precedentes vinculantes, senão vejamos:

⁵⁰ Dentro da admissibilidade encontram-se as condições da ação; os pressupostos processuais; os requisitos de admissibilidade dos recursos. Como tutelas jurisdicionais podem ser citadas: a tutela específica; a tutela de obrigação de fazer ou não fazer; a tutela de entrega de coisa. Dentre os procedimentos há o procedimento eletrônico; penhora *on line*; procedimentos na execução. (Aula ministrada no curso de Mestrado em São Paulo, 2009).

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

Segundo Paulo Ferreira da Cunha⁵²: “... a jurisprudência se vai tornando fonte de direito. Mas onde ela assume maior relevo é naquelas ordens jurídicas (como as dos países anglo-saxônicos) em que o precedente faz regra. Onde não é apenas uma reverencial aceitação ou um costume jurisprudencial julgar certos casos como foi sendo hábito fazer, mas antes se impõe ao juiz o dever de respeitar a “tradição”, prosseguindo na mesma linha (*rule of precedente*)”.

E, ainda completa, “No Brasil a importância da Jurisprudência é enorme, em termos sociais. Sabem-se os nomes dos onze ministros da Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal (STF), talvez mais que dos jogadores da delegação de futebol (diz-se, com alguma graça, sem dúvida, na *vox populi*). Para isso, terá também contribuído a original e inédita decisão de transmitir televisivamente os julgados, mais um efeito de publicização da sociedade informacional. Seria, na verdade, muito interessante e esclarecedor fazer estudos de *knowledge and opinion about law* (KOL) sobre a enorme presença de vários órgãos jurisdicionais na televisão no Brasil”.

Portanto, o direito processual deve proporcionar mecanismos adequados à efetivação do direito, ou seja, não basta o reconhecimento formal de um direito, é preciso reconhecer este direito de forma efetiva através da tutela adequada, caso contrário, significa não oferecer tutela ao direito em questão. Por isso, as tutelas dos direitos materiais devem ser pensadas nas perspectivas das técnicas processuais adequadas, para, a partir daí, se extrair a máxima efetividade do processo, ou seja, o direito fundamental à jurisdição efetiva.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se o movimento efetivista, que corresponde à desburocratização do acesso à justiça e, por outro lado, a atuação conjunta do agente juiz, dos órgãos judiciais

⁵² CUNHA, Paulo Ferreira. **Repensando as fontes do direito na Sociedade da Informação**. Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/313017997_Repensando_as_fontes_do_direito_na_sociedade_da_informacao>. Acesso em: 08.11.19.

e das reformas do sistema processual, atendendo as garantias mínimas de funcionamento da jurisdição, no sentido de cumprir a promessa constitucional dos direitos fundamentais.

A transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que o processo civil seja adaptado às novas realidades jurídicas, uma vez que sua principal função consiste no dever de atender aos desígnios do direito material e estar atento à realidade social, a fim de propiciar a efetividade jurisdicional.

Hoje a visão do processo é diferente daquela em que se exigia procedimentos específicos. Acreditava-se que através destes procedimentos se alcançaria um melhor resultado.

Entretanto, atualmente, a tendência é o desaparecimento de tais procedimentos, já que vigoram no processo as cláusulas gerais processuais, diante do direito fundamental à jurisdição efetiva. Isto porque a finalidade do processo é a prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que os procedimentos tornam-se menos importantes.

A Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo o direito de ação.

Este dispositivo constitucional é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, pois o acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de ingresso em juízo ou a mera admissão ao processo. É necessário que se tenha efetivo acesso à justiça, ou seja, uma devida resposta do judiciário. Assim, para que se tenha efetividade é necessário que no menor espaço de tempo, o processo confira a quem tem direito tudo àquilo que faz jus.

Isto significa que todos têm direito a uma prestação jurisdicional efetiva. Para isto, é imprescindível que o juiz tenha consciência dessa realidade, a fim de aplicar a técnica processual mais adequada às necessidades do direito material, em decorrência do direito fundamental à jurisdição efetiva, surgindo a nova concepção de ação como um direito fundamental a uma jurisdição efetiva. Pois não existe técnica única para servir a todos os perfis do direito material.

Daí a necessidade do presente estudo que teve por finalidade demonstrar o direito fundamental à jurisdição efetiva, apresentando a improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 332 do CPC, apesar de respeitar o contraditório, como resposta aos

desafios da sociedade contemporânea, capaz de atender todos os direitos estabelecidos pela ordem jurídica, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal, que assegura, além de direitos patrimoniais, uma série de direitos não patrimoniais, como tutela de direitos coletivos, individuais e também os direitos da personalidade.

Com isso, verifica-se a transformação do processo conceitual em processo de resultado, visando flexibilizar, senão libertar com reservas, a atuação dos juízes e operadores do direito na adaptação do processo ao direito material, diante do direito fundamental à jurisdição efetiva.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento**. v. 2. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM WANBIER, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman**. v. 16. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. Coleção Temas atuais de Direito Processual Civil v.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. v.1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Repensando as fontes do direito na Sociedade da Informação**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/313017997_Repensando_as_fontes_do_direito_na_sociedade_da_informacao. Acesso em: 08.11.19.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Código Civil Anotado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação : enfoque sobre o interesse de agir**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Sociedade Informacional**. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 25.ed. São Paulo, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. v.1. 2.ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Antecipação da Tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; ALVIM WANBIER, Teresa Arruda; WANBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à nova sistemática do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação Civil em vigor**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Código Civil Comentado e legislação extravagante**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código de Processo Civil Comentado**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009.

PODETTI, J. Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963.

RULLI JÚNIOR, Antonio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

RULLI NETO, Antonio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional de acordo com a reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

WANBIER, Luiz Rodrigues (Org.). **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

ARTIGO 3.

LIMITES DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS FISCAIS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

LIMITS OF THE FUNCTIONING OF THE TAX ADMINISTRATIVE COURTS AND THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY

Diogo Basilio Vailatti⁵³

João Carlos Maurício Correa Júnior⁵⁴

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os tribunais administrativos fiscais sob o viés do princípio da segurança jurídica, de forma que seja possível vislumbrar um sistema de atuação coerente para tais tribunais. Neste sentido, o trabalho traçará tal organização com base na orientação dada pelo Novo Código de Processo Civil. Para tanto, o trabalho será dividido em dois capítulos. No primeiro, analisar-se-á os tribunais administrativos fiscais sob o manto da separação dos poderes. Já no segundo, a pesquisa procurará vislumbrar a jurisdição administrativa e seus limites de atuação com base no princípio da segurança jurídica, o qual inspirou o Novo Código de Processo Civil. O método de pesquisa é o indutivo. Além disso, para auxiliar tal empreitada, utilizou-se de uma análise bibliográfica.

Palavras-chave: Tribunais Administrativos Fiscais; Segurança Jurídica; Novo Código de Processo Civil; Controle de Legalidade; Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the tax administrative courts under the bias of the principle of legal certainty, so that it is possible to discern a coherent actuation system for such courts.

⁵³ Doutorando em Direito pela PUC/SP. Bolsista e pesquisador Capes. Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Advogado. Professor de Direito.

⁵⁴ Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Fiscal do ICMS em São Paulo. Professor de Direito.

In this sense, the work will draw such an organization based on the direction given by the New Civil Procedure Code. Therefore, the work will be divided into two chapters. In the first, will be analyzed-tax administrative courts under the guise of separation of powers. In the second, the research will seek to glimpse the administrative jurisdiction and their limits of performance based on the principle of legal certainty, which inspired the New Code of Civil Procedure. The research method is inductive. Additionally, to aid this endeavor, we used a literature review.

Keywords: Tax Administrative Courts; Legal Certainty; New Civil Procedure Code; Legality Control; Constitutional Control.

1. INTRODUÇÃO

Os tribunais administrativos exercem função essencial em matéria tributária ao passo que são responsáveis por analisar se os procedimentos de constituição do crédito tributário seguiram os limites legais.

Todavia, muito embora os tribunais sejam imprescindíveis, os limites de sua atuação não estão bem definidos. Como adiante será visto, ainda não há consenso se os tribunais administrativos tributários seriam capazes de realizar o controle de legalidade (de forma ampla) e também o de constitucionalidade da constituição do crédito. E tal divergência gera grande insegurança jurídica para o contribuinte.

Dentro da concepção em questão, caso permitam-se aos tribunais realizar controle de legalidade de forma ampla e também o controle de constitucionalidade de todo processo de constituição do crédito, haveria ampliação do seu campo de atuação, o que poderia levar à eventual afirmação de que tal possibilidade desvirtuaria o sistema de separação dos poderes adotado na Carta Política.

Nesta concepção, compreender o papel de tais tribunais torna-se essencial para todo e qualquer operador do Direito. Desta forma, procurando traçar premissas para entender tal importante papel, o presente trabalho debruçar-se-á na análise dos tribunais administrativos fiscais e seu papel.

A ideia do presente trabalho surge justamente de questionamento feito pelo professor Paulo Ferreira da Cunha, em seu artigo “repensando as fontes do Direito na sociedade da informação”, no qual o nobre professor questiona o papel dos diferentes órgãos do Estado na concretização e aplicação do Direito.

Neste sentido, o objetivo central da pesquisa, portanto, centra-se justamente em analisar qual seria o papel dos tribunais administrativos em matéria tributária.

Por outro lado, os objetivos específicos são de discutir o sistema de separação dos poderes, o conceito de jurisdição administrativa e de valorizar a atuação dos tribunais administrativos em matéria tributária.

Para tanto, procurando compreender tal papel, a pesquisa será elaborada em dois diferentes capítulos.

O primeiro capítulo buscará traçar premissas para chegar ao resultado aqui buscado. Neste sentido, para tanto, analisará especialmente o sistema de separação dos poderes e seus contornos para os tribunais administrativos tributários.

Já o segundo capítulo terá por objetivo verificar o sistema de atuação traçado pelo ordenamento para os tribunais administrativos fiscais. Para tal tarefa, o trabalho basear-se-á em realizar tal análise em um duplo aspecto: pelo princípio da segurança jurídica e também pela ótica do Novo Código de Processo Civil.

Quanto ao método, a pesquisa utilizará do método indutivo. Já o método auxiliar é o bibliográfico.

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS FISCAIS

O presente capítulo tem por objetivo analisar a evolução histórica da concepção dos tribunais administrativos fiscais, de forma que seja possível traçar premissas em relação ao tema cerne do presente trabalho.

Neste sentido, o ponto de partida para compreender o sistema dos tribunais administrativos fiscais atuais é o modelo de separação dos poderes. Muito embora tal sistema já possa ser vislumbrado de forma perfucrálica nas obras de Aristóteles (2001) e

John Locke (1998) é com Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Barão de Montesquieu, que tal modelo florescerá para a configuração atual. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2007, p. 385):

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.

E é justamente dentro do ideário traçado pelo Barão de Montesquieu que a Carta Magna inseriu tal modelo em seu artigo 2º, o qual prevê que “[...] são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2019).

Ao poder executivo cabe administrar. Já ao poder judiciário, julgar. Enquanto o poder legislativo deve elaborar as leis. Todavia, tais poderes exercem função de controle uns dos outros.

Dentro da concepção em questão, o Estado Democrático brasileiro concentra as atribuições de administrar, julgar e legislar (funções típicas do Estado) em seus poderes,

os quais os exercerão por meio da repartição de funções típicas e atípicas, como forma de controle do poder.

Partindo de tal premissa, na qual os poderes estão concentrados com o Estado, mas que há repartição de suas atribuições entre legislativo, judiciário e executivo, o estudo dos limites de atuação de cada um dos três torna-se salutar, como apontado por Montesquieu em trecho clássico de sua obra (1996, p. 168):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Importante, ainda, ressaltar que o ideário traçado por Montesquieu é fruto do período histórico em que está inserido. Em contraposição ao modelo absolutista até então vigente, o sistema em questão buscava descentralizar o poder estatal de um único ente para os demais.

Assim, na linha defendida por Montesquieu, a repartição teria como objetivo principal o controle exercido entre legislativo, executivo e judiciário em relação ao Estado, ou seja, os freios e contrapesos que cada um dos Poderes iria impor ao outro. Vale ressaltar inclusive:

A separação de poderes, em sua concepção moderna, a partir do conceito de freios e contrapesos não implica separação absoluta entre as funções legislativa, executiva e judiciária, mas sim um diálogo a ser promovido entre os Poderes. [...] Não se trata de poder sem controle, tampouco interferência indevida de um Poder em outro, mas sim de manifestação da separação de Poderes, vista como controle e interferência entre Poderes, visando à evolução social. (ABRAMOVAY; COIRO, 2012, p. 183)

Todavia, a partir da separação em questão, outros problemas surgem. O desempenho das funções estatais, por meio de três figuras diversas, independentes e harmônicas, mas que devem ser vistas como se uma só fossem, levam à possibilidade de conflitos institucionais dentro do próprio sistema estatal.

Muito embora já fosse vislumbrada em Montesquieu a separação dos poderes como forma de manter o equilíbrio estatal, os contornos e limites de tal repartição resultaram em duas formas opostas de compreender o papel de julgamento dos tribunais administrativos fiscais.

Em suma, dos problemas de jurisdição estatal e seus contornos, dois modelos surgiram: o sistema francês de contencioso administrativo e o sistema anglo-saxão⁵⁵.

Dentro do sistema francês, ao propor pela separação, procurando limitar o poder judiciário, propôs-se que as questões relacionadas à Administração Pública fossem analisadas apenas e tão somente pelos tribunais administrativos, ou seja, pelo próprio poder executivo e seus órgãos. Ressaltam Germana de Oliveira Moraes e William Paiva Marques Júnior (2010) sobre o tema:

⁵⁵ Existem outros tantos diferentes sistemas de jurisdição administrativa que poderiam ser analisados. Todavia, tal análise fugiria do escopo do presente trabalho. Neste sentido, apenas para fins didáticos, a pesquisa centrar-se-á nestes dois, os quais são considerados os dois principais sistemas influenciadores sobre o tema.

Na França, a competência, para julgar, em caráter definitivo, os processos que envolvem a Administração Pública, é atribuída a agentes administrativos, que a exercitam em órgãos da Administração (Justiça Administrativa), ligados ao Poder Executivo, e não ao Poder Judiciário. As razões da adoção de tal sistema são políticas e remontam à Revolução Francesa de 1789. Concatenam-se à necessidade de especialização exigida no mundo moderno: o direito administrativo e sua aplicação exigem um juiz específico, afeto à técnica do contencioso administrativo. Por razões históricas os revolucionários franceses eram hostis à intervenção dos tribunais judiciais nos litígios suscitados pela autoridade administrativa. Consequentemente, interpretaram o princípio da separação dos poderes no sentido de proibir os juízes de interferir com as autoridades administrativas e de conhecer dos atos da Administração.

Por outro lado, contrapondo-se ao sistema francês, também apareceu o sistema anglo-saxão de jurisdição administrativa. Em tal modelo, diferentemente do francês em que há jurisdição dupla (administrativa e judicial), o poder judiciário será instância máxima capaz de rever todas as decisões tomadas pelos tribunais administrativos.

Assim, fica claro que ambos os sistemas trabalham com modelos completamente opostos. Ariane Fucci (2016), ao analisar os diferentes modelos em questão, pontua sobre o sistema adotado pelo sistema jurídico pátrio:

Há o sistema francês ou do contencioso administrativo, sendo o que analisa com exclusividade os atos administrativos, excluindo-os da apreciação judicial.

Nesse sistema, há uma jurisdição especial do contencioso administrativo, formada por tribunais de índole administrativa, o que determina a existência de uma dualidade de jurisdição, qual seja, a jurisdição administrativa, formada pelos tribunais de natureza administrativa, e a jurisdição comum, formada pelos órgãos do Poder Judiciário, com a competência de resolver os demais litígios.

Do outro lado, temos o sistema inglês, que também é chamado de sistema judiciário, da jurisdição una ou do controle judicial, sendo o que todos os litígios, sejam administrativos ou de interesses exclusivamente privados, podem ser resolvidos pelo Poder Judiciário, que é o único capaz de produzir decisões definitivas, com força de coisa julgada.

Nosso ordenamento jurídico adotou o sistema inglês, de jurisdição una, de forma que os atos administrativos sempre podem ser analisados pelo Poder Judiciário, que é o único que finalizará os conflitos, estabilizando-os com a definitividade própria da coisa julgada.

Outro ponto central de discussão dentro das funções dos tribunais administrativos está adstrito aos limites de eventual controle de legalidade e constitucionalidade eventualmente realizado por tais tribunais. E tal discussão também se situa relacionada ao papel desempenhado para cada poder dentro do papel da separação dos poderes.

Os questionamentos sobre o tema são muitos, mas podem ser resumidos nas seguintes ideias:

Se no Estado Democrático de Direito a Administração Pública é refém do princípio da legalidade, seria possível aos tribunais administrativos realizarem o controle de legalidade (amplo) e de constitucionalidade das leis elaboradas pelo poder legislativo? Ou, em tal caso, estar-se-ia o poder executivo surrupiando atribuições do poder judiciário (julga a legalidade ou inconstitucionalidade) e do legislativo (na negativa de aplicação da lei)?

E as posições adotadas em tais questionamentos terão influência direta no poder de atuação dos tribunais administrativos fiscais, principalmente no que tange na análise da regularidade da constituição do crédito tributário que é realizada por tais tribunais.

Cada posição adotada levará à ampliação ou à restrição da forma de atuação de tais tribunais. Portanto, o estudo sobre o tema faz-se imprescindível.

Sobre as diferentes posições adotadas dentro dos tribunais administrativos em matéria tributária em relação aos controles em questão, pontuam Renata Jardim de Oliveira Yuri de Oliveira Dantas Silva (2016) no seguinte trecho:

Nesse sentido, verifica-se que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, da mesma forma que ocorre em diversos Estados, se nega a analisar alegações fundadas em inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por entender que não possui competência constitucional, além da expressa vedação de seu regimento interno. Em contrapartida, o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo realiza a referida análise, com base em julgamento de suas Câmaras Reunidas, que adotou entendimento contrário.

A despeito disso, nos tribunais de contas, o controle de constitucionalidade é admitido e constantemente realizado, sem encontrar resistências, embora se trate, da mesma forma, de processo administrativo.

Assim, surge a necessidade de uma uniformização de entendimentos, de modo a garantir a coerência interna do sistema, afinal, não é desejável que coexistam entendimentos e práticas tão antagônicas, ora permitindo ora rejeitando o juízo de constitucionalidade das leis por parte do julgador administrativo, visto se tratar, em todos os casos, de processo administrativo.

Como ressaltado no trecho em questão, não parece lógico que diferentes tribunais administrativos possuam posições diversas quanto ao tema. Caso seja permitido aos tribunais de contas também deverá ser possível aos tribunais administrativos tributários e vice-versa.

Portanto, após compreender o contexto do problema delineado no início da pesquisa, o trabalho voltará agora sua análise em relação à construção de uma forma de argumentação jurídica que seja capaz de apontar qual seria o papel dos tribunais administrativos que aqui se imagina.

Para tanto, o próximo capítulo analisará o conceito de jurisdição administrativa fiscal, bem como procurará vislumbrar tal conceito sob duplo aspecto: pelo princípio da segurança jurídica e também pela ótica do Novo Código de Processo Civil.

3. SEGURANÇA JURÍDICA E OS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS FISCAIS

Após os apontamentos e premissas traçadas no capítulo anterior, o presente capítulo terá o objetivo de adentrar no cerne da presente pesquisa. Para tanto, o trabalho será dividido em dois itens.

Na primeira parte do capítulo, analisar-se-á o conceito de jurisdição administrativa tributária, o qual será imprescindível para delinear o modelo de atuação aqui vislumbrado.

Já na segunda parte, partindo das premissas traçadas anteriormente, o trabalho chegará ao seu escopo final, procurando delinear o modelo de atuação dos tribunais administrativos fiscais sob o viés do princípio da segurança jurídica.

Ao final do capítulo pretende-se demonstrar que a atuação dos tribunais administrativos fiscais deve ser feita nos limites do princípio da segurança jurídica como forma de prestigiar o contribuinte.

3.1. A jurisdição administrativa fiscal

Nas palavras Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 330), jurisdição é a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.

Já Giuseppe Chiovenda (1969, p. 37) conceitua jurisdição no seguinte trecho:

[...] É a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros

órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 34) dá conceito mais restrito sobre o tema nos seguintes termos:

[...] A função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Partindo de tais ideias, percebe-se que o conceito de jurisdição está estritamente ligado ao papel que se atribui aos tribunais administrativos fiscais. E o tema possui diversas nuances e posições doutrinárias firmadas, tanto em relação daqueles que afirmam que a administração exerce quanto aos que afirmam que não exerce jurisdição.

Os diferentes debates em torno do tema aqui serão resumidos apontando-se as posições de Paulo de Barros Carvalho e de Paulo César Conrado, dois dos principais expoentes sobre o assunto, os quais divergem em relação aos limites e conceito da jurisdição sob o viés do processo administrativo fiscal.

Paulo de Barros Carvalho (2016) afirma que “a figura do ‘processo’ está jungida ao campo da jurisdição, em que se pressupõe a existência de um órgão estatal, independente e imparcial, credenciado a compor conflitos de interesse, de maneira peremptória e definitiva”.

Portanto, no pensamento de Paulo de Barros Carvalho, não haveria como existir jurisdição administrativa, principalmente pelo fato de que os tribunais administrativos fiscais, enquanto “braço” do Poder Executivo, não poderiam ser classificados como independentes e imparciais. Da mesma forma, faltaria para tais tribunais o poder de

decisão definitiva, posto que o sistema jurídico pátrio adotou o modelo de jurisdição administrativo anglo-saxão.

Neste sentido, a jurisdição estaria atrelada, apenas e tão somente, ao poder judiciário exercendo sua função típica de julgar, o que afastaria seu exercício por meio dos tribunais administrativos fiscais.

Por outro lado, Paulo César Conrado (2016) contrapõe-se ao pensamento de Paulo de Barros Carvalho nos seguintes termos:

Vale dizer: reconhecendo, primeiro, que “jurisdição” é atividade que se exerce a partir de “normas processuais”, e, segundo, que o processo administrativo é instrumento regido por normas desse timbre, o Código acaba por vincular os dois conceitos, o de “jurisdição” e o de “processo administrativo”, autorizando, por conseguinte, a conclusão: a segunda figura (a do processo administrativo) é expressão da primeira (jurisdição). Reafirmaríamos, com isso: os órgãos de julgamento integrantes do contencioso administrativo tributário exercem, no desempenho de suas funções, atividade jurisdicional, e não propriamente administrativa; longe de (re)constituírem o crédito tributário administrativamente debatido, eles examinam a pretensão deduzida no instrumento de provocação que os impulsiona a agir (no mais das vezes, produzido pelo contribuinte). Sua atividade, antes de vinculada à arrecadação (nada tendo, portanto, com a noção de “cobrança”), é marcada pela premissa da antiexacionalidade.

É certo, por óbvio, que essa “jurisdição administrativa” não experimenta as mesmas características da “jurisdição judicial”; fossem sobrepostas em todos os seus aspectos, seria sem sentido distingui-las. Não obstante isso, é de jurisdição, definitivamente, o que se tem num e noutro âmbito. Daí, ao cabo de tudo, a opção traçada pelo Código de Processo Civil de 2015 (absolutamente legítima, em nosso ver) no sentido de vincular o processo administrativo às suas regras, supletiva ou subsidiariamente, conforme o caso. [grifou-se]

O entendimento de Paulo César Conrado amplia o conceito de jurisdição dado por Paulo de Barros Carvalho. Dentro desta compreensão, a jurisdição estaria ligada ao cumprimento pelo tribunal (administrativo ou judiciário) de diversas regras processuais que lhe são legalmente impostas.

Muito embora seja de extrema importância e relevância o ensinamento dado por Paulo de Barros Carvalho, o trabalho aqui elaborado filia-se à posição adotada por Paulo César Conrado.

Na linha aqui defendida, o conceito de jurisdição está estritamente ligado à observância de regras processuais (para solucionar os conflitos), as quais também vinculam os tribunais administrativos fiscais. Neste sentido, em virtude da necessidade de seguirem tais regras, tais tribunais afastam-se diretamente dos interesses diretos da administração. E tais regras processuais inclusive aproximam seu modelo de atuação do judicial, muito embora ainda existam certas peculiaridades que os diferenciem.

Ainda que isto não bastasse, vincular jurisdição ao exercício da atividade judicial desvaloriza sobremaneira o papel do julgamento administrativo fiscal. O sistema de tripartição de poderes exige que o controle dos poderes também seja tanto entre os diferentes poderes quanto exercido dentro deles próprios, o que permite ao julgador fiscal autonomia no exercício de seu papel.

Neste sentido, após traçar o panorama geral relativo ao conceito de jurisdição, apontando-se os diferentes conceitos sobre o tema, o presente trabalho voltará sua análise para a sistemática de atuação dos tribunais administrativos fiscais aqui vislumbrada com base no ordenamento jurídico pátrio.

3.2. O modelo de atuação dos tribunais administrativos fiscais e a segurança jurídica

Após traçar o ideário de jurisdição aqui vislumbrado, o presente trabalho pretende trazer regras de vinculação aos tribunais administrativos fiscais, de forma que seja possível compreender o sistema de jurisdição administrativo fiscal como forma de proteção do contribuinte.

E, dentro de tal concepção, a construção do modelo de atuação dos tribunais administrativos fiscais passa justamente pela uniformização dos entendimentos relacionados aos limites do exercício do uso da jurisdição administrativa.

Dentro do entendimento aqui firmado, as concepções aqui apontadas devem ser vistas como garantias dadas ao contribuinte, bem como maneiras de garantir o princípio da segurança jurídica⁵⁶, o qual deve ser visto na concepção vislumbrada por Heleno Taveira Torres (2012, p. 21):

De fato, no passado, a ideia de “segurança” aparecia sempre como “valor” ou “fim” absoluto a ser atingido pelo direito, em uma conotação ontológica e deontológica das noções de “certeza”, “ordem”, ou do próprio “Estado”; isso, porém, evoluiu para uma concepção formal do sistema jurídico e, hoje com o constitucionalismo de direitos do Estado Democrático de Direito, consagra-se a segurança jurídica como expressiva garantia material, ademais, de tutela da efetividade do sistema jurídico na sua totalidade, segundo um programa normativo baseado na certeza jurídica e no relativismo axiológico.

E, após tal explicação, o autor continua debruçando-se sobre o tema o referido nos seguintes termos (2012. P. 26):

[...] Define-se a segurança jurídica como princípio-garantia constitucional que tem por finalidade proteger direitos decorrentes das expectativas de confiança legítima na criação ou aplicação das normas jurídicas, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento ou efetividade de direitos e liberdades fundamentais.

⁵⁶ Sobre o tema, pontua Cármen Lucia Antunes Rocha (2004, p. 168) que “a segurança não é, contudo, valor, é qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é a justiça, que é buscada pela positivação e aplicação de qualquer sistema. O que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida.”

Para garantir a segurança, a atuação dos tribunais administrativos tributários deve ser pautada pela congruência lógica entre o sistema jurídico, tanto em relação à uniformidade de atuação dos tribunais administrativos fiscais e do sistema judiciário quanto na configuração dos limites de atuação de cada um.

Portanto, traçar tais regras mínimas de atuação nada mais o é do que garantir segurança jurídica. E, neste sentido, alguns pontos tornam-se essenciais para garantir a congruência da atuação dos tribunais administrativos fiscais.

O primeiro ponto que parece essencial dentro de tal sistema é reconhecer que o controle de legalidade de tais tribunais deve ser amplo, ou seja, não basta que verifiquem se a constituição do crédito tributário se deu dentro dos termos da lei.

Enquanto entes que exercem jurisdição, os tribunais administrativos fiscais possuem autonomia de atuação para realizar o controle de legalidade de forma ampla.

Portanto, não ficam adstritos ao papel de apenas verificar o preenchimento dos requisitos fixados em lei para a constituição do crédito tributário, mas também possuem o papel essencial de interpretar a legislação, nos termos definidos no Código Tributário Nacional (artigos 107 até 112) e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 1º ao 6º).

Mais do que isto, sob o manto da segurança jurídica, torna-se inadmissível restringir o papel de artífice do controle de constitucionalidade dos tribunais administrativos fiscais. Não há qualquer lógica em admiti-lo nos tribunais de contas e, por outro lado, restringi-lo aos tribunais administrativos fiscais.

Em linha de pensamento semelhante da aqui levantada, pontua Melina Rocha Lukic (2012, p. 191) nos seguintes termos:

Conclui-se, portanto, que, se os órgãos julgadores administrativos exercem função jurisdicional, devem interpretar as leis de forma sistêmica, confrontando-as com o sistema tributário como um todo. Devem, portanto, impreterivelmente, analisar a constitucionalidade das mesmas. O ordenamento jurídico brasileiro é uno e sua interpretação e

aplicação devem ser sistêmicas. Não é possível, repita-se, em um processo de interpretação e aplicação de leis a casos concretos, não levar em consideração as disposições da Constituição Federal, fundamento de validade de todas as demais normas. Não é possível excluir a Constituição do processo hermenêutico, como se quer fazer no âmbito do processo administrativo fiscal.

Nesta compreensão, os tribunais administrativos fiscais ao exercerem jurisdição administrativa não podem furtar-se de realizar o controle de constitucionalidade, sob pena de esfacelamento do próprio sistema jurídico.

Todavia, apesar de tal papel ser imprescindível, como anteriormente inclusive já afirmado, os tribunais administrativos fiscais possuem nuances próprias que não se podem ser excluídas do processo em questão. Muito embora o julgador possa realizar o controle de constitucionalidade, tal controle possui certos limites.

O julgamento administrativo pode declarar a inconstitucionalidade. Contudo, haja vista o sistema administrativo anglo-saxão adotado pelo Brasil, a palavra final sempre será do poder judiciário.

Além disso, após declaração definitiva realizada por tribunal judicial sobre o tema em apreço, o exercício da jurisdição administrativa deve ficar limitado. Assim, o tribunal administrativo fiscal não pode mais se posicionar de forma adversa ao pronunciado pelo poder judiciário. Do contrário, ter-se-ia grande instabilidade, o que desrespeitaria de sobremaneira o princípio da segurança jurídica.

Um exemplo sintomático de tais possíveis incongruências vê-se ao analisar-se o posicionamento adotado pelo Tribunal de Impostos de Taxas (TIT) de São Paulo e o do Superior Tribunal de Justiça quando se fala em crédito inidôneo e seu aproveitamento por comerciante de boa-fé dentro do ICMS.

Quanto ao tema, a súmula 509 do Superior Tribunal de Justiça⁵⁷: é enfática no seguinte sentido:

Súmula 509, STJ: “É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda” (BRASIL, 2019)

Porém, apesar de tal entendimento, o Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) continua considerando que tal aproveitamento seria ilegal.

Neste sentido, quanto ao tema, procurando afastar eventuais controvérsias como a que foi supracitada, o Novo Código de Processo Civil foi enfático ao vincular o processo administrativo ao seu sistema de regulação processual em seu artigo 15:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (BRASIL, 2019)

Ao realizar tal vinculação, dois artigos do Novo Código de Processo Civil ganharam espaço dentro da sistemática regulatória aqui vislumbrada: o artigo 496, § 4º, IV e o artigo 927.

Prevê o artigo 496, § 4º, IV do Novo Código de Processo Civil:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: súmula número 509. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2016.

[...]

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. [grifou-se]

Tal dispositivo deve ser visto como forma de valorização da jurisdição administrativa fiscal. Ao afastar o duplo grau de jurisdição quando houver coincidência entre a decisão administrativa e a judicial, o Código de Processo Civil reconheceu a importância e os limites de atuação da decisão administrativa. Nota-se, ainda, que tal previsão ao resguardar o papel da administração procurou garantir maior celeridade processual.

Contudo, dentro da linha aqui defendida, tal atuação deve ser limitada, como inclusive é apontado dentro do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil, o qual segue adiante:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2019)

Assim sendo, os tribunais administrativos fiscais, apesar de exercerem jurisdição, devem exercê-la dentro dos limites delineados dentro do Novo Código de Processo Civil, sob pena de desvirtuar o princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, se na inexistência de norma processual administrativa tributária que verse de forma contrária no âmbito federal, estadual ou municipal parece clara a aplicação do Novo Código de Processo Civil e, portanto, do sistema aqui traçado, resta ainda imaginar qual seria a solução dada caso em qualquer um de tais âmbitos houvesse legislação em sentido contrário.

Corroborando com o aqui traçado e delineando resposta ao problema apontado, explicam Bruno Ventura, Rodrigo Martone e Sérgio Farina Filho (2016) da seguinte forma:

[...] As novas regras da legislação processual civil devem ser aplicadas supletiva e subsidiariamente nos processos administrativos tributários, conforme determina o artigo 15 do novo CPC.

Uma das maiores consequências dessa aplicação supletiva é a obrigatoriedade dos tribunais administrativos observarem fielmente os precedentes judiciais listados no artigo 927, que são as decisões provenientes dos mecanismos processuais para a uniformização de jurisprudência.

A obrigatoriedade na observância destes precedentes independe da introdução de norma específica na lei processual da União, Estados e Municípios, em razão da aplicação supletiva do código de 2015.

Na hipótese de existência de norma contrária, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, entendemos que tal disposição é inconstitucional, na medida em que fere os princípios da moralidade, segurança jurídica, isonomia e celeridade processual, além da competência plena dos estados e municípios legislarem sobre matéria processual apenas na hipótese de não haver normas editadas pela União Federal sobre o assunto.

Conforme aqui já pontuado e também ressaltado no trecho acima, o Novo Código de Processo Civil apenas veio para pacificar a vinculação dos tribunais administrativos fiscais ao prever que o já decidido em âmbito definitivo, pelos tribunais judiciais, deve ser acatado.

Todavia, caso não houvessem tais dispositivos, ainda assim, em função do princípio da segurança jurídica, haveria tal vinculação.

4. CONCLUSÃO

A presente exposição tinha por objetivo verificar o papel essencial dos tribunais administrativos em matéria tributária. Para tanto, o trabalho foi dividido em dois capítulos.

O primeiro capítulo tinha por propósito analisar a separação de poderes e seus limites como responsáveis pela construção dos tribunais administrativos fiscais como hoje se conhece.

Ao final de tal capítulo, percebeu-se que entre o sistema duplo (francês) e o uno (anglo-saxão) o Brasil adotou o uno, de forma que toda decisão administrativa pode ser reapreciada pelo poder judiciário. Além disso, em tal parte da exposição, foi ressaltado que ainda não há uma coerência sistemática na forma de atuação de tais tribunais, o que gera grande insegurança.

Partindo das premissas traçadas anteriormente, o segundo capítulo tinha por objetivo verificar os conceitos de jurisdição e compreender a atuação dos tribunais administrativos fiscais sob o viés do princípio da segurança jurídica e também da sistemática do Novo Código de Processo Civil.

Da análise do conceito de jurisdição, após pontuar as diferentes correntes doutrinárias sobre o tema, o trabalho filiou-se ao pensamento de Paulo César Conrado, de forma que aqui se vislumbra que existe jurisdição administrativa, muito embora existam certas ressalvas ao seu exercício.

Após tal análise, o trabalho chegou ao seu cerne. Do conceito de segurança jurídica visto em consonância ao ideário de jurisdição administrativa, a pesquisa afirmou que os tribunais administrativos fiscais exercem controle de legalidade amplo e também de constitucionalidade.

Todavia, tal controle possui certas restrições, uma vez que a jurisdição administrativa não possui todas as prerrogativas da judicial. Neste sentido, para garantir a segurança jurídica, o tribunal administrativo fiscal poderá exercer o controle de constitucionalidade e legalidade de forma ampla.

Contudo, caso exista posicionamento definitivo dado pelo poder judiciário em relação ao tema, o julgador administrativo ficará vinculado ao adotado pela autoridade judicial.

Já em relação às eventuais discussões que possam surgir pela inaplicabilidade do Novo Código de Processo Civil em localidades que já possuam legislações em sentido contrário à aplicação dos precedentes judiciais, o trabalho filiou-se pela inconstitucionalidade de tais previsões, sob pena de desrespeito ao princípio da segurança jurídica.

Portanto, ao final, percebeu-se que ao princípio da segurança jurídica deve nortear a forma de atuação dos tribunais administrativos fiscais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; COIRO, Adriana Lacombe. Medidas Provisórias e súmulas vinculantes: riscos à separação de poderes. **Revista do Advogado**, São Paulo, 32º ano, número 117, p. 177-183, outubro, 2012.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça: súmula número 509**. Brasília, DF: Senado Federal, São Paulo: Saraiva, 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Segurança Jurídica no Novo CARF**. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/download/Paulo%20de%20Barros%20Carvalho.pdf>> Acesso em: 1º de outubro de 2016.

CONRADO, Paulo César. **Perspectiva do contencioso tributário, judicial e administrativo, em vista do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Paulo-Cesar-Conrado.pdf>> Acesso em: 1º de setembro de 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. II.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Repensando as fontes do Direito na sociedade da informação. **Revista Opinião jurídica**, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FUCCI, Ariane. **Qual o sistema administrativo adotado pelo Brasil?**. Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/557355/qual-o-sistema-administrativo-adotado-pelo-ordenamento-juridico-brasileiro-ariane-fucci> > Acesso em: 24 de setembro de 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, 1997.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUKIC, Melina Rocha. A análise da (in)constitucionalidade do processo administrativo fiscal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 259, p. 185-205, jan./abr. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JUNIOR, William Paiva. **A modernização do modelo brasileiro ante os sistemas de jurisdição administrativa no direito comparado**. IN: XIX Encontro do Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Fortaleza). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3249.pdf> > Acesso em: 1º de julho de 2016.

MUSSOLINI JÚNIOR, Luiz Fernando. **Processo administrativo tributário: das decisões terminativas contrárias à Fazenda Pública**. São Paulo: Manoele, 2004.

OLIVEIRA, Renata Jardim de; DANTAS SILVA, Yuri de Oliveira. **Controle de constitucionalidade em processo administrativo**. IN: XXIV Encontro do Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Minas Gerais). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2015, Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/1ppyi8tz/fLQUO4e1iwFP517z.pdf> > Acesso em: 1º de julho de 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. 2º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VENTURA, Bruno; MARTONE, Rodrigo; FARINA FILHO, Sérgio. Com novo CPC tribunais administrativos devem seguir os precedentes judiciais. **Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-29/cpc-tribunais-administrativos-seguir-precedentes> >. Acesso em: 29 de setembro de 2016.

XAVIER, Alberto. A questão da apreciação da inconstitucionalidade das leis pelos órgãos judicantes da administração fazendária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 103, p. 17-44, abr. 2004.

ARTIGO 4.

TRÁFICO DE MULHERES E CRIANÇAS E A RESPECTIVA PROTEÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: contextualização para as Américas e o Caribe

HUMAN TRAFFICKING OF WOMEN AND CHILDREN AND RESPECTIVE PROTECTION IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: contextualization to the Americas and the Caribbean

Ana Paula de Moraes Pissaldo*

Estela Cristina Vieira de Siqueira**

RESUMO

As estatísticas para as Américas do Norte, Central e Sul e o Caribe demonstram que o tráfico de seres humanos atinge cifras alarmantes, sobretudo quanto às modalidades de exploração para fins sexuais e laborais, embora essa última em menor escala. A necessidade de prevenção e proteção de eventuais vítimas compeliu a Corte Interamericana de Direitos Humanos à elaboração de duas Opiniões Consultivas - embora a consulta não fosse diretamente relacionada ao tráfico de pessoas, mas o tivesse como consequência -, de forma a garantir a proteção de seres humanos em contextos de migração forçada. Nesse sentido, o perfil de vítimas e agressores nos revela também o perfil regional do tráfico de seres humanos e expõe uma grave realidade do continente. Partindo dos dados analisados, utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva e com levantamento bibliográfico, qual o atual cenário de proteção a mulheres e crianças no

*Mestre em Direito, com ênfase em Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Professora de Direito Civil, Nucleadora e professora da matéria Prática Jurídica Civil I na Universidade Nove de Julho. E-mail: anapissaldo@hotmail.com.

**Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Mestre em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Professora de Direito Internacional e Teoria Geral do Estado da Faculdade Três Pontas - Grupo Unis. E-mail: estelacvieira@gmail.com.

Continente Americano, nas décadas seguintes ao Protocolo de Palermo e como isso se traduz na jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Palavras-chave: Tráfico de pessoas; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Protocolo de Palermo; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Convenção Americana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

As the statistics for the North, Central and South America and the Caribbean show, human trafficking is at an alarming rate, particularly in terms of sexual and labor exploitation, although the latter is on a smaller scale. The need for prevention and protection of possible victims compelled the Inter-American Court of Human Rights to release two Advisory Opinions - although the former consultation was not directly related to human trafficking, but had it as its consequences - in order to guarantee the protection of human beings in contexts of forced migration. In this sense, the profile of victims and perpetrators also reveals the regional profile of human trafficking and exposes a serious reality on the continent. Based on the data analyzed, using the hypothetical-deductive methodology and bibliographic survey, what is the current scenario of protection for women and children in the Americas, in the decades following the Palermo Protocol and how does this translates into the advisory jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights?

Keywords: Human Trafficking; Inter-American Court of Human Rights; Palermo Protocol; International Human Rights; American Convention of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, adotado no ano de 2000, possui um recorte temático específico, referente a mulheres e crianças, em razão dos alarmantes números representados por essas duas categorias de pessoas, nas estatísticas de seres humanos traficados, sobretudo nesse início de século.

Sob as principais formas de exploração de pessoas traficadas, mulheres e crianças representam mais da metade dos dados referentes à exploração sexual no planeta, conforme dados que serão aprofundados ao longo da pesquisa, também compondo cifras significativas, no que diz respeito ao tráfico de pessoas para fins de exploração laboral, motivo pelo qual os objetivos específicos do protocolo se referem à prevenção do tráfico, promoção de mecanismos de cooperação internacional e proteção das vítimas.

Além disso, faz-se necessário, através dos dados fornecidos pelas organizações internacionais, como OIM, OEA e ONU, por exemplo, traçar o perfil das vítimas, sobretudo quanto ao recorte de idade, pois há uma preferência específica, como será demonstrado adiante, por meninas, quando falamos sobre o tráfico de crianças, com fins de exploração sexual. Também há um recorte de gênero no que diz respeito ao perfil dos traficantes de mulheres e crianças e, embora na América do Sul as mulheres sejam pouco mais de 1/3 do número de traficantes, de acordo com relatórios da OIM, na América Central e no Caribe, essa lógica se inverte, e há mais mulheres condenadas por tais crimes.

Os processos de migração forçada, conforme é enfatizado pela jurisprudência especializada da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que corresponde ao recorte regional adotado para o presente estudo, são uma agravante quanto à maior exposição de mulheres e crianças à exploração sexual e laboral, bem como aos agentes aliciadores que a levam a essa prática – partindo do pressuposto de que o consentimento, mesmo para os adultos, é irrelevante nas hipóteses previstas pelo Protocolo de Palermo, em razão da gravidade da violação de direitos humanos que o tráfico de pessoas representa.

Nesse sentido, e em razão da complexidade da vulnerabilidade das vítimas, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos fornece uma estruturação de opiniões consultivas robusta, na forma das Opiniões Consultivas 18/03 e 21/14 e que, embora sejam anteriores à incorporação da Organização Internacional de Migração ao arranjo institucional das Nações Unidas, fornecem um elemento à mais de proteção às eventuais vítimas, no contexto das Américas.

Assim, qual é o cenário atual sobre o tráfico de mulheres e crianças nas Américas, partindo da definição de tráfico adotada no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e

Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, e como isso se traduz na jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Sob o ponto de vista metodológico, a fim de proceder com a melhor abordagem do tema, foi feita opção pelo método analítico-dedutivo de pesquisa, partindo do levantamento bibliográfica como técnica de estudo, com a análise de relatórios das agências especializadas em migração e prevenção de crimes do sistema das Nações Unidas e também do banco de dados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o acesso à jurisprudência consultiva e à legislação regional específica.

2. ANÁLISE DO CENÁRIO ATUAL SOBRE O TRÁFICO DE MULHERES E CRIANÇAS NAS AMÉRICAS E NO CARIBE

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, foi adotado no ano de 2000 e ratificado pelo Brasil no ano de 2004⁵⁸, e traz três objetivos principais, no que diz respeito à especificidade do recorte de idade e gênero:

- a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às mulheres e às crianças;
- b) Proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e
- c) Promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos.

⁵⁸BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm> Acesso em: 15 jun. 2019.

Historicamente, o protocolo é o terceiro de uma série de documentos internacionais, cujo objetivo fundamental é a proteção de seres humanos contra as modalidades de prostituição, sendo que o primeiro, do início do século XX, fazia referência exclusiva ao tráfico de mulheres brancas⁵⁹, em alusão ao período escravocrata imediatamente anterior, na história das Américas, e somente posteriormente mulheres e crianças (menores de 18 anos, para a legislação internacional), no geral, seriam consideradas como as principais vítimas de tráfico de exploração sexual, chegando à formulação final, do Protocolo de Palermo, em 2000⁶⁰.

O recorte quanto ao gênero e à idade se devem em razão da maior proporção de mulheres e crianças no que diz respeito aos números totais do tráfico de pessoas. Segundo o relatório mais recente do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)⁶¹, a forma mais comum de tráfico de seres humanos é a exploração sexual, e as vítimas são predominantemente mulheres e crianças (do número total de pessoas exploradas sexualmente, 68% são mulheres e 26% são meninas)⁶².

A segunda forma mais comum de tráfico de pessoas é a exploração do trabalho forçado, que soma 18% das estatísticas; no entanto, como é mais difícil reportar e identificar a exploração do trabalho, provavelmente os números são maiores, na realidade. Há também inversão de gênero quanto à maioria das vítimas nessa modalidade de exploração, predominantemente homens, segundo o mesmo relatório.

⁵⁹SCHNABEL, Raúl A. **Historia de la trata de personas en Argentina como persistencia de la esclavitud**. Dirección General de Registro de Personas Desaparecidas. Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. La Plata, p. 6, 2009. Disponível em: <<http://mercosursocialsolidario.org/valijapedagogica/archivos/hc/1-aportes-teoricos/2.marcos-teoricos/2.documentos/3.Argentina-Historia-de-laTrata-Dr.RaulA.Schnabel.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2019.

⁶⁰ CASTILHO, Ela Wiecko. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo**. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Brasília: Ministério Público Federal, 2007. Pp.10-15.

⁶¹UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Global Report in Trafficking in Persons 2018**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 15 jun. 2019.

⁶² Idem. p.33.

Com relação ao contexto específico das Américas e do Caribe, há que se analisar os dados de forma fragmentada para cada uma das regiões, de forma a compreender as principais tendências quanto aos fluxos de pessoas traficadas.

Para a América do Norte, América Central e Caribe, o volume de mulheres traficadas supera o de homens, para todas as faixas etárias. No entanto, de forma alarmante, o perfil das vítimas na América Central e no Caribe é composto, em números gerais, primordialmente por crianças do sexo feminino, compondo 55% dos dados, baseando-se em um total de 968 vítimas detectadas nos 11 países da região.⁶³ O objetivo do tráfico para fins de exploração sexual, para a América do Norte, consiste em 71% do total, com o tráfico para exploração laboral correspondendo à 24%, e na América Central e no Caribe, 81% do total eram vítimas de exploração sexual, enquanto apenas 5% eram vítimas de trabalho forçado, para as vítimas consideradas.

Já com relação à América do Sul, 80% do total de vítimas na região eram do sexo feminino, levando-se em consideração que os dados compilados correspondem às estatísticas analisadas até o ano de 2016, e maioria das vítimas detectadas, entre 2.494 encontradas nos 9 países da América do Sul, eram vítimas de exploração sexual, correspondendo à 58% do total, sendo que 32% das vítimas foram conduzidas à exploração do trabalho forçado⁶⁴.

É importante mencionar que o consentimento por parte das vítimas, para quaisquer das modalidades mencionadas de tráfico, será irrelevante, nas hipóteses nas quais os meios mencionados no artigo 3 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças⁶⁵, sejam comprovados. Para esses efeitos, portanto, a expressão tráfico de pessoas significa

⁶³ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Global Report in Trafficking in Persons 2018**, p.71. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 15 jun. 2019.

⁶⁴ Idem. p.77.

⁶⁵ BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <

o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

Logo, considerando que o consentimento, nesses casos, não é necessário, é importante também considerar o perfil dos aliciadores. Parte alarmante dos dados indica que, curiosamente, para algumas regiões, a maioria das pessoas detidas em razão de vinculação ao tráfico de pessoas eram mulheres que traficavam outras mulheres. Se na América do Norte e na América do Sul a maioria dos traficantes eram homens, na América Central e no Caribe, a dinâmica se inverte: 58% dos condenados por tais crimes eram mulheres, para os dados do relatório de 2018, relativos ao ano de 2016⁶⁶. Em Honduras, especificamente, o número de mulheres corresponde ao dobro do número de homens – uma perversa e intrigante realidade referente a essa região, com relação ao recorte de gênero.

Um outro detalhe interessante se dá com relação ao local de travessia das vítimas, para os dados em geral, e não apenas com relação às Américas. Há uma tendência a se acreditar que as vítimas não atravessariam o controle de fronteira em suas jornadas, e segundo o esforço colaborativo de counter-trafficking⁶⁷ da Organização Internacional de

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm> Acesso em: 15 jun. 2019.

⁶⁶ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Global Report in Trafficking in Persons 2018**, p.72. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 15 jun. 2019.

⁶⁷ Idem. p.47.

Migração, 80% das vítimas fazem essa travessia por postos convencionais de trânsito de fronteira, como aeroportos ou postos de controle em solo.

Essas estatísticas, no entanto, não significam que essas pessoas estejam realizando a travessia de maneira documentada ou com a documentação regularizada; em 9% dos casos, os documentos são forjados. Pessoas que não tenham sofrido exploração no percurso demoram mais para perceber que podem ser conduzidas a um ambiente de exploração. As crianças não costumam ser traficadas através de postos de controle de fronteira, mas por postos não-oficiais (44% dos casos, contra 20% dos adultos). Vítimas de exploração laboral também são mais prováveis de serem atravessadas por postos oficiais de controle de fronteira (83%), enquanto vítimas de exploração sexual são apenas 15%.

A expressividade dessas informações leva a uma necessidade reforçada de proteção, muito em virtude do que consta do Protocolo de Palermo, mas também através de outros mecanismos que, no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e sobretudo com relação à jurisprudência consultiva da Corte Interamericana, se traduz em duas Opiniões Consultivas, a OC 18/03 e a OC 21/14, sobre Trabalhadores Migrantes Indocumentados e sobre a Proteção de Crianças Migrantes em Contextos de Detenção, respectivamente.

3. JURISPRUDÊNCIA CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua competência consultiva, conforme lhe é assegurada pelo Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo com relação aos artigos 2⁶⁸, que faz menção ao artigo 64 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁶⁹, possui a atribuição de, quando consultada, emitir

⁶⁸COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>> Acesso em: 16 jun. 2019.

⁶⁹COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 16 jun. 2019.

suas opiniões, com relação à proteção dos Direitos Humanos entre os Estados Americanos.

Nesse sentido, no que diz respeito às mencionadas modalidades de tráfico de seres humanos, há que se mencionar alguns elementos da jurisprudência consultiva da Corte, que se relacionam à proteção de seres humanos em contexto de exposição ao tráfico, com relação à ausência de documentação de trabalhadores e às crianças em situação de detenção forçada – reforçando a breve menção ao tráfico de escravos e mulheres, no artigo 6 da Convenção.

As Opiniões 18/03 e 21/14, marcos na proteção de pessoas em situação de migração forçada no contexto das Américas, nos fornecem elementos fundamentais ao tema do tráfico de seres humanos e as garantias conferidas às vítimas, em termos de prevenção e proteção.

3.1 Opinião Consultiva n. 18/03

Sob solicitação do México, em razão da necessidade de se garantir plena fruição de direitos trabalhistas a todo e qualquer trabalhador migrante, a despeito de sua condição de indocumentado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva n. 18, de setembro de 2003, como reflexo das obrigações *erga omnes* às quais os Estados americanos se encontram submetidos, com relação aos direitos humanos.

Quando de sua intervenção oral, o representante do ACNUR se manifestou no sentido de garantir o direito à migração segura, em virtude dos complexos fluxos migratórios que hoje existem no mundo, e que

Além disso, a carência de opções legais para migrar e as políticas restritivas em matéria de asilo e migração provocam que os refugiados e os migrantes “enfrentem condições sub-humanas, com status jurídico precário e em muitos casos com direitos abertamente limitados”, **sejam mais vulneráveis ao problema do tráfico de pessoas**, e sejam objeto

de maior discriminação e xenofobia na maioria dos Estados receptores⁷⁰
(grifo nosso)

No que diz respeito à maior vulnerabilidade das mulheres nos processos de migração, o representante do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) faz uma menção especial às mulheres, por sua própria condição, diante da possibilidade de discriminação, o que também se revela no voto do Juiz Sergio García Ramírez, sobre a ausência de igualdade real entre homens e mulheres, a despeito da igualdade jurídica existente no contexto dos Estados.

O então Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu voto concordante, manifesta-se no mesmo sentido, com relação à proteção quanto às modalidades de tráfico, com a eloquência que o é habitual. Voltado em sua concepção à *Civitas Maxima Gentium* e à Universalidade do Gênero Humano, Cançado Trindade faz uma crítica ao dito mundo globalizado, no qual com uma velocidade crescentemente maior vemos o fluxo de bens e serviços, mas que tal promessa não atinge o fluxo de pessoas, marcados fortemente pela desigualdade que afeta os lugares dos quais os migrantes se originam e os lugares para os quais se destinam.

A globalização, no parágrafo 16 de seu voto, é um “neologismo dissimulado e falso”, que exclui e marginaliza segmentos cada vez mais expressivos da sociedade, ao passo em que a própria existência do termo globalização sugeriria que haveria um mundo do qual todos pudessem participar, igualmente, o que não prospera e não é possível, pois

O progresso material de alguns se fez acompanhar pelas formas contemporâneas (e clandestinas) de exploração do trabalho de muitos (a exploração dos imigrantes indocumentados, a prostituição forçada, ou tráfico de crianças, ou trabalho forçado e escravo), em meio ao

⁷⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Corte Interamericana de Direitos Humanos – **Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos**. A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>> Acesso em 18 jun. 2019.

aumento comprovado da pobreza e da exclusão e marginalização sociais⁷¹.

Assim, a necessidade de proteção foi reafirmada ao fim do parecer, como necessidade de subordinação dos Estados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, garantindo a elaboração de medidas por parte dos Estados, de modo a prevenir e proteger possíveis vítimas de condições degradantes de trabalho, a despeito de sua condição de documentação.

3.2 Opinião Consultiva n. 21/14

No contexto do Continente Americano, expressivas são as estatísticas relacionadas às crianças migrantes identificadas pelas agências especializadas, em processos catalisados principalmente por situações domésticas de seus Estados de origem, como a pobreza, a violência de gangues e a ausência de oportunidades educacionais e econômicas, sendo a grande maioria dessas crianças oriunda de El Salvador, Guatemala, Honduras e México⁷².

Realizar a devolução forçada dessas crianças ao seu Estado originário representaria, para a maioria das hipóteses, em razão dos motivos que as forçaram a deixar o lugar natal, um destino substancialmente mais gravoso e trágico do que aquele encontrado nas opções de fuga, a despeito de todos os riscos e do tempo no qual permanecem em trânsito, como a exposição ao tráfico de crianças, à exploração sexual e altas cargas de stress que causam severos danos ao desenvolvimento cognitivo completo, em razão da liberação constante do hormônio cortisol, conhecido por prejudicar o pleno

⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Corte Interamericana de Direitos Humanos – **Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos.** A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>> Acesso em 18 jun. 2019.

⁷² UNICEF. **Report - Uprooted in Central America and Mexico: Migrant and Refugee Children face a vicious cycle of hardship and danger.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/lac/media/3116/file>> Acesso em: 18 jun. 2019.

funcionamento das funções do cérebro⁷³. Ou seja: nem sempre mulheres e crianças fogem por ter terem sido traficadas. Às vezes fogem do próprio tráfico.

Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai solicitaram à Corte Interamericana de Direitos Humanos uma Opinião Consultiva, que seria emitida sob o número 21/14, em agosto de 2014, versando sobre a fundamentalidade do princípio da não-detenção de crianças, com o objetivo proteger os menores dos processos de detenção infantil, sobretudo em casos de migração e mais ainda, quando falamos de migração desacompanhada, salvo em caráter de absoluta excepcionalidade.

O parecer também faz menção à proteção de mulheres em contexto de tráfico, o que pode se ver problemático, colocando mulheres e crianças na mesma categorização. Conforme o relatório da IOM de 2018 sobre o tráfico de pessoas⁷⁴, colocar as mulheres nessas estatísticas como meros indivíduos vulneráveis, reduz a sua autonomia e as infantiliza, de forma paternalista; por outro lado, agrupá-las nas mesmas estatísticas que as crianças retira do grupo das mulheres as características próprias que as tornam vítimas mais prováveis de violência nos processos de migração.

Apenas para o ano de 2013, segundo dados apresentados pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva, com relação ao cenário específico do Continente Americano, quase 7 milhões de migrantes eram menores de 19 anos, e muitos encontravam-se desacompanhados – números bastante expressivos, sobretudo em razão do quão difícil se faz a aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança em situações de mobilidade humana.

Nesse sentido, o parecer traz no parágrafo 35 das Considerações Gerais a seguinte indicação acerca do deslocamento infantil:

As crianças se deslocam internacionalmente por várias razões: em busca de oportunidades, seja por razões econômicas ou educacionais; com fins de reunificação familiar, a fim de reagrupar-se com familiares

⁷³ Idem.

⁷⁴ TRIANDAFYLLIDOU, A. and M.L. McAuliffe (eds.) (2018), **Migrants Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base**, Volume 2. IOM, Geneva. p.210.

que já migraram; por mudanças repentinas ou progressivas do meio ambiente que afetam adversamente sua vida ou suas condições de vida; por danos derivados do crime organizado, desastres naturais, abuso familiar ou extrema pobreza; **para serem transportados no contexto de uma situação de exploração, incluindo o tráfico infantil**; para fugir de seu país, seja por temor fundado de ser perseguido por determinados motivos ou porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Apesar de as crianças geralmente se trasladarem com seus pais, membros da família ampliada ou outros adultos, **atualmente um número crescente e significativo migra de forma independente e sem companhia.** (grifo nosso)⁷⁵

Além dessa citação, em específico, em inúmeros outros momentos o parecer menciona o quão vulneráveis as crianças afastadas de seus pais ou responsáveis, desacompanhadas, estão expostas a abusos e ao tráfico de pessoas, dando ênfase na necessidade de proteção da criança migrante como mecanismo de combate ao tráfico, recorrendo à definição de tráfico de seres humanos da Convenção de Palermo, na nota de rodapé 155, entre outras medidas de prevenção à violência infantil.

Nesse sentido também, o parecer estabelece em seu parágrafo 92 que os Estados têm a obrigação, como medida de combate ao tráfico de crianças, mais vulneráveis à exploração laboral e sexual,

de adotar determinadas medidas de controle de fronteira com o objeto de prevenir, detectar e **perseguir qualquer tipo de tráfico de seres humanos.** Para isso, devem dispor de funcionários especializados encarregados de identificar todas as vítimas de tráfico de seres humanos, prestando especial atenção às mulheres e crianças. Para tanto,

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-21/14.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> Acesso em: 20 jun. 2019.

é essencial que se tome a declaração da vítima com o objetivo de estabelecer sua identidade e de determinar as causas que lhe obrigaram a sair de seu país de origem, tomando em consideração que as vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico de pessoas podem ser refugiadas caso reunam os elementos para isso. Para assegurar um tratamento adequado às vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico infantil, os Estados devem conceder a devida capacitação aos funcionários que atuam na fronteira, sobretudo em matéria de tráfico infantil, com o objetivo de poder oferecer à criança assessoramento eficaz e assistência integral (grifo nosso).

Também menciona a hipótese de crianças desacompanhadas serem levadas ao tráfico através de fronteira, motivo pelo qual os agentes fronteiriços devem estar ainda mais atentos na identificação de quem são os seus acompanhantes, assegurando a responsabilidade sobre a integridade dessas crianças, devendo a atuação ser “oportuna, adequada e justa”, considerando também que nem toda criança que esteja acompanhada por um adulto que não seja seu familiar está, necessariamente, sendo traficada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de seres humanos é uma cruel realidade que assola o mundo inteiro, mas afeta de forma específica alguns grupos, como mulheres e crianças, e isso se reflete no surgimento de legislação especializada a nível internacional, como o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, também conhecido como Protocolo de Palermo, que traz a definição mais abrangente sobre o tráfico de pessoas, e também concede proteção especial, em razão do recorte de gênero e de idade.

A proteção especial se dá em razão da expressiva maioria de mulheres e crianças – sobretudo crianças do sexo feminino – nos processos que levam ao tráfico de seres humanos, cuja modalidade mais comum, como as estatísticas apresentadas indicam, é o tráfico com fins de exploração sexual. Uma outra realidade apontada pelos dados é a de

que, a depender da região, é mais provável que mulheres aliciem outras mulheres ao tráfico, compondo também a estatística de pessoas condenadas pela prática.

Nesse sentido, a partir de consultas feitas por Estados, sobre assuntos outros que não o tráfico de seres humanos, mas a ele intimamente ligados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos elaborou duas Opiniões Consultivas, de números 18/03 e 21/14, sobre trabalhadores migrantes indocumentados e sobre o princípio da não-detenção de crianças, respectivamente, mas que conversam com a proteção internacional de pessoas traficadas e com o texto do Protocolo de Palermo, em razão das modalidades de exploração sexual e laboral, que permeiam o tema principal das duas consultas, o que confere ao sistema interamericano mecanismos adicionais de proteção e combate ao tráfico de seres humanos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm> Acesso em: 15 jun. 2019.

CASTILHO, Ela Wiecko. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo.** Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Brasília: Ministério Público Federal, 2007. Pp.10-15.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 16 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>> Acesso em: 16 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-21/14**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> Acesso em: 20 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. **Cadernos Jurídicos**, p. 1-184, 2018.

PISCITELLI, Adriana. Entre as “máfias” e a “ajuda”: a construção de conhecimento sobre tráfico de pessoas. **cadernos pagu**, n. 31, p. 29-63, 2008.

SCHNABEL, Raúl A. **Historia de la trata de personas en Argentina como persistencia de la esclavitud**. Dirección General de Registro de Personas Desaparecidas. Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. La Plata, p. 6, 2009. Disponível em: < <http://mercosursocialsolidario.org/valijapedagogica/archivos/hc/1-aportes-teoricos/2.marcos-teoricos/2.documentos/3.Argentina-Historia-de-laTrata-Dr.RaulA.Schnabel.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2019.

TRIANDAFYLLIDOU, A. and M.L. McAuliffe (eds.) (2018), **Migrants Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base**, Volume 2. IOM, Geneva.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Global Report in Trafficking in Persons 2018**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 15 jun. 2019.

UNICEF. **Report - Uprooted in Central America and Mexico: Migrant and Refugee Children face a vicious cycle of hardship and danger**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/lac/media/31116/file>> Acesso em: 20 jun. 2019.

ARTIGO 5.

ESTUDOS SOB A ÓTICA DOS PLANOS DOS ATOS PROCESSUAIS: O(S) LITISCONSORTE(S) NECESSÁRIO(S) UNITÁRIO(S) E A SENTENÇA DE MÉRITO PROLATADA COM A SUA PRETERIÇÃO

STUDIES FROM THE POINT OF VIEW OF THE PROCEDURAL ACTS PLANS:
THE NECESSARY UNITARY COLLEGITIMATE AND THE JUDGMENT OF MERIT
PROLATED WITH THEIR PRETERMISSION

Lisiane Beatriz Fröhlich⁷⁶

Jonathan Iovane de Lemos⁷⁷

1. INTRODUÇÃO

É frequente, no atual momento do direito processual civil brasileiro, a existência de aprofundados debates em relação às alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015). Parcela dessas discussões é originada pelo instituto do litisconsórcio, cujos fundamentos básicos são: a harmonia entre os julgados e a economia processual. O problema ocorre quando é prolatada a sentença de mérito sem a formação do litisconsórcio exigido por lei, sendo que a decisão teria de ser uniforme em relação a todos os que deveriam ter integrado o processo.

Dessa forma, o objetivo geral do presente estudo é justamente compreender em qual dos planos dos atos processuais – existência, validade ou eficácia – reside o defeito que acomete a sentença de mérito prolatada com a preterição do(s) litisconsorte(s) necessário(s) unitário(s). Para tanto, utilizou-se a metodologia descritiva, desenvolvida sob os métodos histórico, dedutivo e comparativo, buscando examinar, interpretar e compreender conceitos, princípios e aspectos técnicos que envolvem a temática.

⁷⁶ Pós-graduanda em Direito Público; Advogada. Email: lisibfro@gmail.com.

⁷⁷ Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil; Advogado e Professor de graduação e de pós-graduação em Direito; Email: jonathanlemons@feevale.br.

Realizadas essas considerações iniciais e com o fito de alcançar o objetivo da pesquisa, o artigo está organizado em três seções. As duas primeiras destinam-se à análise dos defeitos dos atos processuais e do litisconsórcio, constituindo verdadeiros alicerces para o entendimento da terceira, na qual será compreendido em qual dos planos dos atos processuais está situado o vício contido na sentença de mérito prolatada com a ausência do(s) litisconsorte(s) necessário(s) unitário(s).

2. OS ATOS PROCESSUAIS E OS SEUS DEFEITOS

A noção de ato processual é de fundamental importância para a compreensão da entidade complexa denominada processo, uma vez que este último é formado por um conjunto de atos organizados com o propósito de obter-se uma decisão final.⁷⁸ No mesmo sentido é o ensinamento de Elio Fazzalari, ao referir que “o estudo de um processo consiste [...] na análise dos atos que o compõem”.⁷⁹

Dessarte, tem-se que o processo – analisado sob a ótica do procedimento – emerge de “uma série ou uma cadeia de atos coordenados para a obtenção de uma finalidade”.⁸⁰ Importante trazer à tona, ainda, que o procedimento não se trata de um aglomerado de atos processuais desordenados, mas que eles se vinculam,⁸¹ existindo uma relação de dependência entre os atos posteriores e os anteriores.⁸² Com efeito, compreendendo-se o

⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 372.

⁷⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 127.

⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic book, 2000, v. 1: Introdução e função do Processo Civil, p. 98.

⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2002, v. 1: As relações processuais a relação ordinária de cognição, p. 72.

⁸² ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 150-151.

processo como uma sequência de atos concatenados logicamente, admite-se a possibilidade de estudá-lo a partir da análise individualizada destes.⁸³

No que concerne aos defeitos dos atos processuais, ressalta-se que a tripartição dos planos do mundo jurídico tem as suas raízes na obra de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e é utilizada até os dias atuais.⁸⁴

“No mundo jurídico, há três planos diferentes: o *plano da existência*, em que há fatos jurídicos (fj), e não mais suportes fáticos; o *plano da validade*, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o *plano da eficácia*, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição de réu); exceções.”⁸⁵

Não se pode olvidar, portanto, que “existir”, “valer” e “ser eficaz” consistem em circunstâncias distintas e, em razão disso, reverberam consequências que são peculiares a cada um dos planos do mundo jurídico.⁸⁶

Costuma-se dizer que há uma sucessão lógica entre os planos da existência, da validade e da eficácia.⁸⁷ Nesse sentido, tem-se que a passagem do ato processual pelo

⁸³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 257.

⁸⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 06.

⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999, t. 1: Ações Classificação e Eficácia, p. 22.

⁸⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 27.

primeiro deles – o da existência – consiste em um pressuposto para a análise dos demais,⁸⁸ uma vez que “o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos”.⁸⁹

Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, somente os fatos que são coloridos pela incidência da regra jurídica introduzem-se no mundo jurídico e, dessa forma, permitem a análise dos seus defeitos sob a ótica dos planos da existência, da validade e da eficácia.⁹⁰ Ao aplicar esse pensamento estritamente aos atos processuais, pode-se afirmar que eles serão considerados inexistentes se, a despeito de terem sido efetivamente praticados, carecerem de elementos que lhes são essenciais para a sua formação,⁹¹ que consistem cumulativamente em: (i) forma estabelecida em lei; (ii) agente apto à prática do ato; (iii) declaração de vontade do sujeito; e (iv) objeto que seja admitido em direito.⁹²

Todo esse quadro permite concluir que um ato processual praticado sem a observância dos seus elementos essenciais é, em verdade, um não-ato processual,⁹³ um ato falho⁹⁴ ou, ainda, um nada jurídico.⁹⁵ Assim, as consequências da inexistência de um

⁸⁸ KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 31.

⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1999, t. 1: Ação, classificação e eficácia, p. 21-22.

⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 27.

⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2: O método de exercício da jurisdição: processo, p. 586-587.

⁹³ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1: Introdução ao Direito Processual Civil, p. 376.

⁹⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97 e 101.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, v. 35, 2005. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Francisco%20Mitidiero%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

ato processual são a sua incapacidade para a produção de efeitos; a sua insuscetibilidade de ser acobertado pela coisa julgada material;⁹⁶ e a impossibilidade de convalidação.⁹⁷

Com a constatação de existência do ato processual, sucede-se a sua travessia para o plano da validade.⁹⁸ Nessa dimensão intermediária será verificado se o ato processual existente é perfeito ou imperfeito⁹⁹ e se está de “acordo com as regras jurídicas” previstas para a sua prática.¹⁰⁰ Conforme bem observa Teresa Arruda Alvim, o exame quanto à validade do ato processual visa a “evitar que o ato inválido produza efeitos programados ou para fazer cessar os efeitos que eventualmente já estejam sendo produzidos”.¹⁰¹ E, para tanto, na eventualidade de as normas que definem os requisitos para o ato processual serem desobedecidas, a consequência jurídica será a rejeição desse ato.¹⁰²

Para analisar os defeitos dos atos processuais sob o enfoque do plano da validade deve-se classificar as invalidades em três espécies: (i) nulidades absolutas; (ii) nulidades relativas; e (iii) anulabilidades. Para conceituá-las, Galeno Lacerda, autor que influenciou essa classificação, utilizou dois critérios: “a) a natureza da norma que estabelece a

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2: O método de exercício da jurisdição: processo, p. 589.

⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 30.

⁹⁸ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. **Revista de Processo**. v. 148, p. 293-320, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015e67bf81ed25ed618f&docguid=Idfa388b0f25611dfab6f010000000000&hitguid=Idfa388b0f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 set. 2017.

⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

¹⁰⁰ KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 34.

¹⁰¹ ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 111.

¹⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

exigência formal inobservada”, podendo ser cogente ou dispositiva; e “b) o interesse protegido pela norma”, subdividindo-se em público ou privado.¹⁰³

Diante disso, verifica-se que, para um ato processual ser considerado válido, faz-se necessário “que os requisitos prescritos para o modelo jurídico sejam atendidos por aqueles que dele se utilizam”. E, na hipótese de não serem obedecidos tais requisitos, a sanção será a nulidade – relativa ou absoluta – ou a anulabilidade, de forma a repelir “as infrações às normas, assegurando a integridade da vigência do sistema jurídico”.¹⁰⁴

Assim, se o ato imperfeito for declarado nulo, a tendência é que ele se torne ineficaz, deixando de produzir efeitos no mundo jurídico. No entanto, tendo-se em vista que há atos válidos que são ineficazes, pode-se dizer que nem sempre a ineficácia é decorrente da invalidade.¹⁰⁵ Nesse sentido, conforme bem observado por Roque Komatsu, “o plano da eficácia, como o da validade, pressupõe a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, não, todavia, inevitavelmente, pelo plano da validade”.¹⁰⁶

Aplicando-se o plano da eficácia especificamente em relação à sentença, Cândido Rangel Dinamarco aponta que esse ato processual pode produzir três tipos de efeitos: os principais, os secundários e os processuais.¹⁰⁷ Dessarte, tendo-se em vista os três possíveis efeitos a serem produzidos pela sentença, admite-se, também, a possibilidade de conferi-la tanto a eficácia total, quanto a parcial. Nessa perspectiva, Marcos Bernardes de Mello leciona que “diz-se *total* a eficácia quando todo seu conteúdo se produz [...]. Se todos os efeitos menos um (E -1) se produzirem, não há eficácia total, mas *parcial*”.¹⁰⁸

¹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 32-33.

¹⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

¹⁰⁵ ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 112-113.

¹⁰⁶ KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 35.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litiscônscio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 311-313.

¹⁰⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

3. O LITISCONSÓRCIO: CONCEITUAÇÃO, CLASSIFICAÇÃO E BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

O processo civil moderno, conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco, “é essencialmente um *processo de partes* e sem elas não se concebe como possa o processo formar-se, desenvolver-se, caminhar e chegar aos objetivos jurisdicionais”.¹⁰⁹ Nessa perspectiva, pode-se perceber que, consoante bem acentuado por Jonathan Iovane de Lemos, as partes possuem especial relevância e a sua participação no âmbito do processo consiste em um requisito de legitimação da atividade jurisdicional:¹¹⁰

“As partes, mais do que “apenas” litigarem, exercerem e possuírem seus direitos constitucionais garantidos no desenvolvimento de todo o procedimento, são vistas como requisito indispensável e essencial para a validade da atividade jurisdicional, que só pode ser considerada legítima, em um Estado Democrático, quando observa e respeita a participação de todos os seus sujeitos, vislumbrando a decisão judicial, também, como resultado dos seus esforços.”¹¹¹

A pluralidade de partes litigantes subdivide-se fundamentalmente em duas categorias: a intervenção de terceiros e o litisconsórcio.¹¹² Esses dois institutos, no entanto, não possuem um limite intransponível que permita diferenciá-los

¹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21.

¹¹⁰ LEMOS, Jonathan Iovane de. **A organização do processo civil: uma análise cultural da estruturação do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 134.

¹¹¹ LEMOS, Jonathan Iovane de. **A organização do processo civil: uma análise cultural da estruturação do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 134.

¹¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre o litisconsórcio no Novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira da Advocacia**. v. 3, p. 189-206, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

inexoravelmente,¹¹³ uma vez que estão vinculados em razão de pertencerem ao gênero pluralidade de partes.¹¹⁴

Assim, muito embora a análise da intervenção de terceiros e das suas particularidades não seja o objetivo do presente estudo, pode-se defini-la como “o ingresso de um terceiro em processo pendente”.¹¹⁵ Esse terceiro, a depender do interesse jurídico que detiver no deslinde do processo, ingressará na relação jurídica processual transformando-se em parte ou em coadjuvante da parte.¹¹⁶ O litisconsórcio, por sua vez, consiste na presença de mais de um sujeito em um dos polos do processo – ativo ou passivo – ou em ambos, figurando como autores ou alvos da pretensão deduzida em juízo.¹¹⁷

As principais razões de existir do litisconsórcio consistem na economia processual e na harmonia entre os julgados, de forma a evitar a ocorrência de decisões conflitantes.¹¹⁸ Esses dois vetores, segundo Elie Pierre Eid, “servem de justificativa para compreender as razões pelas quais se admite reunião de demandas ou de pessoas em um mesmo processo”.¹¹⁹ Com vista a esses fundamentos, Heitor Vitor Mendonça Sica indica que são

¹¹³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 200, p. 13-70, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

¹¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 149.

¹¹⁶ MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 66-68.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46 e 96.

¹¹⁸ ROCHA, Angelito Dornelles da. Do Litisconsórcio Necessário Passivo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2008. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Angelito%20Dornelles%20da%20Rocha.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

¹¹⁹ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 56.

gerados, ao Estado, “ganhos em termos de economia e de estabilidade”, oportunizando a solução, de forma otimizada, das demandas judiciais.¹²⁰

Para melhor compreender o litisconsórcio, a doutrina brasileira costuma classificá-lo utilizando-se de quatro critérios:¹²¹ (i) posição ocupada pelos litisconsortes no processo (ativo, passivo ou misto); (ii) momento de formação (inicial ou ulterior); (iii) obrigatoriedade ou não de formação (necessário ou facultativo); e (iv) tratamento dado pela sentença no plano do direito material (unitário ou simples). Assim, tendo-se em consideração essa sistematização dos diversos critérios de classificação do instituto, viabiliza-se a sua apreciação da forma a seguir exposta.¹²²

Figura 1 – Critérios de Classificação e Espécies de Litisconsórcio

Critérios de Classificação do Litisconsórcio	Espécies
Posição ocupada pelos litisconsortes no processo	Ativo
	Passivo
	Misto
Momento de formação	Inicial
	Ulterior
Obrigatoriedade ou não de formação	Necessário
	Facultativo
Tratamento dado pela sentença no plano do direito material	Unitário
	Simple

¹²⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 200, p. 13-70, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69-70.

¹²² MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 49-51.

Fonte: Compilação da autora a partir de Fabio Milman.¹²³

Com relação ao primeiro critério de classificação – posição ocupada pelos litisconsortes no processo – diz-se que o litisconsórcio poderá ser ativo, passivo ou misto, a depender do polo no qual estiver instalado.¹²⁴ Portanto, ele será ativo se houver mais de um autor litigando com um único réu. Por outro lado, o litisconsórcio passivo ocorrerá quando a relação jurídica processual for composta por apenas um autor e existir mais de um sujeito figurando como réu. Já o litisconsórcio misto decorrerá da presença de dois ou mais indivíduos em ambos os polos do processo.¹²⁵

Quanto ao momento de formação do litisconsórcio, pode ser classificado em inicial ou ulterior. Denomina-se de litisconsórcio inicial aquele que se forma contemporaneamente à propositura da ação. Do contrário, quando a sua formação ocorre em algum momento diferente desse, ocasiona-se o litisconsórcio ulterior ou superveniente.¹²⁶

O terceiro critério de classificação refere-se à necessidade e à facultatividade do litisconsórcio. Segundo Fabio Milman, esse parâmetro “respeita, de um lado, a *uma imposição, ou legal, ou advinda do plano do próprio direito material*, e, de outro, a *conveniência dos sujeitos*” quanto à formação do litisconsórcio.¹²⁷ Assim, tem-se que,

¹²³ MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 49-51.

¹²⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1: Introdução ao Direito Processual Civil, p. 460.

¹²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 348.

¹²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1, p. 172.

¹²⁷ MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 49.

enquanto o primeiro forma-se independentemente da vontade das partes, o segundo decorre da sua iniciativa.¹²⁸

Conforme se depreende do artigo 114 do Código de Processo Civil de 2015, “o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.¹²⁹ Essa espécie de litisconsórcio pode derivar de dois fatores: de disposição legal expressa ou da natureza da relação jurídica de direito material.¹³⁰

O litisconsórcio facultativo, por sua vez, ocorre quando “as partes podem pretender litigar em conjunto ou podem pretender litigar em face de mais de um réu ao mesmo tempo”.¹³¹ Nesse caso, diversamente do que ocorre no litisconsórcio necessário, o que rege a sua existência é a oportunidade e a conveniência. Ainda, segundo Elie Pierre Eid, as hipóteses em que a lei autoriza esse litígio conjunto estão previstas no artigo 113 do Código de Processo Civil de 2015, podendo derivar da comunhão, conexão ou afinidade:¹³²

“Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2: Processo de Conhecimento, p. 165.

¹²⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 350.

¹³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

¹³² EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 36.

causa de pedir; III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito. [...]”¹³³

Por fim, o quarto critério de classificação do litisconsórcio diz respeito ao tratamento dado pela sentença no plano do direito material, fracionando-se em unitário ou simples. Esse parâmetro diz respeito à “forma pela qual a sentença resolverá o mérito da demanda, tratando como única *persona a todos litisconsortes* ou, modo outro, a *cada litisconsorte como titular de destino exclusivo*”.¹³⁴ A respeito disso, Elie Pierre Eid acentua que:

“[...] no litisconsórcio unitário os litisconsortes recebem a mesma sorte quanto ao mérito, porque a demanda ou é julgada procedente ou improcedente para todos, e no litisconsórcio simples é aceitável que a sentença disponha de modo diverso para cada um dos litisconsortes. Além disso, a utilidade deste estudo está na exata delimitação do que consiste conferir tratamento uniforme e, em contraposição disforme aos litisconsortes, para além de uma simples ideia do binômio tudo ou nada do decisório [...]”¹³⁵

Uma vez superada essa etapa de conceituação e diferenciação das diversas espécies de classificação do instituto, faz-se importante destacar que elas podem ser cumuladas de forma a gerar diferentes combinações,¹³⁶ pois o seu exame é realizado sob ângulos distintos. Isso quer dizer que a “análise dos casos concretos revela hipóteses de

¹³³ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹³⁴ MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 51.

¹³⁵ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 113.

¹³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

litisconsórcio necessário unitário, de litisconsórcio necessário simples, de litisconsórcio facultativo unitário, de litisconsórcio facultativo simples”.¹³⁷

O litisconsórcio necessário poderá ser de regime unitário ou simples, uma vez que as suas razões de formação são substancialmente distintas.¹³⁸ Isso reflete o entendimento de que a necessidade, por um lado, decorre de disposição legal ou da natureza da relação jurídica e, de outro, a unitariedade “provém da natureza da relação jurídica de direito material a respeito de que se vá decidir no processo”.¹³⁹ Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara tece considerações cruciais para a compreensão do tema, asseverando que os dois fenômenos são diferentes e não se confundem:

“Quando se afirma ser necessário determinado litisconsórcio, esta afirmação leva apenas a concluir que a presença de todos os litisconsortes é essencial para que o processo se desenvolva em direção ao provimento final de mérito. Nada se diz sobre a forma como será decidida a causa submetida ao Judiciário. De outro lado, quando se afirma ser unitário o litisconsórcio, o que se diz é que a decisão de mérito será, obrigatoriamente, uniforme para todos os litisconsortes, não se admitindo que os mesmos recebam, na decisão, tratamento diferenciado. Nada se diz, porém, quanto a ser ou não indispensável a presença de todos os litisconsortes na relação processual. Verifica-se, assim, estar-se diante de duas classificações diferentes [...]”¹⁴⁰

¹³⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 08.

¹³⁸ MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 56.

¹³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 350-351.

¹⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1, p. 169.

O exemplo doutrinário clássico para ilustrar os casos de litisconsórcio necessário unitário é a ação de nulidade de casamento, proposta pelo Ministério Público. Nessa situação, os dois cônjuges devem, necessariamente, figurar como réus. Além disso, considerando que o casamento é uma relação jurídica bilateral, a decisão deverá ser uniforme os litisconsortes. Isso porque, inexistente a possibilidade de o casamento ser válido somente para um dos cônjuges: ou ele é válido em relação a ambos, ou é nulo para os dois.¹⁴¹

Historicamente, tem-se que a matéria atinente ao litisconsórcio foi regulada sistematicamente, pela primeira vez, no Código de Processo Civil alemão de 1877. No Brasil, a primeira previsão legislativa que admitiu o instituto foi a Lei nº 221, datada de 20 de novembro de 1894. De acordo com Guilherme Estellita, essa legislação “francamente permitiu o litisconsórcio, sem que os autores ou réus estivessem presos a uma única relação jurídica”, tendo recebido forte influência do direito português¹⁴² e, também, do alemão.¹⁴³

Posteriormente, houve o advento da Constituição Republicana de 1891, estabelecendo-se, no país, a dualidade de competência, ou seja, a competência da União Federal e dos Estados-membros para legislar sobre Direito Processual.¹⁴⁴ Com isso,

¹⁴¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1: Introdução ao Direito Processual Civil, p. 461.

¹⁴² ESTELLITA, Guilherme. **Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955, p. 27.

¹⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Influência do Direito Processual Civil Alemão em Portugal e no Brasil. **Revista de Processo**. v. 56, p. 100-109, out./dez. 1989. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

¹⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Influência do Direito Processual Civil Alemão em Portugal e no Brasil. **Revista de Processo**. v. 56, p. 100-109, out./dez. 1989. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

sobreveio o período dos códigos estaduais¹⁴⁵ e o Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 1906, foi o precursor no trato da matéria, muito embora não o tenha feito de forma acurada.¹⁴⁶

Após, sucederam-se outros textos legais que previram o litisconsórcio. E, no ano de 1934, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil,¹⁴⁷ que instituiu a unificação do direito processual e determinou a elaboração dos novos códigos de processo.¹⁴⁸ Dessa forma, sobreveio o Código de Processo Civil de 1939, contendo previsões a respeito do litisconsórcio em seu Capítulo II do Título VIII do Livro I.¹⁴⁹

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, concebeu-se o termo “litisconsórcio unitário” e, foram tecidas críticas aos artigos 88, 89 e 90 da legislação com o escopo de demonstrar como se conciliariam as “formas de litisconsórcio com os regimes litisconsorciais”. Todas essas observações e análises em torno da legislação foram essenciais para a evolução do tema no código de processo civil subsequente.¹⁵⁰

Dessa forma, atento às críticas engendradas em torno da legislação processual civil de 1939, o legislador do Código de Processo Civil de 1973 tomou cautela para não “associar a necessidade do litisconsórcio a qualquer das hipóteses de sua genérica admissibilidade”, afastando-se da premissa de que a comunhão tornaria o litisconsórcio indispensável.¹⁵¹ Nessa época, também adveio o entendimento doutrinário a respeito da

¹⁴⁵ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário**: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 78.

¹⁴⁶ ESTELLITA, Guilherme. **Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955, p. 30-31.

¹⁴⁷ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁴⁸ ESTELLITA, Guilherme. **Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955, p. 41.

¹⁴⁹ BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

¹⁵⁰ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário**: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 79-80.

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

autonomia entre o litisconsórcio unitário e o necessário. No entanto, ainda que tenha havido evolução legislativa no tocante a alguns pontos, o Código Buzaid “não foi capaz de expressar com precisão os ensinamentos vindos da doutrina construída até então”, repetindo problemas quanto à “confusão entre litisconsórcio necessário e unitário”.¹⁵²

Em recente estudo, Heitor Vitor Mendonça Sica observou que o artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973,¹⁵³ “em realidade descreveu o fenômeno do litisconsórcio unitário que, para a maioria da doutrina nacional”, não se confunde com o litisconsórcio necessário.¹⁵⁴ Assim, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, buscou-se suprir as deficiências existentes na legislação anterior e houve, ao menos, a tentativa do Código de Processo Civil de 2015 em solver o problema atinente à “como se desenha a validade e eficácia da sentença proferida em processo desprovido da integração de litisconsorte necessário”.¹⁵⁵ Outros grandes avanços do atual Código de Processo Civil foram a conceituação de litisconsórcio necessário e o reconhecimento do litisconsórcio

¹⁵² EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 81.

¹⁵³ “Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”. In: BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

¹⁵⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. **Revista de Processo**. v. 256, p. 65-86, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁵⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. **Revista de Processo**. v. 256, p. 65-86, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 out. 2017.

unitário como uma categoria autônoma.¹⁵⁶ Nessa linha, percebe-se que o texto legal segmentou as duas figuras nos artigos 114 e 116 do Código de Processo Civil de 2015,¹⁵⁷ respectivamente, suprindo algumas falhas apresentadas na legislação precedente.¹⁵⁸

Diante disso, pode-se verificar que, conquanto a legislação tenha demonstrado expressiva evolução no trato da matéria, ainda restam grandes discussões acerca de determinados pontos – sobretudo em torno das disposições do artigo 115 do Código de Processo Civil. Dessa forma, afigura-se necessário o aprofundamento do estudo no tocante a esse dispositivo legal e às diversas correntes doutrinárias que o circundam.

4. A SENTENÇA DE MÉRITO PROLATADA COM A PRETERIÇÃO DO(S) LITISCONSORTE(S) NECESSÁRIO(S) UNITÁRIO(S): EXAME SOB O TRÍPLICE ASPECTO

Há mais de meio século, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, Guilherme Estellita já havia constatado que “traçar os limites da extensão da sentença aos que não tomam parte no processo, é um dos mais árduos problemas do direito judiciário, até hoje sem solução”.¹⁵⁹ Em virtude da notoriedade e da continuidade das divergências em torno desse tema, alguns anos mais tarde, José Carlos Barbosa Moreira dedicou um item específico do seu estudo para a abordagem dos casos em que o litisconsorte não integra a relação jurídica processual. A análise do célebre processualista concentrou-se,

¹⁵⁶ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 84.

¹⁵⁷ “Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes. [...] Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes”. In: BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹⁵⁸ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 84-85.

¹⁵⁹ ESTELLITA, Guilherme. **Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955, p. 489.

principalmente, no que atine aos efeitos que essa ausência “produz sobre a sentença definitiva acaso proferida sem prévia correção do defeito”.¹⁶⁰

De acordo com a doutrina recente, esse tópico ainda desperta o “vivo interesse dos processualistas”¹⁶¹ e causa “sensível divergência de opiniões”, reunindo estudiosos que se coadunam com a concepção de que, nesses casos, o vício encontra-se nos planos da existência ou da validade, até chegar aos que adotam a tese da ineficácia.¹⁶²

O primeiro posicionamento – de que o defeito está situado no plano da existência – é defendido por processualistas como Teresa Arruda Alvim,¹⁶³ Willis Santiago Guerra Filho¹⁶⁴ e André de Luiz Correia.¹⁶⁵ Ao analisar a percepção deles sobre a matéria, Daniel Amorim Assumpção Neves consigna que o principal fundamento dessa tese é o de que, estando ausente algum litisconsorte necessário unitário, não terá sido perfectibilizada a citação de todos aqueles que deveriam ter integrado a relação jurídica processual. Desse modo, uma vez que eles consideram a citação válida como um pressuposto de existência do processo, a sentença será considerada juridicamente inexistente.¹⁶⁶

Ocorre que, consoante bem observado por Cassio Scarpinella Bueno, a opinião desses autores não é acompanhada por significativa parcela da doutrina.¹⁶⁷ Exemplo disso são os processualistas José Carlos Barbosa Moreira, Fredie Didier Júnior, Luiz Guilherme

¹⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 232-233.

¹⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110.

¹⁶² EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 152-153.

¹⁶³ ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 113.

¹⁶⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Nota sobre a necessidade do litisconsórcio e a garantia do direito fundamental ao contraditório. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 660.

¹⁶⁵ CORREIA, André de Luiz. **A citação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 46. (Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman), p. 248-253.

¹⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 318.

¹⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.

Marinoni e Daniel Mitidiero que, sob outra perspectiva, assentem com a tese de que o vício dessa sentença opera-se no plano da validade. Desse modo, tem-se que eles concordam com o texto contido no Código de Processo Civil de 2015.¹⁶⁸

Sob outro viés, há estudiosos – como Guilherme Estellita,¹⁶⁹ Giuseppe Chiovenda,¹⁷⁰ José Maria Rosa Tesheiner,¹⁷¹ Enrico Tullio Liebman,¹⁷² Fabio Milman,¹⁷³ Cândido Rangel Dinamarco¹⁷⁴ e Elie Pierre Eid¹⁷⁵ –¹⁷⁶ que analisam o problema e o

¹⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 232-233; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Litisconsórcio Unitário e Litisconsórcio Necessário. **Revista de Processo**. v. 208, p. 407-422, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016149e419eeaf06f142&docguid=Ia81c7a60b83d11e1ac3f000085592b66&hitguid=Ia81c7a60b83d11e1ac3f000085592b66&spos=1&epos=1&td=488&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 nov. 2017; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

¹⁶⁹ ESTELLITA, Guilherme. **Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955, p. 489-491.

¹⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Sul litisconsorzio necessario. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2, p. 452.

¹⁷¹ TESHEINER, José Maria Rosa. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 284-285.

¹⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 146.

¹⁷³ MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 55.

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 337-341.

¹⁷⁵ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 153.

¹⁷⁶ Quanto a esse aspecto, é oportuno destacar outros respeitáveis doutrinadores que se filiam com a tese da ineficácia: LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 156; CRESCI SOBRINHO, Elício de. **Litisconsórcio: Doutrina e Jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 141; CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Do litisconsórcio e seus efeitos: Um estudo sobre os aspectos fundamentais da pluralidade de partes à luz do CPC**. São Paulo: Interlex, 2002, p. 122-124; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 238; BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 210; LISBOA, Ramon. **Cumulação subjetiva em Processo**

explicam sustentando a noção de ineficácia dessa sentença de mérito.¹⁷⁷ Nesse ponto, é importante esclarecer que a ineficácia sustentada por esses autores não tem o condão de fazer com que a decisão seja totalmente irrelevante do ponto de vista jurídico, mas apenas com que ela tenha alguns dos seus efeitos restringidos.¹⁷⁸

Os adeptos desse entendimento passaram a destacar que, conquanto a ineficácia dessa sentença seja absoluta, ela não será integral. Isso quer dizer que ao menos os efeitos processuais dessa decisão – pôr termo ao ofício do juiz e à fase cognitiva do processo –¹⁷⁹ serão produzidos. Contudo, analisando-se a situação sob o prisma subjetivo, essa mesma decisão é considerada absolutamente ineficaz, pois estará dotada de inaptidão para irradiar os seus efeitos tanto com relação aos sujeitos que participaram do processo, quanto aos que foram omitidos,¹⁸⁰ ela será ineficaz para todos.¹⁸¹

Com isso, denota-se que esses doutrinadores se perfilham com a previsão legal contida no artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973, que prescrevia que, nos casos de litisconsórcio necessário unitário, “a eficácia da sentença dependerá da citação de

Civil. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha**. v. 4. p. 119-132, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/107/115>>. Acesso em: 23 jan. 2018; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1, p. 160-161; BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 257.

¹⁷⁷ CORREIA, André de Luiz. **A citação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 46. (Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman), p. 250.

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 337-339.

¹⁷⁹ Quanto aos efeitos da sentença – principais, secundários e processuais – consultar o segundo subcapítulo do Capítulo I da presente monografia.

¹⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Sul litisconsorzio necessario. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2, p. 452. Na mesma linha: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 337-339.

¹⁸¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 146.

todos os litisconsortes no processo”.¹⁸² Entendendo, assim, que o atual tratamento legislativo conferido ao tema da preterição litisconsorcial não é o mais primoroso.¹⁸³

Ao abordar o tema, Cândido Rangel Dinamarco consente que “o processo deve ser instrumento apto a tutelar com eficiência os direitos, em especial, os fundamentais”,¹⁸⁴ e salienta que o escopo de classificar essa sentença como ineficaz é o respeito ao devido processo legal que objetiva assegurar e permitir que todos esses colegitimados participem do contraditório instituído perante o juízo. Por essa razão, aqueles que foram privados desse direito precisam ter a sua esfera jurídica preservada, não podendo ficar sujeitos aos efeitos da decisão prolatada sem a sua presença.¹⁸⁵

Ademais, a razão de essa decisão ser ineficaz é justamente a unitariedade. Trata-se, em verdade, de um bem da vida “que pertence, indistintamente, a mais de uma pessoa e que o direito (material ou processual) não admite que seja tutelado em juízo por apenas um dos titulares”.¹⁸⁶ Ao encontro desse posicionamento, Elie Pierre Eid salienta a impossibilidade de tratamento diferenciado entre os vários titulares da relação jurídica posta em juízo. À vista disso, quando se abordam situações como essa, o litisconsórcio apenas se ajusta com “uma única solução ao caso concreto” e, em decorrência disso, “a modificação jurídica contida na sentença somente se operaria na presença de todos”.¹⁸⁷

Dessarte, como consectário dessa inaptidão para que a sentença de mérito produza os seus efeitos principais, a coisa julgada material não será alcançada e a demanda poderá

¹⁸² BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

¹⁸³ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹⁸⁴ BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

¹⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 333-334.

¹⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

¹⁸⁷ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário**: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 159-160.

ser novamente ajuizada com a presença de todos os litisconsortes. O exame do tópico sob esse ângulo evidencia que o defeito no plano da eficácia faz com que o pronunciamento judicial seja “incapaz de modificar a realidade”, tornando-o inábil “para atribuir a alguma das partes a tutela jurisdicional pretendida (e aparentemente concedida)”.¹⁸⁸

Diante de todo o acima exposto, verifica-se que há divergências entre os estudiosos no que concerne ao plano no qual está situado o defeito da sentença de mérito após o seu trânsito em julgado. Todavia, há de se realçar a existência de um ponto com relação ao qual confluem os processualistas anteriormente mencionados:¹⁸⁹ antes de transitada em julgado a sentença de mérito prolatada sem a presença de algum litisconsorte necessário unitário, o defeito estará situado no plano da validade.¹⁹⁰

Essa nulidade, antes do trânsito em julgado, é classificada como “absoluta embora não cominada em lei”, uma vez que diz respeito a uma matéria de ordem pública. No entanto, em respeito aos princípios das nulidades processuais, não deve ocorrer a anulação da totalidade do processo, mas somente dos atos dependentes da citação e ulteriores a ela. Por essa razão, é necessário, no momento de declarar a nulidade, clarificar a qual ponto do procedimento ela remontará, bem como quais atos subsequentes ficarão atingidos.¹⁹¹

¹⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1, p. 161.

¹⁸⁹ Com exceção de Enrico Tullio Liebman que não se posiciona quanto ao ponto. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 142-146.

¹⁹⁰ MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 55. Nessa mesma perspectiva, Elie Pierre Eid afirma que “a invalidade subsiste até o trânsito em julgado, cuja convalidação sobrevém com a formação da coisa julgada material (como “sanatória geral”) e, a partir daí, subsiste a ineficácia somente”. In: EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 155. Apenas à guisa de amostra, transcreve-se, também, o entendimento de Teresa Arruda Alvim que, assim como os demais autores citados na presente monografia, sustenta o mesmo entendimento: “flagrado o vício em sede de apelação, deve a sentença ser tida como nula e os autos remetidos ao primeiro grau para que, depois de citado(s) o(s) litisconsorte(s) faltante(s), seja outra sentença proferida”. In: ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 115.

¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 296-298 e 301-306.

Como visto, a preocupação em solucionar esse debate é antiga e dá azo a muitos debates.¹⁹² Tanto assim o é que, recentemente, ao tecer comentários acerca do Código de Processo Civil de 2015, Luiz Dellore anteviu acertadamente que o assunto continuaria sendo “objeto de rica polêmica”, mesmo com o advento da nova legislação processual que, com o objetivo de pacificar o tema, passou a prever em seu artigo 115:¹⁹³

“Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados. Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo”.¹⁹⁴

Da leitura da legislação pode-se concluir que a consequência estabelecida no inciso I refere-se aos casos de litisconsórcio necessário unitário, e a do inciso II diz respeito às demais classificações do instituto.¹⁹⁵ Desse modo, nota-se que, para o legislador, a sentença de mérito prolatada sem a presença de algum litisconsorte necessário unitário será absolutamente nula, tendo o seu defeito situado no plano da validade. E, nas demais situações, estatuiu-se que o vício dessa decisão está assentado no plano da eficácia.¹⁹⁶

¹⁹² EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 153.

¹⁹³ DELLORE, Luiz. Do Litisconsórcio. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria Geral do Processo Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral**. São Paulo: Forense, 2015, p. 781.

¹⁹⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹⁹⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1: Introdução ao Direito Processual Civil, p. 470.

¹⁹⁶ DELLORE, Luiz. Do Litisconsórcio. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria Geral do Processo Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral**. São Paulo: Forense, 2015, p. 781.

Apesar da ausência de referência do mencionado dispositivo legal ao plano da existência, cumpre verificar o motivo pelo qual se descarta, desde logo, a possibilidade de que o vício dessa sentença se encontre nesse plano. Consoante observado anteriormente, o principal argumento dos defensores dessa corrente é que a citação válida é um pressuposto de existência do processo e, por isso, caso um dos litisconsortes necessários unitários não integre a relação jurídica processual, a decisão deverá ser considerada inexistente.¹⁹⁷ No entanto, segundo Cândido Rangel Dinamarco, a conclusão de que o defeito encontra-se no plano da existência não é a mais acertada, uma vez que:¹⁹⁸

A sentença *existe* quando presentes os elementos essenciais que a configuram como tal: que contenha um dispositivo, que seja proferida por pessoa investida de jurisdição, que esteja incluída em um processo *etc* [...]. Só quanto a uma sentença que *exista*, obviamente, pode-se cogitar da produção de efeitos: a que não existe não produz nem os processuais nem os substanciais, primários ou secundários. Por isso, descarta-se desde logo que seja inexistente a sentença dada sem a presença de todos os colegitimados indispensáveis. Ela produz ao menos os efeitos *processuais* de uma sentença [...].¹⁹⁹

Dessa forma, compreende-se que a inexistência dessa sentença, tal como defendida por parte da doutrina, “é uma visão imprecisa”. Do mesmo modo, é inapropriado considerar que a omissão do litisconsorte necessário unitário acarreta a invalidade da decisão, pois se estaria ignorando que, uma vez transitada em julgado a sentença e “passado o prazo para ajuizamento da ação rescisória, os vícios existentes terão

¹⁹⁷ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário**: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 155.

¹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 315-317.

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 315-316.

sido sanados, além de se perderem de vista os efeitos produzidos para fora do processo pela decisão de mérito”.²⁰⁰

Além disso, rechaça-se a tese de invalidade dessa sentença, visto que o sistema de nulidades dos atos processuais comporta análise exclusivamente no campo endoprocessual. E, considerando que “as nulidades são vicissitudes da vida do processo”, elas “perdem todo o significado quando ele se extingue, tornando-se irrecorrível a sentença dada”. Com isso, o trânsito em julgado “impede que qualquer questão relevante para o processo ou para seu resultado (sentença e seus efeitos) venha ainda a ser proposta ou reproposta”.²⁰¹ Assim, analisando a questão, constata-se que a sua essência:

“[...] está e permanece no plano da eficácia, pois é imperioso dividir os problemas decorrentes da não integração do litisconsórcio necessário, de modo que a invalidade subsiste até o trânsito em julgado, cuja convalidação sobrevém com a formação da coisa julgada material (como ‘sanatória geral’) e, a partir daí, subsiste a ineficácia somente.”²⁰²

Para identificar a ineficácia dessa sentença é necessário verificar os efeitos principais da decisão, uma vez que ela é um ato único, mas composta de múltiplos efeitos. Nessa linha, Elie Pierre Eid explica que essa decisão “será existente e o comando contido na sentença vinculará e valerá a todos que do processo participaram, mas, conforme se notou, haverá óbice na completa materialização de todos os efeitos que a sentença poderia produzir”. Assim, a constatação de que a decisão não é apta a produzir os seus efeitos programados caracteriza a sua ineficácia.²⁰³

²⁰⁰ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário**: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 154-156.

²⁰¹ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Do litisconsórcio e seus efeitos**: Um estudo sobre os aspectos fundamentais da pluralidade de partes à luz do CPC. São Paulo: Interlex, 2002, p. 122.

²⁰² EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário**: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 155.

²⁰³ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário**: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 159.

Outro ponto importante que se pode destacar no dispositivo legal em estudo é que, do seu exame minucioso, torna-se possível identificar a ausência de determinação específica a respeito do momento ao qual ele se refere – se a nulidade contida no inciso I do artigo 115 do Código de Processo Civil de 2015 é consequência anterior ou posterior ao trânsito em julgado da sentença de mérito.²⁰⁴ Com isso, ao invés de atenuar as divergências a respeito da omissão litisconsorcial, o legislador acabou por potencializá-las.²⁰⁵ Isso porque, como visto, essa definição detém superlativa importância.²⁰⁶

Portanto, conclui-se que “o sistema de nulidades processuais não explica suficientemente o fenômeno das sentenças de mérito proferidas sem a presença de todos os co-legitimados indispensáveis”.²⁰⁷ Dessarte, caso se considere que o aludido artigo faz referência ao momento posterior ao trânsito em julgado, o entendimento mais adequado é o de que a sanção de ineficácia da sentença de mérito, indicada no inciso II “encontra campo mais propício de ser examinada no litisconsórcio unitário”.²⁰⁸

De outro modo, caso seja considerado que o artigo 115, inciso I, do Código de Processo Civil alude à decisão ainda não transitada em julgado, tem-se que a previsão é correta e harmoniosa com a concepção doutrinária pacífica.²⁰⁹ No entanto, como ponderado acima, o entendimento é de que o parágrafo único do artigo em análise diz

²⁰⁴ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

²⁰⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1: Introdução ao Direito Processual Civil, p. 470.

²⁰⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 210.

²⁰⁷ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Do litisconsórcio e seus efeitos**: Um estudo sobre os aspectos fundamentais da pluralidade de partes à luz do CPC. São Paulo: Interlex, 2002, p. 122.

²⁰⁸ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário**: Fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 153 e 166-167.

²⁰⁹ Nesse sentido, a fim de evitar tautologia, remete-se às considerações construídas ao longo do Subcapítulo 3.1. Nessa mesma linha: CRESCI SOBRINHO, Elício de. **Litisconsórcio**: Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 146; BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 210; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 298; CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Do litisconsórcio e seus efeitos**: Um estudo sobre os aspectos fundamentais da pluralidade de partes à luz do CPC. São Paulo: Interlex, 2002, p. 124.

respeito aos processos nos quais a sentença ainda não transitou em julgado, ao passo que os seus incisos referem-se às decisões já transitadas em julgado,²¹⁰ o que significa que a legislação é carente de precisão a respeito dessa temática.²¹¹ A relevância desse estudo ultrapassa questões meramente terminológicas, repercutindo consequências, sobretudo, na esfera recursal, uma vez que os regimes atinentes a cada um dos planos dos atos processuais são diferentes.

É comum, no âmbito doutrinário, denominar a sentença em estudo como *inutiliter datur*. Essa expressão latina é um ensinamento de Giuseppe Chiovenda utilizado para o fim de expressar a ineficácia das sentenças de mérito prolatadas quando há a omissão de algum litisconsorte necessário unitário.²¹² Uma vez assentado que, antes do trânsito em julgado,²¹³ essa sentença é dotada de nulidade²¹⁴ e que, após o trânsito em julgado, ela é ineficaz, constata-se que há dois momentos distintos para analisar as formas de combater essa decisão.²¹⁵ Assim, doravante identificar-se-ão quais são as vias processuais admissíveis para combatê-la, bem como qual é a oportunidade adequada, quais são as pessoas legitimadas para tanto e demais peculiaridades.

Até a prolação da sentença, pode ocorrer o suprimento da omissão do(s) litisconsorte(s) necessário(s) unitário(s), consistindo em um vício sanável.²¹⁶ Isso

²¹⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 210.

²¹¹ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 152-167.

²¹² EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 152. Na mesma perspectiva: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

²¹³ Para maiores esclarecimentos acerca da importância do trânsito em julgado como marco divisor para determinar a nulidade ou a ineficácia da sentença de mérito prolatada com a omissão do(s) litisconsorte(s) necessário(s) unitário(s), faz-se referência à linha de raciocínio desenvolvida nos Subcapítulos 3.1 e 3.2 da presente monografia.

²¹⁴ MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 55.

²¹⁵ EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman), p. 153 e 166-167.

²¹⁶ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Do litisconsórcio e seus efeitos: Um estudo sobre os aspectos fundamentais da pluralidade de partes à luz do CPC**. São Paulo: Interlex, 2002, p. 121.

significa que o magistrado tem o dever de, ao identificar o vício, ordenar que sejam tomadas as providências previstas no parágrafo único do artigo 115 do Código de Processo Civil,²¹⁷ ou seja, determinar “ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo”.²¹⁸ Na eventualidade de não ser detectado esse defeito e a sentença ser prolatada, sobrevirá o chamado *error in procedendo*,²¹⁹ decorrente da omissão de um ato imprescindível ao procedimento.²²⁰

Em razão disso, “flagrado o vício em sede de apelação, deve a sentença ser tida como nula e os autos remetidos ao primeiro grau para que, depois de citado(s) o(s) litisconsorte(s) faltante(s), seja outra sentença proferida”.²²¹ Logicamente, a anulação provinda dos tribunais respeitará os princípios atinentes à matéria – tais como o princípio do prejuízo, do interesse, da causalidade e da instrumentalidade das formas.²²² E, “após feita a citação do litisconsorte antes faltante”, ser-lhe-á oportunizada a defesa, honrando-se os direitos-garantias constitucionais – em especial o contraditório –,²²³ fazendo-se valer

²¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1, p. 160. Em razão da data da publicação do livro, o autor refere-se ao parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao parágrafo único do artigo 115 do Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 643.

²¹⁸ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

²¹⁹ A respeito da definição de *error in procedendo*, Nelson Nery Júnior destaca que ele “ocorre quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte. Esta norma de procedimento é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um todo. Não é preciso viole o juiz texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento – basta que descumpra a regra jurídica aplicável ao caso concreto.” In: NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 236.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 297.

²²¹ ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 402.

²²² A temática atinente aos princípios pertinentes ao estudo dos defeitos dos atos processuais foi exposta no Subcapítulo 1.3 da presente pesquisa, ao qual se reporta.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 301-302.

o caráter dialético do processo, conferindo igualdade de oportunidades a todas as partes.²²⁴

Ademais, resgatando as lições outrora assimiladas, em se tratando de desobediência a uma matéria cogente de ordem pública, verifica-se que a nulidade do ato processual aqui estudada é absoluta. Com isso, tem-se que ela pode ser anulada de ofício ou suscitada tanto por quem foi preterido, quanto pelos integrantes do polo ativo ou do polo passivo.²²⁵

Portanto, até a prolação da sentença, tem-se que o defeito é sanável a qualquer tempo, comportando suprimento. De outra banda, após o pronunciamento judicial e antes do seu trânsito em julgado, o vício da preterição litisconsorcial consiste em uma nulidade absoluta que “comporta consideração exclusivamente *endoprocessual* para que, pendente ainda o processo, o ato imperfeito, ou contaminado por defeito anterior” seja declarado nulo. Essa endoprocessualidade decorre da ideia de que “visando assegurar o resultado prático e concreto do processo”, ocorrerá o trânsito em julgado que tornará a sentença irrecorrível, impedindo a modificação da decisão.²²⁶

No entanto, analisando-se a sentença *inutiliter datur* após o seu trânsito em julgado, tem-se que, embora ela exista e seja válida, ela é aparentemente eficaz.²²⁷ Em contrapartida, é consabido que essa decisão está procedimentalmente maculada, tornando-se absolutamente ineficaz, ou seja, deixando de produzir os seus efeitos perante os indivíduos que integraram o contraditório e, também, em face dos preteridos. Diante

²²⁴ BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101.

²²⁵ Quanto à classificação das invalidades, reporta-se ao Subcapítulo 1.2 da presente monografia, no qual foram analisadas as suas três espécies – as nulidades absolutas, as nulidades relativas e as anulabilidades. Naquela ocasião, foram desenvolvidos, também, os critérios atinentes a cada uma dessas espécies, cuja assimilação é imprescindível para a compreensão das peculiaridades da nulidade ora referida.

²²⁶ CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Do litisconsórcio e seus efeitos**: Um estudo sobre os aspectos fundamentais da pluralidade de partes à luz do CPC. São Paulo: Interlex, 2002, p. 121-122.

²²⁷ Nessa linha, faz-se importante relembrar os ensinamentos do processualista Roque Komatsu, ao esclarecer com clareza a distinção entre os planos da validade e da eficácia: “considera-se perfeito o fato que corresponde perfeitamente, isto é, integralmente, a um certo modelo. E eficaz é o fato que produz os efeitos típicos”. In: KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 191.

disso, considerando que a sentença *inutiliter datur* sequer teve o intuito de destinar-se ao litisconsorte omitido, bem como que ela é existente e válida, não se pode simplesmente desconsiderar esse ato estatal, tornando-se imperiosa a utilização das vias processuais admissíveis para combatê-la, a fim de declará-la inoperante.²²⁸

A linha doutrinária – a exemplo de autores como Alexandre Freitas Câmara, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero – é no sentido de que essa ineficácia “pode ser reconhecida por qualquer meio processual idôneo”.²²⁹ Com isso, a parte tem a faculdade de suscitar a ineficácia tanto por ação rescisória, quanto por *querela nullitatis insanabilis* ou por impugnação ao cumprimento da sentença ou, ainda, por qualquer outra via processual que seja “compatível com a situação concreta”,²³⁰ inexistindo ordem de preferência.²³¹

A justificativa para a admissibilidade dessa diversidade de meios processuais é, principalmente, a gravidade do defeito e dos eventuais resultados que acarretarão prejuízo ao sujeito que deveria ter integrado a relação jurídica processual e foi preterido. Diante disso, nem mesmo a coisa julgada formal tem o “poder preclusivo sanatório nesses casos, nem a decadência da ação rescisória poderia ter qualquer efeito parecido”.

Outra nuance relevante sobre esses meios de enfrentamento da sentença *inutiliter datur* é a incidência do princípio da fungibilidade recursal, devendo-se permitir ao recorrente a utilização de qualquer uma das vias possíveis, a fim de que ele não seja

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 337-339 e 352-356.

²²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1, p. 161.

²³⁰ Ao afirmar que a arguição pode ser realizada por “qualquer via processual compatível com a situação concreta”, Cândido Rangel Dinamarco menciona o exemplo de uma ação reivindicatória “proposta por pessoa cujo nome figurava como dono de determinado imóvel, sendo porém omitido em ação de usucapião referente a este (a ação fora movida a outra pessoa, não figurando o dono como réu no processo de usucapião)”. Segundo o autor, essa demanda foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que “a sentença de usucapião era *ineficaz* e ele, naturalmente, não perdera a condição de *dominus* exigida para reivindicar”. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 351-362.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40.

prejudicado.²³² Isso porque, afigurar-se-ia “antijurídico exigir da pessoa o uso de algum meio judicial” específico para libertar-se dos efeitos de uma decisão prolatada em um processo no qual sequer lhe foi proporcionada a participação.²³³ Desse modo, exemplificativamente, se a parte propôs ação rescisória, ainda que ultrapassado o prazo bienal, “deve o juízo converter a ação rescisória em *querela nullitatis insanabilis*”, admitindo a irresignação.²³⁴

Por fim, importante verificar o requisito da legitimidade para o manejo dessas vias processuais a fim de alcançar a declaração de que a sentença é inoperante e, a depender do caso concreto, obter um novo pronunciamento judicial sobre a questão posta em juízo. Nesse tópico a classificação e as espécies de litisconsórcio detêm fundamental importância, uma vez que, em sendo o litisconsórcio necessário unitário, dada a incidência da relação jurídica, todos os litisconsortes – os omitidos e os não omitidos – possuirão interesse de agir e legitimidade para a alegação.²³⁵

Portanto, conclui-se que, devido ao ilegítimo incômodo e à gravidade do vício que acomete as sentenças de mérito prolatadas com a preterição do(s) litisconsorte(s) necessário(s) unitário(s), elas “devem ser varridas do mundo jurídico”.²³⁶ Desse modo, visto que há a incidência do princípio da fungibilidade recursal, a ação rescisória, a impugnação ao cumprimento da sentença, a *querela nullitatis insanabilis* ou “qualquer via processual compatível com a situação concreta” detém aptidão para “veicular pretensões contrárias a uma sentença que seja ineficaz para a parte”.²³⁷

²³² NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 178.

²³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 356.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40.

²³⁵ ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 407.

²³⁶ ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 404.

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 358 e 361.

5. CONCLUSÃO

Ao longo dos tópicos abordados no presente artigo foi possível perceber, inicialmente, a importância dos atos processuais para o desenvolvimento do processo. Além disso, constatou-se que os defeitos dos atos processuais podem ser analisados sob a ótica dos planos da existência, da validade e da eficácia, sendo que, cada um deles, possui características próprias e, por isso, ressoam consequências jurídicas distintas.

Na sequência, procedeu-se ao estudo do litisconsórcio, espécie do gênero pluralidade de partes. Nesse ponto, observou-se que o litisconsórcio ocorre quando há a presença de mais de um sujeito em um dos polos do processo, ou em ambos, figurando como autores ou como alvos da pretensão deduzida em juízo. Ademais, identificou-se que a economia processual e a harmonia entre os julgados são os vetores que governam o instituto, servindo como fundamentos para a admissibilidade dos colegitimados no processo.

Subsequentemente, classificou-se o litisconsórcio e observou-se que, apesar da expressiva evolução da legislação no trato da matéria, ainda persistem pontos que provocam avivadas discussões no âmbito doutrinário, a exemplo da problemática principal do presente artigo.

Compreendidas essas noções basilares, adentrou-se na análise dos posicionamentos divergentes e convergentes sobre a temática em estudo. Para tanto, foram abordadas as teses de inexistência, de invalidade e de ineficácia da sentença de mérito prolatada sem a presença do(s) litisconsorte(s) necessário(s) unitário(s). E, por todo o estudo desenvolvido, assentou-se que, na eventualidade de a alegação ocorrer anteriormente ao trânsito em julgado, o defeito estará situado no plano da validade, tratando-se de uma nulidade absoluta. Por outro lado, após o trânsito em julgado, o que remanesce é o vício no plano da eficácia.

Com isso, denotou-se que a legislação processual civil brasileira atual não é incorreta, mas incompleta e carente de precisão, pois é omissa com relação à indicação do momento processual a que se refere, potencializando as dúvidas a respeito da temática.

Ao final, verificou-se que, devido à gravidade desse defeito, tanto o litisconsorte preterido, quanto o que integrou a relação jurídica processual, detém legitimidade para arguir a ineficácia da sentença *inutiliter datur* por meio do manejo da ação rescisória, da

impugnação ao cumprimento de sentença, da *querela nullitatis insanabilis* ou, ainda, de qualquer outro meio idôneo e compatível com a situação concreta.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Influência do Direito Processual Civil Alemão em Portugal e no Brasil. **Revista de Processo**. v. 56, p. 100-109, out./dez. 1989. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Litisconsórcio Unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre o litisconsórcio no Novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira da Advocacia**. v. 3, p. 189-206, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**. v. 60, p. 31-43, out./dez. 1990. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 3, p. 985-1003, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=>

i0ad6adc60000015d0605f80e7cf95b51&docguid=I350e13e02d5511e0baf30000855dd350&hitguid=I350e13e02d5511e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=3&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. **Revista de Processo**. v. 255, p. 117-140, mai 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=>

i0ad82d9a0000015d0501b2b6ab5ebc57&docguid=Iefa6894007a211e089200100000000000&hitguid=Iefa6894007a211e089200100000000000&spos=1&epos=1&td=56&context=17&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18 mai. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1.

CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Do litisconsórcio e seus efeitos**: Um estudo sobre os aspectos fundamentais da pluralidade de partes à luz do CPC. São Paulo: Interlex, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Nulidades. Princípios Constitucionais e Processuais. **Revista dos Tribunais**. v. 761, p. 45-63, mar. 1999. Disponível em: <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015d060c464dbdf4c86b&docguid=Iae79af40f25011dfab6f010000000000000&hitguid=Iae79af40f25011dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015d060c464dbdf4c86b&docguid=Iae79af40f25011dfab6f01000000000000&hitguid=Iae79af40f25011dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 25 out. 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. Sul litisconsorzio necessario. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CORREIA, André de Luizi. **A citação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 46. (Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman).

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Dos atos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronald (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. **Invalidades Processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989.

DELLORE, Luiz. Do Litisconsórcio. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria Geral do Processo Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral**. São Paulo: Forense, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Litisconsórcio Unitário e Litisconsórcio Necessário. **Revista de Processo**. v. 208, p. 407-422, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016149e419eeaf06f142&docguid=Ia81c7a60b83d11e1ac3f000085592b66&hitguid=Ia81c7a60b83d11e1ac3f000085592b66&spos=1&epos=1&td=488&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 2: O método de exercício da jurisdição: processo.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio Unitário: Fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman).

ESTELLITA, Guilherme. **Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; GOMES, Júlio César dos Santos; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. Negócios jurídicos processuais e as bases para a sua consolidação no CPC/2015. **Revista de Processo**. v. 267, p. 43-73, mai. 2017. Disponível

em:

<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015ede941b6959674a12&docguid=Icda5be4020cf11e7b2cc010000000000&hitguid=Icda5be4020cf11e7b2cc010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 18 set. 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1: Introdução ao Direito Processual Civil.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Nota sobre a necessidade do litisconsórcio e a garantia do direito fundamental ao contraditório. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**. São Paulo: Saraiva, 1982.

LEMO, Jonathan Iovane de. **A organização do processo civil: uma análise cultural da estruturação do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2: Processo de Conhecimento.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILMAN, Fabio. **Partes, procuradores, litisconsórcio e intervenção de terceiros**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, v. 35, 2005. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Francisco%20Mitidiero%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999, t. 1: Ações, Classificação e Eficácia.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 200, p. 13-70, out. 2011. Disponível em:

<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 out. 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. **Revista de Processo**. v. 256, p. 65-86, jun. 2016. Disponível em:

<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015f2027d839f813c4d0&docguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icb42e790008711e1968d00008558bdfc&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 out. 2017.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As nulidades no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 30, p. 38-60, abr./jun. 1983. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 3, p. 911-942, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015d0501b2b6ab5ebc57&docguid=Iefa6894007a211e089200100000000000&hitguid=Iefa6894007a211e089200100000000000&spos=1&epos=1&td=56&context=17&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.

ARTIGO 6.

A VISÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE TITULARIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO EM REGIÃO METROPOLITANA NO BRASIL

THE JURISPRUDENTIAL VISION ON THE PROVISION OF THE BASIC SANITATION SERVICE IN THE METROPOLITAN REGION IN BRAZIL

Maria Carolina Chaves de Sousa²³⁸

1. INTRODUÇÃO

As cidades brasileiras estão em franca expansão, porém sem planejamento adequado e que, conseqüentemente, sofre diversos problemas de ocupação e infraestrutura urbana. Apesar de existirem legislações e estas estarem em plena vigência, elas não estão sendo observadas de fato e, tampouco, surtem efeitos práticos na produção e ocupação sustentável do espaço na cidade.

O saneamento, um dos serviços básicos à população e essencial à saúde, deveria ser um compromisso assumido como prioridade básica dos governantes porque, além de prevenir doenças e proporcionar mais qualidade de vida para a população, é fonte atrativa de outros investimentos. Essa falta de prioridade em implantar na cidade um completo e eficiente sistema de saneamento reflete-se em problemas para a população como a proliferação de doenças de veiculação hídrica, enchentes, falta de água, etc.

O processo de urbanização também contribuiu para que novos espaços fossem sendo criados e se expandissem até o ponto de praticamente unirem territórios. Assim, para melhor organização e planejamento da execução dos serviços básicos, a Constituição Federal facultou aos estados a possibilidade da criação da região metropolitana. Com isso, a mesma Carta Magna conferiu poderes para o ente federativo estatal dispor, da forma

²³⁸ Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Federal do Pará. Docente do curso de Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE. E-mail: mary.carolina@gmail.com

que lhe for convencional, sobre a competência para atuação nos serviços de interesse comum, dentre eles, a titularidade do serviço de saneamento básico.

Neste trabalho, debater-se-á sobre o posicionamento jurisprudencial acerca da titularidade do saneamento básico em região metropolitana brasileira, a partir da abordagem da constitucionalidade dos dispositivos estaduais acerca do tema, abordando as correntes doutrinárias existentes acerca da competência dos entes federativos em sede de região metropolitana e como a Suprema Corte Nacional manifesta-se sobre o imbróglio.

A metodologia deste trabalho é de cunho bibliográfico, com levantamento de dados junto a livros doutrinários da área do Direito, e da legislação vigente referente à competência dos entes federativos e saneamento básico, além de decisões judiciais e votos dos ministros da Corte Superior do país acerca da temática.

2. SANEAMENTO: FATOR DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS CIDADES

O conceito de saneamento é diversificado, em virtude dos diversos ângulos pelo qual o sistema pode ser estudado. Classicamente, a orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS) é a de que o saneamento é o “controle de todos os fatores do meio físico do homem, que exercem ou podem exercer efeitos deletérios sobre seu bem estar físico, mental ou social”. Esse conceito é trazido à baila por autores como Barros et al. (1995 apud HELLER; REZENDE;HELLER, 2008, p. 67).

Porém, circulam entre o meio científico definições que evidenciam extremos da abordagem sobre o saneamento. A mais restrita, bem representada pela definição contida no Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), datada de 1971, definiu saneamento básico como ações de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Abordando vários aspectos, surge, em outro extremo, o conceito de saneamento ambiental, que, nos termos de Heller; Rezende;Heller (2008), “incluem ações como o saneamento dos alimentos, das habitações e dos locais de trabalho, além da higiene industrial e o controle da poluição atmosférica e sonora”. Em equilíbrio, apresenta-se a OMS quando, em 1965, preconizava que as normas de planejamento físico mais válidas são as que se apoiam em normas sanitárias e que consideram, portanto, os problemas de saneamento (MOTA, 2003).

O que se sabe é que, independente da abordagem, o conceito de saneamento vem sendo aprimorado com o passar dos séculos e com o avanço nos estudos e técnicas na área. Nas palavras de Borja; Moraes, "a noção de saneamento assume conteúdos diferenciados em cada cultura, em virtude da relação existente entre homem-natureza e também em cada classe social, relacionando-se, nesse caso, às condições materiais de existência e ao nível de informação e conhecimento" (2014, p. 2-3).

No Brasil, no início, a noção de saneamento esteve agregada à Saúde Pública. A tabela a seguir resume o histórico do saneamento no Brasil e sua íntima relação com a Saúde Pública, que depois teve abordagem ampliada ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

Tabela 1 - Evolução histórica dos aspectos de Saúde Pública e meio ambiente no setor de saneamento no Brasil.

PERÍODO	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS
Meados do século XIX até início do século XX	Estruturação das ações de saneamento sob o paradigma do higienismo, isto é, como uma ação de saúde, contribuindo para a redução da morbimortalidade por doenças infecciosas, parasitárias e até mesmo não infecciosas. • Organização dos sistemas de saneamento como resposta às situações epidêmicas, mesmo antes da identificação dos agentes causadores das doenças.
Início do século XX até a década de 1930	Intensa agitação política em torno da questão sanitária, com a saúde ocupando lugar central na agenda pública: Saúde Pública em bases científicas modernas a partir das pesquisas de Oswaldo Cruz. • Incremento do número de cidades com abastecimento de água e da mudança na orientação do uso da tecnologia em sistemas de esgotos, com a opção pelo sistema separador absoluto, em um processo marcado pelo trabalho de Saturnino de Brito, que defendia planos estreitamente relacionados com as exigências sanitárias (visão higienista).

Décadas de 1930 e 1940	<p>Elaboração do Código das Águas (1934), que representou o primeiro instrumento de controle do uso de recursos hídricos no Brasil, estabelecendo o abastecimento público como prioritário.</p> <ul style="list-style-type: none">• Coordenação das ações de saneamento (sem prioridade) e assistência médica (predominante) essencialmente pelo setor de saúde.
Décadas de 1950 e 1960	<ul style="list-style-type: none">• Surgimento de iniciativas para estabelecer as primeiras classificações e os primeiros parâmetros físicos, químicos e bacteriológicos definidores da qualidade das águas, por meio de legislações estaduais e em âmbito federal.• Permanência da dificuldade em relacionar os benefícios do saneamento com a saúde, restando dúvidas inclusive quanto à sua existência efetiva.
Década de 1970	<ul style="list-style-type: none">• Predomínio da visão de que avanços nas áreas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário nos países em desenvolvimento resultariam na redução das taxas de mortalidade, embora ausentes dos programas de atenção primária à saúde.• Consolidação do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), com ênfase no incremento dos índices de atendimento por sistemas de abastecimento de água.• Inserção da preocupação ambiental na agenda política brasileira, com a consolidação dos conceitos de Ecologia e Meio Ambiente e a criação da Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA) em 1973.
Década de 1980	<ul style="list-style-type: none">• Formulação mais rigorosa dos mecanismos responsáveis pelo comprometimento das condições de saúde da população, na ausência de condições adequadas de saneamento (água e esgotos).• Instauração de uma série de instrumentos legais de âmbito nacional definidores de políticas e ações do governo brasileiro, como a Política Nacional do Meio Ambiente (1981).

	<ul style="list-style-type: none">• Revisão técnica das legislações pertinentes aos padrões de qualidade das águas.
Década de 1990 até o início do século XXI	<ul style="list-style-type: none">• Ênfase no conceito de Desenvolvimento Sustentável e de preservação e conservação do meio ambiente e, particularmente, dos recursos hídricos, refletindo diretamente no planejamento das ações de saneamento.• Instituição da Política e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97).• Incremento da avaliação dos efeitos e consequências de atividades de saneamento que importem impacto ao meio ambiente.

Fonte: BRANCO (1991); CAIRNCROSS (1989); COSTA (1994); HELLER (1997) e SOARES; BERNARDES; CORDEIRO NETTO (2002).

Para que a efetividade das ações de saneamento seja assegurada e que beneficie à população, a abordagem deve garantir a interação entre as diversas visões e entender o saneamento como objeto complexo.

Uma definição com abordagem complexa encontra-se na legislação nacional, disposta no inciso I do artigo 3º da Lei 11.445/2007, *ipsis litteris*, abaixo:

"Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas". (BRASIL, 2007).

Os artigos 4º a 7º, da mesma lei, apresentam disposições específicas acerca dos serviços que compõem o saneamento básico, como a não inclusão dos recursos hídricos no rol do inciso I, e as atividades específicas para limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos.

A Política Nacional de Saneamento Básico, comportada na Lei n. 11.445/2007, foi o resultado da competência da União em dispor sobre diretrizes gerais ao setor, conforme disposição do artigo 21, XX da Constituição. Em seus dispositivos, traz princípios e definições importantes para a gestão do serviço. Como serviço público de caráter essencial, o saneamento constitui responsabilidade do poder público, ou seja, do seu titular, e pode ser executado por agentes públicos ou privados, sendo esse último caso possível através de celebração de contrato entre o titular do serviço e a entidade privada prestadora.

Em integração a essa, editou-se a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), estipulando normas gerais específicas, com responsabilidade compartilhada do poder público, setor empresarial e sociedade, e com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos mesmos (Artigo 4º). No artigo 5º, o legislador deixou clara a aplicação dos dispositivos da respectiva lei à Política de Saneamento, o que mostra a coerência na política adotada pelo Estado brasileiro quanto ao setor.

Outra política relacionada ao saneamento é a urbana, trazida primordialmente nos artigos 182 e 183 da Carta Magna, e consolidada na Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades). Com o objetivo de regulamentar os dispositivos constitucionais supra e

estabelecer princípios, objetivos e diretrizes gerais da política urbana no país, tal legislação exalta a garantia do direito de todos à cidades sustentáveis, diretamente ligada ao cumprimento do direito difuso disposto no artigo 225, entendido como, além de outros fatores, o saneamento ambiental (artigo 2º, I).

Assim, não há como pensar em Planejamento Territorial Urbano, como abordado no tópico anterior, sem observar as condições de habitação, o que inclui as condições de saúde relacionadas à cobertura de saneamento básico. Assim fica compreendido, quando da redação do artigo 3º da tal Política, a competência da União para, entre outras atribuições de interesse, instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico (inciso IV).

3. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E A FORMAÇÃO DA REGIÃO METROPOLITANA

3.1. A repartição constitucional de competências dos entes federativos

O Brasil é uma República Federativa e, nas palavras de Silva (2002), “quando se fala em federalismo, quer-se referir a uma forma de Estado (...), caracterizada pela união de coletividades políticas autônomas (art. 18)”. Segundo Machado (2000), no sistema federalista, o compartilhamento das competências mostra-se uma tendência, visto que se somente um ente deter todo o poder em determinada matéria, o regime seria unitário.

De acordo com Silva (2002, *op. cit.*), o sistema de repartição de competências entre os entes federativos é complexo. A Carta Magna buscou um equilíbrio federativo, a partir da enumeração das competências da União, atribuindo poderes remanescentes aos Estados e indicando expressamente as competências municipais, atribuindo competências comuns e concorrentes entre as três esferas federativas. Sob outro aspecto, a Constituição separa a competência material (exclusiva e comum) e a legislativa (privativa, concorrente e suplementar).

Diz-se material, da competência para atuar administrativamente, ou seja, que cuida da atuação concreta do ente. Já a competência legislativa, refere-se ao poder estatal de editar normas gerais. Na seara do saneamento, a competência material é comum entre os entes federativos, conforme disposto no artigo 23, IX, tendo como responsáveis a

União, Estados e Municípios pela promoção de programas e melhorias nas condições de saneamento básico, sendo possível a cooperação entre os entes, a ser estabelecida em lei complementar (artigo 23, parágrafo único). Em relação à prestação do serviço, a Constituição confere ao Município da titularidade sobre tal serviço, por ser considerado serviço público de interesse local, nos termos do artigo 30, inciso V.

Em âmbito de legislação infraconstitucional, a Política Nacional de Saneamento Básico não especifica quem é o detentor da titularidade do serviço, pois apresenta os deveres do titular no exercício de seu poder, dando margem, assim, para que a titularidade não seja apenas do município, como referência a Carta Magna, mas também o Estado, caso comum dentro das áreas consideradas regiões metropolitanas.

3.2. A autonomia municipal

O artigo 1º da Constituição Federal apresenta o município como ente constituinte da República, e o artigo 18 organiza, política e administrativamente, a República Federativa do Brasil em União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo todos autônomos. Em relação às constituições anteriormente vigentes, o reconhecimento do Município como ente federativo e sua inclusão dentro da organização da República revela-se como uma inovação trazida pelo constituinte.

De acordo com Silva (1989) e Meirelles (2006), as características da autonomia municipal são a capacidade de auto-organização (elaboração da lei orgânica própria), capacidade de autogoverno, através da eletividade dos representantes políticos (Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais), capacidade normativa própria ou de autolegislação, mediante elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva ou suplementar, e capacidade de auto administração (administração própria para manter e prestar os serviços de interesse local).

Sendo ente autônomo, o constituinte brasileiro delegou competências aos municípios, sendo eles tanto legislativos quanto de atuação, de forma exclusiva, comum ou suplementar. O artigo 30 atribui aos municípios, a competência para legislar sobre assunto de interesse local e suplementar a legislação federal ou estadual no que couber, além da competência para se autorregular. Dentre tais competências, como já foi apresentado acima, a titularidade para operação do sistema de saneamento.

O interesse local, denotado no inciso I do artigo 30, não tem definição unânime entre os doutrinadores. O termo foi inserido pela Constituição de 1988, em substituição ao termo Peculiar Interesse, advindo da Constituição de 1891, que também gerou debates na época entre os doutrinadores, em função da vaga definição que tal termo trazia. Costa (2006, p. 88 apud BACELAR, 2012) aduz que “os interesses locais são aqueles relacionados ao cotidiano da vida municipal, que dizem respeito aos problemas dos vizinhos, sendo predominantemente a competência do Município sobre tais matérias”. Para Silva (2003, p. 110 apud BACELAR, *Op. cit.*), interesse local “é, pois, aquele no qual prevalece de modo preponderante o interesse dos Municípios sobre as demais ordens normativas – nacional e estadual (...)”.

3.3. Formação de região metropolitana e disposição sobre competência

A urbanização é um processo que ocorre em âmbito mundial e, nos países em desenvolvimento é ainda mais acentuado, onde a população urbana corresponde a 77% do total e 47,2% do total mundial global (UN, 2003 apud TUCCI; BERTONI, 2003) e ocorre com a transferência da população rural para as cidades desde a segunda metade da década de 1970, período do desenvolvimento industrial desses países (TUCCI, 2002).

No Brasil, esse movimento atingiu todas as regiões. Até a década de 1960, a população rural era a maioria percentual no país, quadro que se inverteu a partir dos anos de 1970, quando, pela primeira vez, a população urbana ultrapassou a rural, alcançando 55,9% do total de residentes no país. Em 1980, a população urbana e rural era de 67,7% e 32,3%, respectivamente, números superados em 1991, quando 75,5% da população residia na área urbana (MOTA, 2003, p.16). Em números atuais, 84,36% da população está em áreas urbanas (IBGE, 2010).

Com esse intenso crescimento urbano que se dá a partir do aparecimento de núcleos urbanos, outros núcleos vão se agregando, forma-se um único aglomerado, através do fenômeno da conurbação. Conforme esse processo evolui, os aglomerados isolados começam a fazer parte do mesmo espaço da cidade. E, assim, a região metropolitana acontece, independentemente da divisão político-administrativa.

As regiões metropolitanas no Brasil têm como marco jurídico a Constituição de 1967, devido “a crescente urbanização brasileira, sobretudo nas metrópoles, os problemas decorrentes de tal processo se tornaram cada vez mais visíveis” (CASTRO, 2006). O

histórico das formações das regiões metropolitanas brasileiras pode ser dividida em duas fases: a primeira, da década de 1970, a formação de aglomerados urbanos desse tipo fazia parte da política nacional de desenvolvimento urbano e estava relacionada ao processo de expansão industrial e à consolidação das grandes cidades. A regulação foi realizada pela Lei Complementar n. 14/1973 e foram criadas, inicialmente, nove regiões metropolitanas, observadas as capitais dos estados e suas áreas de polarização: São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza. Tinham como objetivo, de acordo com Ribeiro e Moura (2009) “à realização de serviços comuns de interesse metropolitano, de modo a constituir uma unidade de planejamento, e deveriam organizar-se sob um arcabouço padrão estruturado em dois conselhos, o deliberativo e o consultivo”.

Em um segundo momento, iniciado com a promulgação da Constituição em atual vigência, a mesma facultou aos Estados a possibilidade de criação de regiões metropolitanas, com fins de melhor organização, planejamento e execução das funções públicas de interesse comum (artigo 25, §3º). Para estas formas de integração, a Constituição estabelece como requisitos: (i) lei complementar estadual; (ii) agrupamento de municípios limítrofes; (iii) o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução; (iv) no âmbito de funções públicas; e (v) de interesse comum (MENDES, 2008, p. 15). Assim, fica a cargo dos estados a definição das competências e necessidades a serem observadas dentro dos espaços considerados por cada região metropolitana.

Com a formação de uma região denominada metropolitana, cria-se um novo ente estatal?. Com base nas citações seguintes, não se cria um novo ente estatal, mas sim um ente específico, dentro do estado, com poderes e competências diferenciadas para aplicação dos serviços públicos. Para Meirelles (2006), as regiões metropolitanas não podem ser encaradas como "entidade estatal intermediária entre o Estado e os Municípios", mas tão somente "uma área de serviços especiais, de natureza meramente administrativa". Nas palavras de Serrano (2009), "o dispositivo é claro ao definir que a competência da Região Metropolitana insere-se no interior da competência dos Estados da Federação. São instituídas por lei estadual e reguladas pela legislação estadual. Por conseguinte, devemos entender as Regiões Metropolitanas como instâncias administrativas estaduais com regime jurídico próprio, embora não sejam instâncias políticas da Federação".

Em sentido semelhante ao autor supra, Alves ensina que "pela função da referida lei complementar [que institui agrupamento de municípios], deduz-se que tais regiões deverão ter tratamento constitucional a nível do Estado, perfazendo as bases institucionais de sua criação e funcionamento em face da existência de municípios delas integrantes. Quer dizer também que, uma vez constituídas por lei complementar, a integração dos municípios será compulsória para o efeito de realização das funções públicas de interesse comum, não podendo o ente local subtrair-se à figura regional, ficando sujeito às condições estabelecidas a nível regional para realizar aquelas funções públicas de interesse comum." (2001, p. 57 *apud* MENDES, 2008, p. 15-16).

Quando da disposição sobre a formação e organização de regiões metropolitanas, cada Estado atribui as respectivas competências sobre os interesses dos municípios aglomerados. Os estados do Rio de Janeiro e da Bahia, por exemplo, transferem as competências dos municípios para o estado, por haver interesses comuns entre os entes municipais, que, sendo assim, devem ser proporcionados e zelados pelo estado. Já o estado do Pará lançou-se divergente de tal corrente, ao manter a autonomia dos municípios aglomerados na região criada pelo ente estadual. Em nível de Carta Magna do Estado do Pará, a Constituição do Estado trata da região metropolitana da mesma forma que a Carta Federal, porém ressaltando a manutenção da autonomia política, administrativa e financeira dos municípios integrantes, conforme art. 50, §3º (PARÁ, 1989).

Assim, com a autonomia estatal em determinar sobre a organização das regiões metropolitanas, admite-se que o estado tome para si toda a competência sobre as questões recaídas sobre competência municipal? É isso que será debatido a seguir.

4. O DEBATE ACERCA DA TITULARIDADE DO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO EM REGIÃO METROPOLITANA

4.1. Doutrinário

No campo doutrinário, existem divergências acerca da questão da titularidade do serviço de saneamento dentro do território determinado como região metropolitana. De um lado, uma corrente defende a titularidade do serviço de saneamento pelo estado. Seu principal fundamento é o interesse que o estado detém sobre tais assuntos dentro da região

determinada como metropolitana. O Estado, através dos poderes conferidos pela Constituição de 1988, especialmente, no art. 25, §3º, os temas de interesses locais que tenham reflexos regionais são de competência compartilhada entre o Estado e Municípios, exatamente através das Regiões Metropolitanas ou das Microrregiões. Ou seja, os assuntos que, primariamente sejam de interesse local, e assim de competência municipal que, por conta do aumento da abrangência para mais territórios municipais, sejam considerados de interesse comum, devem ser efetivados e regulados pelo estado.

Essa corrente é fortemente abraçada e defendida por Barroso, em seu artigo "Saneamento Básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios". De acordo com o autor, em função da incapacidade dos municípios, isoladamente, de prestarem os serviços dos quais são titulares para uma grande demanda localizada na área, a solução encontrada pelo legislador foi transferir a competência de prestação de tal serviço à autoridade estadual. Nas suas palavras, “esses serviços deixaram de ser de interesse predominantemente local para transformarem-se em serviços de interesse regional ou estadual” (BARROSO, 2007, p. 13).

A outra corrente apresenta que a região metropolitana deve ser gerida por uma entidade formada pelo estado e pelos municípios atingidos pela determinação legal estatal, não havendo transferência total de competência de um ente para outro, e sim, o ajuste entre as atribuições de cada ente, sem retirada total da autonomia municipal. Esta corrente é suportada pela maioria dos doutrinadores e mais aplicada ao caso concreto, conforme visualizar-se-á no debate judicial em tópico específico.

Acerca do tema, Fonseca (2006, p. 187) reforça a necessidade da formação de um Conselho de Desenvolvimento metropolitano, constituído por uma entidade intergovernamental, de caráter administrativo, estabelecendo a relação entre Municípios e Estados. Para ele, a criação das regiões metropolitanas não transfere a titularidade da prestação de serviço para os estados, pois, se assim fosse, o texto constitucional faria referência à mudança de titularidade do serviço e não à integração do planejamento e organização.

Mesmo com o conhecimento citado por Barroso (2007) de que os Municípios têm limitações no que se refere à prestação do serviço público de saneamento básico, o Constituinte de 1988 não optou pela transferência de competência para outro ente federativo, e sim apresentou mecanismos de cooperação entre os entes públicos e

particulares, visando à superação das dificuldades, como convênios de cooperação, autorizando a gestão associada de serviços públicos ou mesmo a delegação de competência do município para entidades estatais ou particulares, através de concessões (Art. 241).

A criação da região metropolitana também não desloca a titularidade dos serviços públicos. Os municípios continuam titulares do serviço, mas tal hipótese amplia a competência para torná-la comum aos estados e municípios, uma vez que a autonomia municipal sobre tais serviços fica condicionada também ao interesse regional.

O debate aqui apresentado ganhou o campo da justiça nacional, com o julgamento da constitucionalidade de legislações estaduais que dispuseram da competência sobre os serviços de saneamento, em suas respectivas regiões metropolitanas.

4.2. Jurisdicional

Em sede judicial, existe a possibilidade de discussão da questão através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), processada no Supremo Tribunal Federal (STF), a instância máxima do Judiciário nacional, com base na Lei 9.896/1999.

A ADI tem como objetivo declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional. De acordo com o glossário do próprio STF, “em outras palavras, é a contestação direta da própria norma em tese” (STF, 2013), podendo ser interposto apenas pelas pessoas legitimadas pela Lei supra (artigo 2ª).

Importante fazer um breve panorama pelas mais importantes ADIs interpostas por diversos agentes no STF que debatiam sobre a temática da titularidade do serviço de saneamento em região metropolitana e as conclusões judiciais de cada caso.

4.2.1. HISTÓRICO DO DEBATE

A primeira ADI de repercussão sobre o tema foi proposta em 1997, pelo então Governador do Estado de São Paulo. Esta ADI, com medida cautelar, de n. 1746, debatia acerca do artigo 293 da Constituição Paulista, que determinou a extinção do contrato de concessão entre o estado e os municípios antes do prazo e a concessão de prazo de até 25 anos aos municípios para que pagassem a indenização devida à Companhia de Saneamento Básico do Estado (SABESP) pela encampação dos serviços de saneamento básico.

Outra ADI de repercussão foi a de n. 2095, com medida cautelar, para combate da Lei 10.931/97, editada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos, com redação dada pela Lei 10.292/98, em que a referida agência seria exercida, em especial, na área de saneamento (art. 3º, parágrafo único, alínea “a”).

No STF, tramitaram também as ADI 2077, de origem do estado da Bahia, as ADIs 1826, 1842, 1843 e 1906, conexas, de origens do estado do Rio de Janeiro, que discutiram a inconstitucionalidade dos dispositivos legais dos respectivos estados acerca da competência estadual sobre o serviço de saneamento básico em região metropolitana.

Quanto à ADI 2077, tratou-se de pedido de inconstitucionalidade dos artigos 59, V, 228, §1º, 230 e 238, VI da Constituição do Estado da Bahia com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 007. Pelo artigo 59, inciso V, seria competência estadual organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, assim considerados aqueles cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial". Ademais, seria de competência estadual instituir diretrizes e prestar, diretamente ou mediante concessão, os serviços de saneamento básico, sempre que os recursos econômicos ou naturais necessários se incluam entre os seus bens, ou ainda, que necessitem integrar a organização, o planejamento e a execução de interesse comum de mais de um Município.

Dentre as ADIs originárias do estado do Rio de Janeiro, a de destaque é a de n. 1842, interposta pelo Partido Democrata Trabalhista, que requer a suspensão da eficácia da Lei Complementar 87, de 16 de dezembro de 1997, do estado do Rio de Janeiro, que “dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, e sobre a microrregião dos Lagos, define as funções públicas e serviços de interesse comum e dá outras providências”, que colocava nas mãos do estado a titularidade do serviço de saneamento básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Há um debate incisivo sobre o assunto, visto que não há unanimidade entre os ministros do Supremo sobre a competência do ente federativo estadual ou municipal no setor de saneamento básico em área de região metropolitana.

4.2.2. POSICIONAMENTOS ACERCA DO TEMA

Após a rápida explanação acerca de ADIs pertinentes ao assunto que tramitam no STF, faz-se imperioso uma dissertação pormenorizada acerca das correntes jurídicas adotadas pelos Excelentíssimos Senhores Ministros ao votarem sobre as referidas ações, em especial atenção à ADI 1842-RJ, por ter várias ADIs apensas e de ser a de maior repercussão.

As mesmas duas correntes doutrinárias anteriormente apresentadas são as basilares dos votos que respondem a essa questão. A corrente que defende que o estado pode deter a titularidade dos serviços de interesse comum, trazida à baila pelo ex-ministro Maurício Corrêa, baseia-se na redação do artigo 25, §3º da Constituição. De acordo com o ex-ministro, "esse agrupamento de Municípios, que decorre inicialmente da necessidade física concreta de formação de conglomerado urbano único, não se dá para fins meramente acadêmicos, geográficos ou algo parecido, mas efetivamente para cometer ao Estado a responsabilidade pela implantação de políticas unificadas de prestação de serviços públicos, objetivando ganhar em eficiência e economicidade, considerados os interesses coletivos e não individuais". (CORRÊA, 2004, p. 15 - Grifo Nosso)

Ainda em seu voto no julgamento da ADI 1842 e seus conexos, o douto jurista defende que "não é razoável pretender-se que, instituídos esses organismos, os Municípios que os compõem continuem a exercer isoladamente as competências que lhes foram cometidas em princípio, uma vez que nessas circunstâncias estabelece-se uma comunhão superior de interesses, daí por que a autonomia a eles reservada sofre naturais limitações oriundas do próprio destino dos conglomerados de que façam parte. Seria o mesmo que relegar à total inocuidade a legislação complementar e, por via reflexa, a permissão constitucional, sujeitando toda a população regional a ações ilegítimas de uma ou outra autoridade local. Nesse caso, o Estado assume a responsabilidade pela adequada prestação dos serviços metropolitanos, com a participação ativa dos Municípios enquanto membros dos Conselhos Deliberativos e coautores do Plano Diretor. A competência municipal acaba mitigada, na hipótese, pela permissão contida no § 3º do artigo 25 da Carta Federal". (CORRÊA, 2004, p. 17 - Grifo Nosso).

Importa frisar que tal corrente, porém, não exclui a participação dos municípios integrantes da região para melhor efetivação dos serviços que passaram a ser de titularidade e responsabilidade do estado. Assim, "nas situações previstas no § 3º do artigo

25 da Carta Federal, os temas de interesses locais que tenham reflexos regionais são de competência compartilhada entre o estado e os municípios”, porém, com controle do estado sobre as questões.

Em análise da matéria acerca do saneamento básico, posiciona-se o mestre, de forma que: "(...) Por tudo o que foi dito anteriormente, parece-me claro que as questões de saneamento básico extrapolam os limites de interesse exclusivo dos Municípios, justificando-se a participação do estado-membro. (...) Verificado o interesse regional predominante na utilização racional das águas, pertencentes formalmente ao Estado, o que o torna gestor natural de seu uso coletivo, assim como da política de saneamento básico cujo elemento primário é também a água, resta claro competir ao Estado-membro, com prioridade sobre o Município, legislar acerca da política tarifária aplicável ao serviço público de interesse comum" (CORRÊA, 2004, p. 33).

Assim, em voto, o mesmo decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos legais instituídos pelo estado do Rio de Janeiro, pois o Estado, com a formação da região metropolitana, atrairia a competência de atuação de áreas em que os municípios detinham plenos poderes de planejamento, organização e execução, sendo um deles o saneamento básico.

Já a corrente oposta e majoritária, defendida por Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ilmar Galvão e Nelson Jobim (ex-ministros da Corte Suprema) no julgamento da mesma ADI, aduziu que a competência para planejar e executar os serviços pode ser transferida a um órgão metropolitano, com gerência por parte dos municípios integrantes da região instituída como metropolitana e do estado. Em análise pormenorizada dos votos dos eminentes ministros, os mesmos apresentam os fundamentos dessa corrente, apresentadas a seguir.

No julgamento da ADI 1842/RJ, Joaquim Barbosa defendeu a autonomia municipal frente à região metropolitana, e defende o suporte coletivo como o titular do serviço para planejamento e atuação dos entes envolvidos na região para sua efetivação: "Com efeito, o estabelecimento de regiões metropolitanas não se contrapõe à autonomia dos municípios que venham a fazer parte de sua estrutura. Assim como não há um número fixo de competências municipais encoberto pelo princípio da autonomia – dadas as condições fáticas que podem transformar os interesses locais em interesses comuns –, não se pode afirmar que municípios metropolitanos possuem uma autonomia menos

expressiva que a daqueles não componentes de regiões metropolitanas Assim, a criação de uma região metropolitana não pode, em hipótese alguma, significar o amesquinamento da autonomia política dos municípios dela integrantes, materializado no controle e na gestão solitária pelo estado das funções públicas de interesse comum. Vale dizer, a titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum passa para a nova entidade público-territorial administrativa, de caráter intergovernamental, que nasce em consequência da criação da região metropolitana. Em contrapartida, o exercício das funções normativas, diretivas e administrativas do novo ente deve ser compartilhado com paridade entre o estado e os municípios envolvidos". (BARBOSA, 2012 - Grifo Nosso)

Em relação à titularidade do serviço, o Exmo. Sr. Ministro é categórico ao afirmar: "os municípios devem possuir algum poder de decisão, seja diretamente, seja pelo Conselho Deliberativo da região metropolitana, de cuja composição participam representantes seus. Não é o estado o titular das competências referentes aos interesses locais, nem a criação de região metropolitana pode significar acréscimo de competências, a princípio, atribuídas aos municípios. O estabelecimento de um Conselho Deliberativo indica que estados e municípios, em conjunto, devem dispor sobre a exploração dos serviços públicos" (Id.).

Em voto, ele reafirma o afrontamento à autonomia municipal quando da transferência de competência para o estado: "Tal incremento de atribuições para o estado, que atinge o cerne da autonomia municipal, sem outorga de nenhuma responsabilidade ao Conselho Deliberativo no tocante à organização e prestação dos serviços e à concessão e permissão de serviços públicos, fere frontalmente a autonomia municipal" (Id.).

Assim, em voto, o mesmo decidiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais instituídos pelo estado do Rio de Janeiro, pois o Estado, com a atração da competência sobre o assunto dentro da região metropolitana, fere a autonomia municipal, o que é vedado pela Carta Magna brasileira.

O posicionamento do ex-ministro Nelson Jobim no julgamento foi em sintonia com o entendimento do ministro Joaquim Barbosa quanto à autonomia municipal e a titularidade do ente federativo estadual sobre o serviço de saneamento básico. Em suma, relativo à titularidade, o ex-ministro argumenta que deve haver um órgão de decisão com

representatividade de todos os municípios e um órgão executivo, desde que não haja o estado ou o município isoladamente:

"(...) Basta que a instituição e a forma de criação da REGIÃO METROPOLITANA tornem viável essa integração, por meio da criação de órgãos que possibilitem a execução de serviços de interesse metropolitana e as deliberações com a participação dos MUNICÍPIOS. (...) A atuação do ESTADO somente é permitida diante de uma autorização da REGIÃO METROPOLITANA, tomada no âmbito de seus órgãos deliberativos. A LC extrapola sua competência “procedimental” de funcionamento das REGIÕES METROPOLITANAS. Atribui ao próprio ESTADO funções executivas ou legislativas que caberia ao conjunto dos MUNICÍPIOS envolvidos. Caracteriza-se evidente violação à autonomia municipal e ao art. 25, § 3º, da Constituição. (...) Sendo assim, sua competência administrativa e mesmo legislativa não é competência regional, mas o somatório integrado das competências municipais. A atribuição de sua competência ou atribuição para o ESTADO MEMBRO configura clara norma inconstitucional que fere o sistema federativo ao restringir demasiadamente a autonomia municipal. (JOBIM, 2006– Grifo Nosso).

Seguindo a mesma corrente, o Excelentíssimo Senhor Ministro do STF Gilmar Mendes, no mesmo processo, manifesta-se de forma a ratificar o entendimento de que a titularidade do serviço não é transferida para o estado, e que a gerência do serviço está na mão de um ente metropolitano, formado entre o estado e os municípios: "(...) a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum, apta a ensejar a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Nesses termos, entendo que o serviço de saneamento básico -no âmbito de regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos - constitui interesse coletivo que não pode estar subordinado à direção de único ente, mas deve ser planejado e executado de acordo com decisões colegiadas em que participem tanto os municípios compreendidos como o estado federado. Portanto, nesses casos, o poder concedente do serviço de saneamento básico nem permanece fracionado entre os municípios, nem é transferido para o estado federado, mas deve ser dirigido por estrutura colegiada -

instituída por meio da lei complementar estadual que cria o agrupamento de comunidades locais - em que a vontade de um único ente não seja imposta a todos os demais entes políticos participantes. Esta estrutura colegiada deve regular o serviço de saneamento básico de forma a dar viabilidade técnica e econômica ao adequado atendimento do interesse coletivo". (MENDES, 2008 - Grifo Nosso).

A tese de criação de um ente convergente dos interesses estadual e municipais foi a vencedora no julgamento final do caso, realizada em 28 de fevereiro de 2013, tendo como defensores, além dos ministros já apresentados, Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki (falecido) e Rosa Weber (STF, 2013).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro.

(...)

5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a

concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto".

5. CONCLUSÃO

O saneamento básico é serviço essencial para o desenvolvimento das cidades e deve ser executado e regulamentado de forma a atender os princípios constitucionais ambientais, e a competência para prestação do serviço público de saneamento básico é dos municípios, determinado no artigo 30, V da Constituição.

A formação da região metropolitana visa integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, o que deve ser feita através de Lei Complementar e atinja municípios limítrofes. A autonomia municipal e a sua titularidade para execução dos serviços de saneamento básico dentro da região metropolitana foi tema de debate, tanto doutrinária quanto judicialmente, sendo neste último caso, através de ADIs tramitadas no STF.

De acordo com os posicionamentos adotados, a titularidade dos serviços de saneamento não seriam transferidos ao estado, mantendo-se na mão dos municípios ou, em uma visão mais ampla, sendo que o planejamento e exercício de tais serviços estariam a cargo de um conselho formado entre membros do estado e dos municípios integrantes da região.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. **Federalismo, municipalismo e efetividade das leis brasileiras sob a perspectiva histórico-jurídica**: estudo aplicado à lei de combate à poluição sonora de Belém do Pará. Belém: Paka-Tatu, 2012. 316 p.

BARBOSA, Joaquim. Supremo Tribunal Federal. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1842-RJ. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do estado

do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Proferido em 12 abr. 2012. Disponível em: <http://ebookbrowse.com/794-adi-1842-voto-min-joaquim-barbosa-pdf-d376942731>. Acesso em 29 nov. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento Básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, ago-out. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 20 dez 2018.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília/DF. Publicada no D.O.U de 11.7.2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília/DF. Publicada no D.O.U de 8.1.2007 e retificado no DOU de 11.1.2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília/DF. Publicado no D.O.U de 3.8.2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1842 RJ. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator : Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 06/03/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-181 Divulg 13-09-2013 Public 16-09-2013. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807539/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1842-rj-stf?ref=juris-tabs>. Acesso em 27 ago 2019.

BORJA, Patrícia Campos; MORAES, Luiz Roberto Santos. Revisitando o conceito de saneamento básico no Brasil e em Portugal. **Politécnica**, n.20-E, ano 7, jun. 2014, p. 5-11. Disponível em: <http://www.semasa.sp.gov.br/admin/biblioteca/docs/pdf/35Assemae125.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

CASTRO, Henrique Rezende de. **A Região Metropolitana na Federação Brasileira: estudo do caso de Londrina, Paraná**. Dissertação de Mestrado. Paraná. 2006. 162 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.uel.br/projetos/atlasrml/publicacoes/henrique_rezende_RML_UFRJ.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

CORRÊA, Maurício. Supremo Tribunal Federal. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842-RJ. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Governador do estado do Rio De Janeiro e Assembléia Legislativa do estado do Rio De Janeiro. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Proferido em 24 fev. 2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/793_ADI%201842%20-%20Voto%20Min.%20Mauricio%20Correa.pdf. Acesso em 29 nov. 2018.

FONSECA, Luciana Costa da. **O Direito ao saneamento básico**. São Paulo. 2006. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

HELLER, Léo; REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Pedro Gasparini Barbosa. Saneamento Básico: Os desafios da universalização do saneamento básico no Brasil. In: BARBOSA, Francisco (Org.). **Ângulos da água: desafios da integração**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 66-94.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2010. Censo 2010: população do Brasil é de 190.732.694 pessoas. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766&id_pagina=1. Acesso em: 25 ago. 2019.

JOBIM, Nelson. Supremo Tribunal Federal. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1842-RJ. Requerente: Partido Democrático Trabalhista.

Requeridos: Governador do estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Proferido em 8 mar. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/votojobimadi1842.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar. Supremo Tribunal Federal. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1842-RJ. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Governador do estado do Rio De Janeiro e Assembléia Legislativa do estado do Rio De Janeiro. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Proferido em 3 abr. 2008. Disponível em: <http://ebookbrowse.com/795-adi-1842-voto-min-gilmar-mendes-pdf-d144024904>. Acesso em: 29 nov. 2018.

MOTA, Suetônio. *Urbanização e Meio Ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: ABES, 2003. 356 p.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; Moura, ROSA (org.). *Hierarquização e identificação dos espaços urbanos*. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpoles, 2009.

SERRANO, Pedro Estevam. *Regime Constitucional das Regiões Metropolitanas. Última Instância*. 2009. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/2609/colunas+ultimainstancia.shtm> l>. Acesso em: 25 ago. 2019.

SILVA, José Afonso. *O Município na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOARES, Sérgio R.A.; BERNARDES, Ricardo S.; CORDEIRO NETTO, Oscar de M. *Relações entre saneamento, saúde pública e meio ambiente: elementos para formulação de um modelo de planejamento em saneamento*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 18, n. 6, p. 1713-1724, nov-dez. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v18n6/13268.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

TUCCI, Carlos Eduardo Morelli. Gerenciamento da Drenagem Urbana. *Revista Brasileira de Recursos Hídricos*, Porto Alegre, v.7, n.1, p.5-27, 2002.

TUCCI, Carlos Eduardo Morelli; BERTONI, Juan Carlos (org.). Inundações Urbanas na América do Sul. Porto Alegre: Associação Brasileira de Recursos Hídricos, 2003.

Disponível em:

<http://www.aveagua.org/Manual%20Gestion%20de%20Inundaciones%20Urbanas.pdf>.

Acesso em: 6 out. 2019.

ARTIGO 7.

O ALCANCE DA CONSTITUIÇÃO: BARREIRAS E EFETIVIDADE

THE REACH OF THE CONSTITUTION: BARRIERS AND EFFECTIVENESS

Ricardo Glasenapp²³⁹

Amanda Del Rio da Silva²⁴⁰

RESUMO

No presente artigo desenvolve-se o estudo da Constituição Federal e algumas de suas relevantes barreiras em seu objetivo inicial para chegar ao objetivo fim na qual foi criada. Passando a uma análise mais profunda para esclarecimento do que realmente ocorre quando se trata de aplicabilidade da Constituição Federal e a forma que a sociedade a recebe, ou não, dentro de sua época. Suas atualizações e revogações que geram obrigatoriamente uma mudança no ponto de vista moral e ético-social de acordo com a evolução cultural.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Alcance da Constituição; Efetivação; Valores Constitucionais; Necessidade Carta Magna

ABSTRACT

In the present article the study of the Federal Constitution is developed and some relevant barriers in its initial objective to reach the final objective in which it was created. Turning to a deeper analysis to clarify what really happens when it comes to the applicability of

²³⁹ Doutor em Constitucional pela PUC-SP. Advogado atuante na área de Direito Público. Professor, palestrante e autor de obras jurídicas. Email: ricardoglasenapp@gmail.com

²⁴⁰ Advogada e pesquisadora jurídica. Email: delrioamaandaa@gmail.com

the Federal Constitution and the way society receives it, or not, within its time. Its updates and revocations that necessarily generate a change in the moral and ethical-social point of view according to the cultural evolution.

Keywords: Constitutional Law; Reach of the Constitution; Effectiveness; Constitutional Values; Magna Carta

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo desenvolve-se na retratação das dificuldades no tocante a verdadeira efetivação da Constituição, visando demonstrar a falta de valor e de respeito por parte daqueles que deveriam cumpri-la, bem como daqueles que são representados no Poder Legislativo. Tal descompromisso constitucional, entre legislados e legisladores, faz com que se observe algumas das causas atuais que resultam no bloqueio do crescimento cultural-social por ausente o respeito as suas leis constitucionais.

2. OS OBJETIVOS PRIMÁRIOS DA CRIAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Preliminarmente, para falar sobre a Constituição, analisa-se o que a leva a ser estabelecida. Historicamente, surge a necessidade, na Antiguidade Clássica, da criação de um Constitucionalismo ainda que tímido, com o objetivo de limitar o poder político assegurando aos povos hebreus, na época através dos profetas – a chamada “Lei do Senhor” -, a legitimidade de fiscalização dos atos do governo para que ajam conforme os preceitos religiosos bíblicos daquele determinado momento²⁴¹. Para que não haja um descontrole ou ausência de controle por parte daqueles que dirigem o país, cria-se desta forma o primeiro Constitucionalismo afim de obter o controle para que os governantes ou os detentores do Poder não atinjam ou ultrapassem os limites doutrinários bíblicos.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, 22ª edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

2.1 Das necessidades iniciais sociais

Constitucionalmente, para que haja de fato o controle deve ser pensado: controle do que e para que controlar, qual o prejuízo ou o risco a ser evitável através de regramentos a serem seguidos. São eles, controle do Poder, controlar para que não haja abusos, para que os mínimos direitos não sejam prejudicados e evitar quaisquer que sejam os meios possíveis desses direitos e necessidades serem violadas, ou seja, iniciam os direitos individuais, sendo estabelecidos através do primeiro Constitucionalismo formal pela valiosa *Magna Charta Libertatum*. Por Antonio Manoel Bandeira Cardoso, veja-se:

“A Magna Carta é o documento assinado, em 1.215, por João Sem Terra, sob pressão dos barões. É considerada a base das liberdades inglesas. Estava a Inglaterra em plena Idade Média e vigorava o regime feudal, quando houve as Cruzadas, para as quais seguiram muitos príncipes, senhores feudais e até reis. [...] ‘As well, may they ask my crown!’ Exclamou João Sem Terra, à semelhança de um bobo, fulvo, cercado pela matilha dos barões ingleses que lhe impuseram a outorga da Magna Carta, semelhante ou inspirada naquela outra do ano 1.100, de Henrique II. Para um espírito tacanho e trapaceiro como daquele plantageneta, de fato a aposição da assinatura ou de selo real sobre o pergaminho dos barões e dos dignatários da Igreja Católica significava o mesmo que arrancar-lhe a coroa da cabeça”²⁴²

Denota-se que os barões, apesar de João Sem Terra assinar, são também responsáveis pela referenda Magna Carta de 1215. Ora, o regime feudal, bem como a Idade Média, trata-se de regime jurídico monárquico, onde o Rei é aquele com competência para promulgação de leis e normas conforme entender-se justo. Ocorre que desde o princípio do constitucionalismo, já na Idade Média de forma ainda sutil, é exercido um controle visando os direitos individuais, inicialmente reconhecendo-os e, após o cerco, protegendo-os daqueles que não os valorizam.

Percebe-se a primeira real necessidade tratou sobre cercar o detentor do poder para depois atentar-se as necessidades de valorização dos direitos individuais versados em seguida como os direitos de primeira dimensão, ou seja, aqueles que são representados pelo detentor do poder sai do seu ambiente para incomodar o detentor (Rei) para que esse

²⁴² CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta: Conceituação e Antecedentes. R. Inf. Legisl., Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 23, n. 91., p. 135-140, jul./set. 1986.

aja de acordo com as reais necessidades, ditando os direitos sobre o mínimo que a dignidade o ser humano pode ter.

2.2 O alcance constitucional

Após as análises dos objetivos e as necessidades quando criado o primeiro sinal de Constituição a modo internacional, pergunta-se: a quem é direcionado o alcance? No Brasil, a primeira Constituição, quais são aqueles historicamente ditos alcançados pela primeiríssima Carta Magna Brasileira?

A Constituição Federal de 1824, logo em seu início está descrito que “Fazemos saber a todos os Nossos Subditos” e em seu quase fim [...] “Mandamos portanto, a todas as Autoridades, a quem o conhecimento e execução desta Constituição pertencer, que a jurem, e façam jurar, a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente, como nela se contem.”[...]²⁴³ nota-se *a priori* aqueles a serem alcançados desde o início são todos. Todos os súditos independente de suas classes sociais, todas as autoridades também sendo indiferente quais autoridades e seus níveis, todos a partir dali incumbidos do dever de observar e fazer observar a Constituição. Busca-se dizer aos que no Brasil se encontram que a partir daquele momento há uma Lei Maior a ser observada, seguida e cumprida pela cidadania ali presente. Em outras palavras, que a ordem foi dada para fazer saber a todos.

A atual Constituição Federal de 1988, num comparativo no preambulo quanto a primeira, apesar dela querer fazer saber a todos e promulgada por Dom Pedro Primeiro, diferentemente daquela que já manifesta inicialmente, vejamos: “Nós, representantes do povo brasileiro”²⁴⁴. O que muda de uma Constituição a outra dentro de 164 anos? Já expresso anteriormente, o povo preliminarmente inicia através de uma pressão no Governante do momento detentor do poder que ela promulga, destarte, na atual, a primeira importantíssima diferença descrita no preambulo encontra sua força em seu

²⁴³ BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Imperio do Brazil 1824. Rio de Janeiro, RJ: Dom Pedro Primeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/comstituicao/comstituicao24.htm. Acesso em 25 out. 2019.

²⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/comstituicao/comstituicao.htm. Acesso em 25 out. 2019.

próprio povo, aquele que outrora devia fazer saber, atua como legislador através de seus representantes.

Quando surge em seu artigo 5º, um dos mais importantes da Lei Maior, senão o mais importante, descreve os direitos e garantias fundamentais iniciando a primeira palavra do artigo por *TODOS*. Sem distinção de qualquer natureza, a Constituição é direcionada a todos, os direitos são de todos, assim como as proteções, garantias sem esquecimento dos deveres de todos os cidadãos.

3. AS BARREIRAS DA APLICABILIDADE

José Afonso da Silva refere-se a um problema de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais oriundo das incertezas jurídicas.²⁴⁵ A razão desse raciocínio encontra-se nos dizeres de Luís Roberto Barroso sobre o fato de que em 3 (três) décadas se observa infelizmente, que são trazidas periodicamente na faixa de mais de duas por ano, Emendas Constitucionais a fim de remendar as leis supremas gerando inequivocamente uma insensibilidade constitucional advinda da inflação jurídica.²⁴⁶

Por força dessa inflação jurídica, que gera várias outras leis, que geram vários outros atos normativos, que chegando naqueles as quais precisam aplicá-la, pergunta-se por qual razão dar mérito, respeito e valor para algo que não se sustenta sozinho? A relação aqui é trazida através da confiança, e confia-se em algo que de fato traga segurança, então, de que modo se traz segurança se inúmeras Emendas Constitucionais vem sendo feitas ao passar dos anos? Quais outras normas supras não serão objetos de Emenda? Seguimos o raciocínio no próximo subtítulo.

3.1. O Estado e a elaboração da Constituição

²⁴⁵ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1982.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, 22ª edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

No momento em que se consagra ao Estado brasileiro o Poder de representar o povo através de seus escolhidos eleitoralmente, desde os mais baixos cargos e funções legislativas, judiciárias e executivas até os mais altos cargos destes três poderes pergunta-se: o que os levam a elaborar as leis? Com qual base, além das leis, de fato são julgados os casos? Quais são as motivações executivas para que façam algo pelos seus representados?

Paulo Ferreira da Cunha, em “A Caminho do Constitucionalismo 4:0”, reflete o seguinte questionamento: [...] “Será que a Constituição não conseguiu em muitos países sair do círculo seletivo de acadêmicos, para se ancorar no coração das pessoas comuns? Ou pelo contrário, há uma adesão de fundo às constituições, mas não se acredita mais nos seus concretos protagonistas políticos, ao ponto de se esquecerem as magnas cartas de que eles deveriam ser encarnação viva e atuante?”.²⁴⁷

Ainda mais adiante, vê a necessidade de descartar a demagogia e fazer a separação das águas sobre as Instituições Constitucionais e os seus titulares. Quantas dessas Instituições são de fato para aplicação de uma ética, valor e respeito à Constituição? Quantos desses representantes de fato representam os interesses do povo e não os interesses pessoais?

Denotam-se vários questionamentos a serem respondidos de modo mais profundo numa didática ainda mais incisiva, no entanto, a quantidade de barreiras perceptíveis de modo genérico são encontradas nos próprios detentores do Poder do exemplo, que comumente fazem pairar a dúvida sobre eles serem ou não, como supracitado, as encarnações vivas da Constituição, se são efetivamente os verdadeiros responsáveis pela aplicação da Carta Magna.

3.2. A sociedade e a Constituição

Como anteriormente citado e refletido, por meio das palavras de Paulo Ferreira da Cunha, há uma suspeita sobre determinados fatores de limitação do próprio Estado para a aplicação concreta da constituição. Nota-se que essa suspeita é da própria sociedade que

²⁴⁷ CUNHA, Paulo Ferreira. A Caminho do Constitucionalismo 4.0: Teses Constitucionais para Hoje e Amanhã, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 12. n. 16, p. 391-408, jan./dez. 2014.

não tem confiança em sua constituição em razão daqueles que a representam. Já na obra “Repensando as fontes do Direito na Sociedade da Informação”, o mesmo autor declara que advém de uma circunstância social o contexto normativo, que é impossível distanciar uma coisa da outra, afinal o sistema político-jurídico de cada país está envolto de um conjunto social, político, cultural, etc.²⁴⁸

Evidentemente, da sociedade surgiu através dos barões na antiguidade como outrora descrito, e para ela é direcionada com o intuito de atribuir-lhe direitos e deveres, sem distanciar um do outro, mas ambos com o devido respeito são essenciais para a verdadeira aplicabilidade constitucional. O respeito a constituição deve vir antes mesmo de nela se pensar, a partir do momento que uma ação inibe ou tira o direito do outro deve-se pensar, como ser humano que se é, se realmente deve ser feito algo.

É nisso que a constituição se baseia, no valor e respeito aos direitos e deveres individuais, de cidadão-cidadão, de Estado-Cidadão e Cidadão-Estado. Se dentro de um contexto social não houver respeito do Estado com a sociedade, indiretamente o Estado diz a sociedade que o mais importante são os interesses individuais daqueles que são detentores do Poder.

Parece haver um misto de interesses e valores sobrepostos donde realmente deve ser valorizado e respeitado. A sociedade-povo é detentora do poder e dela inicia os valores e respeitos, dela também pertence o respeito e valorização da Constituição, afinal, nenhum político, nenhum membro ou atuante dos três poderes deixa de ser cidadão e fica imune ao respeito a constituição só pelo fato de fazer parte dos representantes do povo, muito pelo contrário, são também parte da sociedade e respondem a constituição da mesma maneira.

3.3. Os valores atribuídos à Constituição Federal de 1988

Os valores relacionados ao tema estão presentes nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal de 1988, sendo que neles estão a base dos princípios que estabelecem a sua formação, os fundamentos, sua democracia semidireta ou participativa, institui a

²⁴⁸ CUNHA, Paulo Ferreira. Repensando as Fontes do Direito na Sociedade da Informação, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 14. n. 19, p. 253-280, jul./dez. 2016.

separação dos três Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo), os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e os princípios que regem também em relações internacionais.

Pedro Lenza afirma que na República, a partir do momento em que se tira a monarquia pelo plebiscito, é o povo quem a confirma, não podendo violar a soberania popular.²⁴⁹ A Federação como forma de Estado versando que o Estado é indissolúvel, é a determinação da união entre os Estados. Há o Estado Democrático de Direito quando dispõe que todo poder emana do povo e que o exerce através de seus representantes. Por assim, descreve a Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”²⁵⁰

Seus valores direcionam sobre de qual forma deve caminhar. De frente observa-se que tais incisos não surgiram “do além” e a menos “a troco de nada”, existe sua razão para que cada um dos que estão dispostos estejam onde estão. É um composto de critérios a serem seguidos para que o país cresça em todas as áreas e ramos possíveis, e aqueles que não são ainda possíveis, para que evolua de modo que seja executáveis, realizáveis e verdadeiros para que a constituição alcance a autenticidade que se deve.

Os valores são para manter a ordem e seguir em frente com organização e respeito, dentre eles, de modo resumido versas sobre: respeito e observância da forma de Estado, o seu povo e como os dois caminham juntos. Deve, por conseguinte, ambos andarem juntos sempre em busca de beneficiar e fazer evolucionar um pelo outro, e jamais Estado pelo Estado ou Sociedade pela Sociedade.

²⁴⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 22ª edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

²⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 out. 2019.

Luís Roberto Barroso coloca de modo a ser refletido “A República que ainda não foi”²⁵¹, sobre a Constituição profere: “Sobretudo se ela, apesar de muitos percalços, tiver conseguido ser uma Carta verdadeiramente normativa, derrotando o passado de textos puramente semânticos ou nominais.”. Os valores da Carta Magna são de fato bons a leitura, não há, no entanto, certeza quanto a sua efetividade, pois mesmo diante de tantos anos de sua vigência ainda se vê nitidamente uma realidade agressiva se comparada as suas letras.

4. A EFETIVIDADE DA CARTA MAGNA

Antes de entrar no objeto desse capítulo, transiro sem grande rigor o conceito de Efetividade, a saber, não pode ser confundido como reiteradamente acontece com eficácia, seja normativa, social etc.

Assim, explica Luís Roberto Barroso: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”²⁵²

O que nestes moldes pode se dizer por desempenho concreto de sua função social? Ora, como já observado, há um objetivo desde a primeira constituição, objetivo de alcançar o povo, fazê-lo saber sobre questões importantíssimas, a exemplo, a busca do controle através dos profetas hebreus ao poder político. Controle esse necessário para que o próprio povo também não seja prejudicado.

Considerando-se a realização do desempenho concreto da função social, é a efetividade aquela que torna a forma em matéria, ou seja, a constituição ou qualquer um de seus artigos, incisos ou emendas, só podem ser dados como efetivos quando, em caráter material, passar a exercer o objetivo na qual foi promulgada. Logo, qual a valia de uma

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Trinta anos de Constituição Federal. A República que ainda não foi, R. Consultor Jurídico, 6, out., 2018, 13:07. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-06/barroso-30-anos-constituicao-republica-ainda-nao-foi> Acesso em 25 out. 2019.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, 22ª edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

lei que apenas se vê vigente, no entanto, não se vê como agente das funções sociais na qual foi submetida.

Dos princípios fundamentais no tocante ao que dispõe a instituição dos poderes, a república, a federação, a soberania, a dignidade da pessoa humana, esses e principalmente os elencados no Artigo 5º da Constituição de 1988²⁵³, somente podem ser considerados efetivados a partir do momento que alcançarem o seu objetivo. Se diz que determinada ação é vedada em razão da proteção de um bem jurídico, essa lei somente é efetiva quando deixa a sociedade de praticar o ato em razão dessa proteção, e se há insubordinação a norma ali descrita, o indivíduo passivo pode a partir da violação do agente ativo, pleitear seus direitos. Porém, torno a lembrar que ainda que seja a letra de lei mais harmoniosa possível - juridicamente falando – nos seus modos de criação, se não há efetividade, não alcança o objetivo no qual a ela foi destinada.

Ocorre que a constituição brasileira após tantas e tantas emendas constitucionais, direciona a sua própria cidadania o sentimento de incerteza, e essa, por conseguinte gera insegurança, que gera descrença e senão há crédito na Lei Suprema de um país, o raciocínio é bem propício, não há efetividade. As pessoas, a sociedade, inclusive o Estado, age de acordo com aquilo que acredita.

Obviamente, não há aqui de ser discutido o caráter intrínseco de cada indivíduo no seu mais subjetivo modo de viver, contudo, há como educar a sociedade a modo de fazê-la refletir, sobre o preço a ser pago caso viole o que na constituição está descrito. Se vale a pena, se é tão importante ser um agente de ações negativas em cima de ações negativas que só findam em resultados não admiráveis a ninguém, uma vez que a lei é direcionada para todos, para que de modo geral vivam em harmonia e em crescimento diariamente, sem destruir bens que são fundamentais para qualquer raça, independente de religião, sexo, cor, origem ou qualquer que seja a maneira ou razão chula de suprimir o direito de alguém, valendo essa reflexão desde o mais alto cargo ao mais baixo.

Infelizmente, a passos de formiga caminha a sociedade em conjunto ao Estado, ou vice-versa, para uma efetiva garantia dos direitos individuais mais básicos, indispensáveis, essenciais, cruciais, vitais, primordiais, principais, relevantes e tantos

²⁵³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 out. 2019.

outros adjetivos que pode ser dado aos direitos fundamentais. A realidade, parte da análise de que, à medida que os representantes respeitam a constituição e todo seu processo de criação, ainda que, em caráter complementar, seja através de emendas, leis ordinárias e afins, quando há valorização e respeito de quem a cria, há valorização e respeito a quem foi direcionada, conseqüentemente considerar-se-á efetiva a norma.

5. PARA UMA EFETIVIDADE SEM RETROCESSO

A ordem é o progresso, se há retrocesso não faz sentido prosseguir. Evoluir é olhar para trás apenas para não cometer os mesmos erros e ter base para refletir o que pode ser trazido, inovando e articulando a melhora saudável a todos.

Os desastres já vividos na anulação ou insignificância dos direitos individuais são ultrapassados nas linhas, não na realidade. Para que se possa tornar o que chama-se de efetividade concreta, deve ser posto que vale a pena seguir dentro das normas estabelecidas, isto posto, significa dizer que ninguém será injustiçado pela lei, e se há algum fato jurídico de violação, este será sobreposto de maneira tal a fazer o injustiçado sentir-se no mínimo tranquilo ou em paz.

A fidelidade à constituição é um dos acontecimentos essenciais para ser validada socialmente suas normas, isso já é sabido, no entanto, para chegar nacionalmente a tal contexto ideal, é necessário preliminarmente uma conscientização fortíssima sobre a verdadeira dignidade do ser humano, tanto em seus Direitos, quanto em seus Deveres. Ninguém está eximido a apenas ser observado como ser humano que é, há a necessidade de fazer e deixar de fazer inúmeros atos como um cidadão comum ideal, aquele que respeita e se preocupa, que pensa no futuro dos seus próprios filhos como alicerces da próxima época, da geração vindoura.

Essa conscientização está também na mão do Estado, cujo esse tem facilidade ao informar o seu próprio povo, quando assim o quer. Ocorrendo o Estado de agir conforme suas próprias palavras, agindo os seus próprios representantes políticos sem demagogia e muitas das notadas vezes sem interesse particular-individual e todos estarem voltados a verdadeira evolução, certamente com as barreiras sendo quebradas, encontrar-se-ão os direitos e normas efetivadas.

6. CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos historicamente mencionados e analisados, constata-se que desde os primórdios, quando surgiu o primeiro sinal de constitucionalismo, há na sociedade um poder imenso para gerar mudança significativa em suas leis. Independente de qual seja o nome a estar no comando do país quando se trata de regime monárquico, independente de quem seja o cargo do Poder Executivo do país, o povo tem em suas mãos uma capacidade.

Levando em consideração as necessidades sociais, hoje o controle dos representados sobre seus representantes, vem de forma ainda que pequena, sendo eficaz e fazendo a diferença nas atitudes políticas daqueles que detém o poder. O fato de os barões terem sido aqueles que cercaram João sem Terra, refletiu diretamente no que temos hoje. Os direitos individuais pouco a pouco sendo mais valorizados em razão dessa busca incansável que se perdura aos séculos.

O alcance da Constituição, que antes direcionado aos súditos, é atualmente voltado ao povo de sua nação, pelos seus representados. A Lei Mor Brasileira destinada a proteger e descrever os direitos fundamentais de todos aqueles que se encontram na Pátria-Mãe chamada Brasil. É a dignidade da pessoa humana sendo destinada a todos sem quaisquer distinções, discriminações ou preconceitos, pela força da sociedade e a ela mesma voltada como um todo, no entanto, aplicando-se fundamentalmente ao cidadão individual.

Visto que para que a vontade da sociedade supracitada precisa ser aplicada, investiu-se incluir neste artigo a barreira que encontrada para que haja uma verdadeira aplicação. São tantas leis infraconstitucionais trazidas ao longo dos anos a fim de corroborar à Constituição Federal, tantas Emendas constitucionais, que gera a insegurança jurídica social diante dessa realidade infeliz, tornando a aplicação da norma também duvidosa e incompleta.

Sendo assim, ainda o Estado através de seus políticos ora escolhidos pelo povo, dispõem de imensa responsabilidade reflexiva acional. O que eles fazem, a sociedade aprende a fazer, e onde eles tem o dever de agir, mas assim não o conduzem, propícia o mísero sentimento de descrença em seus protagonistas, em si mesmos, pois estes que são incumbidos do dever de ser a própria Constituição, deixam-na de lado em razão de

interesses que excluem a sociedade e conseqüentemente a Norma na qual tem de lutar para que seja aplicada.

A efetividade ainda está comprometida em razão da ausência do desempenho social na qual sua lei é criada. A letra, o seu modo positivo, está afastado da consciência de quem dirige o país e de quem detém o Poder nas mãos, sem ter dentro de si a realidade que pode ser mudada se as atitudes mudarem. Quando muda o modo de pensar e ver, mudam-se as ações. Para alcançar a efetividade necessária, o verdadeiro e concreto, deverão melhorar e muito na sua valorização e respeito a Constituição.

Para que se consuma este presente, a Carta Magna, a Lei Mor, a Constituição Federal, alcançará efetivamente seu objetivo quando se iniciar a conscientização de que o seu povo, os seus políticos, a sua sociedade num todo, entenda que é verdadeiramente a Lei Maior e deve ser seguida, respeitada, valorizada e vista de modo que quem a vê, observe que tem que ser fiel aos seus direitos, deveres, para que estes mesmos que a fidelizarem, também possam ser beneficiados por suas garantias e direitos fundamentais.

A Constituição é direcionada para todos e esse fato é perfeito, no entanto, quando algo é genérico ou muito amplo, poucos serão aqueles que se sentirão incumbidos do dever de fazê-la cumprir. Já que a constituição é para todos, os direitos apesar de individuais também são para todos, os deveres também são parte fundamental e são para todos. Sim, todos são responsáveis pela efetividade constitucional. Todos precisam da consciência de que são protagonistas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, 22ª edição, 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Trinta anos de Constituição Federal. A República que ainda não foi**, R. Consultor Jurídico, **6, out., 2018, 13:07. Disponível em:** <https://www.conjur.com.br/2018-out-06/barroso-30-anos-constituicao-republica-ainda-nao-foi>. Acesso em 25 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil 1824**. Rio de Janeiro, RJ: Dom Pedro Primeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 25 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 out. 2019.

CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. **A Magna Carta: Conceituação e Antecedentes**. R. Inf. Legisl., Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 23, n. 91., p. 135-140, jul./set. 1986.

CUNHA, Paulo Ferreira. **A Caminho do Constitucionalismo 4.0: Teses Constitucionais para Hoje e Amanhã**, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 12. n. 16, p. 391-408, jan./dez. 2014.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Repensando as Fontes do Direito na Sociedade da Informação**, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 14. n. 19, p. 253-280, jul./dez. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 22ª edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARASETE, Paulo. **A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1982.

ARTIGO 8.

EXISTE UM ESTADO CIVIL ESPECÍFICO PARA AS PESSOAS QUE VIVEM EM UNIÃO ESTÁVEL?

IS THERE A SPECIFIC MARITAL STATUS FOR THOSE WHO HOLD STABLE UNION?

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges²⁵⁴

Paulo Henrique Araújo Zica²⁵⁵

RESUMO

Hoje em dia, é muito comum, no Brasil, casais conviverem juntos sem necessariamente contraírem casamento conforme todos os ritos legais. Essa situação é reconhecida pelo Direito das Famílias e protegida constitucionalmente. Contudo, há sempre o problema envolvendo o estado civil. Sendo assim, este trabalho almeja a responder à seguinte pergunta: “existe um estado civil específico para as pessoas que vivem em união estável?”.

Palavras-chave: Direito das famílias; Estado civil; União estável; Coabitação; Direito Civil.

ABSTRACT

Nowadays, it is very common, in Brazil, for couples to live together without actually getting legally married. This situation is recognized by the Family Law and is constitutionally protected. However, there is always a problem involving the marital

²⁵⁴ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), professor e advogado, Email: gabrieloab@outlook.com.

²⁵⁵ mestre em Direito Empresarial pelas Faculdades Milton Campos (FMC), advogado. Email: paulo@attiebritoebastos.adv.br.

status of these people. So, this work aims to answer the following question: “is there a specific marital status for those people who live in a cohabitation?”.

Keywords: Family law; Marital status; Stable union; Cohabitation; Civil Law.

1. INTRODUÇÃO

Conforme lição de Walter Ceneviva, “o Estado tem no registro civil a fonte principal de referência estatística: comete crime o oficial que não remeter, trimestralmente, à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, os mapas de nascimentos, casamentos e óbitos. É uma base para que os governos decidam suas medidas administrativas e de política jurídica. O indivíduo nele encontra meios de provar seu estado, sua situação jurídica. Fixa, de modo inapagável, os fatos relevantes da vida humana, cuja conservação em assentos públicos interessa à Nação, ao indivíduo e a todos os terceiros. Seu interesse reside na importância mesma de tais fatos e, outrossim, na sua repercussão na existência do cidadão: ele é maior ou menor, capaz ou incapaz, interdito, emancipado, solteiro ou casado, filho, pai. É todo um conjunto de condições a influir sobre sua capacidade e sobre as relações de família, de parentesco e com terceiros”²⁵⁶.

Com a constitucionalização do direito civil trazida pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, confirmada pelo Código Civil de 2002, ocorreu uma equiparação entre casamento e união estável, vedando-se qualquer forma de discriminação desta com relação àquele, havendo regime de bens similar ao da comunhão parcial no caso da união estável.

Sendo assim, partindo da citação acima, do magistério de Ceneviva, a pergunta a que se almeja responder com o presente trabalho é: existe um estado civil específico para as pessoas que vivem em união estável?

Poder-se-ia, de plano, responder que não, considerando que os estados civis existentes são: solteiro, casado, separado, divorciado e viúvo, de forma que quem contrai união estável, em que pese tenha, agora, uma situação familiar e patrimonial diferente, continua tendo o mesmo estado civil que tinha anteriormente.

Contudo, a questão parece merecer uma análise mais profunda, considerando novas legislações, como o Novo Código de Processo Civil e o Provimento nº 37, da

²⁵⁶ CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 75.

Corregedoria Nacional de Justiça, bem como recente jurisprudência das Cortes Superiores, sem falar no próprio mandamento constitucional.

Sendo assim, será lançada mão de pesquisa a partir de abordagem indutiva, partindo-se do específico (legislação, doutrina e jurisprudência específica com o assunto “estado civil para a união estável” como plano de fundo) para se chegar a uma resposta geral sobre o assunto.

Assim, planeja-se, primeiramente, fazer duas análises gerais, uma sobre a temática do “estado civil da pessoa natural” *lato sensu* e outra sobre uma abordagem civil-constitucional da união estável, para só então entrar no estudo específico sobre a pergunta-problema que move o presente trabalho.

Espera-se, assim, chegar a uma conclusão que responda à pergunta-problema.

2. DO ESTADO CIVIL DA PESSOA NATURAL

Estado civil é a qualificação jurídica da pessoa, a qual advém das posições que esta ocupa na sociedade, podendo produzir diversas consequências. Ou seja, é a posição jurídica que a pessoa ocupa no meio social.

Ora, as pessoas humanas estão organizadas em grupos sociais desde o princípio da história do homem, já que o ser humano é um ser gregário. O sujeito vai ocupar diferentes posições sociais em cada um desses grupos, o que eventualmente vai repercutir no ordenamento jurídico, sendo que talvez o principal desses grupos sociais seja a família, que é “grupamento social primário, no qual o homem nasce inserto e modela a sua personalidade, constituindo-se verdadeiro *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”²⁵⁷.

Essas posições assumidas no seio social, quando em conjunto, formam o estado civil do sujeito, qualificando-a de maneira que produz diversos efeitos, *e.g.*, a necessidade de outorga do cônjuge para a pessoa casada em regime de bens diferente da separação convencional de bens alienar ou onerar bens imóveis.

Assim como o nome civil, a capacidade e o domicílio, o estado da pessoa tem a natureza jurídica de atributo da personalidade, tratando-se de direito da personalidade e, portanto, sendo indisponível, indivisível e imprescritível.

²⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v.1 – parte geral e LINDB. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 364.

No direito romano, as implicações da pessoa em sua comunidade eram denominadas *status libertatis* (com relação a liberdade do sujeito), *status civitatis* (o próprio estado de ser cidadão) e o *status familiae* (que tratava da situação familiar do sujeito)²⁵⁸.

No direito civil brasileiro, são três os estados da pessoa.

Primeiramente, o estado individual, que trata da idade (maior ou menor de idade, sendo que os 18 anos de idade são o marco da maioridade), da capacidade (absolutamente incapaz, relativamente incapaz e capaz) e do sexo (masculino ou feminino).

Posteriormente, há o estado familiar, que se refere à situação familiar da pessoa, quanto ao matrimônio (casado, solteiro, divorciado ou viúvo), que é o que se convém chamar de “estado civil”, e ao parentesco (pai, mãe, filho, irmãos, avô ou avó, tio ou tia, sogro ou sogra, genro ou nora, cunhado ou cunhada). Hoje, não existe, ainda, um estado familiar de convivência (objeto do presente estudo). Importante lembrar, ainda, que a separação de fato não altera o estado familiar da pessoa, muito embora produza seus próprios efeitos.

Por fim, há o estado político, que vai qualificar a pessoa natural com fulcro em sua posição frente à nação a que pertence. Aqui, a pessoa pode ser nacional (nato ou naturalizado), ou estrangeiro. Existem, também, aquelas pessoas que são apátridas (não possuem nacionalidade) e aquelas que possuem mais de uma nacionalidade.

Em seara processual, no que diz respeito ao estado civil da pessoa natural, temos as importantes ações de estado, em que o titular defende seus estados civis em juízo em face de quaisquer atentados ou violações, com vistas à declaração da existência de certas situações jurídicas (como na investigação de paternidade), sua inexistência (como na ação negatória de paternidade), ou, ainda com o fito de criar, modificar, substituir ou extinguir uma relação jurídica relacionada ao estado civil da pessoa natural (como, por exemplo, no divórcio).

No que diz respeito ao estado pessoal, temos como exemplo a ação de interdição ou a redesignação de estado sexual. Na seara do estado familiar, além dos supracitados divórcio e investigação de paternidade, temos a anulação de casamento. Quanto ao estado político, um exemplo poderia ser a ação de aquisição de nacionalidade brasileira²⁵⁹.

²⁵⁸ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Civil*: parte general. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 409.

²⁵⁹ Esses exemplos são citados por FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v.1 – parte geral e LINDB. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 365.

Por fim, interessante tratar da chamada “posse de estado”, que se trata da projeção da teoria da aparência na estruturação do estado da pessoa. Assim, o sujeito que apreende um estado vai se comportar como quem realmente o tem, de forma que se conceitua a posse de estado como o constante e público exercício de fatos próprios de tal estado, trazendo a pessoa consigo a aparência de ter aquele estado²⁶⁰.

Exemplos importantes da aplicação da posse de estado são, no caso de ação de investigação de paternidade, o uso da posse do estado de filho como meio de prova, bem como a posse do estado de casado, que pode servir de prova indireta do casamento quando houver perda ou extravio do registro civil de matrimônio.

De toda forma, para os fins do presente trabalho, importa apenas tratar do estado civil familiar quanto ao matrimônio.

Em tese, tal estado civil pode ser solteiro (pessoa que nunca contraiu vínculo matrimonial), casado (pessoa que contraiu e mantém vínculo matrimonial), separado (pessoa que teve o vínculo matrimonial rompido por ação de separação judicial ou escritura pública de separação consensual), divorciado (pessoa cujo vínculo matrimonial se rompeu por intermédio de ação judicial de divórcio, ou escritura pública de divórcio consensual, sendo possível a conversão da separação judicial em divórcio), ou viúvo (sujeito que teve o vínculo matrimonial rompido pela morte do cônjuge).

Assim, a pessoa que convive maritalmente com outra, mas não é casada, tendo contraído união estável, continua solteira para fins de estado civil familiar quanto ao matrimônio, ainda que tal união estável esteja registrada em cartório²⁶¹.

Instituídos estes prolegômenos sobre o estado civil da pessoa natural, bem como entendido que, formalmente, não existe um estado civil familiar para a pessoa que vive em união estável, passa-se ao estudo deste instituto de maneira um pouco mais aprofundada.

3. DA UNIÃO ESTÁVEL EM UMA ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL

O art. 226, §3º, da Constituição Federal, traz que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

²⁶⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 243.

²⁶¹ BRASIL. Portal Brasil. **Certidão de união estável não altera estado civil**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/03/certidao-de-uniao-estavel-nao-altera-estado-civil> (acesso em 05/01/2018).

Ora, nosso direito constitucional afirma uma emancipação das liberdades do cidadão, por intermédio de valores e direitos fundamentais conexos com a realidade da sociedade. Assim, temos que o sistema de direitos fundamentais que a Constituição construiu traz conteúdo mínimo para a construção do próprio Direito. O mencionado §3º do art. 226 reconhece a aplicabilidade de tais liberdades na constituição de entidades familiares.

Nas palavras de Gustavo Tepedino, “é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”²⁶².

Sendo assim, o que se vê é que nossa Carta Magna instituiu maior proteção por parte do Estado à entidade familiar, mesmo que não fundada no casamento, já que é esta um dos corolários da dignidade da pessoa humana. Essa tutela jurídica à família não se esgota na proteção do núcleo familiar, mas, sim, das pessoas que o compõem. Por isso é que o constituinte optou por reconhecer a união estável como entidade familiar, protegendo a personalidade dos membros dessa entidade e promovendo, assim, a dignidade humana no seio familiar.

Com muita sensibilidade, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que “seja o casamento, seja a união estável, seja qualquer outro modelo de família, é certo que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o *afeto*. E não se justifica, por cert, discriminar realidades idênticas – todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena dos seus componentes”²⁶³.

Ora, tratar a união estável de forma discriminatória seria uma negação ao papel de promoção exercido pela entidade familiar, atentando-se, assim, contra a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Despiciendo afirmar que, em que pese o supracitado §3º do art. 226 da Constituição da República institua a facilitação da conversão da união estável em casamento, o constituinte não almejou estabelecer graus de importância entre as duas

²⁶² **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

²⁶³ **Curso de direito civil**, volume 6 – Direito das Famílias. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 507.

formas de constituição de família, mas apenas facilitar, tirar a complexidade, do matrimônio daqueles que já conviviam no seio de uma família como se fossem casados²⁶⁴.

Ora, sendo assim, qual a diferença entre casamento e união estável?

A grande diferença entre os dois institutos é que a forma de se provar a existência de casamento é por intermédio da certidão de casamento (prova pré-constituída), ao passo que a união estável tem sua existência provada por prova pré-constituída (quando registrada em cartório), ou pós-constituída (quando tem sua existência reconhecida pelo magistrado)²⁶⁵.

Ora, se o Direito das Famílias, marcado pelo afeto como sentimento humano, ignorasse uma realidade social e tratasse o casamento e a união estável de maneira desigual, só o que o ordenamento jurídico lograria fazer seria negar proteção a alguém por ter constituído família sem a forma solene prescrita na lei para se constituir matrimônio.

Importante salientar que, segundo o IBGE, mais da metade da população brasileira vive fora do casamento, conforme explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁶⁶.

Sendo assim, parece justa uma proteção constitucional à união estável.

4. EXISTE UM ESTADO CIVIL PARA A UNIÃO ESTÁVEL?

Conforme lição de Maria Berenice Dias, “O estado civil é definido como uma qualidade pessoal. A importância de sua identificação decorre dos reflexos que produz nas questões de ordem pessoal e patrimonial. Daí integrar, inclusive, a qualificação da pessoa. Além de nome e idade, é exigida a informação do estado civil. Até hoje o marco sinalizador do estado civil sempre teve por referencial exclusivamente o casamento. Nem é preciso repetir que a união estável e o casamento são institutos distintos, mas as seqüelas de ordem patrimonial identificam-se. Com o casamento ocorre a alteração do estado civil dos noivos, que passam à condição de casados. Já a união estável, em geral, não tem um elemento constitutivo definindo seu início, mas nem por isso deixa de produzir conseqüências jurídicas desde sua constituição. Basta lembrar que os bens adquiridos

²⁶⁴ Este é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, cf. **Curso de direito civil**, volume 6 – Direito das Famílias. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 508 e Maria Berenice Dias, cf. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 165.

²⁶⁵ Segundo Belmiro Pedro Welter, cf. **Estatuto da união estável**. 2. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.38, essa é a única diferença entre casamento e união estável.

²⁶⁶ **Curso de direito civil**, volume 6 – Direito das Famílias. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.509.

durante a convivência passam, necessariamente, a pertencer ao par, por presunção legal. Assim, imperioso reconhecer que, a partir do momento em que uma estrutura familiar gera consequências jurídicas, se está diante de um novo estado civil. A falta de identificação dessa nova situação traz insegurança aos parceiros e pode causar prejuízos a terceiros que eventualmente desconheçam a condição de vida daquele com quem realizam algum negócio”²⁶⁷.

Ora, uma vez que a união estável não se define como estado civil, quem protagoniza uma entidade familiar dessa natureza não se vê obrigado a identificar-se como convivente, podendo se declarar, conforme o caso, solteiro, separado, divorciado ou viúvo. O problema é que, agindo dessa maneira, estará maquiando sua real situação patrimonial, já que os bens adquiridos na constância dessa união estão em condomínio com o companheiro ou companheira, não sendo exclusivamente seus, de forma que esconder a existência da união estável pode induzir parceiros negociais a erro, causando prejuízo a terceiros.

Sendo assim, “é conveniente, em nome da segurança jurídica, que os companheiros informem a sua situação conjugal, evitando, assim, possível desfazimento de negócios”²⁶⁸.

Para destrinchar essa situação envolvendo a existência de um estado civil para a união estável, *leitmotiv* do presente trabalho, serão tratados quatro temas: o tratamento dado à união estável pela legislação processual em matéria cível, o tratamento dado pela Corregedoria Nacional de Justiça, três projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional sobre a matéria e, por fim, será dedicado um item exclusivamente para análise jurisprudencial do assunto.

4.1 Do tratamento dado pelo Código de Processo Civil de 2015 à união estável

Conforme lembra o magistério de Rodrigo da Cunha Pereira²⁶⁹, com vistas a boa-fé e a segurança jurídica das relações, o art. 319, II, do Código de Processo Civil de 2015, traz que a petição inicial indicará “os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas

²⁶⁷ **Manual de direito das famílias**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 166.

²⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Capítulo 4: União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) **Tratado de direito das famílias**. 2. Ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 217.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 217.

Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu”²⁷⁰.

Ora, “a exigência quer permitir a identificação do réu (ou réus e sua qualificação, a mais completa possível, que interfere, importa esclarecer, em inúmeras questões). Seu endereço, por exemplo, é indicativo da competência; ser ou não casado ou viver em união estável, pode impor a formação de litisconsórcio passivo (necessário) e assim por diante”²⁷¹.

A nova exigência, que não constava do *códex* processual civil de 1973, considera o tratamento dispensado à união estável como entidade familiar, tanto no artigo 226, §3º, da Constituição Federal, como no *caput* do artigo 1723 do Código Civil²⁷², bem como a similitude entre vários de seus efeitos a efeitos da relação jurídica matrimonial, o legislador passa a exigir que se noticie a existência de união estável da parte pessoa física.

Ressalta-se, contudo, que muito embora não seja necessário constituir prova da união estável na inicial, bastando noticiar sua existência, a comprovação desta nos autos será importante para que se exija o consentimento ou a integração do companheiro ou convivente na lide²⁷³.

Sendo assim, o que se identifica no primeiro Código de Processo Civil escrito depois da promulgação da Constituição de 1988 é que informar a existência de união estável possui a mesma importância da informação acerca do estado civil das partes, o que, acredita-se, poderia ser entendido como um indício de existência, na prática, de um estado civil para a união estável.

4.2 Do provimento 37, da Corregedoria Nacional de Justiça

Antes mesmo da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, já existia, em 2014, o Provimento nº 37, da Corregedoria Nacional de Justiça.

²⁷⁰ BRASIL. **Código de processo civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm (acesso em 12 de janeiro de 2018).

²⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 291.

²⁷² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, cf. BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm (acesso em 12 de janeiro de 2018).

²⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (coord.) **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 815.

Referido Provimento dispõe sobre o registro de união estável no Livro “E”, por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

O art. 1º da norma torna facultativo o registro da união estável, seja ela mantida por um casal heterossexual ou por um casal homossexual²⁷⁴. Os demais dispositivos explicam como tal registro deverá ser feito pelos tabeliães.

Sendo assim, antes mesmo do legislador brasileiro tratar a união estável no mesmo patamar dos estados civis *stricto sensu* com a norma processual civil, o ordenamento brasileiro já caminhava rumo a um reconhecimento do instituto enquanto tal, posto que, muito embora as pessoas continuem solteiras, separadas, divorciadas ou viúvas, em seu registro poderá constar a existência da união estável e com quem o cidadão contraiu tal forma de família.

4.3 Projetos de lei que conferem um estado civil à união estável

Antes ainda da Corregedoria Nacional de Justiça editar Provimento sobre o registro civil da união estável, já havia, pelo menos três projetos de lei que conferiam o título de estado civil a esta unidade familiar.

O Projeto de Lei 2285/2007, proposto pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, no parágrafo único de seu art. 63, traz que “a união estável constitui estado civil de convivente, independentemente de registro, o qual deve ser declarado em todos os atos da vida civil”²⁷⁵.

Na justificção de referido projeto de lei, tem-se que “optou-se por determinar que a união estável constitui estado civil de “convivente”, retomando-se a denominação inaugurada com a Lei nº 9.263/96, que parece alcançar melhor a significação de casal que convive em união afetiva, em vez de companheiro, preferida pelo Código Civil. Por outro lado, o convivente nem é solteiro nem casado, devendo explicitar que seu estado civil é próprio, inclusive para proteção de interesses de terceiros com quem contrai dívidas, relativamente ao regime dos bens que por estas responderão”²⁷⁶.

²⁷⁴ BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 37**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_37.pdf (acesso em 12 de janeiro de 2018).

²⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 2285, de 2007**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9E7F62CE0CA200672CB7E7BA52D0B237.proposicoesWebExterno1?codteor=517043&filename=Tramitacao-PL+2285/2007 (acesso em 12 de janeiro de 2018).

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 43.

Tal projeto se encontra apensado ao Projeto de Lei nº 674-B, de 2007, cujo *caput* do art. 2º estatui que “o Estado civil das pessoas em união estável é o de Consorte”²⁷⁷.

Por fim, merece destaque o PLS 470/2013, proposto pela Senadora Lídice da Mata, que se trata do Estatuto das Famílias.

O parágrafo único do art. 61 de referido PLS impõe que “Independentemente de registro, a união estável constitui o estado civil de companheiro, o qual deve ser declarado em todos os atos da vida civil”²⁷⁸. Na justificativa de tal projeto, temos que “Sanando o impasse que gera enorme insegurança jurídica, é explicitado que a união estável constitui estado civil de “companheiro”, retomando-se a denominação que tem melhor aceitação na significação do casal que convive em união afetiva. Deste modo, a união estável provoca a alteração do estado civil dos companheiros, que não são nem solteiros e nem casados, sendo obrigatório declinar o estado civil, como forma de preservar interesses de terceiros, em face do regime dos bens que passa a vigorar”²⁷⁹.

Ante o até aqui exposto, nota-se que o Brasil tem caminhado rumo à existência legal de um estado civil específico para aquelas pessoas que convivem maritalmente sob a égide da união estável.

5. O tratamento jurisprudencial da matéria: um *case* julgado pelo TJPR e, posteriormente, pelo STJ

Traçado todo esse panorama já exposto, pode-se trazer á baila um *case* julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) em sede de apelação e, posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de recurso especial.

Trata-se de ação de retificação de registro civil, onde se pleiteava a retificação de uma certidão de óbito para que, onde constava que o *de cuius* era solteiro, passasse a constar que era solteiro, mas com união estável.

Ante à negativa na sentença de primeira instância, foi interposto recurso de apelação, ao qual o TJPR deu provimento em acórdão assim ementado:

²⁷⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 674-B, de 2007**, p. 2. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B1648AF4882B3D0DB372387DAABD7B17.node1?codteor=831261&filename=Avulso+-PL+674/2007 (acesso em 12 de janeiro de 2018).

²⁷⁸ BRASIL. Senado Federal. **PLS 470/2013**. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Famílias_2014_para%20divulgacao.pdf (acesso em 12 de janeiro de 2018).

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 10.

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - CERTIDÃO DE ÓBITO - ESTADO CIVIL - RETIFICAÇÃO PARA CONSTAR RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO - OMISSÃO LEGISLATIVA DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS - INDECLINABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO - AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA - TUTELA CONSTITUCIONAL DAS UNIÕES ESTÁVEIS - PEDIDO POSSÍVEL - INTERESSE DE AGIR DEMONSTRADO - CORREÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO - RELEVÂNCIA SOCIAL - TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL - ARTIGO 273, §6º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - JURISDIÇÃO DE NATUREZA EXAURIENTE E DE CERTEZA - FORMAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL - PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA ACRÉSCIMO DE INFORMAÇÃO SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL - RELAÇÃO DE COMPANHEIRISMO INDEPENDENTE DO ESTADO CIVIL DAS PESSOAS. 1. A omissão legislativa acerca das relações de companheirismo, para fins de registro civil (inclusive na certidão de óbito), não afasta a pretensão da parte Autora de requerer perante o Poder Judiciário a proteção de sua esfera jurídica. 2. A Constituição Federal de 1988 incumbiu ao Estado o dever de proteção de qualquer entidade familiar, formada ou não pelo casamento. Portanto, deverá ser coibido qualquer tratamento jurídico discriminatório entre o casamento e a união estável. 3. A relação de união estável pode ser registrada na certidão de óbito, ainda que inexistia previsão legal específica nesse sentido, pois, a informação de que a pessoa falecida vivia em união estável é de relevante interesse jurídico, porque publiciza a existência da entidade familiar e gera efeitos, além dos pessoais, patrimoniais para as partes envolvidas e para terceiros. 4. A decisão que antecipa os efeitos da tutela, nos termos do artigo 273, §60, do Código de Processo Civil tem natureza de decisão de mérito, consoante exegese do artigo 269, inciso II, do CPC, e faz, portanto, coisa julgada material, pois o juízo é de cognição exauriente e de certeza. 5. Sendo as uniões estáveis famílias de constituição fática, formadas independentemente de registro público, são passíveis de assento no registro civil para constar a

existência da relação de companheirismo, complementando o estado civil oficializado perante o Estado. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO”²⁸⁰.

Importante analisar com um pouco mais de profundidade os itens 1, 2, 3 e 5²⁸¹ da supracitada ementa.

No item 1, o tribunal reconhece que existe uma omissão legislativa com relação ao registro civil das pessoas em união estável, afirmando, contudo, que tal omissão não deve afastar a pretensão da parte em ter protegida sua esfera jurídica, qual seja, a condição de companheira do *de cuius*.

No item 2, os julgadores lembram o texto constitucional, que, conforme já explicitado alhures, veda a discriminação entre casamento e união estável.

No item 3, os magistrados reconhecem o relevante interesse jurídico da informação acerca da existência de união estável. Ora, existe uma cabal diferença entre ser solteiro e conviver em união estável com alguém, diferença essa que transcende a esfera da vida familiar, chegando a aspectos patrimoniais e até sucessórios. Dessa forma, é importante que, nos registros públicos, conste a existência da união estável. Não é à toa que o Código de Processo Civil de 2015 inova, exigindo, no inciso II de seu art. 319, que a petição inicial indique a existência de união estável, se houver.

No item 5, os desembargadores arrematam o assunto, afirmando que, uma vez que as relações de companheirismo prescindem de registro no cartório competente, podem ser assentadas no registro civil para complementar o estado civil.

Contudo, a parte sucumbente, não se conformando com o acórdão, interpôs recurso especial, o qual foi julgado pelo STJ em acórdão assim ementado:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. CERTIDÃO DE ÓBITO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. INTERESSE DE AGIR. 1. Ação de

²⁸⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação cível nº 1024569-7. Protocolo: 2012/445611. Apelante: G. F. M. Apelado: G. A. G. Relatora: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 30/10/2013. Disponível em: <https://justotal.com/diarios/tjpr-27-11-2013-pg-285> (acesso em 08 de janeiro de 2018).

²⁸¹ O item 4 da ementa foi propositalmente excluído da presente análise por não se tratar do objeto aqui em estudo, além de fazer referência a norma processual antiga e revogada, qual seja, o Código de Processo Civil de 1973.

retificação de registro civil (certidão de óbito) ajuizada em 11/09/2009, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 12/12/2013 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. Julgamento pelo CPC/73. 2. O propósito recursal é decidir sobre o pedido de retificação de certidão de óbito para que nela se faça constar que a falecida, filha da recorrida, convivia em união estável com o recorrente. 3. A ausência de específica previsão legal, por si só, não torna o pedido juridicamente impossível se a pretensão deduzida não é expressamente vedada ou incompatível com o ordenamento pátrio. 4. Se na esfera administrativa o Poder Judiciário impõe aos serviços notariais e de registro a observância ao Provimento nº 37 da Corregedoria Nacional de Justiça, não pode esse mesmo Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, negar-lhe a validade, considerando juridicamente impossível o pedido daquele que pretende o registro, averbação ou anotação da união estável. 5. A união estável, assim como o casamento, produz efeitos jurídicos típicos de uma entidade familiar: efeitos pessoais entre os companheiros, dentre os quais se inclui o estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade, e efeitos patrimoniais que interessam não só aos conviventes, mas aos seus herdeiros e a terceiros com os quais mantenham relação jurídica. 6. A pretensão deduzida na ação de retificação de registro mostra-se necessária, porque a ausência de expresso amparo na lei representa um entrave à satisfação voluntária da obrigação de fazer. Igualmente, o provimento jurisdicional revela-se útil, porque apto a propiciar o resultado favorável pretendido, qual seja, adequar o documento (certidão de óbito) à situação de fato reconhecida judicialmente (união estável), a fim de que surta os efeitos pessoais e patrimoniais dela decorrentes. 7. Afora o debate sobre a caracterização de um novo estado civil pela união estável, a interpretação das normas que tratam da questão aqui debatida – em especial a Lei de Registros Públicos – deve caminhar para o incentivo à formalidade, pois o ideal é que à verdade dos fatos corresponda, sempre, a informação dos documentos, especialmente no que tange ao estado da pessoa natural. 7. Sob esse aspecto, uma vez declarada a união estável, por meio de sentença judicial transitada em julgado, como na hipótese, há de ser acolhida a pretensão de inscrição deste fato jurídico no Registro Civil de Pessoas Naturais, com as devidas remissões recíprocas aos atos notariais

anteriores relacionados aos companheiros. 8. Recurso especial desprovido, ressalvando a necessidade de se acrescentar no campo “observações/averbações” o período de duração da união estável”²⁸².

Com base nesta ementa, pode-se concluir que, ao julgarem o recurso especial, os ministros, a exemplo dos desembargadores que julgaram a apelação anterior, acolheram a tese de que a omissão legislativa não é suficiente para impedir que se conste na certidão de óbito a existência da união estável, não apenas o estado civil de solteiro.

Além disso, também reconheceram o interesse jurídico na informação, ao lembrar que, bem como no caso do matrimônio, a união estável produz efeitos jurídicos típicos de entidade familiar, gerando parentesco por afinidade, bem como efeitos patrimoniais de interesse dos conviventes e até mesmo de terceiros que com eles protagonizem eventual relação jurídica.

E o STJ foi além do que a ementa do TJPR estatuiu, pois fez constar da decisão lembrança do provimento nº 37, da Corregedoria Nacional de Justiça, que obrigou aos cartórios o registro, no livro E, das uniões estáveis, conforme já foi explicado alhures. Ademais, o tribunal lembra da necessidade de se incentivar a formalidade, registrando-se a existência de convivência familiar em união estável, independentemente de se estatuir ou não um novo estado civil familiar.

Por fim, o STJ arremata a questão ao afirmar que, havendo união estável, “há de ser acolhida a pretensão de inscrição deste fato jurídico no Registro Civil de Pessoas Naturais, com as devidas remissões recíprocas aos atos notariais anteriores relacionados aos companheiros”.

Ressalte-se que o tribunal ressaltou a necessidade de constar, no campo “observações/averbações”, o período de duração da união estável.

Em síntese, no *case* aqui estudado, a jurisprudência reconheceu a necessidade de se constar na certidão de óbito o fato de que o *de cujus*, muito embora fosse, em função de mera omissão legislativa, solteiro, convivia em união estável, o que, conforme já explicado, faz toda a diferença.

²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.516.599 - PR (20150037833-7). Recorrente: G. A. G. Recorrido: G. F. M. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21/09/2017. DJE 02/10/2017.

6. CONCLUSÃO

Com base no que foi até aqui exposto, parece haver três possíveis respostas à pergunta-problema que se buscou responder com o presente trabalho: existe um estado civil específico para as pessoas que vivem em união estável?

Uma primeira resposta, mais legalista, seria aquela que já foi citada na própria introdução do presente texto: *não*.

Essa resposta se basearia no fato de que não existe legislação no sentido de se alterar o estado civil familiar da pessoa que, muito embora conviva maritalmente com alguém, não tenha contraído vínculo matrimonial com a outra pessoa.

Contudo, mesmo os adeptos de uma resposta legalista poderiam pender para uma resposta, também legalista, porém menos intransigente: *não, por enquanto*.

Ora, ao se responder dessa forma ao *leitmotiv*, reconhece-se que, muito embora não haja ainda previsão legal que dê supedâneo ao reconhecimento de um estado civil específico para aquelas pessoas que convivem com outrem em união estável, há grandes possibilidades de vir a existir tal previsão em um futuro não necessariamente distante, uma vez que há vários projetos de lei no sentido de se reconhecer tal estado civil, sem falar na previsão constitucional de igualdade entre casamento e união estável.

De toda forma, a resposta que parece mais adequada com fulcro no que foi estudado até aqui no presente trabalho seria: *não há previsão legal para um estado civil específico para as pessoas que convivem em união estável, mas há que se admitir que há um reconhecimento legal da existência de uma situação que altera o estado civil da pessoa, bem como uma tendência nesse sentido, que parte tanto do Legislativo como do Judiciário*.

Ao se responder dessa maneira, primeiramente, se reconhece, como nas outras duas possíveis respostas, que não há estado civil específico para a união estável.

No entanto, se aceita que a existência de uma união estável altera toda a situação jurídica do sujeito, tanto no que diz respeito à sua situação familiar, quanto no que se refere à situação de seu patrimônio.

É dizer, uma pessoa que convive com outra possui uma situação familiar, marcada pelo vínculo afetivo que possui com o outro sujeito, que a diferencia de uma pessoa solteira, ou separada, ou divorciada, ou viúva.

Da mesma maneira, aquele que vive em uma união estável não é absolutamente livre para dispor de seu patrimônio, pois existe a meação do que foi adquirido na

constância da união estável, sem falar na necessidade de outorga para venda de imóveis e no litisconsórcio necessário em querelas judiciais que versem sobre tais bens.

O Legislativo já reconheceu essa questão patrimonial ao exigir, no Novo Código de Processo Civil, que se informe, na petição inicial, quando da qualificação das partes, o fato de a parte viver em união estável com alguém.

Além disso, existe já um comportamento do legislador no sentido de reconhecer a questão familiar, com os projetos de lei que criam o estado civil da união estável, em que a pessoa deixará de ser solteira, separada, divorciada ou viúva, para se transformar em “convivente” ou “consorte”.

Sabe-se que são apenas projetos legislativos, os quais podem ou não ser aprovados, porém é inegável que, se existem os projetos, é porque assim quer o legislador, representante legal do povo, o que já era de se esperar, considerando a crescente quantidade de pessoas vivendo nessa situação familiar.

Por fim, há que se ressaltar o comportamento do Judiciário sobre a matéria, considerando-se não só o Provimento nº 37, da Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre o registro da união estável no Livro “E” dos Registros Cíveis, mas também o recente acórdão do STJ que reconheceu a necessidade de alteração, na certidão de óbito, do estado civil do *de cujus*, para, onde se lia “solteira”, passar-se a ler “solteira em união estável”.

Sendo assim, repete-se, à guiza de conclusão, que a melhor resposta à pergunta “existe um estado civil específico para as pessoas que vivem em união estável?” seria “não há previsão legal para um estado civil específico para as pessoas que convivem em união estável, mas há que se admitir que há um reconhecimento legal da existência de uma situação que altera o estado civil da pessoa, bem como uma tendência nesse sentido, que parte tanto do Legislativo como do Judiciário”.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Portal Brasil. **Certidão de união estável não altera estado civil**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/03/certidao-de-uniao-estavel-nao-altera-estado-civil> (acesso em 05/01/2018).

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 674-B, de 2007**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B1648AF4882B3D0DB372387DAABD7B17.node1?codteor=831261&filename=Avulso+-PL+674/2007 (acesso em 12 de janeiro de 2018).

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 2285, de 2007**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9E7F62CE0CA200672CB7E7BA52D0B237.proposicoesWebExterno1?codteor=517043&filename=Tramitacao-PL+2285/2007 (acesso em 12 de janeiro de 2018).

BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm (acesso em 12 de janeiro de 2018).

BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 37**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_37.pdf (acesso em 12 de janeiro de 2018).

BRASIL. Senado Federal. **PLS 470/2013**. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf (acesso em 12 de janeiro de 2018).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.516.599 - PR (20150037833-7)**. Recorrente: G. A. G. Recorrido: G. F. M. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21/09/2017. DJE 02/10/2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v.1 – parte geral e LINDB. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **Curso de direito civil**, volume 6 – Direito das Famílias. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 1024569-7**. Protocolo: 2012/445611. Apelante: G. F. M. Apelado: G. A. G. Relatora: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 30/10/2013. Disponível em: <https://justotal.com/diarios/tjpr-27-11-2013-pg-285> (acesso em 08 de janeiro de 2018).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Capítulo 4: União estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) **Tratado de direito das famílias**. 2. Ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Civil*: parte general. Buenos Aires: Astrea, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (coord.) **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ARTIGO 9.

O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA: A FUNÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO EXERCÍCIO DA SUA EFETIVAÇÃO

THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE: THE ROLE OF PUBLIC DEFENSE IN THE
EXERCISE OF ITS EFFECTIVENESS

João Victor Silva dos Santos²⁸³

Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²⁸⁴

RESUMO

O artigo visa analisar o acesso à justiça sob uma perspectiva jurídico constitucional. Compreende-se como acesso à justiça um sistema jurisdicional pelo qual as pessoas podem reivindicar suas pretensões e direitos, com a finalidade de resolver os litígios invocando o Estado Juiz, que atua por meio da jurisdição. A principal análise desse estudo científico é abordar de forma clara e evidente a atuação da Defensoria Pública, como instituição permanente, na promoção do acesso à justiça. Apontar os principais problemas e analisar a essência deles é fundamental para perceber a necessidade da atuação Estatal no âmbito da garantia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Palavras-Chave: Constituição; Acesso à Justiça; Garantia Fundamental; Defensoria Pública.

²⁸³ Bacharel em Direito pela Faculdade São Salvador. Pós Graduando em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências da Bahia. Membro Associado da Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia – LAEJU-BA. Professor do Seminário Teológico Soteropolitano. Estagiário da Ordem dos Advogados do Brasil sob o nº 32.401E. E-mail: jvictor.direito@gmail.com

²⁸⁴ Bacharelado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós Graduado em Direito Processual Civil pelo JusPodivm. Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Processo Civil e Direito Constitucional da Universidade Católica do Salvador, UNIFTC, Faculdade Dom Pedro II e Faculdade São Salvador. E-mail: coutinhocajb@gmail.com.

ABSTRACT

The article aims to analyze access to justice from a constitutional legal perspective. Access to justice is understood as a jurisdictional system whereby people can claim their claims and rights in order to settle disputes by invoking the Judge State, which acts through jurisdiction. The main analysis of this scientific study is to clearly and clearly address the role of the Public Defender's Office, as a permanent institution, in promoting access to justice. Pointing out the main problems and analyzing their essence is fundamental to realize the need for State action within the scope of the guarantee of fundamental rights and guarantees provided for in the Constitution.

Keywords: Constitution; Access to justice; Fundamental Guarantee; Public defense.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade com o decorrer da história sofre mudanças drásticas, que afetam no convívio e nas relações, sejam elas em qualquer âmbito: civil, criminal, previdenciário, familiar, entre outras. A evolução dessas relações e o conhecimento de seus direitos, geram uma necessidade de aquisição, buscando, conseqüentemente, à sua efetivação. Quando se sabe daquilo que é declarado ao seu respeito, surge, juridicamente falando o tão citado jargão jurídico “O meu direito começa quando o seu termina”. A partir desta ideia é que nascem as lides, quando uma das partes resiste ao direito do outro. Quando surge na sociedade o conflito de interesses, que é inevitável, mostra-se duas opções: a autotutela ou a tutela jurisdicional. A autotutela consiste em resolver a questão por si só, que nem sempre é pacífica, e sem precisar de um ser imparcial que resolva o conflito e satisfaça ambas as partes, teoricamente falando. Já a tutela jurisdicional, consiste em buscar do Estado uma solução pacífica, de um ser imparcial e maior do que as partes, que vai decidir com equidade e justiça, visando solucionar o conflito, pacificando as partes e mostrando para a sociedade que o conflito foi dirimido sem a necessidade da autotutela. A partir disso que surge toda a problemática, de como recorrer à tutela jurisdicional? E como esse indivíduo que tiver o ânimo de recorrer ao juízo vai arcar com as custas se ele for de baixa condição social e necessitado? Como esse indivíduo efetivará o seu direito ao acesso à justiça? Quem irá representá-lo em juízo?

Nessa perspectiva, graças a Constituição todas essas perguntas serão respondidas. O cidadão, detentor de direito e garantias fundamentais, deve na forma da lei obter um tratamento justo sempre que o seu direito entrar em conflito com o de outrem, visando à solução suficiente e pacífica do conflito.

2. A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

Em princípio, no que tange ao conceito de Constituição, deve-se analisar por uma ótica etimológica a origem dessa palavra, que deriva da expressão latina “*constituere*”, significando o ato de constituir, de estabelecer, de firmar e de organizar. Entretanto, no sentido jurídico, pode-se conceituar Constituição como o conjunto de normas jurídicas que possuem um grau elevado de supremacia e suficiência, com total aptidão, objetivando o controle da vida em sociedade e definindo o modo de ser do Estado, bem como o seus modos e limites de atuação.

A Constituição Brasileira, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, é conhecida como Constituição Cidadã, pelo fato de que seu conteúdo expressa uma proteção excessiva e rígida às liberdades públicas, notadamente conhecidas com Direitos Fundamentais. Essa Carta, consagra em seu conteúdo títulos que versam sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, da Organização do Estado e dos Poderes, da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, da Tributação e do Orçamento, da Ordem Econômica e Financeira, da Ordem Social e, por fim, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em um Estado Democrático de Direito é imprescindível a existência de um grau de democracia. Esse grau é medido pelo nível de aplicabilidade e de eficácia da Constituição no seio social, tanto em direitos como em obrigações. Não há de se falar em uma sociedade civil organizada sem Constituição, pois ela é a viga mestra da ordem jurídica que regula a vida em sociedade.

O Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogado constitucionalista, Uadi Lammêgo Bulos, entende por Constituição o seguinte: “É o organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e do exercício do poder. Traduz-se por um conjunto de normas jurídicas que estatuem direitos,

prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental da sociedade”²⁸⁵.

Esse organismo vivo que rege as condutas do Estado e da sociedade se aplica ao seu nível de eficiência, que é o principal fator que fundamenta a sua promulgação. Ora, para que exista uma total eficácia em sociedade, a Constituição, mesmo tendo seu caráter de rigidez, sofre alterações por meio de Emendas Constitucionais, e por ser esse organismo, ela deve se adequar as mudanças eminentes no seio social.

As Liberdades Públicas que estão positivadas na Constituição, e comumente conhecidas como Direitos e Garantias Fundamentais, surgem no texto constitucional como uma espécie de limitação do poder estatal para com o homem (esfera vertical), e do homem para com o homem (esfera horizontal). É importante salientar que essas Liberdades tiveram o seu surgimento a partir da Revolução Francesa, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e tinha como principal objetivo a organização do Estado e a limitação do poder estatal por meio de Direitos e Garantias Individuais.

Consagrando um sistema de garantias e proteção à liberdade, a Constituição de 1988 não estabelece um “roll” taxativo desses direitos, isto devido ao seu caráter principiológico, e por isso eles estão espalhados no texto constitucional, entretanto a maioria deles está previstos no art. 5º.

Nesse sentido, os Direitos Fundamentais são normas jurídicas que consolidam o respeito à dignidade humana, que se subdividem em direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, visando a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

É oportuno lembrar que, a expressão Direito não se confunde com Garantia. Na lição do Ilustríssimo Rui Barbosa, os Direitos são dispositivos meramente declaratórios, com o objetivo de explanar um direito reconhecido, já as Garantias, são disposições assecuratórias, com a finalidade de defender e efetivar um direito declarado.

Observe-se que, nas disposições fundamentais previstas na Constituição Federal, não existe uma categoria que defina o que é ou o que não é Direito ou Garantia fundamental. Este trabalho de identificação fica na incumbência do interprete da norma

²⁸⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 100.

constitucional, que através de uma análise específica, a depender do caso em concreto, irá interpretá-la e, conseqüentemente, aplicá-la.

Sob tal enfoque, é necessário abordar a garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXV, que versa o seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este dispositivo constitucional, que possui o caráter de garantia fundamental, é conhecido como o princípio do direito de ação, princípio do acesso à justiça, e por fim, princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Além disso, cabe traçarmos um paralelo de análise do contexto histórico desse princípio-garantia constitucional. O seu surgimento no Brasil deu-se através das situações abusivas e constrangedoras que o homem sofria na esfera individual, e que acabavam ficando sem a tutela jurisdicional do Estado-juiz. Concernente a isso, pondera lucidamente o advogado constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra: “A injustiça, defluindo da atitude de omissão dos tribunais, em presença do conflito entre certas franquias constitucionais e a chamada questão política, era, então, um fato corriqueiro. Cometiam-se atos brutais. Presidentes da República prendiam pessoas durante o estado de sítio, sem observância das formalidades do processo. Cidadãos eram desterrados para lugares inóspitos. Não raro, demitia-se alguém de uma função vitalícia sem maiores delongas”.²⁸⁶

Portanto, pelo exposto acima, nota-se a função relevante que é exercida por essa garantia constitucional, que além de assegurar a prestação jurisdicional, demonstra a ideia de justiça social, pois todo indivíduo, de qualquer natureza, convicção religiosa, filosófica ou política, deve ter o direito de obter uma prestação jurisdicional justa, imparcial, eficaz e célere.

O status de Garantia que é dado ao princípio do acesso à justiça, é devido ao seu caráter assecuratório, porque quando há um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, o lesado, poderá buscar uma tutela jurisdicional que está prevista no texto constitucional para resolver o conflito. Portanto, é garantido, na forma da lei, que qualquer lesão ou ameaça a direito, tenha uma apreciação do Poder Judiciário, em outras palavras, é por meio dessa garantia que o direito do acesso à justiça é exercido.

²⁸⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito...*, Op. Cit, p. 630.

3. O ACESSO À JUSTIÇA

Compreende-se como acesso à justiça um sistema jurisdicional pelo qual as pessoas podem reivindicar suas pretensões e direitos, com a finalidade de resolver os litígios invocando o Estado Juiz, que atua por meio da jurisdição. Sob tal enfoque, pode ser constatado que essa garantia constitucional, prevista no art. 5º, XXXV, é de suma importância para o equilíbrio e pacificação das relações sociais, pois os seus resultados devem satisfazer, de forma justa e célere, as pretensões que levaram a sua provocação.

Trata-se, portanto, de uma temática que possui um grau elevadíssimo de importância, uma vez que, a sociedade invoca o Estado, colocando sobre este a responsabilidade de solucionar uma lide de forma imparcial, justa, com equidade e, principalmente, com o ideal de justiça de social. Todavia, nota-se que a figura do Estado sempre esteve presente, como um ser “superior” e o único capaz de solucionar conflitos de diferentes classes sociais. Por isso parece, portanto, necessário reproduzir aqui um trecho da obra *Acesso à Justiça*, do jurista italiano, Mauro Cappelletti²⁸⁷, que pondera: “Nos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito do acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática”.²⁸⁸

O direito do acesso à justiça, além de ser configurado com uma garantia constitucional, é um direito individual e social, sendo de total importância para o cumprimento de requisitos que configuram a Dignidade Humana e uma convivência social pacífica. Tratando-se de um mecanismo real para se buscar uma atuação positiva

²⁸⁷Doutor em Direito pela Universidade de Florença, na Itália; Professor da Universidade de Stanford, nos EUA; Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Universitário Europeu, em Florença, na Itália. Falecido em 2004, no seu país de origem.

²⁸⁸CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. trad. e rev. por Ellen Gracie Northfleet. reimpresso em 2002*. Porto Alegre: 1988. p. 04.

por parte do Estado, é posto como um elemento fundamental, que não somente possui a finalidade de proclamar uma decisão favorável que consolida um direito, porém de garantir um tratamento igualitário e justo, em um sistema jurídico inconstante em suas decisões.

Apesar de sua importância para o cumprimento de direitos, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, possui obstáculos que impedem ou dificultam sua efetivação, tais como: a desigualdade social, a inexistência de celeridade processual e falta de capacidade jurídica.

É claramente visto que a desigualdade social é o principal fator que implica no impedimento ao acesso à justiça. Em sua maioria, os cidadãos que não conseguem ter a sua pretensão atendida, são moradores da periferia, de bairros pobres, distantes do centro das capitais, moradores dos interiores dos Estados, que de certa forma, acabam sendo vítimas de um sistema que escolhe a quem proteger e tutelar, seja na área cível, criminal, previdenciária etc.

Outro aspecto importante é que a inexistência de celeridade processual fere totalmente o dispositivo previsto no art. 4º do Código de Processo Civil de 2015, que consagra o princípio da duração razoável do processo e da primazia do julgamento do mérito. O jurista Elpídio Donizetti, em doutrina, aduz da seguinte forma: “Ademais, nesse mesmo dispositivo, o legislador consagrou o chamado “princípio da primazia do julgamento do mérito”, que pode ser sintetizado da seguinte forma: o julgador deve, sempre que possível, priorizar o julgamento do mérito, superando ou viabilizando a correção dos vícios processuais e, conseqüentemente, aproveitando todos os atos do processo”.²⁸⁹

No entanto, esse princípio processual não deve ser levado “ao pé da letra”, porque quando se fala em processo, não se deve esquecer que é uma série de procedimentos destinados a um fim: a Decisão. Por isso, é importante citar novamente os esclarecimentos do emérito processualista Elpídio Donizetti: “É importante observar que a almejada celeridade processual não pode ser levada a extremos. O processo, como já demonstramos, pressupõe uma série de atos e procedimentos (contraditório, ampla

²⁸⁹ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. Revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13. 105 de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256 de 2016. São Paulo: Atlas, 2016. p. 40.

defesa, produção de provas, recursos), diligências que inevitavelmente impedem a solução do litígio, mas que, mesmo assim, não de ser observadas. A celeridade não tem valor absoluto e deve ser estudada e aplicada sempre em conjunto com os demais preceitos que regem o processo”.²⁹⁰

Por outro lado, a falta de capacidade jurídica afeta principalmente as pessoas mais pobres. Observe-se que, tais pessoas não possuem aptidão para reconhecer um direito positivado ou até mesmo de propor uma ação em sua defesa. Uma das maiores frustrações do sistema processual brasileiro, os Juizados Especiais, que regulados pela lei nº 9.099/95, a fim de consagrar no Direito Processual o *jus postulandi*, que ocorre quando o valor da causa não excede 20 salários mínimos. Por outro lado, mesmo sendo um rito sumaríssimo, em que se pode postular em causa própria, é claramente visto que os cidadãos mais pobres não possuem aptidão para exercer tal atividade, restando a eles a assistência de advogado, que não é gratuita.

4. A CONSTITUIÇÃO E A DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988, estabelece no seu capítulo IV as Funções Essenciais à Justiça, especificando os titulares que exercem essas funções tidas como essenciais, como: o Ministério Público, a Advocacia Pública, o Advogado e a Defensoria Pública.

A palavra essencial, no dicionário, significa aquilo que é preciso e indispensável. Note-se que, as funções que esses titulares exercem, são de caráter totalmente necessário, ou seja, algo que é absolutamente preciso, e que sem eles não iria existir a tão almejada Justiça. O seu caráter de indispensabilidade os caracterizam como órgãos especiais, pois as funções que lhes são atribuídas são de total valia para manutenção do Estado Democrático e do “Due Process of Law”.

Em complemento, conforme as precisas lições de Uadi Lammêgo, “as Funções Essenciais à Justiça, são atividades profissionais, públicas ou privadas, propulsoras da

²⁹⁰ Ibidem. p. 40.

jurisdição. Sem elas, o Poder Judiciário não seria chamado para dirimir litígios, pois não há juiz sem autor (*nemo iudex sine auctore*).²⁹¹

Nesse prisma, importa-nos especificar a função da Defensoria Pública que está prevista no art. 134, do Texto Constitucional, *in verbis*: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.²⁹²

Nesse sentido, uma das principais características ligadas à Defensoria Pública é a capacidade de concatenar a gratuidade com a assistência jurídica. Segundo a ilustre jurista Natália Masson, “o ideal de gratuidade da assistência jurídica surgiu como prerrogativa nas Constituições sociais no pós-guerra, com o intuito de oportunizar a prestação jurisdicional aos hipossuficientes”.²⁹³

Cumprir dizer que a organização da Defensoria Pública, no âmbito da União e do Distrito Federal, é exercida pela Lei Complementar nº80 de 1994, que prescreve normas gerais para sua sistematização nos Estados. Nesse sentido, vale citar os princípios institucionais da Defensoria Pública, que são: a Unidade, a Indivisibilidade e a Independência Funcional, que atuam como fundação pilar dessa instituição.

Corroborando com esse entendimento, Lammêgo expõe: “Pelo vetor da unidade, a Defensoria Pública é uma, vedando-se formação de “panelinhas” ou “grupelhos” que busquem a satisfação de interesses particulares. Segundo o ditame da indivisibilidade, a Defensoria Pública não pode ser dividida ou fragmentada, por que a prestação da assistência jurídica pe contínua, ainda quando um defensor possa vir a ser substituído por outro ao longo de sua atividade. Conforme diretriz da independência funcional, o defensor não deve satisfações a ninguém, mas apenas a sua própria consciência, podendo

²⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito...*, *Op. Cit*, p. 1399.

²⁹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁹³ MASSON, Natalia. *Manual de Direito Constitucional*. 5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p.1124.

desagradar aqueles que se sentirem ofendido por sua atuação, sem que sofra represálias ou retaliações de quem quer que seja”.²⁹⁴

5. A FUNÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO EXERCÍCIO DA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

É inegável que no Direito Constitucional Brasileiro houve uma evolução enorme relacionada ao Acesso à Justiça. É por esse caminho que ao decorrer do tempo efetiva-se o ideal basilar que rege o Estado Democrático de Direito: a Dignidade da Pessoa Humana. A Constituição em sua suficiência e aptidão reconhece a necessidade de uma tutela jurisdicional aos necessitados, mas não se trata de qualquer tipo de tutela. Trata-se de uma tutela jurídica baseada no melhor amparo técnico científico acerca da matéria. Ora, o judiciário é acessível a todos, independentemente de classes sociais, entretanto acessibilidade não é garantia de acesso. É necessário que haja meios que efetivem a acessibilidade e que gerem o acesso. Sabe-se que a inafastabilidade da jurisdição é uma garantia fundamental, e que não pode ser violada, até porque assegura um direito declarado. É a partir daí que surge o papel da Defensoria Pública, como uma instituição permanente essencial a função jurisdicional do Estado.

Analisando seus objetivos, que definem o seu alvo e seu propósito, a Defensoria visa a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Em outras palavras, a finalidade da defensoria é totalmente condizente com a sua essencialidade. Preferenciar a dignidade da pessoa humana e minimizar as desigualdades é cumprir um dever constitucional de promover o acesso à justiça aos mais necessitados, além disso é atuar como um agente afirmador do Estado Democrático, efetivando direitos fundamentais, que são parcelas dos direitos humanos na Constituição, garantindo o devido processo legal, que só existe se houver o contraditório e a ampla defesa.

Fundamentando esse entendimento, Dirley da Cunha Junior, em doutrina, assevera: “Ora, como de conhecimento convencional, é por meio das Defensorias

²⁹⁴ Ibidem. p. 1443.

Públicas que o Estado cumpre o seu dever constitucional de garantir o acesso à justiça das pessoas desprovidas de recursos financeiros para fazer frente às despesas com advogado e custas do processo. Nesse contexto as Defensorias Públicas revelam-se como um dos mais importantes e fundamentais instrumentos de afirmação judicial dos direitos humanos e, conseqüentemente, de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, vez porque atua como veículo das reivindicações dos segmentos mais carentes da sociedade junto ao poder judiciário, na efetivação e concretização dos direitos fundamentais”.²⁹⁵

A sua característica de permanência garante o acesso à justiça aos necessitados na forma da lei, fazendo cumprir uma obrigação do Estado. É o que se vê no art.5, LXXIV, da Lex Mater, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Detecta-se, também, que mesmo após a constitucionalização da Defensoria Pública, há um grande problema concernente ao acesso à justiça. Pois mesmo com a tutela específica e gratuita, alguns recursos são insuficientes, fora que, o atendimento em alguns estados não é de se agradar, e isso mesmo que seja de forma indireta afeta no exercício da efetivação do acesso à justiça.

Assim, mostrando uma real situação, Uadi Lammêgo, expõe: “Aliás, é dever da Defensoria Pública prestar plantão de atendimento 24, porque a Constituição elevou a Defensoria Pública ao patamar de instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado. Trata-se de “uma instituição especificamente voltada para a implementação de políticas públicas de assistência jurídica, assim no campo administrativo como no judicial”. Por isso, a falta de atendimento em regime de plantão impede que a Defensoria Pública cumpra, plenamente, a importante missão constitucional que lhe foi conferida (STF, AC 2.442/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJE de 11-9-2009)”.²⁹⁶

Dado o exposto, percebe-se a importância e de que forma a Defensoria Pública atua visando garantir o direito ao acesso à justiça dos mais necessitados e pobres. Trata-se de uma responsabilidade ativa, por parte da instituição, constitucionalmente necessária para efetivação do acesso à justiça.

²⁹⁵ JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodvim, 2012. p. 1195.

²⁹⁶ ²⁹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito...*, *Op. Cit*, p. 1441.

Diante disso, mencione-se que a Defensoria Pública possui capacidade postulatória para propor Ação Civil Pública, enquadrando-se no rol dos legitimados para a sua propositura, conforme disposição legal prevista no art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85. A Ação Civil Pública objetiva a tutela de interesses coletivos, possuindo muita semelhança com a Ação Popular, que também tutela interesses coletivos, todavia somente pode ser movida por um cidadão.

Cabe traçar um paralelo entre o CPC/15 e a Defensoria Pública, pois é impossível falar em devido processo legal sem citar o Código de Processo Civil. De acordo com o CPC/15, no art.186, a Defensoria possui prazo em dobro para todas as manifestações processuais, estabelecendo contagem a partir da intimação pessoal. Trazendo também a prerrogativa para o assistido, viabilizando a efetivação do acesso à justiça, possibilitando a sua intimação de forma pessoal, por meio do oficial, nos casos em que o ato processual dependa unicamente do assistido, regra esta prevista no art. 186, §2º do CPC/15.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do que foi mencionado no desenvolvimento desta pesquisa científica, é perceptível o relevante papel da Defensoria Pública na garantia do acesso à justiça. A necessidade do Estado em tutelar os necessitados de forma específica e de acordo com a lei é necessária, mas nem sempre é eficaz. Algumas utopias são evidentes quando se analisa os objetivos que motivaram a constitucionalização da Defensoria Pública, tais como a erradicação da pobreza por meio do acesso à justiça.

O acesso à justiça continuará sendo um grande problema a ser enfrentado pela população brasileira, não pela falta de tutela jurisdicional, mas pela organização interna do judiciário, talvez daqui há alguns anos esse problema seja solucionado, talvez. Todo o problema deve ser resolvido em sua raiz, observando onde está o cerne da coisa, porque não adianta esconder uma realidade dos olhos de quem a vive todos os dias. Só quem sente esse problema, essa dificuldade, é quem a encara todos os dias: os pobres e necessitados.

De certo modo, percebe-se que a Defensoria Pública exerce seu papel, e o Estado passivamente também o exerce, mas ainda surge a grande dúvida: será mesmo que a jurisdição é inafastável? É evidente que ela só é inafastável para quem possui toda

estrutura financeira para mover a máquina judiciária. Em verdade, ela é mais afastada de quem precisa, os necessitados e pobres. A Defensoria Pública pode até exercer seu papel com excelência, cumprindo fielmente os preceitos constitucionais, mas ainda existe uma grande lacuna a ser preenchida, e só o seu preenchimento amenizará no todo os problemas de acesso ao judiciário.

Portanto, considerando toda a análise científica, nota-se que a Constituição estabelece meios que reduzam os problemas de acesso à justiça, mas não é constitucional a forma que o próprio Estado enfrenta os problemas que impedem e que inviabilizam o acesso à justiça, de forma plena e efetiva.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. e rev. por Ellen Gracie Northfleet. reimpresso em 2002. Porto Alegre: 1988.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. Revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13. 105 de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256 de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodvim, 2012

MASSON, Natalia. *Manual de Direito Constitucional*. 5.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017

ARTIGO 10.

**O USO DO APLICATIVO NOTA POTIGUAR COMO MECANISMO DE COMBATE A
SONEGAÇÃO FISCAL**

USING THE APPLICATION NOTA POTIGUAR AS A FIGHTING TAX MECHANISM

Jorge Luiz Câmara Nicácio²⁹⁷

Mateus Felipe de Azevedo Araújo²⁹⁸

RESUMO

O presente estudo possui como candelabro legal o Código Tributário Nacional. A fim de construir um diálogo panorâmico acerca das inovações tecnológicas, enfatiza-se a relação entre esta e o programa fiscal materializado pelo aplicativo Nota Potiguar. Assim, leva-se em consideração a pesquisa bibliográfica e legislativa, detidamente o Decreto-Lei, nº 10.228, de 31 de julho de 2017, cujo objetivo é fomentar uma perspectiva voltada a educação fiscal e o combate à sonegação fiscal.

Palavras Chave: Aplicativo, Nota Potiguar, Sonegação fiscal, Educação Fiscal.

ABSTRACT

The present study has as legal chandelier the National Tax Code. In order to build a panoramic dialogue about technological innovations, the relationship between this and the fiscal program materialized by Nota Potiguar application is emphasized. Thus, the bibliographic and legislative research, taking into account Decree-Law No. 10,228 of July 31, 2017, is taken into consideration, whose purpose is to foster a perspective focused on tax education and the fight against tax evasion.

²⁹⁷Pós-graduando em Direito Administrativo, Advogado, jorge_camaranicacio@hotmail.com;

²⁹⁸ Bacharel em Direito.

Keywords: Application, Potiguar Note, Tax evasion, tax education.

1. INTRODUÇÃO

A produção científica que será registrada nas linhas a seguir é fruto de uma investigação voltada a avaliar o uso do aplicativo nota potiguar e seus desdobramentos na sociedade potiguar. O conteúdo eixo matriz da temática consiste em analisar qual a importância das novas tecnologias, especificamente o aplicativo supramencionado, como ferramenta que fomenta um contexto de educação fiscal e combate à sonegação fiscal.

De forma geral, o presente estudo desdobra-se em quatro capítulos, voltados a expor um viés inteligível, objetivo e mediato, possuindo abrangência geral, afim de concentrar apenas informações pontuais que objetivam construir um diálogo fluido do ponto de vista acadêmico.

Diante dos contornos pragmáticos avaliados a partir da interação social voltada ao uso da tecnologia como ferramenta auxiliar, faz-se necessário o conhecimento de elementos que estão substancializados nos registros posteriormente expostos, bem como o aparato que permite pavimentar o caminho aproximadamente adequado.

No capítulo inaugural, o estudo encontra sustentáculo numa breve construção histórica acerca do tributo, visando propiciar uma ambiência preliminar da proposta a ser estudada.

Em segundo plano, busca-se entender o conceito e tributo, suas nuances e perspectivas para em momento posterior aplica-lo a temática concebida como objeto de estudo deste artigo.

No terceiro capítulo o escopo do conteúdo paira sobre a antítese da necessidade tributária fiscal, ou seja, avaliaremos a sonegação fiscal inicialmente sob um viés conceitual para posteriormente enfatizarmos modos de coibi-la, especificamente por intermédio do uso do aplicativo nota potiguar.

Isso porque o programa desenvolve uma política de educação fiscal afim de balizar a práxis cultural de que o pagamento do tributo seria inviável dada diversas facetas de atuação do Estado acerca da temática.

Por fim, no quarto capítulo realizar-se-á uma avaliação panorâmica acerca do uso do aplicativo nota potiguar, considerando sua importância no equilíbrio fiscal do Estado do Rio Grande do Norte, incentivando os participantes do programa a criarem um hábito voltado a fomentar a educação fiscal, e combate à sonegação fiscal.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO TRIBUTO

Não se pode compreender o presente muito menos seus desdobramentos sem possuir uma ideia de como se estabeleceu as bases da história. Sob esta perspectiva, antes de apresentar o eixo central do presente estudo, far-se-á uma breve abordagem acerca da história do tributo, já que, este, consiste no candelabro do tema em questão.

Compreender isso é um fator muito importante para que se possa entender a aplicabilidade e eficácia da proposta de estudo a que se pretende desenvolver. Assim, criar-se-á uma sistematização que percorre o passado, presente e possíveis rupturas e permanências no futuro.

Neste contexto, nada melhor do que folhear o conteúdo a respeito da história do tributo, com início a partir da colonização lusitana por volta de 1500, com a chegada dos portugueses a terras brasileiras. A partir do processo de colonização advinda daquele momento, assistiu-se uma imposição aos nativos, de cultura jamais experimentada, inclusive na seara tributária.

De acordo com Bombassaro, Dal ri Jr., Paviani, a história do tributo no Brasil se dividiu em períodos como, "Os tributos no período pré-colonial; Novos tributos com a adoção do sistema das Capitânicas Hereditárias; Tributos do Brasil Imperial; Os Tributos e a República". (2004, p. 175)

Em conformidade com o supracitado as informações a seguir, serão encadeadas sob uma cronologia histórico-temporal afim de propiciar uma noção basilar acerca dos períodos retro descritos.

Conseqüentemente o primeiro período pré-colonial, "[...] com a exploração do pau-brasil, os interessados deveriam atender determinadas exigências, entre elas o pagamento do quinto do pau-brasil, tributo a ser cobrado na colônia". (2004, p. 175)

Em período cronologicamente posterior, ou seja, no sistema tributário das capitâncias hereditárias, "Os tributos que se pagariam ao Rei, ao Capitão Mor e ao Governador, eram definidos pelas cartas de doação e cartas de foral". (2004, p. 175)

Já na terceira etapa histórica, a do Governo-Geral, "O rei de Portugal descontente com o sistema das capitâncias hereditárias e ineficácia das arrecadações fiscais, instituiu uma administração centralizada na colônia. Instalou-se um Governo-Geral e um cargo de Provedor-Mor, responsável pela arrecadação e cobrança dos tributos". (2004, p. 175)

Posteriormente, com a vinda da família real portuguesa ao Brasil, trouxe como consequência o sistema tributário destinado a custear a coroa, "Os tributos eram ditados pelas necessidades imediatas da coroa portuguesa, desprovidos de objetividade e racionalidade, sem nenhum retorno e benefícios para a população". (2004, p. 175)

Por fim, com a proclamação da república, "A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, consagrou o federalismo, e no campo tributário firmou a competência fiscal da União e dos Estados, por meio de um sistema de discriminação rígida de rendas tributárias". (2004, p. 175)

Conforme verificado, importa registrar de modo mais detalhado a história do tributo no período do Brasil República, cujos os apontamentos delineiam o prenúncio da atual conjectura do sistema tributário contemporâneo. Um verdadeiro sentido cronológico que se reveste de particular importância ao estudo aqui proposto.

“Muitos impostos foram aproveitados do império, com duas lacunas: a superposição de tributos, ocasionando a concorrência tributária da União e Estado e a não contemplação dos municípios, sendo a competência destes aos Estados.

A república velha, "café com leite" resultou na contenção de moeda, contratação de empréstimos no exterior, aumento de juros e crescimento dos gastos estatais, ocasionando uma elevação acentuada da carga tributária. É nessa conjuntura que surge o imposto de renda, em 1922, previsto no art. 31 da lei de orçamento nº 4.625.

Na era Vargas (1930 e 1945) destaca-se a Constituição de 1934, que aperfeiçoou a discriminação de tributos por competências, aplicando o elenco dos tributos da União, contemplou os Estados com o imposto de vendas e consignações. Os municípios

receberam impostos privativos definidos sendo proibida a bitributação e a impossibilidade do exercício cumulativo de competências.

A emenda Constitucional nº 18 de 1965 foi considerada a primeira reforma que mudou significativamente o sistema tributário brasileiro, pois as Constituições de 1934, 1937 e 1946 apenas repetiram o sistema da Carta Magna de 1891.

A Constituinte de 1988 reacendeu a discussão da reforma tributária. Passou a ser voz corrente do CTN [...] estabeleceu princípios gerais da tributação, e ampliou o rol de limitações do poder de tributar e a distribuição das competências tributárias”. (BOMBASSARO; DAL RI JR.; PAVIANI, 2004, p. 178).

O autor deixa claro com sua abordagem histórica acerca do tributo a importância de frisar os acontecimentos que desaguam no contexto contemporâneo, propiciando uma abrangência panorâmica com escopo de apresentar uma proposta de compreensão inteligível do tema em estudo.

Por fim, estabelecida as bases numa concepção geral acerca da história do tributo, pode-se avançar na proposta desse estudo no sentido de estabelecer um ponto de confluência entre a história e o conceito de tributo. A seguir construir-se-á apontamentos acerca do conceito supra indicado objetivando edificar a estrutura basilar que visa estabelecer o aparato necessário para compreensão do tema.

3. CONCEITO DE TRIBUTO

O ordenamento jurídico brasileiro sustentacularizado numa tradição romano-germânica possui como primado a lei. Em outras palavras, este sistema normativo heterogêneo cujas partes são articuladas, possui o condão de garantir o estabelecimento de limites que visem assegurar a convivência harmoniosa aos seus integrantes. Não se trata de mera justaposição de normas, nem a banal ideia de um somatório de disposições normativas, mas um encadeamento lógico-racional, "em que os elementos da obrigatoriedade são expressos de maneira esquematizada, após uma apreciação racionalmente feita da conduta humana" (REALE, 2018, p. 158).

Sob este vértice, embora a existência desta dimensão panorâmica do sistema jurídico normativo brasileiro delineie-se a partir de um complexo de regras enfeixadas, o

objeto fruto deste estudo limitar-se-á ao conteúdo pertencente ao ramo do direito público, especificamente o direito tributário, cujas notas serão desenvolvidas com ênfase no uso de novas tecnologias aplicadas a função socioeconômicas do tributo.

Neste contexto, fica claro que antes de prosseguirmos com as nuances do estudo proposto, faz-se necessário compreendermos o que é tributo. Assim, a definição legal extraída do Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, em seu art. 3º, que define: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo o valor, nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada (1966)".

Conforme a conceituação supracitada, o tributo envolve uma gama de significações dado o processo de exegese realizado pela doutrina brasileira. Existe uma atribuição quanto ao conceito legal, no qual, ressaltam-se elementos que se agregam ao conceito como células de um organismo financeiro tributário. Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho, "disserta que o 'vocábulo tributo' experimenta nada mais nada menos que seis significações diversas (2005, p.?)".

Sob esta ótica, tais elementos ganham particular relevância ao constituir o conceito de tributo em disposição ao poder de império decorrente do Estado, compondo o atributo necessário do exercício de soberania. Assim, reveste-se de importância ímpar as lições de Hugo de Brito Machado, ao sustentar que "o tributo é essencial ao Estado [...] Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopoliza-se toda atividade econômica. O tributo é a grande e talvez única arma contra a estatização da economia (1992, p. 4)".

O autor deixa claro que o Estado, observado sob um viés panorâmico possui receitas e despesas, no qual o tributo faz parte de um fenômeno imediato ao orçamento e as finanças públicas.

Pode-se dizer que o tributo, neste contexto, estabelece valor teórico que subsidia um discurso inteligível. Não é exagero afirmar que o eixo matriz desta discussão ostente substancial relevância no contexto contemporâneo, já que associado a outros aspectos pertencentes a vida cotidiana, revelem uma nova proposta a relação tributo, novas tecnologias e função socioeconômicas.

Nesta perspectiva, sem exaurir o conceito anteriormente posto, edificou-se a estrutura inicial que apoiará a avaliação do estudo que visa fornecer o pressuposto inicial envolto a temática a que se dispõe.

Com base nos elementos acima indicados, isto é, Estado, tributo, novas tecnologias e contemporaneidade, é importante frisar que o intento desta produção consiste em indicar, mesmo que de modo breve, sem especificidades mais densas, o valor contido no ponto de confluência entre a clássica normativa que estrutura o direito tributário e as novas perspectivas oriundas do desenvolvimento atual.

Em capítulo próprio, o tema objeto deste estudo ganhará contornos pragmáticos no que tange o uso de tecnologia associado a função social do tributo, bem como, um meio de coibir disposição negativa que se materializa sob a rubrica, sonegação fiscal.

O curso de uma determinada trajetória, suas condições e viabilidade, irão depender de como será o planejamento que objetive alcançar determinado fim não só neste, mas também de fato no plano da eficácia. Apoiado neste espectro, é tangível que o direito, de modo geral, sofra incidência densa no quesito informatização e uso de novas tecnologias.

Apoiado sob esta ótica, o estudo se propõe a trazer à baila a compreensão de como se manifesta os elementos retro indicados a partir do aplicativo nota potiguar, sua finalidade de combate à sonegação fiscal, bem como a temática da função socioeconômica do tributo. Se singularizarmos o último elemento para construir o prenúncio do eixo matriz desta abordagem, a função socioeconômica do tributo te em vista o conceito de educação fiscal. Nas palavras de Palma e Pita,

“A educação fiscal consiste num método de ensino e aprendizagem que tem em vista conscientizar o cidadão sobre a função social do tributo, de como este pode promover a justiça social, incentivando-o a participar da aplicação, arrecadação e fiscalização do dinheiro público [...] uma abordagem educativa com o intuito de compreender a arrecadação de receitas e os gastos públicos, de modo a que o contribuinte se conscientize de que o tributo é o preço que pagamos

para uma sociedade civilizada, apelando a justiça, transparência, honestidade e eficiência”. (2008, p. 31).

Fica claro conforme o conteúdo anteriormente citado que existe de fato uma interconexão entre o direito tributário a função socioeconômica do tributo e as novas tecnologias como meio de materializar o processo entre estes dois elementos. Esse é o motivo pelo qual é importante estabelecer a posteriori uma ampliação deste basilar apontamento.

Diante de alguns apontamentos, fica evidente qual o intento deste estudo. Espera-se dessa forma ampliar o diálogo no próximo capítulo objetivando compreender o cenário contemporâneo somado aos elementos aqui tratados e respectivamente conceituados. De toda forma, prosseguir-se-á a cada momento, inserindo novos apontamentos e concretizando essa abordagem preliminar acerca de uma temática de extrema consistência a comunidade acadêmica e sociedade em geral.

4. SONEGAÇÃO FISCAL

Com base na síntese história acerca do tributo, bem como seu conceito, pode-se deduzir que, o que em outrora servia de subsídio destinado a cobrir os excessivos gastos com a coroa, hoje resulta num cenário cuja a máquina pública é celeiro de uma perspectiva burocrática ultrapassada, não transparente e dependente de uma imediata reforma que vise de fato atender os anseios da população.

De certa forma, o contexto hodierno se volta para o passado sob os argumentos de uma classe política despreocupada com o contexto social, visando proporcionar a sociedade brasileira uma sensação consubstanciada num sentimento coletivo que pagar tributo é atitude inútil.

Neste contexto, é transluzente que na sociedade brasileira contemporânea exista um viés voltado a conceber a ideia acerca do pagamento dos tributos a partir de uma estrutura piramidal delineada em rei, barão e peão, molde extraído do sistema feudal.

Assim, a insegurança cria uma ambiência de irrisignação a sociedade brasileira fomentando determinadas práticas que podem causar danos ao erário. Nesta ótica, a

sonegação fiscal," é a ocultação dolosa do sujeito que visa a deixar de recolher aos cofres públicos, total ou parcialmente tributos devidos por lei". (CORRÊA, 1996, p. 73)

Em conformidade com o conceito supracitado, é interessante, aliás, que para ocorrer o delito da sonegação fiscal depende do nascimento de uma obrigação tributária, mas há alguns fatores necessários como a presença de um sujeito ativo, um sujeito passivo e uma relação jurídica entre estes.

Neste contexto fica evidente que, a sonegação representa um prejuízo para a sociedade brasileira, pois o dinheiro que deveria ser destinado a investimentos e melhorias na saúde, educação e segurança, não chega aos cofres públicos.

Em complemento ao conteúdo retro descrito é de suma importância observar com atenção o que diz a legislação no que tange à sonegação fiscal. Assim, o crime de sonegação fiscal está previsto no art. 1º da Lei 4.729 de 1965 que estabelece pena de detenção de seis meses a dois anos e multa de duas a cinco vezes o valor que deveria ser pago para quem sonegar o imposto.

A Lei 8.137, de 1990, prevê os crimes contra a ordem tributária e estabelece pena de reclusão de dois a cinco anos mais multa.

Pode-se dizer que, a partir do entendimento preliminar estabelecido nos parágrafos antecedentes, cria-se uma janela que propicia o pensar acerca da sonegação fiscal. Embora exista uma cultura voltada a prática deste crime, atualmente existem mecanismos que visam estabelecer critérios de combate a prática delituosa.

Em capítulo próprio, enfrentar-se-á essa problemática sob a possibilidade de combate à sonegação fiscal, sob um contexto restrito, ou seja, o uso do aplicativo nota potiguar que objetiva criar um panorama ao resultado consubstanciado na função socioeconômica do tributo.

5. O USO DO APLICATIVO NOTA POTIGUAR

Com o advento de plurais tecnologias associadas ao suporte e desenvolvimento humano, uma frenética onda de interação social invade o cenário contemporâneo. Os mecanismos tecnológicos cujas as funcionalidades permeiam o todo coletivo auxiliam

determinados entes e órgãos da Administração Pública a evidenciar e publicizar metas e pretensões que assegurem o bem-estar social.

Nesta senda, a janela de interação que se abre propiciando aos indivíduos um caráter móvel e inquieto, “nada mais é do que o movimento global de bits sem peso à velocidade da luz” (NEGROPONTE, 1995, p. 18), ou seja, a dinâmica da vida digital exige menos interação presencial, haja vista os diversos dispositivos à disposição dos indivíduos.

Considerando o fluxo fugaz das informações compartilhadas entre membros da sociedade denominada transglobalizada, viver na era digital é experimentar um novo modo dinâmico. A interação virtual sedimenta as trilhas que conectam o conteúdo produto das variadas formas subjetivas, resultando no surgimento de múltiplos aspectos do pensamento disponíveis a um click.

O aplicativo nota potiguar consiste no meio pelo qual a conexão interativa da administração pública, materializada pelo Fisco Estadual, e o contribuinte estabelecem um ponto de convergência com finalidade de coibir a sonegação fiscal, matéria conceituada e esclarecida anteriormente.

Importante frisar que, o programa fiscal supra denominado foi idealizado nos moldes de uma campanha que beneficia o contribuinte com premiações para quem exigir a nota fiscal na hora da compra. Instituído pela Lei Estadual 10.228/2017, regulamentada por decreto, as bases do programa consistem em viabilizar a educação e cidadania fiscal com consequências que ensejam benefícios aos sujeitos da relação econômico-financeiro tributário junto aos estabelecimentos contribuintes do ICMS.

Por este prisma, com o advento da Lei retro mencionada, ficou instituído, no âmbito da Administração Pública Estadual, o Programa Estadual de Educação e Cidadania Fiscal, a ser executado em conformidade com as diretrizes do Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF).

Partindo de uma perspectiva com base na função socioeconômica do tributo, as ações e campanhas educativas tem seu estabelecimento no art. 2º da Lei 10.228/2017, *in verbis*:

“O Programa Estadual de Educação e Cidadania Fiscal consistirá no desenvolvimento de ações e de campanhas educativas com o objetivo de:

I - disseminar a educação fiscal no âmbito estadual;

II - conscientizar a população sobre a importância do tributo e sua função social e econômica;

III - promover a participação direta dos cidadãos em ações que tenham por finalidade contribuir para o incremento da arrecadação tributária do Estado;

IV - estimular a emissão voluntária do documento fiscal por parte do contribuinte do ICMS;

V - incentivar atividades assistenciais, desportivas e de saúde”.

Por fim, a importância deste programa é essencial e amolda-se as perspectivas atuais, ligando o Fisco ao contribuinte objetivando construir uma esfera de educação e conscientização fiscal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do tema proposto neste estudo sob a grafia, ‘o uso do aplicativo nota potiguar como mecanismo de combate à sonegação fiscal’, com vistas a pesquisa bibliográfica, delineou-se uma posição afim de demonstrar a possibilidade tecnológica como ferramenta de incentivo à educação fiscal.

Em primeiro plano construiu-se um referencial histórico com o objetivo de esclarecer a evolução do tributo ao longo dos anos, bem como o status real na contemporaneidade.

Posteriormente, abordou-se o conceito de tributo esclarecendo sua construção na doutrina brasileira, bem como a partir da Carta Constitucional de 1988. Concentrando, assim, os elementos essenciais para o deslinde da questão cerne do estudo retro grafado.

Dada a atual conjuntura da máquina pública constatou-se a existência de um viés burocrático ultrapassado, não transparente e dependente de uma imediata reforma que objetive de fato atender os anseios da população.

De certa forma, o contexto hodierno se volta para o passado sob os argumentos de uma classe política despreocupada com o contexto social, visando proporcionar a sociedade brasileira uma sensação consubstanciada num sentimento coletivo que pagar tributo é atitude inútil.

Com base nestas informações fáticas extraídas da atual sociedade brasileira afim de modernizar a gestão pública administrativa tributária o Fisco do Ente Federado Rio Grande do Norte, implementou o aplicativo nota potiguar como critério de fomento a uma promoção a educação fiscal e combate à sonegação fiscal.

Sob este ângulo, o presente estudo aponta a título de considerações finais a importância da aplicação referida como pressuposto tecnológico que viabiliza a transformação do cenário fiscal do Estado do Rio Grande do Norte.

O programa fiscal supra denominado foi idealizado nos moldes de uma campanha que beneficia o contribuinte com premiações para quem exigir a nota fiscal na hora da compra. Instituído pela Lei Estadual 10.228/2017, regulamentada por decreto, as bases do programa consistem em viabilizar a educação e cidadania fiscal com consequências que ensejam benefícios aos sujeitos da relação econômico-financeiro tributário junto aos estabelecimentos contribuintes do ICMS.

Por fim, cumpre com o propósito de tornar o cenário fiscal do Rio Grande do Norte, um marco modernizador no que tange o contexto tecnológico como pressuposto fundamental para a dinamização da gestão pública cuja iniciativa permite uma maior transparência e estreitamento entre contribuinte e o fisco.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. 5ªed. São Paulo: Atlas, 2016.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ATALIBA, Geraldo. Penalidades Tributárias. In: ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros (coordenadores). VI Curso de especialização em direito tributário (aulas e debates). São Paulo: Editora ResenhaTributária, 1978, v.I.

BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Gen, 2018.

BARROS, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. Carnaval Tributário. 2ª ed. [S.n]: Local Editora Lejus, 2004.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: PazeTerra, 1987.

BOMBASSARO, Luiz Carlos; DAL RI JÚNIOR, Arno; PIVIANI, Jayme. As interfaces do humanismo latino. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CORRÊA, Antônio. Dos crimes contra a ordem tributária: comentários a Lei 8.137 de 27-12-1990, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização – Paradoxos e Desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais.

Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/070807.pdf> Acesso em 26 out. 2019.

FALÇÃO, Raimundo Bezerra. Tributação e mudança social. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GRAU, Eros. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2002

HARADA, Kiyoshi. Incentivos fiscais. Limitações constitucionais e legais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/incentivos-fiscais-limitacoes-constitucionais-e-legais/>. Acesso em 25 out 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. 2ª ed. Bauru/SP: Edipro, 2009.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *As sanções tributárias numa perspectiva jurisprudencial*. *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, 2013.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROQUE, Antonio Carrazza. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

SHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIOL, Andréa Lemgruber. *A finalidade da tributação e sua difusão na sociedade*. Disponível Em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributarios/eventos/seminarioii/texto02afinalidadedatributacao.pdf>. Acesso: 12 de out 2019.