



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

THAIS ARANDA BARROZO

**A COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM DO
ART. 23/CF E A ULTRASSUBJETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL:
FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NO
CUMPRIMENTO DA SENTENÇA**

THAIS ARANDA BARROZO

**A COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM DO
ART. 23/CF E A ULTRASSUBJETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL:
FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NO
CUMPRIMENTO DA SENTENÇA**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial – área de concentração Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho

Londrina
2011

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

B278c Barrozo, Thais Aranda.

A competência material comum do art. 23/CF e a ultrassubjetividade da tutela jurisdicional : formação de litisconsórcio passivo no cumprimento da sentença / Thais Aranda Barrozo. – Londrina, 2011.
121f.

Orientador: Vicente de Paula Marques Filho.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais e Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Tutela jurisdicional – Teses. 2. Litisconsórcio – Teses. 3. Correalidade e solidariedade – Teses. I. Marques Filho, Vicente de Paula. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais e Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.022

THAIS ARANDA BARROZO

**A COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM DO ART. 23/CF E A
ULTRASSUBJETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL:
FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NO CUMPRIMENTO
DA SENTENÇA**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho
Universidade de São Paulo

Londrina, 2 de abril de 2011.

A meus pais, Helena e Mário, pois, como na letra de Luiz Ayrão, cantada por Roberto Carlos e aqui adaptada por mim, “Foram vocês a razão e o porquê de nascer esta canção assim, pois vocês são o amor que existe em mim...”

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho, pela absoluta disposição em estender-me a mão e aceitar orientar-me já na reta final deste trabalho, contribuindo de maneira singular – nobre, leve e objetiva - com seus profundos conhecimentos.

Ao Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares, amigo e professor desde a época da graduação, por suas lições e dedicada colaboração que me serviram de guia na tentativa de superar muitas de minhas limitações no estudo do tema.

Ao Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, pela honra de tê-lo como examinador em minha Banca.

Às colegas do Curso de Mestrado, Kátia Alessandra Pastori Terrin e Natasha Brasileiro de Souza, pela amizade em momentos difíceis dessa caminhada e, em especial, à amiga Maria Célia Nogueira Pinto e Borgo, por me puxar pela mão quando mais precisei.

Aos colegas de escritório Daniele Cristina Cândido Celeste, Rodrigo Celeste e Rogério Nunes de Oliveira, pelo apoio à distância nas minhas ausências, sem o que não teria sido possível dedicar-me a este estudo.

Não há, ainda, como deixar de registrar a minha eterna gratidão nesse caminhar:

Aos profissionais Cândida Maria de Oliveira Martins e Fernando Guedes Pinto, que com indescritíveis seriedade e competência, deram-me estrutura para prosseguir. Ele, aliviando as dores do meu corpo. Ela, as da minha alma, me ajudando na tentativa de que eu não me perdesse inutilmente por aí...

À minha irmã, Luciana Aranda Barrozo, pelo amor, carinho e cuidado que incansavelmente me dedica; à “amiga-irmã” Juliana Torres Milani, por ter estado presente e partilhado de momentos tão importantes ao longo desses últimos anos; e à “prima-irmã” Cristina Maria Aranda, pelo ombro amigo de todas as horas.

Ao Renato Lima Barbosa, pela torcida para que esse momento chegasse, chovesse ou fizesse sol em nossas vidas.

E, por fim e acima de tudo, a Deus, por ter me dado forças todas as vezes em que pensei que não as teria para vir até aqui.

*“[...] E, acima de tudo, juro defender a
liberdade, pois sem ela não há Direito que
sobreviva, justiça que se fortaleça,
nem paz que se concretize.”*
(Juramento do Bacharel em Direito)

BARROZO, Thais Aranda. **A competência material comum do art. 23/CF e a ultrassubjetividade da tutela jurisdicional**: formação de litisconsórcio passivo no cumprimento da sentença. 2011. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

RESUMO

A pesquisa tem por objeto o estudo da regra de competência material comum do art. 23 da Constituição Federal, analisando-a enquanto norma destinada a assegurar efetividade a direitos fundamentais ao instituir ao Estado (gênero), em regime de cooperação entre os entes da federação, o dever de cumprimento de prestações sociais voltadas à preservação da dignidade humana. Observa que dela decorre um direito subjetivo constitucional a prestações, no que se refere ao mínimo existencial para assegurar vida digna aos cidadãos. Por meio de estudo sobre a natureza do vínculo obrigacional que une o Estado, através de suas unidades federativas, aos credores das obrigações materiais a si impostas, evidencia-se que este muito se assemelha à solidariedade passiva correal, do direito romano, classificação esta que reflete diretamente no desenho da relação jurídica processual nas ações movidas contra o Estado para cumprimento forçado daquelas obrigações, em especial por dar ensejo à formação de litisconsórcio passivo facultativo unitário. Aborda, nesse âmbito, a questão da ultrassubjetividade da tutela jurisdicional ao litisconsorte passivo ausente, examinando se a extensão da sentença e da coisa julgada material ao ente federado que não compôs a lide em sua fase cognitiva pode, eventualmente, permitir a formação do litisconsórcio passivo na fase destinada ao cumprimento da sentença. Constata que tal proceder não configura ofensa a princípios processuais constitucionais e que a flexibilização procedimental, nessas hipóteses, com o afastamento de regras como, por exemplo, a do art. 264, do Código de Processo Civil, traz muito mais benefícios do que prejuízos ao regular exercício da Jurisdição. Conclui pela possibilidade de formação de litisconsórcio passivo na fase destinada ao cumprimento da sentença como técnica processual apta a garantir maior efetividade aos direitos fundamentais sociais protegidos pela regra de competência material comum do art. 23 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Competência material comum. Solidariedade correal passiva. Litisconsórcio passivo facultativo unitário. Ultrassubjetividade da tutela.

BARROZO, Thais Aranda. **The common material competence of article 23/CF and the ultra-subjectivity of the jurisdictional tutelage:** formation of passive litisconsortium in complying with a sentence. 2011. 121 p. Dissertation (Master's Degree program in Negotial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

ABSTRACT

The object of study in this research is the rule of common material competence as in article 23 of the Federal Constitution, under the perspective of a norm intended to guarantee the effectiveness of fundamental rights upon the institution of the State (gender), in a cooperation by and between the members of the federation, the duty to comply with social actions devoted to the preservation of human dignity. It is noted that this competence derives from a constitutional subjective right related to a existential minimum for a citizen to have a dignified life. Through the study about the nature of a compulsory bound that joins the State, by means of its federative units, to the creditors of material obligations posed to them, it is evidenced that this bound is very similar to the co-real passive solidarity in the Roman Law, and such a classification directly reflects upon the design of juridical processes entered against the State for the compliance of those obligations, mainly in respect to the attempt to the formation of the unitary optional passive litisconsortium. Within this scope, the issue of ultra-subjectivity of the jurisdictional tutelage in regard to the absent passive litisconsortium is herein addressed and whether the extension of the sentence and of the *res adjudicata* material to the federate unit that has not dealt with the matter in its cognitive phase may or may not eventually lead to the formation of a passive litis consortium during the phase of compliance to the sentence is examined. It is then verified that this procedure is not considered an offense to the constitutional procedural principles and that the procedural flexibility, in cases where rules such as article 264 of the Code of Civil Process are disregarded, is more beneficial than harmful to the regular practice of the jurisdiction. It is concluded that there is a possibility of forming a passive litisconsortium during the phase devoted to the compliance of a sentence as a procedural technique able to provide for more effectiveness of fundamental social rights as protected by the rule of common material competence in article 23 of the Federal Constitution.

Key words: Common material competence. Coreal passive solidarity. Unitary optional passive litisconsortium. Ultra-subjectivity of the tutelage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA CONCRETIZAÇÃO: OS NOVOS RUMOS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	14
2.1 DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
2.3 A EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.4 A NECESSIDADE DE UM SISTEMA PROCESSUAL ADEQUADO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
3 O ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL	33
3.1 O ART. 23/CRFB E A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
3.2 O ART. 23/CRFB, A DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A QUESTÃO DO DIREITO A PRESTAÇÕES SOCIAIS	39
3.3 O ART. 23/CRFB E A CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO A PRESTAÇÕES SOCIAIS.....	45
3.4 A COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM E A COOPERAÇÃO DO ART. 23/CRFB.....	50
3.5 A RELAÇÃO JURÍDICA E O VÍNCULO OBRIGACIONAL DECORRENTES DA COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM E DA COOPERAÇÃO DO ART. 23/CRFB.....	53
3.5.1 Obrigações Solidárias Simples e Obrigações Solidárias Correais	54
3.5.2 Solidariedade Passiva Simples e Correal: Unicidade ou Multiplicidade de Relações Jurídicas e Obrigações Aglutinadas?.....	57
3.5.3 Competência Material Comum e “Cooperação”: Solidariedade Passiva Simples ou Correalidade?.....	61
4 O ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PROCESSUAL	66
4.1 A NATUREZA DO VÍNCULO OBRIGACIONAL E A CUMULAÇÃO SUBJETIVA PASSIVA.....	66
4.1.1 As Espécies de Litisconsórcio	67

4.1.2 O Litisconsórcio e as Obrigações Solidárias Passivas (Simples e Correais).....	70
4.1.3 A Competência Material Comum como Hipótese de Litisconsórcio Passivo Facultativo Unitário	74
4.2 O REGIME JURÍDICO DO LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO NAS OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS PASSIVAS SIMPLES E CORREAIS	78
4.3 LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO UNITÁRIO: EFICÁCIA DA SENTENÇA E EXTENSÃO SUBJETIVA DA COISA JULGADA MATERIAL AO LITISCONSORTE AUSENTE	81
5 O ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A EXTENSÃO SUBJETIVA DA TUTELA JURISDICIONAL: A FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA	86
5.1 A NATUREZA E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PARA OBTENÇÃO DE PRESTAÇÕES SOCIAIS	86
5.2 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE PASSIVA	89
5.3 OS EFEITOS DA SENTENÇA E OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA	93
5.4 A POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA PARA EFETIVIDADE DO ART. 23/CRFB	100
5.4.1 Análise à luz dos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal e do Acesso à Justiça	100
5.4.2 O Momento da Formação do Litisconsórcio e a Estabilização da Lide	106
5.4.3 O Princípio da Nulidade da Execução sem Título	109
5.4.4 Síntese Conclusiva	111
6 CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS.....	117

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao tomar a dignidade humana como um de seus princípios fundamentais, trouxe em seu bojo um vasto rol de direitos fundamentais destinados a dar maior concretude àquela e, ainda, instituiu uma série de normas destinadas à organização do Estado, aí incluída a sua competência para a realização de tarefas e políticas públicas voltadas à efetivação de um Estado de bem estar social.

Um exemplo de norma dessa natureza, foco da presente pesquisa, é a regra de competência material comum do art. 23, CRFB. Ela atribui ao Estado (gênero), através de suas unidades federativas, o dever de envide de esforços comuns à realização de uma série de prestações sociais previstas ao longo de seus doze incisos, dando, assim, maior robustez à tutela de direitos fundamentais sociais consagrados em outras partes da norma constitucional. A atuação “comum” desses entes pode ser tanto concomitante (cumulativa, paralela) como disjuntiva, mas sempre deverá ter por norte a ideia de cooperação plasmada no parágrafo único do art. 23, CRFB.

Dessa assertiva surge a problemática questão da titularidade do dever de cumprimento dessas tarefas e da natureza do vínculo obrigacional a unir o Estado, por suas unidades federativas, aos cidadãos, enquanto credores das obrigações materiais nele estabelecidas. O grande número de ações judiciais movidas na atualidade pelos cidadãos, no intuito de forçar o Estado ao cumprimento das tarefas sociais encartadas na norma constitucional, traz à tona a frequente - e rica - discussão acerca da questão ora levantada, não só no campo doutrinário, mas também jurisprudencial, que, como se verá, acabou por fornecer argumentos que serviram de subsídio ao estudo.

A tese da solidariedade entre os entes federados passa a ser, pois, reiteradamente afirmada pelos tribunais superiores. Tal posicionamento, contudo, exige análise crítica acerca da natureza desse liame obrigacional - tão atípico - existente entre o Estado e os cidadãos, bem como dos reflexos diretos de tal classificação no desenho da relação jurídica processual em que se busca a tutela dos direitos fundamentais por ela protegidos, sobretudo no que pertine à legitimidade passiva e à espécie de litisconsórcio que daí deriva.

A resposta a essas questões passa pelo enfrentamento de outras, tais como: a) se o modelo brasileiro admite a existência de direitos subjetivos a prestações sociais, e se esse entendimento eventualmente alcança as prestações do art. 23, CRFB, haja vista comumente afirmar-se seu caráter programático; e b) qual a técnica processual adequada a garantir efetividade à regra de competência material comum do art. 23, CRFB, e, de conseguinte, a concretização dos direitos fundamentais nela albergados.

Antes de prosseguir com a explanação de como foram essas questões exploradas no estudo, cumpre ressaltar que o termo “cidadão” foi adotado ao longo da pesquisa para identificar o destinatário das prestações sociais do Estado, reconhecendo como tal o nacional, titular de deveres e direitos políticos, civis e sociais perante o Estado. É, pois, aqui utilizado em seu sentido mais amplo, pensando no indivíduo que participa ativamente na vida social de uma comunidade de pessoas materialmente livres e iguais, não se restringindo ao titular de direitos e deveres políticos apenas. Ou seja, é aquele que exerce a cidadania, em toda a sua amplitude.

Destaque-se também, e como se disse acima, que a pesquisa por vários momentos ocupou-se da análise de argumentos encontrados na jurisprudência sobre o problema estudado, e não raras vezes as decisões analisadas foram proferidas em casos em que se busca a tutela do direito fundamental social à saúde. Ressalva-se, no entanto, que tal circunstância deve-se ao fato apenas de serem mais numerosas as lides em que é discutido o direito à saúde, não se querendo excluir da pesquisa as prestações sociais destinadas à tutela de outros direitos fundamentais sociais que satisfaça as necessidades mínimas do cidadão (direito à educação básica, moradia, assistência social etc.), preocupando-se, assim, em ilustrar a pesquisa, ainda que em número mais reduzido, com decisões proferidas também nesse âmbito.

Feitas essas ressalvas, há que se destacar que, no intuito de responder as questões aqui levantadas, a pesquisa se inicia com a apresentação, no *Capítulo 2 - Os Direitos Fundamentais e a sua Concretização: os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro*, de uma concepção incipiente de dignidade humana, direitos humanos e direitos fundamentais, demonstrando a relação de mútuo envolvimento que se estabelece entre as três figuras, a revelar que não há como se falar em primazia da dignidade da pessoa humana sem que se concretize, de fato,

os direitos fundamentais plasmados na ordem constitucional. Analisa, ainda, a conseguinte necessidade de que o ordenamento jurídico seja dotado de técnicas processuais aptas a conferir efetividade máxima à norma constitucional, já que de nada adianta uma ordem constitucional permeada por princípios e valores destinados a conferir dignidade aos cidadãos, se a ordem processual não puder acompanhar essa transformação social e garantir o efetivo acesso à justiça para concretização do novo modelo.

No capítulo destinado à análise de aspectos materiais da regra de competência material comum do art. 23, CRFB (*Capítulo 3 – O Art. 23 da Constituição Federal e a Relação Jurídica de Direito Material*), classificam-se as obrigações nele previstas à luz da teoria dos direitos fundamentais e, ainda, analisa-se o direito a prestações sociais nela revelado, com base no entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da (in)existência de um direito subjetivo a prestações sociais no que se refira ao *mínimo existencial* para conferir vida digna aos cidadãos, considerando o caráter programático da norma.

Estuda-se, ainda, o significado e alcance da *competência comum* e da *cooperação*, do art. 23, CRFB, com vistas a uma melhor compreensão da relação jurídica material que dela emana e do vínculo estabelecido entre o Estado (gênero), representado na relação jurídica como devedores em multiplicidade (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e seu credor comum (os cidadãos), o que se faz tanto com base na tese da solidariedade, fortemente sedimentada nos tribunais superiores, como também com base em abalizada doutrina civil, para examinar, levando em conta as peculiaridades do vínculo estabelecido, se a natureza deste não seria, em verdade, a da correalidade (solidariedade própria).

A partir daí, no *Capítulo 4 – O Art. 23 da Constituição Federal e a Relação Jurídica de Direito Processual*, observam-se os reflexos da classificação das obrigações materiais comuns do Estado na relação jurídica de direito processual, mais especificamente no que pertine à legitimação passiva e da conseguinte modalidade litisconsorcial formada no polo passivo da demanda, examinando, por força desta, o eventual alcance ultrassubjetivo da tutela jurisdicional ao codevedor que não integrou a lide em sua fase cognitiva.

Na parte final do trabalho (*Capítulo 5 - O Art. 23 da Constituição Federal e a Extensão Subjetiva da Tutela Jurisdicional: A Formação de Litisconsórcio Passivo no Cumprimento da Sentença*), analisando a natureza, as

condições e as especificidades das ações voltadas à satisfação de prestações sociais elencadas no art. 23, CRFB, estuda-se a (im)possibilidade de chamar o litisconsorte ausente ao cumprimento da prestação positiva correspondente na fase processual destinada ao cumprimento da sentença, examinando eventuais argumentos contrários que poderiam vir a ser apresentados à técnica processual proposta, como, por exemplo, as supostas ofensas aos princípios constitucionais do processo, à regra de estabilização da lide, do art. 264 do Código de Processo Civil (CPC), e ao princípio da nulidade da execução sem título.

No *Capítulo 6 - Conclusão* encontram-se as considerações e conclusões finais sobre a aptidão da técnica processual proposta - formação de litisconsórcio passivo na fase destinada ao cumprimento da sentença - para efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais tutelados pela regra de competência material comum do art. 23, CRFB, para garantir maior eficácia à tutela jurisdicional voltada à implementação de políticas públicas destinadas ao fornecimento de um mínimo existencial para tutela da dignidade humana dos necessitados.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA CONCRETIZAÇÃO: OS NOVOS RUMOS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

A dignidade da pessoa humana e sua estreita vinculação aos direitos fundamentais são, inquestionavelmente, pilares do estudo de qualquer tema de direito constitucional contemporâneo (SARLET, 2008, p. 26), competindo ao processo civil munir o ordenamento jurídico de técnicas processuais aptas a assegurar efetividade a esses direitos.

Por essa razão, inicia-se a presente pesquisa com o estudo da necessária concretização de direitos fundamentais para preservação da dignidade humana, e do novo papel assumido pelo processo civil no modelo brasileiro nesse desiderato.

2.1 DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O estudo de técnicas processuais aptas à concretização de direitos fundamentais não pode passar ao largo do enfrentamento da questão acerca da própria conceituação de “dignidade humana” e “direitos fundamentais”, devendo analisar também, ainda que de forma breve, se a expressão “direitos humanos” confunde-se ou não com esta última.

Essencial, portanto, que a presente pesquisa parta de uma conceituação de tais expressões, tarefa esta inquestionavelmente árdua, haja vista a dificuldade que se põe no encontro de um significado satisfatório de “dignidade da pessoa humana”.

A ideia que se tinha de dignidade humana nos séculos XVII e XVIII relaciona-se diretamente à de “liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção” (SARLET, 2008, p. 33). No pensamento kantiano sobre a natureza racional do ser humano, esse ideário se revela com a primazia da autonomia da vontade, entendida como “A faculdade de determinar a si mesmo e agir *em conformidade com a representação de certas leis*” (KANT, 2002, p. 67). Considerando o homem - único e insubstituível - um fim em si

mesmo, dono da sua liberdade de agir em conformidade com as leis livremente escolhidas pela sua própria razão, Kant (2002, p. 77) assim explica o significado e o alcance da “dignidade” que aí reside:

No reino dos fins tudo tem um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra coisa como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento (Affektionpreis)*; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*.

No século XIX, o pensamento de Hegel (*apud* SARLET, 2008, p. 38) aponta para uma nova forma de se reconhecer a dignidade humana, fundamentando sua ideia de dignidade na de eticidade, sintetizando concreto e universal, individual e comunitário, de modo que o ser humano não é ontologicamente digno, mas se torna digno quando adquire sua condição de cidadão, quando respeita e é respeitado pelos demais como sujeito na comunidade em que está inserido.

Característica marcante do século XX é o papel de destaque que a dignidade da pessoa humana ocupa nos pensamentos filosófico, político e jurídico, assumindo, nessa fase, uma condição de valor fundamental para os mais diversos Estados constitucionais que se queiram democráticos, que acabam por preconizar o homem enquanto “titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado” (SARLET, 2008, p. 40).

Como se vê, o conceito de dignidade humana, além de vago e abstrato, apresenta-se, pois, em processo de constante construção e desenvolvimento. Apesar dessa circunstância, é necessário que se adote uma conceituação que permita o regular desenvolvimento da presente pesquisa.

Assim, considerando que a dignidade humana engloba a ideia de valor fundamental do cidadão (independentemente da definição jurídica que se venha posteriormente a lhe dar), adota-se no presente trabalho a conceituação de dignidade humana proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, em que se reconhece o cidadão enquanto titular de direitos mínimos e essenciais que lhe assegurem uma

sobrevivência digna, objeto de reconhecimento pelos demais cidadãos e pelo próprio Estado. Nas palavras do autor (2008, p. 63):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana assume, pois, *status* de verdadeiro direito do cidadão em relação ao Estado, e de correspondente dever, deste em relação àquele, de assegurar um mínimo existencial que lhe permita viver dignamente na sociedade em que está inserido, observando-se, ainda, estreita vinculação entre ela e os direitos fundamentais¹.

A concepção de direitos fundamentais que se adotará no estudo proposto é aquela apresentada por Paulo Bonavides (2003, p. 560) que, com apoio nas lições de Konrad Hesse², aponta que os direitos fundamentais destinam-se e almejam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”. Tem-se, pois, uma concepção ampla de direitos fundamentais, ligada umbelicalmente à de dignidade da pessoa humana, numa relação de instrumentalidade dos primeiros à concretização da última. Uma concepção mais estrita, mais normativa, seria a que aponta os direitos fundamentais como aqueles assim qualificados pelo direito vigente (BONAVIDES, 2003, p. 561).

Desse modo, ainda que haja um núcleo mínimo comum nas normas constitucionais dos países que adotam o paradigma democrático-constitucional,

¹ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 27), “em se levando em conta que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano, cuida-se de assunto de perene relevância e atualidade, tão perene e atual for a própria existência humana. Aliás, apenas quando (e se) o ser humano viesse ou pudesse renunciar à sua condição é que se poderia cogitar da absoluta desnecessidade de qualquer preocupação com a temática ora versada. Todavia, justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.”

² Nesse ponto, Paulo Bonavides (2003, p. 560) toma por base os seguintes textos de Konrad Hesse: “Grundrechte”, in *Staatslexikon*, v, 2; *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13ª ed.

haverá sempre um mínimo a diferenciar e caracterizar individualmente cada Estado, ou seja, um “núcleo mínimo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade” (STRECK, 2004, p. 134-135).

No caso brasileiro, Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 56) propõe “que se dê um ‘corte epistemológico’, a fim de que possamos estudar o ‘topo’ da pirâmide, onde estão os princípios constitucionais, dentre os quais se incluem as normas de direito fundamental”. É nesse contexto que vê o “princípio do Estado Democrático” como a *decisão política fundamental*³ tomada pelo povo brasileiro, anunciado já em seu preâmbulo justamente por se revelar como o princípio maior, dentre todos os demais incluídos na carta constitucional de 1988.

O princípio do Estado Democrático de Direito⁴ se traduz, então, na escolha pela sociedade brasileira de que seus interesses se realizem com fundamento na legalidade, esta fundamentada na legitimidade, e é dele que se extraem outros princípios constitucionais, também apontados na norma constitucional como *princípios fundamentais* (GUERRA FILHO, 2007, p. 56). Afinal, a própria redação do art. 1º da norma constitucional revela que aquele princípio maior *fundamenta-se* nos princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e, por fim, do pluralismo político.

Tomando o princípio do Estado Democrático de Direito como viga mestra do ordenamento, ou seja, “princípio fundamental estruturante”, Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 57) parte, ainda, para uma classificação em que toma os princípios fundamentais elencados nos incisos do art. 1º da norma constitucional como “princípios fundamentais gerais”, dando especial destaque àquele da dignidade da pessoa humana, apontando que a sua inclusão naquele rol de princípios revela a relevância de sua proteção pelo Estado na

³ Expressão consagrada por Karl Loewenstein, segundo Guerra Filho (2007, p. 56).

⁴ CRFB, “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos 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 poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

contemporaneidade.

Os demais direitos fundamentais, revelados sob forma de princípios na norma constitucional, consagram-se “objetivamente em ‘princípios constitucionais especiais’, que seriam a ‘densificação’ (CANOTILHO) ou ‘concretização’ (embora em nível ainda extremamente abstrato) daquele ‘princípio fundamental geral’, de respeito à dignidade humana” (GUERRA FILHO, 2007, p. 58).

Na “pirâmide” inicialmente visualizada, encontram-se abaixo dos princípios constitucionais, classificados na forma acima exposta, as normas constitucionais que se revelam sob forma de “regras”, sendo importante, neste momento, salientar que, muito embora até aqui se tenha falado em direitos fundamentais revelados em princípios constitucionais especiais, nada impede que existam direitos fundamentais espelhados em regras, de modo que “se pode falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos” (SARLET, 2001, p. 144-145)⁵.

Da análise supra conclui-se que o rol de direitos fundamentais, encartados na Constituição Federal de 1988 sob forma de princípios constitucionais especiais, ou mesmo sob forma de regras, vinculam-se e destinam-se à concretização dos princípios fundamentais gerais espelhados nos incisos no art. 1º da Constituição Federal, dentre os quais se encontra a dignidade da pessoa humana, pilar e substrato do princípio maior do Estado Democrático de Direito. Aliás, como bem ressaltado por Luís Roberto Barroso (2009, p. 251), a dignidade humana, prevista no art. 1º, III, CRFB, como um dos fundamentos da República, “está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais”.

Analisada, pois, essa estreita vinculação dos “direitos fundamentais” ao princípio fundante da “dignidade humana”, resta verificar se aqueles, seja em sua concepção formal ou na material, podem ser tomados como sinônimos da expressão “direitos humanos”.

Ao tratar da evolução histórica dos direitos humanos, aponta Fábio Konder Comparato (2007, p. 58) a redundância contida nessa expressão, por entender inegável que os direitos são inerentes à própria condição humana no estágio atual do pensamento filosófico e jurídico, “sem ligação com particularidades

⁵ O caráter objetivo-subjetivo dos direitos fundamentais será melhor abordado no capítulo seguinte.

determinadas de indivíduos ou grupos”. A distinção que se faz entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” decorre, pois, da normatividade e efetividade dos primeiros no meio social. Nessa ordem de ideias, é possível afirmar que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos pelas autoridades políticas encarregadas da elaboração das normas jurídicas, que os incluem em suas regulamentações internas e externas⁶.

Ainda a respeito da distinção entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, aponta Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 33) que os primeiros são aqueles “reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto que os segundos referem-se a “posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”. Logo, os direitos humanos revelam um caráter mais universal, que transcende o tempo e o espaço⁷.

Willis Santiago Guerra Filho (2000, p. 98-99), de sua vez, procede à distinção apontando os direitos fundamentais como “manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no mundo jurídico”, e identifica os direitos humanos como “pautas ético-políticas, situados em uma dimensão supra positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno”.

E se é pela positivação da norma jurídica que se outorga obrigatoriedade ao direito subjetivo nela espelhado, parece correto afirmar que os “direitos fundamentais” são direitos inerentes à própria condição humana, reconhecidos pela autoridade política competente através da sua positivação, que exercem importante “função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem o reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva” (COMPARATO, 2007, p. 58).

Conclui-se, assim, que, estabelecida a “dignidade humana” como meta almejada pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, que a instituiu como um de seus princípios fundantes, a Constituição Federal de 1988 elencou um rol de direitos mínimos dos cidadãos, a ser respeitado por todos, indistintamente, inclusive

⁶ Segundo Comparato (2007, p. 58-59), “são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos”.

⁷ Para Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 33), os direitos humanos “aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

pelo próprio Estado. Trata-se, pois, de “direitos humanos” positivados na norma constitucional. “Direitos fundamentais”, portanto, destinados à concretização do princípio maior da “dignidade humana”. Essa é a relação - e estreita vinculação - que se estabelece entre as três figuras analisadas.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Tomando os “direitos fundamentais” como instrumento para a concretização da “dignidade humana”, esses - até mesmo por uma questão de lógica -, tal qual se verifica com a conceituação da “dignidade humana”, encontram-se em processo de contínua construção ao longo da evolução histórica.

As classificações adotadas pela doutrina utilizam-se dos termos “gerações” ou “dimensões” para demonstração dessa mutação ao longo do tempo, sendo de comum consenso falar-se na existência de três gerações de direitos. Observando-se, no entanto, classificações que apontam para a existência de outras mais, fala-se em quarta, quinta e até mesmo sexta geração dos direitos fundamentais. Não se nega, contudo, independentemente da classificação que se adote, o caráter cumulativo do processo de evolução, de modo que os novos direitos fundamentais agregam-se aos já reconhecidos pela ordem jurídica, de maneira complementar (SARLET, 2001, p. 49)⁸.

A classificação ora apresentada é aquela adotada por Paulo Bonavides, que classifica os direitos fundamentais em quatro dimensões.

A caracterização dos direitos fundamentais, tomando por base um critério formal, aponta que “direitos fundamentais” são aqueles previstos como tais na norma constitucional e que dela recebem um grau maior de segurança, seja pela previsão da sua imutabilidade ou, ao menos, pelo estabelecimento de critérios mais rígidos que dificultem sua mudança (BONAVIDES, 2003, p. 561). No entanto, materialmente considerados, os direitos fundamentais “variam conforme a ideologia, a modalidade do Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição

⁸ Por essa razão a crítica da moderna doutrina ao uso do termo “gerações”, dizendo-se de maior precisão técnica o uso do termo “dimensões”, haja vista que “o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra” (SARLET, 2001, p. 49).

consagra” (BONAVIDES, 2003, 561), de modo que cada Estado tem, por livre escolha e opção, direitos fundamentais específicos.

A evolução histórica revela que o racionalismo francês da Revolução de 1789 conduziu à elaboração de uma Declaração dos Direitos do Homem, em que se prescreveu, num modo universalista, a liberdade e a dignidade como ideais para toda e qualquer pessoa, tendo tal declaração, como destinatário, todo o gênero humano (BONAVIDES, 2003, p. 562). Escolhidos, pois, pela sociedade os valores universais essenciais à dignidade humana, resumidos basicamente nos princípios norteadores da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), cumpriu ao Direito acompanhar essa transformação social através da inserção de tais valores na esfera normativa. A liberdade, elemento essencial e princípio fundante de qualquer sociedade que prime pela promoção e respeito à dignidade humana, serve de baluarte aos *direitos fundamentais de primeira dimensão*, traduzidos em verdadeiras faculdades subjetivas do cidadão correlatas ao seu direito de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2003, p. 564).

Numa visão típica do Estado de Direito Liberal, caracterizado pelo individualismo do pensamento liberal-burguês do século XVIII, os direitos fundamentais de primeira dimensão afirmam-se e são reconhecidos nas primeiras Constituições escritas como “direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, 2001, p. 50). Apresentam-se, assim, e em sua maior parte, como direitos de cunho negativo, “dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos” (SARLET, 2001, p. 50).

Portanto, falar em direitos fundamentais, em direitos do homem de primeira dimensão, corresponde diretamente à ideia de salvaguarda da sua valorização pessoal, subjetiva e abstrata, em relação ao poder estatal, por meio do reconhecimento do *status* constitucional, formal e material, desses direitos (SARLET, 2001, p. 39).

A partir do século XX, com o advento de distintas formas de Estados sociais, emerge a valorização de um outro grupo de direitos, fundados agora no princípio de igualdade: os direitos sociais, culturais, econômicos e de coletividades. São, pois, apontados como *direitos de segunda dimensão*.

A despeito da sua inegável relevância para a concretização da almejada dignidade humana, tais direitos, por sua própria natureza, por muitas vezes carecem de eficácia, pois que “exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos” (BONAVIDES, 2003, p. 564). Daí a afirmação de que “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado” (SARLET, 2001, p. 51), razão pela qual não há como se desconsiderar o caráter liberal que ainda carregam.

Passaram por uma fase em que remetidos à esfera programática da ordem constitucional, isso querendo dizer que sua concretização não dispunha dos mesmos meios processuais de proteção como se vira com os direitos de liberdade (direitos fundamentais de primeira geração), situação modificada com a formulação nas constituições, como é o caso da brasileira, do preceito de aplicabilidade imediata de tais direitos⁹ (BONAVIDES, 2003, p. 564).

Nesse contexto entram em cena, é verdade, discussões acerca da impossibilidade de efetivação desses direitos por falta e/ou escassez de recursos, apontando-se um caráter utópico de tais direitos, o que exige, sem desconsiderar a força normativa e imperatividade dos mesmos, que se abandone a ideia de constituição dirigente tal qual originariamente concebida, quando se afirmava a aplicabilidade e vinculatividade plenas desses direitos¹⁰. Aliás, a esse respeito, são oportunas as lições de Luís Roberto Barroso (2009, p. 220), no sentido de que,

Diante de excessos irrealizáveis, a tendência do intérprete é negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo, por esse raciocínio, a forma normativa da Constituição. As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade. Aí estarão em cena conceitos como reserva do possível, princípios orçamentários, separação dos Poderes, dentre outros. Como já assinalado, certas normas podem ter sua aplicabilidade mitigada por outras normas ou pela realidade subjacente.

⁹ CRFB, “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹⁰ A questão voltará a ser tratada adiante, no Capítulo 3, destinado ao estudo dos aspectos materiais do art. 23, CRFB, analisando-o enquanto norma veiculadora de direitos subjetivos constitucionais ou como mero programa de governo.

Tendo por baluarte o ideal revolucionário de fraternidade, de solidariedade, observa-se forte sedimentação, ao final do século XX, de uma nova dimensão de direitos fundamentais, tomados como *direitos fundamentais de terceira dimensão*. O teor humanitário e universalista desses é ainda maior que dos demais, e seu destinatário não é mais um indivíduo, uma coletividade, um Estado, e sim todo o gênero humano. Englobam o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2003, p. 569; SARLET, 2001, p. 53).

Da globalização política e econômica emergem os *direitos fundamentais de quarta dimensão*, quais sejam: o direito à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2003, p. 571). Tais direitos abarcam todos os das demais dimensões, podendo-se dizer que constituem o ápice da pirâmide composta por todos eles, irradiando-se por e através deles. Até mesmo porque os direitos fundamentais “gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa” (SARLET, 2001, p. 54).

Essa é, em síntese, a classificação procedida por Bonavides para a evolução histórica dos direitos fundamentais, cabendo ressaltar que as classificações adotadas pela doutrina não são estanques e que o reconhecimento ao longo da história de uma nova classe de direitos fundamentais não exclui, em absoluto, a(s) anterior(es). Pelo contrário: uma vai se agregando à outra, de forma cumulativa, enrobustecendo todo o conjunto de direitos fundamentais.

2.3 A EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Segundo lições de Konrad Hesse (1992, p. 12), no modelo democrático-social contemporâneo, a vida social torna-se impossível sem uma atividade estatal organizadora, bem como, ao inverso, o Estado democrático não se constitui sem uma cooperação social, observando-se estreita relação entre as vidas social e estatal no processo de formação de uma unidade política. De conseguinte, se a unidade política depende da atuação conjunta da sociedade e do próprio

Estado, a este cabe organizar a realização das tarefas estatais e o bom andamento dessa cooperação, por meio de um ordenamento jurídico apto a essa finalidade (HESSE, 1992, p. 13-14).

Nesse cenário, é de extrema relevância a questão da efetividade da norma constitucional, assim entendida como a sua eficácia social, não se podendo mais, na contemporaneidade, pensar a norma fundamental de um Estado como um simples rol de prescrições valorativas e abstratas, desprovidas de qualquer sanção pelo seu descumprimento, ou ainda, como um “mero ideário sem eficácia jurídica” (BARROSO, 2009, p. 219). A norma constitucional há que ser pensada como norma jurídica dotada não só de imperatividade, mas, sobretudo, da mais ampla efetividade, de modo que ela, de fato, sirva à ordenação e à conformação do contexto social e político de uma comunidade.

Observa-se, assim, o surgimento da doutrina da efetividade, que deu novos contornos ao direito constitucional, tanto na teoria como na prática, destacando-se, no âmbito jurídico, a atribuição de força normativa plena à norma constitucional e, no âmbito institucional, conferindo papel de destaque ao Judiciário, com uma postura mais ativa diante da tarefa de concretizar direitos e valores espelhados na norma constitucional (BARROSO, 2009, p. 224). Afinal, os direitos fundamentais não podem mais ser vistos apenas como norte valorativo e principal a ser perseguido, reconhecendo-se a necessidade de efetivação dos mesmos, munindo-se o ordenamento de instrumentos jurídicos que permitam ao cidadão exigir do Estado a execução de políticas públicas que garantam condições mínimas à preservação do princípio da dignidade humana, inclusive com a previsão de meios de acesso à Jurisdição para essa finalidade¹¹.

Daí a distinção traçada por José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 76) entre direito à proteção jurídica e direito de defesa, sendo o primeiro aquele que o titular do direito fundamental tem de exigir do Estado uma proteção perante agressões por outros cidadãos, enquanto que o segundo se revela como o direito de exigir que o próprio Estado não ofenda os direitos fundamentais dos cidadãos (defendendo-se, pois, em relação a ele). Aponta, ainda, José Joaquim Gomes

¹¹ Como dito por Daniel Sarmiento (2006, p. 49-50), “os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público”.

Canotilho (2004, p. 77) que o direito de defesa abarca um direito a prestações do Estado, consubstanciado no dever de “conformação e ordenação, pelo Estado, das relações jurídicas privadas, de modo a evitar a violação de direitos, e criação de instrumentos processuais ou procedimentais adequados à defesa e garantias desses direitos”.

Fixado, pois, o ponto de que a salvaguarda do princípio da dignidade humana implica no reconhecimento da necessidade de efetivação de direitos fundamentais mínimos previstos na norma constitucional, por meio de instrumentos processuais e/ou procedimentais e de uma jurisdição voltada a garantir efetividade à última, resta responder quais seriam esses “direitos fundamentais mínimos”.

Entenda-se por *mínimo existencial* “o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral” (BARROSO, 2009, p. 253). Afinal, não se garantir um mínimo para a subsistência do cidadão implica em negar não só sua dignidade, mas sua própria condição humana. Portanto, fome, miséria, exclusão social, analfabetismo, negativa de promoção da saúde e de acesso aos órgãos jurisdicionais para proteção dos direitos dos cidadãos indicam os limites para se aferir o mínimo existencial, outorgando-se nessa seara - e não a todos os direitos sociais constitucionais, indistintamente - aplicabilidade plena e imediata à norma constitucional.

Conforme dito por Eduardo Cambi (2009, p. 390):

[...] quando se opta pela concretização do mínimo existencial, não se está abrindo mão de parcela dos direitos fundamentais sociais, mas apenas encontrando um modo pelo qual os direitos fundamentais possam se realizar na maior medida do possível. Dentro das limitações orçamentárias, o Estado deve priorizar os gastos públicos na concretização daqueles direitos que permitem gerar as condições gerais mínimas para a emancipação, porque essa é a premissa mais favorável à realização dos direitos fundamentais em países de modernidade tardia como o Brasil. Os demais direitos devem ser buscados no exercício democrático da cidadania reivindicatória e a prática orçamentária.

Para Luís Roberto Barroso (2009, p. 253), esse rol de “prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental”, agregando, ainda, a esse elenco, o direito de acesso à justiça, haja vista ser este o instrumento para

exigibilidade e efetivação dos demais.

Observe-se que se forma, então, um verdadeiro círculo virtuoso, em que: a) reconhece-se a relevância ao papel ativo do judiciário na materialização de políticas públicas tendentes a assegurar um mínimo existencial a que os cidadãos vivam com dignidade, garantindo-se, assim, efetividade à norma constitucional; e b) ao assim proceder, o próprio acesso a uma ordem jurídica justa e o regular exercício da jurisdição para concretização da norma constitucional (e dos direitos fundamentais nela previstos) são elevados ao patamar de “direito fundamental”.

A atividade judicial assume, por essa razão, nova roupagem, não se traduzindo mais na simples aplicação do direito, nos moldes de subsunção do fato à norma jurídica. A própria sentença é considerada como norma jurídica, concreta e individual, fundamentada em normas jurídicas gerais e abstratas (as leis, em sentido *lato*) e se consubstancia no “ato de interpretação e aplicação do Direito pelo juiz como integrante da política do direito (*Rechtspolitik*), ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados na norma positiva” (GUERRA FILHO, 2001, p. 162-163).

Essa postura mais ativa do Judiciário acaba, contudo, por conduzi-lo a emitir, não raras vezes, decisões de caráter eminentemente político, o que levanta a problemática questão da sua legitimidade para assim proceder, já que seus membros não são democraticamente eleitos pelo povo. Alfonso Garcia Figueroa (2003, p. 167) aponta a existência de críticas a essa transferência de poder ao Judiciário, ao argumento de possibilidade de ofensa ao próprio princípio democrático. Afinal, se é objetivo do Estado de Direito, fundado na ordem constitucional, a restrição do exercício arbitrário do poder pelo Estado, logo não se deveria dotar o juiz de tamanha margem de discricionariedade na interpretação e aplicação do Direito.

A discricionariedade é, contudo, exigência da própria “natureza bifronte”¹² dos princípios constitucionais, que, ainda que por um lado estabeleçam limites (irrenunciáveis) ao Estado, por outro a sua abstração confere uma margem maior de liberdade na sua interpretação e aplicação, por meio da *ponderação razoável* exercida pelo julgador. Logo, ainda que sejam vagos e abertos os conteúdos constitucionais, é preciso sempre compreender com critérios de

¹² Expressão adotada por Alfonso Garcia Figueroa, citando Luis Prieto, na obra *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, p. 136.

razoabilidade o âmbito de atuação do Judiciário, para que a discricionariedade não dê azo à verdadeira arbitrariedade, em indubitável ofensa ao princípio democrático.

Muito se discute, pois, nesse ponto, acerca da judicialização da política - e, conseqüente politização do Direito -, fenômeno este assim entendido quando se reconhece que “um processo político é ou está ‘judicializado’ na medida em que a jurisprudência constitucional, o receio de uma futura censura constitucional e a autoridade pedagógica da jurisprudência passada podem alterar o resultado legislativo” (MAURÍCIO JR., 2008, p. 127).

No caso brasileiro, a Constituição Federal tem uma vasta gama de normas que disciplinam a administração e regulamentação da vida pública e privada, estabelecendo garantias e direitos individuais e sociais e “invadindo espaços classicamente pertencentes ao legislador e ao administrador, bem como atribuindo extensas competências ao judiciário, as quais vêm sendo gradativamente expandidas nas últimas reformas constitucionais” (MAURÍCIO JR., 2008, p. 137). E, se não há como extirpar da norma constitucional o seu conteúdo político, logo não há como a interpretação e a aplicação do Direito pelo Judiciário se afastar por completo da política, ainda que nisso haja uma invasão, pelo Judiciário, na esfera de competência do Poder Legislativo. Como dito por Lênio Streck (2004, p. 111), “Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito. E é dessa intrincada engenharia política que exsurge um novo papel para o Direito e, por conseqüência, para a Constituição”.

De fato, a legitimação de um “agir político” pelo Judiciário se origina no fato da democracia e dos direitos se consubstanciarem nas bases do Estado Democrático de Direito, haja vista ser o próprio Estado, através de sua norma constitucional, que outorga competência ao Judiciário para legitimamente resguardar os fundamentos do modelo estatal, tutelando os direitos sociais fundamentais e a própria democracia (STRECK, 2004, p. 113).

Enfim, ainda que “judicializando” a política e “politizando” o Direito, o que não se pode negar é a atual importância da função concretizadora do Judiciário no modelo democrático-constitucional, sendo necessário que se lhe outorgue a tarefa não só de dizer o alcance e o significado da norma constitucional, mas também de efetivar os princípios e direitos fundamentais nela contidos, com vistas a assegurar um mínimo existencial que confira aos cidadãos condições de vida digna.

2.4 A NECESSIDADE DE UM SISTEMA PROCESSUAL ADEQUADO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Analisando o atual papel da constituição, em contraposição àquele do Estado Liberal, aponta Willis Santiago Guerra Filho (2000, p. 16) que o anseio da sociedade contemporânea é que a ordem constitucional reflita “linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece”. Essa alteração do paradigma estatal e da função da norma constitucional conduz inexoravelmente a modificações do plano jurídico, sobretudo em razão de reconhecer-se validade positiva a preceitos de conteúdo altamente axiológico: os princípios fundamentais.

A ordem constitucional renovada, permeada por princípios de elevado grau de abstração - carentes, portanto, de precisão enquanto norma orientadora da conduta humana -, clama por um procedimento adequado à concretização dos mesmos, sob pena de faltar-lhes a efetividade almejada à consecução dos fins sociais do Estado. Por essa razão, a ideia de processo/procedimento liga-se, indissociavelmente, à de concretização de direitos fundamentais, e “a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2004, p. 74)¹³.

Some-se a isso que dentre os direitos a prestações do Estado encontram-se os direitos de defesa do cidadão, os quais se revelam sob forma de “direito à existência de tribunais, direito à jurisdição, direito à decisão judicial, direito à execução de sentenças judiciais” (CANOTILHO, 2004, p. 77). Logo, o direito a uma ordem processual adequada à concretização de direitos fundamentais é, igualmente, um direito fundamental e, como tal, exige efetivação¹⁴. De conseguinte,

¹³ Ainda Segundo lições de José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 73-74), “a dogmática dos direitos fundamentais deve assumir-se também como *política de direitos fundamentais processualmente concretizada ou a concretizar pelo ‘Estado de prestações’*”.

¹⁴ Retome-se aqui o que se disse no item anterior a respeito da necessária efetividade de direitos fundamentais destinados à promoção de um mínimo existencial que outorgue vida digna aos cidadãos. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 26), “Com efeito, diante do compromisso assumido formalmente pelo constituinte, pelo menos – nas hipóteses de violação dos deveres e direitos decorrentes da dignidade da pessoa – restará uma perspectiva concreta, ainda que mínima, de efetivação por meio de órgãos jurisdicionais, enquanto e na medida em que se lhes

a ciência processual passa a necessitar de uma adequação estrutural de sua dogmática, de modo que se conceba um “novo” processo, moldado aos imperativos de um Estado de Direito social e democrático, afastando-se do processo individualista, concebido sob as influências liberais do paradigma estatal anterior.

Observa-se, assim, na evolução da ciência processual, ante o caráter regulador prospectivo da nova ordem constitucional, o reconhecimento da origem constitucional de normas jurídicas processuais e de institutos processuais básicos, sobretudo aquelas referentes às garantias do acesso à justiça e do devido processo legal, aí incluídos o direito ao contraditório e à ampla defesa¹⁵, passando o direito processual a ser visto como “uma espécie de direito constitucional aplicado” (GUERRA FILHO, 2000, p. 25).

Daí o mútuo envolvimento observado entre a ordem constitucional e a ciência processual, seja pelo fato da norma constitucional exigir um processo adequado à concretização do direito material nela espelhado¹⁶, ou pelo cunho processual de garantias processuais reveladas sob forma de princípios. Essa mútua abrangência permite afirmar que a Constituição possui, atualmente, natureza de norma processual e os institutos fundamentais de direito processual nela previstos assumem, igualmente, natureza de direito material (GUERRA FILHO, 2000, p. 27-28).

Sobre essa relação de reciprocidade entre a norma constitucional e o processo, aponta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 16) que, “Correntemente, alude-se à processualização da Constituição e à materialização do processo como conseqüências da teoria processual da Constituição e da constitucionalização do processo”. O principal reflexo desses fenômenos no direito processual é, pois, a substancialização dos valores insculpidos na norma constitucional, e o fato do formalismo, típico do processo civil do Estado Liberal, ceder lugar ao “formalismo-valorativo” do Estado Constitucional (OLIVEIRA, 2010, p.

assegurar as condições básicas para o cumprimento do seu desiderato”.

¹⁵ CRFB, “Art. 5º. [...]”

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LIV – ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – 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.

¹⁶ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 78), “[...] qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica necessariamente reconhecer um direito subjectivo do procedimento/processo indispensável para garantir a eficácia do direito material”.

17).

No que tange à constitucionalização do processo civil, a doutrina divide-a em dois momentos marcantes e característicos, falando-se em “primeira constitucionalização do processo”, como o período em que se observa a formalização de garantias processuais na Constituição de 1988, limitadoras ao arbítrio do poder do Estado, com grande enfoque no estudo dos princípios constitucionais do processo (reconhecimento de um direito processual constitucional), e numa “segunda constitucionalização do processo”, momento em que o processo civil passa a ser concebido à luz da teoria da efetividade dos direitos fundamentais, assumindo a função concretizadora já mencionada no presente estudo (OLIVEIRA, 2010, p. 17).

Emerge o processo como instrumento assegurador da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça (efetividade da proteção judicial) e de todos os demais direitos fundamentais plasmados na norma constitucional, ocupando-se a ciência processual moderna exclusivamente da “realização concreta da justiça” (BEDAQUE, 2009, p. 56). Não que o processo perca a sua feição constitucional primeira, de proteção dos cidadãos em relação ao arbítrio do Estado, mas, sim, agrega-se a ela a sua função de garantir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal¹⁷.

Ao processualista do Estado Constitucional cabe, então, conferir uma postura mais *flexibilizadora* à tutela jurisdicional, e não única e essencialmente formal, para que possa lançar-se com mais arrojo na busca de “alternativas que favoreçam a resolução de conflitos de modo seguro e tempestivo, mediante tutelas aptas a afastar a crise do direito material, realizando concretamente a vontade do legislador” (BEDAQUE, 2009, p. 58).

De conseguinte, não há mais como se falar em “processo civil adequado” sem ligar essa ideia à de flexibilização das normas processuais e procedimentais e de uma postura um pouco mais ativa do Judiciário, com vistas a conferir eficiência ao processo enquanto instrumento assegurador de efetividade à própria justiça material. Afinal, não basta ao jurisdicionado a mera previsão

¹⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 17-18) destaca que “o processo civil passa a emprestar relevo à autoaplicabilidade dos direitos fundamentais (CRFB, art. 5º, §1º), à proibição de proteção insuficiente, de proteção excessiva e de retrocesso na proteção de direitos fundamentais, bem como à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja eficácia irradiante impõe o dever de interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com os direitos fundamentais”.

constitucional do acesso à justiça como direito fundamental do cidadão, sem que o Estado garanta, igualmente, através da reformulação de suas normas processuais, um procedimento eficaz à tutela jurisdicional efetiva.

Conforme as lições de José dos Santos Roberto Bedaque (2009, p. 74-75), o processo, enquanto instrumento para o exercício da jurisdição, será adequado a essa finalidade apenas quando, de fato, for eficiente em proporcionar tutela efetiva e eficaz aos jurisdicionados, sobretudo porque “A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários”.

Portanto, o estágio atual de evolução da ciência processual exige o abandono da ideia de processo como mero instrumento de concretização do direito material, sobressaindo e fortalecendo uma concepção de processo - coerente com a teoria da efetividade dos direitos fundamentais - que vá para muito além disso: o processo há que ser visto como instrumento para efetivação da justiça material e dos direitos fundamentais (individuais, sociais, políticos etc.) inseridos na ordem constitucional, destinados a assegurar um mínimo existencial para vida digna aos cidadãos, tudo isso com vistas ao seu fim maior, de pacificação social.

Temas como flexibilização procedimental e ativismo judiciário tornam-se, como se disse, mais frequentes no avanço da ciência processual, não só por força da nova teoria das normas jurídicas (albergando os princípios no arcabouço jurídico) e pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, mas, sobretudo, para que a postura dialógica a ser adotada no processo permita que ele se torne palco de exercício da cidadania e, com isso, sirva como instrumento de fortalecimento da própria democracia. Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 16), “O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual”.

Também Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 144) defende que o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, além de ser o mais importante dos direitos fundamentais (já que é pela efetivação dele que se efetiva os demais), há que ser visto por uma ótica “tridimensional”, englobando o direito à técnica processual adequada, o direito de participação por meio de procedimento adequado

e o direito à resposta jurisdicional. Isso tudo vem apenas corroborar a ideia de que não há mais como dissociar o discurso da efetivação dos direitos fundamentais de um procedimento idôneo e participativo, capaz de viabilizar a concretização dos mesmos. E nada disso é possível sem a devida conformação do sistema processual a essa nova realidade social.

É inegável, pois, a necessidade de abertura do sistema processual a novas técnicas processuais destinadas a estancar a crise do direito material. Afinal, seria um verdadeiro despautério ter-se uma ordem jurídica firmemente ocupada com a efetividade de uma vasta gama de “novos” direitos materiais (aí incluídos os direitos fundamentais, base do Estado Constitucional) e não guarnecer essa ordem jurídica de um regime processual capaz de atender a esses direitos, comprometendo, assim, a sua própria efetividade. Aliás, como bem destaca Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 147), situação tal conduziria até mesmo a uma inversão da relação estabelecida entre direito material e direito processual, pois, “Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material”, e não o contrário, como deve ser. E, mais: “a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional” (MARINONI, 2008, p. 147).

Portanto, querer tutelar os direitos fundamentais por meio do processo civil clássico – formalista, rígido e individualista -, é o mesmo que negar-lhes vigência e efetividade. Afinal, se a mudança do paradigma estatal levou à mudança do direito material, de nada servirá esse avanço (social, cultural, jurídico) se o sistema não for dotado de uma ordem processual adequada à realização dos novos direitos. Somente com a transformação do direito processual é que o Judiciário estará, de fato, munido de instrumento para que o Estado concretize o seu dever de proteção, direito este também fundamental, conforme outrora apontado, e essencial à assecuração da dignidade humana.

Daí o presente estudo ocupar-se, a partir deste ponto, da análise do art. 23 da Constituição Federal, norma de competência dirigida ao Estado com vistas a conferir maior efetividade a direitos fundamentais sociais, procedendo-se, ainda, à correspondente análise de um regime processual adequado à efetiva tutela jurisdicional dos mesmos.

3 O ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL.

Ressaltada a importância da concretização dos direitos fundamentais e da necessidade de se garantir efetividade máxima à norma constitucional, e considerando que “O problema não é celebrar a idéia dos direitos fundamentais, e sim, indicar, de forma juridicamente fundamentada, quais direitos e porque prevalecem em cada caso concreto e quais as suas formas de implementação” (DIMOULIS, 2006, p. 71), a presente pesquisa passa à análise de alguns aspectos materiais do art. 23 da Constituição Federal¹⁸, no intuito de: a) analisá-lo à luz das dimensões objetiva-subjetiva dos direitos fundamentais; b) verificar a eventual existência de um direito subjetivo a prestações no âmbito dos direitos sociais, na tentativa de responder se existe um direito subjetivo às prestações sociais indicadas nos incisos do art. 23, CRFB; c) proceder ao estudo da natureza do vínculo obrigacional que se estabelece entre os entes federados responsáveis pelas prestações sociais do art. 23, CRFB, em vista da competência material comum e da “cooperação” nele previstas.

¹⁸ CRFB, “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
 I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
 II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
 III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
 IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
 V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
 VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
 VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
 VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
 IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
 X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
 XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
 XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.
 Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

3.1 O ART. 23/CRFB E A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Conforme apontado no capítulo anterior, a Constituição brasileira, em seu art. 1º, *caput*, instituiu como seu princípio maior (princípio fundamental estruturante) aquele do Estado Democrático de Direito, do qual decorrem os demais princípios fundamentais gerais, elencados nos incisos daquele mesmo artigo (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, e, por fim, o pluralismo político). Na ocasião, deu-se especial destaque ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ressaltando que os direitos fundamentais, revelados sob forma de princípios constitucionais especiais ou sob forma de regras, almejam e destinam-se a dar-lhe maior concretude.

Tal classificação levou em conta que os direitos fundamentais “são garantias pontuais, que se limitam à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes ou ameaçados” (HESSE *apud* SARLET, 2001, p. 76), e que o princípio da dignidade humana pode ser considerado (ainda que não o único), “critério basilar [...] para a construção de um conceito material de direitos fundamentais” (SARLET, 2001, p. 117).

Por estarem ligados diretamente à sua fundamentalidade não só formal (sistema constitucional positivado), mas também material, o próprio art. 5º, §2º, da Constituição Federal¹⁹ admite “que outros direitos, ainda que não expressamente previstos na Constituição e, por maior razão, não enumerados no Título II, sejam considerados direitos fundamentais” (MARINONI, 2008, p. 131). Logo, o rol de direitos fundamentais constantes da Constituição Federal é meramente exemplificativo, “admitindo-se outros que decorram do regime, dos princípios adotados por ela ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (FACHIN, 2008, p. 214), aliando-se a isso, ainda, o traçado evolutivo desses direitos ao longo do tempo, que, tal qual demonstrado no capítulo anterior, autoriza afirmar que “em razão da historicidade há sempre novos direitos fundamentais formando-se na dinâmica social” (FACHIN, 2008, p. 214).

¹⁹CRFB, “Art. 5º. [...]”

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa dos Brasil seja parte”.

Identificado esse caráter aberto e flexível do sistema de direitos fundamentais brasileiro²⁰, inicia-se o estudo dos aspectos materiais do art. 23 da Constituição Federal partindo da ideia de que o rol de prestações sociais nele previstas reiteram e enrobustecem a necessária proteção a direitos e garantias individuais, coletivos, sociais e políticos, já previstos no Título II da norma constitucional.

Veja-se, a título de ilustração, que: no art. 5º, *caput*, da norma constitucional, encontra-se a positivação da fundamentalidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; no art. 6º, os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados; entre os artigos 14 e 17 encontram-se os direitos políticos, destinados ao resguardo da soberania nacional, do regime democrático, do pluripartidarismo.

Todos eles concretizam o princípio fundamental da dignidade da pessoa, e muitos são, posteriormente, também albergados pela norma de competência material comum do art. 23, CRFB, que atribui aos entes da federação o dever de, em regime de cooperação, atuar na promoção de direitos fundamentais, tais como saúde; assistência pública e garantia de proteção aos portadores de deficiências; educação; proteção do meio ambiente; preservação da fauna e da flora; moradia e saneamento básico etc.

Observa-se, assim, da leitura do art. 23, CRFB, a intenção do constituinte, ao tratar da competência material²¹ da União, comum aos demais entes da federação, de trazer para a ordem objetiva um rol de prestações sociais relevantes à promoção de condições que assegurem aos cidadãos uma condição de vida digna (e que, por essa razão, não de ser atendidas pelo poder público com vistas à efetiva implementação dos direitos fundamentais positivados nos artigos e

²⁰ Convém aqui ressaltar as lições de Willis Santiago Guerra Filho (2000, p. 133), no sentido de que “Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar-se na figura da norma jurídica, abandonando essa perspectiva por assim dizer “micro”, em nome daquela outra, “macro”, na qual se estuda o Direito a partir do *ordenamento* em que ele se dá a conhecer positivamente, e que transcende a mera soma das normas, a que se sugere referir como sendo a “ordem jurídica objetiva”. Daí, por exemplo, estarem positivados em nosso ordenamento jurídico direitos fundamentais que não estão ainda previstos na carta constitucional, como consta do §2º de seu artigo 5º, em que pese a vasta extensão do catálogo desses direitos, consagrados nesse mesmo artigo”.

²¹ Este ponto será abordado no tópico seguinte, cabendo por ora apenas destacar que a competência material diz respeito a atos de execução, diferindo da competência legislativa, que se refere à tarefa de elaboração de leis (FACHIN, 2008, p. 356).

seções antecedentes), disciplinando a forma da execução dessas tarefas estatais.

Trata-se, pois, de norma destinada à organização do Estado²², e por essa razão localizada topograficamente na parte do texto constitucional reservado a tratar “Da Organização do Estado” (Título III), classificação esta que, no entanto, não impede que se reconheça a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais nela espelhados.

Entenda-se, aqui, por dimensão objetiva dos direitos fundamentais não a sua contraposição a um direito fundamental subjetivo, mas sim a aptidão de tais direitos de irradiarem sua eficácia por toda a ordem constitucional, revelando-se como “um conjunto de valores básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas de interesses individuais” (SARLET, 2001, p. 143). Assim, as normas consagradoras de direitos fundamentais “se podem ser subjetivadas, não pertinem apenas ao sujeito, mas a todos aqueles que fazem parte da sociedade” (MARINONI, 2008, p. 132), por reproduzirem valores e fins comuns a todos.

Tratando mais especificamente da dimensão objetiva da norma constitucional consagradora de direitos fundamentais sociais, José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 466) aponta que esta se revela sob duas formas:

(1) *imposições legiferantes*, apontando para a obrigação de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...]; (2) fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial desses direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais.

O art. 23, CRFB, ao estabelecer a regra de competência material comum aos entes da federação para realização de prestações conducentes à salvaguarda e efetividade de direitos fundamentais sociais (e, de conseguinte, do princípio da dignidade humana), não só aponta para obrigação que tem o legislador de actuar positivamente no sentido de regulamentar, por meio de leis complementares, os termos em que se dará a cooperação entre os entes da federação para consecução das prestações sociais elencadas em seus incisos, como também serve de guia à atuação estatal, fixando a essas pessoas políticas a

²² Para José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 465), são normas de organização aquelas que “impõem constitucionalmente a certos órgãos a emanção de medidas tendentes à prossecução do bem-estar do povo, à sua segurança econômica e social”.

obrigação de um agir positivo com vistas à efetiva materialização dessas tarefas sociais, sobretudo aquelas destinadas à garantia um *mínimo existencial* para que o cidadão viva dignamente.

Não há, portanto, como não se vislumbrar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais na regra de competência material comum do art. 23, CRFB, que, ao dar diretrizes ao agir político dos entes públicos, fixando-lhes obrigações materiais - comuns a todos os entes da federação - destinadas à concretização de direitos fundamentais sociais, acaba por exercer a importante função de reforçar a proteção constitucional desses direitos²³.

Toma-se, aqui, a necessária cautela de ressaltar que, quando se fala na aptidão da norma jurídica para “fixar obrigações ao Estado” com vistas à concretização de direitos fundamentais sociais, afirma-se uma eficácia dirigente da norma constitucional por nela se observar “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais” (SARLET, 2001, p. 147). Contudo, a eficácia dirigente ora mencionada não é aquela impositiva de políticas públicas ao Estado, tal qual concebida nos últimos tempos pela doutrina, mas a que vê na norma constitucional um guia de atuação estatal, utilizando-se, nesse ponto, os conceitos adotados por José Joaquim Gomes Canotilho após sua releitura do dirigismo constitucional.

Ao dirimir a polêmica travada na doutrina acerca de ter ou não declarado a morte da Constituição dirigente, o autor, em entrevista concedida à Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, explica que, na verdade, fez uma releitura de sua teoria no intuito de explicitar que, contrariamente de como acabou por ser identificada, não via na Constituição dirigente um programa “que impunha um quadro de políticas públicas e um quadro de atuação global ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo” (CANOTILHO, 2010, p. 24).

Esclareceu José Joaquim Gomes Canotilho (2010, p. 25) que,

Nessa medida, o que permanece é a ideia de Constituição dirigente no sentido de uma Constituição programa que aponta algumas metas que devem ser perseguidas pelos poderes públicos. Se submetermos a sufrágio as Constituições, nesse contexto concreto, iremos ver que têm um amplo apoio dos cidadãos. Ou seja, até no contexto de crise, verifica-se que os cidadãos elegem “o ter trabalho”,

²³ Em sua perspectiva objetiva, os direitos fundamentais consistem “numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos” (ALEXY apud SARLET, 2001, p. 155).

“o ter emprego”, “o ter saúde”, “o ter segurança social”, “o ter acesso às escolas” como as questões básicas que um Estado deve satisfazer.

Ao que parece, a releitura de José Joaquim Gomes Canotilho da sua concepção de Constituição dirigente alinha-se à moderna doutrina da efetividade da norma constitucional, que, segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 202), não nega o poder normativo da norma constitucional, admitindo, como conseguinte, a vinculação do Estado ao dever de concretizar os direitos fundamentais nela consagrados. Todavia, reconhece a existência de normas constitucionais que servem apenas de guias à atividade estatal, indicando os fins sociais a serem alcançados pelo Estado (normas programáticas), sem, contudo, vincular o ente público a um agir positivo quando constatado que sua omissão na efetivação do programa constitucional não esteja a repercutir diretamente sobre os direitos fundamentais que se refiram ao *mínimo existencial* para subsistência digna dos cidadãos (BARROSO, 2009, p. 202).

A questão será retomada adiante e servirá de norte na presente pesquisa para se apontar que o art. 23, CRFB, normalmente classificado como norma constitucional de cunho programático e, portanto, de menor densidade normativa²⁴, em determinadas situações, sobretudo naquelas em que as prestações sociais nele elencadas destinam-se à garantia de um mínimo existencial que assegure aos cidadãos viver com dignidade, é dotado de maior grau de eficácia do que corriqueiramente se lhe outorgam, vislumbrando, aí, um direito a prestações (direito a ações positivas do Estado).

Por ora, basta observar-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais na regra de competência material comum do art. 23, CRFB, que, mais do que norma de cunho meramente organizacional (e por essa razão incluída no Título III da norma constitucional), ao atribuir aos entes da federação o dever de envide de esforços comuns para materialização das tarefas estatais nele expressas, reflete o desejo do constituinte de fortalecer a tutela aos direitos fundamentais ali revelados e cuja proteção já fora também consagrada em outras partes do texto constitucional, sobretudo no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

²⁴ José Afonso da Silva (2003, p. 82-84) inclui as normas programáticas dentre aquelas de eficácia limitada, muito embora nelas reconheça seu caráter vinculativo e imperativo, por ditarem “certos comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados (2003, p. 139).

Ressalte-se, ainda, que tal conclusão também demonstra a relação de complementaridade das perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, que, como se disse anteriormente, serve de garantia à maior efetividade possível ao comando constitucional.

3.2 O ART. 23/CRFB, A DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A QUESTÃO DO DIREITO A PRESTAÇÕES SOCIAIS.

Analisada, no item 3.1, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais espelhados na regra de competência material comum do art. 23, CRFB, prossegue-se o estudo à luz da dimensão subjetiva desses direitos. Já de início, cumpre destacar tomar-se por dimensão subjetiva de um direito fundamental a “possibilidade que tem o seu titular [...] de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora de direitos fundamentais” (SARLET, 2001, p. 155).

Considerando, no entanto, que as prestações indicadas nos incisos do art. 23, CRFB, destinam-se, em sua grande parte, à materialização de direitos fundamentais sociais, é preciso entender a dimensão subjetiva de um direito fundamental social, explicada por José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 466) com a afirmação de que “Os direitos sociais são compreendidos como autênticos **direitos subjectivos** inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente de sua justicialidade e exeqüibilidade imediatas”, e, enquanto direitos positivados, atribuem aos cidadãos determinadas posições jurídicas que devem ser protegidas contra ações de terceiros e do próprio Estado²⁵.

Emerge daí a ideia de direito subjetivo constitucional, sintetizado na afirmação de Luís Roberto Barroso (2009, p. 222) de que as normas constitucionais definem direitos subjetivos constitucionais quando investem os cidadãos em situações jurídicas de fruição, que podem se efetivar por meio de ações positivas ou

²⁵ Ressalve-se que, com a classificação ora adotada, não se pretende fazer uma divisão dicotômica e incomunicável entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, reconhecendo-se, como se disse outrora, a relação de complementaridade que existe entre elas.

ações negativas, exigíveis judicialmente perante aquele que tinha o dever de respeito à norma constitucional e não o fez, com a efetiva entrega da prestação²⁶.

O reconhecimento da dimensão subjetiva de direitos fundamentais conduz, no entanto, à problemática questão da existência de um direito subjetivo a prestações sociais (CANOTILHO, 2000, p. 467), que assume também grande relevância prática na esfera processual, haja vista que, assim considerado, sua violação enseja a possibilidade de seu titular ir a juízo e obter correspondente reparação (ALEXY, 1993, p. 175)²⁷.

O problema da questão acima lançada tem por cerne o fato de que o grau de exigibilidade de um direito fundamental variará de acordo com a densidade normativa de sua norma consagradora. Assim, enquanto os direitos de defesa são dotados de eficácia plena, observa-se, em contrapartida, que, “na esfera dos direitos a prestações, se apresentam problemas comuns que levam a doutrina e a jurisprudência a encará-los, no mais das vezes, como contidos em normas de eficácia limitada” (SARLET, 2001, p. 165)²⁸.

A esse respeito, destaca Luís Roberto Barroso (2001, p. 108), reconhecendo a índole normativa das disposições constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais sociais, que tais normas investem os jurisdicionados em posições diferenciadas, tomando em conta o grau de fruição pelo titular. Aponta o autor a existência de normas constitucionais geradoras de direitos sociais que: “(A) geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção”; [...] (B) ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; [...]

²⁶ Daí dizer-se que o próprio direito de ação é um direito subjetivo constitucional, e o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado encontra-se dentre as prestações positivas que lhe incumbem, ainda que para a efetivação de outras prestações positivas (BARROSO, 2009, p. 222).

²⁷ Tais colocações são de relevância para o presente estudo, haja vista a intenção de se propor, adiante, mecanismos processuais aptos à efetiva implementação das prestações sociais indicadas no art. 23, CRFB, destinadas a assegurar um mínimo existencial que confira vida digna aos cidadãos, a despeito de sua previsão em norma constitucional comumente classificada como norma de cunho programático, assim entendidas aquelas que “não produzem, com a sua simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão estatal” (SILVA, 2003, p. 82-83).

²⁸ Em relação aos direitos prestacionais de proteção, a doutrina aponta para “a viabilidade do reconhecimento – para além da faceta objetiva impositiva da ação estatal – de um direito subjetivo correlato à proteção” (SARLET, 2001, p. 196), de modo que é necessário que o Estado realize ações de proteção, garantindo-se ao menos uma eficácia mínima da função protetiva do direito fundamental, ainda que não se consiga atingir a exclusão máxima da ameaça correspondente. No entanto, no que pertine ao direito a prestações em sentido estrito, a doutrina diverge um pouco mais sobre o tema, apontando tais normas como meros programas constitucionais, a depender de regulação infraconstitucional.

(C) contemplam interesses cuja realização depende de edição de norma infraconstitucional integradora” (BARROSO, 2001, p. 108 e 111).

Todas essas normas são definidoras de direitos subjetivos públicos e dotadas de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CRFB), ainda que em diferentes graus (as últimas, por exemplo, apesar de dependerem de normatização posterior, são dotadas de uma eficácia mínima). Destarte, a situação de fruição é que variará nessa classificação, podendo ser ela imediata, depender de ações para forçar o Estado a seu cumprimento, ou depender de edição de norma jurídica que a permita.

As normas constitucionais programáticas, ao indicarem os fins sociais a serem alcançados para o futuro por meio da atuação do ente público, “não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos da faculdade de demandar aos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas” (BARROSO, 2009, p. 202)²⁹. Daí dizer-se que as normas constitucionais dessa natureza são dotadas de aplicabilidade e imperatividade, à medida que geram direitos subjetivos em sua versão negativa até que sobrevenha a norma infraconstitucional regulamentadora, não se admitindo, como regra geral, a existência de um direito subjetivo constitucional a prestações sociais em sua versão positiva (ações positivas do Estado).

Ressalve-se, no entanto, que esse entendimento vem admitindo certa flexibilização na doutrina, e a prática revela, com considerável frequência na atualidade, a utilização pelos cidadãos de ações judiciais com vistas a compelir o Estado ao cumprimento de obrigações de fazer ou para entrega de coisas (ações positivas) previstas em normas constitucionais de cunho programático, nos casos em que a omissão estatal na realização das tarefas destinadas a alcançar seus fins sociais redunde em ofensa a direitos fundamentais que comprometam o mínimo existencial dos cidadãos³⁰. O próprio Luís Roberto Barroso (2009, p. 202), defensor

²⁹ Não se quer, com tal afirmação, negar a importância da introdução no ordenamento jurídico dos direitos sociais sob forma de normas constitucionais programáticas. Estas, sem dúvidas, além de exercerem forte pressão política sobre os órgãos estatais encarregados de sua implementação, dão fundamento à regulamentação das prestações sociais do Estado e, ainda, “transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento da concretização” (CANOTILHO, 2000, p. 464-465).

³⁰ “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que

do posicionamento de que normas programáticas só geram direitos subjetivos públicos em sua versão negativa, aponta que, “Modernamente, já se sustenta a operatividade positiva de tais normas, no caso de repercutirem sobre direitos materialmente fundamentais, como por exemplo os que se referem ao mínimo existencial”.

Ingo Wolfgang Sarlet procede a exame detalhado e minucioso da doutrina estrangeira, analisando os modelos propostos por C. Starck, R. Breuer e Robert Alexy, para reconhecimento de eventual direito subjetivo a prestações sociais. Observa que, mesmo que não se admita como regra geral um direito subjetivo a prestações sociais, esta eventualmente comportará exceções, desde que atendidos alguns requisitos mínimos.

Para C. Starck (*apud* SARLET, 2001, p. 316), tais requisitos mínimos seriam:

- a) a premente e compulsória necessidade de assegurar materialmente um direito de liberdade; b) determinabilidade do conteúdo da prestação; c) garantia dos recursos necessários sem invasão da esfera de competência do legislador em matéria orçamentária; d) sujeição do direito social prestacional à cláusula vinculatória do art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental (princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais).

Com apoio nas lições de R. Breuer (*apud* SARLET, 2001, p. 317), aponta a necessidade de se reconhecer direitos subjetivos a prestações quando “indispensáveis à manutenção de liberdades fundamentais, pressupondo que o indivíduo não se encontra mais em condições de – sem o auxílio do Estado – exercer autonomamente sua liberdade”. Admite, pois, ser dever do Estado a garantia

possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (STF. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005)” (BRASIL, 2006, 2009).

de um padrão mínimo de subsistência digna e que a omissão do Estado nessa tarefa atenta contra o próprio direito de liberdade dos indivíduos, decorrendo daí o seu direito subjetivo a essas prestações mínimas.

Em relação ao pensamento de Robert Alexy, destaca Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 318-319) que aquele, à semelhança do Prof. R. Breuer, parte em direção a uma “concepção minimalista genérica”, reconhecendo a existência de direitos subjetivos a prestações sob as seguintes condições:

a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta.

Robert Alexy (1993, p. 495) complementa essa sua ideia demonstrando que, via de regra, todas essas condições são satisfeitas nos casos em que se busca um direito a prestações sociais que assegurem aos cidadãos um mínimo vital, ou seja, “a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 318) conclui, pois, sua análise dos três modelos apresentados, constatando que “todos aderem à noção de um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, que têm por objeto evitar o esvaziamento da liberdade pessoal, assegurando, de tal sorte, uma liberdade real”.

Não se nega, portanto, em nenhum dos modelos apontados, a necessidade de se garantir um padrão mínimo de subsistência e de vida digna aos cidadãos, desde que esse proceder não implique em sobrecarga orçamentária que venha a comprometer a proteção a outros princípios e direitos fundamentais, inclusive de terceiros. Alberga-se, assim, a ideia de reserva do possível que, todavia, não é também absoluta, podendo admitir restrições. Segundo Robert Alexy (1993, p. 495), admite-se que em determinados casos os princípios da separação dos poderes e da competência orçamentária do legislador cedam espaço a direitos individuais, que tenham, a depender das contingências envolvidas, maior relevância que a política financeira e preponderem em relação a ela. Desse modo, a cláusula da reserva do possível não pode ter por consequência a simples ineficácia do direito,

haja vista expressar, em verdade, a necessidade de ponderação desse direito (ALEXY, 1993, p. 498).

O critério que responderá, então, à questão da eventual justiciabilidade de um direito subjetivo a uma prestação social fundamental será, sem dúvidas, o modelo da ponderação dos direitos fundamentais colidentes (ALEXY, 1993, p. 497), de modo que “apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como conseqüência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social” (SARLET, 2001, p. 320).

A exposição aqui traçada revela a possibilidade de se reconhecer direitos subjetivos à prestação pelo Estado, mesmo quando a norma constitucional esteja a depender de posterior regulação infraconstitucional³¹, principalmente quando esteja em voga a concretização de direitos fundamentais relacionados ao direito à vida e à dignidade humana, como o direito à saúde, à educação, à previdência social, que, sem dúvida, configuram-se no mínimo essencial à subsistência do indivíduo. Como bem dito por Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 323), “O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”.

De conseguinte, considerando-se, ainda que excepcionalmente, que determinados direitos prestacionais possam gerar direitos subjetivos constitucionais a despeito da sua inserção em normas constitucionais programáticas, correto é afirmar que tais direitos, como aqueles tutelados no Título II da norma constitucional, cuja proteção fora reforçada pela regra de competência material comum do art. 23 da CRFB, a depender das contingências do caso em concreto, podem conferir ao cidadão o direito de reclamar a tutela jurisdicional com vistas a compelir o Estado ao cumprimento das prestações sociais correspondentes³².

³¹ Robert Alexy (1993, p. 496) ressalta, a esse respeito, que “em modo alguno um tribunal constitucional es impotente frente a um legislador inoperante”.

³² Nesse sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 324) que “não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional”.

Como bem ressaltado por Andreas J. Krell (2002, p. 60), “É obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais”. Esse “padrão mínimo social”, apto a conferir dignidade, liberdade e igualdade materiais, “incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia” (KRELL, 2001, p. 63).

Logo, tendo em vista que a falta de normatização pelo legislador infraconstitucional configura ato impeditivo à fruição de direitos constitucionais pelos cidadãos, tal contingência autoriza não só a utilização dos meios processuais para suprir a lacuna legislativa, bem como abre espaço para que a máxima efetivação da norma constitucional seja alcançada por meio da hermenêutica (GEBRAN NETO, 2002, p. 152-153). Caso contrário, negar ao jurisdicionado o acesso à justiça e os meios processuais adequados à tutela de direitos fundamentais sociais, que assegurem um padrão mínimo de subsistência e de uma vida digna, redundaria na própria negação dos mesmos enquanto verdadeiros direitos fundamentais que são.

3.3 O ART. 23/CRFB E A CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO A PRESTAÇÕES SOCIAIS.

Tecidas essas considerações sobre as perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais e afirmado nos itens 3.1 e 3.2, supra, que as obrigações materiais atribuídas ao Estado (gênero) no art. 23, CRFB, visam à disciplina do exercício de tarefas estatais na concretização de tais direitos, para efetiva salvaguarda do princípio fundamental da dignidade humana, é oportuno que se proceda a sua classificação à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Nesse desiderato, segue o estudo com uma breve demonstração das classificações dos direitos fundamentais adotadas por doutrinadores como Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, que leva em conta não só a função dos direitos fundamentais na ordem constitucional, mas também a posição pessoal do sujeito que seja o seu titular.

Considerando que os direitos fundamentais se revelam em posições

estruturalmente diferenciadas, sejam em relação à sua “forma de positivação, seu conteúdo e alcance, mas também no que concerne às diferentes funções que desempenham” (SARLET, 2001, p. 153), a teoria dos direitos fundamentais ocupou-se em realizar a sua classificação à luz das diferenciadas situações jurídicas de fruição deles decorrentes, com vistas a uma melhor compreensão dos meios de implementação de tais direitos.

Pensando, pois, na classificação conforme o critério funcional, Robert Alexy (1993, p. 186) aponta que as situações jurídicas se classificam em “direitos a algo”; “liberdades” e “competências” e, considerando que o objeto dos direitos a algo sempre será uma ação por parte do destinatário da norma (omissiva ou comissiva), afirma que no âmbito dos direitos perante o Estado encontram-se as *ações negativas*, reconhecidas como “direitos de defesa”, e as *ações positivas*, ou seja, os “direitos a prestações” (ALEXY, 1993, p. 187-188).

Nas ações negativas, ou seja, nos direitos de defesa perante o Estado, Robert Alexy (1993, p. 189-194) engloba: a) os direitos ao não impedimento de ações (ex.: não impedimento de manifestação da crença religiosa, da expressão de opiniões etc.); b) os direitos à não afetação da propriedade e de situações (ex.: não afetação do direito de viver dignamente; a inviolabilidade do domicílio etc.); e c) os direitos à não eliminação de posições jurídicas do titular do direito (ex.: defesa da condição de proprietário; defesa de determinadas condições de cidadão etc.).

Os direitos às ações positivas, de sua vez, se subdividem em direitos a ações fáticas e a ações normativas. Nas primeiras (ações fáticas), reconhece-se o direito do cidadão de buscar junto ao Estado uma prestação de qualquer natureza, exceto normativa, sendo irrelevante a sua forma de realização para satisfação do direito. Já nas ações normativas, tem-se o direito do cidadão à ação estatal visando à produção de normas (ALEXY, 1993, p. 195-197).

O que se observa, no entanto, é que quando se fala em direitos a prestações, liga-se essa ideia mais comum e facilmente àquela de direitos às ações positivas fáticas, classificadas por Robert Alexy (1993, p. 193) como direitos a prestação em sentido estrito. Os direitos a ações positivas normativas, como se disse, conformam-se como direitos prestacionais e classificam-se em seu sentido amplo (ALEXY, 1993, p. 194).

Acresça-se, aqui, que também o direito à proteção deve ser incluído dentre os direitos prestacionais. Afinal, consubstancia-se em posição jurídica que

faculta ao cidadão, titular de direitos fundamentais, a possibilidade de exigir do Estado proteção contra ingerências de terceiros (ALEXY, 1993, p. 435; SARLET, 2001, p. 195). Esse dever de zelo do Estado implica num agir positivo, ainda que em caráter preventivo, para preservação dos direitos fundamentais mediante a adoção de ações positivas de proteção contra agressões de particulares, dos poderes públicos, ou mesmo dos poderes públicos de outros Estados (SARLET, 2001, p. 195).

José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 467-469), ao proceder à sua classificação dos direitos fundamentais prestacionais, fala em *direitos originários a prestações* e *direitos derivados a prestações*. Em relação aos primeiros (direitos originários), afirma a existência destes quando

(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Já os direitos derivados a prestações são “entendidos como direitos dos cidadãos de uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes” (CANOTILHO, 2000, p. 469). Os direitos derivados, portanto, garantem maior concretização aos direitos originários a prestações do Estado.

Sintetizando as classificações expostas, firma-se o entendimento de que são direitos fundamentais sociais de natureza prestacional aqueles que “objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado” (SARLET, 2001, p. 202). Destinam-se à materialização do Estado Social e englobam os “direitos que permitem ao indivíduo exigir a atuação do Estado no intuito de melhorar suas condições de vida: o Estado deve atuar no sentido indicado pela Constituição, adentrando na esfera do indivíduo para oferecer-lhe algo” (DIMOULIS, 2006, p. 74).

Zulmar Fachin (2008, p. 216-217), com apoio na classificação de José Joaquim Gomes Canotilho, afirma que muitos dos direitos fundamentais previstos no art. 23, CRFB, podem ser considerados direitos fundamentais que desempenham a função de prestação social (direitos fundamentais prestacionais),

ou seja, “atribui à pessoa o direito social de obter um benefício do Estado, impondo-se a este o dever de agir, para satisfazê-lo diretamente, ou criar condições de satisfação de tais direitos”.

E, de fato, adotando-se a classificação de Robert Alexy, as obrigações do art. 23, CRFB, tratam-se, inegavelmente, de direitos dos cidadãos a prestações pelo Estado (ações positivas, portanto), algumas na categoria dos direitos à prestação em sentido estrito (ações positivas fáticas, destinadas à realização material de prestações sociais como educação, saúde, assistência pública, abastecimento alimentar), não se negando, contudo, a existência de previsão, naquela mesma norma, de direitos a prestação em sentido amplo (direitos de prestações normativas, ou seja, à edição de normas de proteção, de organização e de procedimento).

Exemplos de direito a prestação em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais, ou ainda, direitos a prestações fáticas), constantes do art. 23 da CRFB, são: os direitos de assistência à saúde e de assistência pública de proteção e garantia aos portadores de deficiência (inc. I); a garantia de meios de acesso à educação, cultura e ciência (inc. V); o fomento à produção agropecuária e organização do abastecimento alimentar (inc. VIII); a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inc. IX); o combate às causas da pobreza e da marginalização, promovendo a integração social dos setores menos favorecidos (inc. X); estabelecimento e implantação de política de educação para a segurança do trânsito (inc. XII).

Outras das obrigações elencadas no art. 23, CRFB aproximam-se mais dos direitos prestacionais de proteção, sendo possível destacar, dentre elas: a guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservação do patrimônio público (inc. I); a proteção e o impedimento da evasão e/ou destruição de bens de valor histórico, artístico, cultural, monumentos, obras de arte, paisagens naturais e sítios arqueológicos (inc. III e IV); a proteção ao meio ambiente e o combate a poluição em qualquer de suas formas, a preservação das florestas, da fauna e da flora (inc. VI e VII); o registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais (inc. XI).

Frise-se, por fim, que a classificação supra não é estanque e exatamente delimitada, observando-se que, muito embora vários dos direitos

fundamentais sociais esgotem-se em direitos a prestações fáticas, podem eles se classificar, simultaneamente, em mais de uma das categorias analisadas, assumindo tanto o caráter de prestação normativa, de organização e/ou procedimento, ou mesmo de defesa. Como exemplo, Robert Alexy (1993, p. 429) aponta o direito fundamental ao meio ambiente, que assegura ao cidadão reclamar do Estado várias posturas, como: a) que se omita em degradá-lo (direito de defesa); b) que proteja o direito fundamental do cidadão ao meio ambiente equilibrado contra intervenção de terceiros (direito prestacional à proteção); c) que permita ao cidadão participar de procedimentos e discussões de questões relevantes à defesa do meio ambiente (direito ao procedimento); e d) que realize ações sociais destinadas à melhoria e conservação do meio natural (direito a prestação fática).

Por assim ser é que as tarefas estatais encartadas o art. 23, CRFB, assumem, por vezes, um caráter muito mais organizacional, acentuando, pois, o caráter objetivo do direito fundamental ali espelhado, ora nelas se observando aptidão para gerar direito subjetivo público a prestações sociais. Portanto, a classificação acima traçada das obrigações materiais do art. 23, CRFB, há que ser vista com essa cautela, haja vista que muitas delas podem assumir diferentes enquadramentos, conforme as continências envolvidas no caso concreto³³.

Há que se reconhecer, então, que “as diferentes funções (ainda nem sempre e não todas ao mesmo tempo), dos direitos fundamentais podem reunir-se na mesma norma que os consagra, sendo comum a própria convivência das perspectivas jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva” (SARLET, 2001, p. 168). É preciso, pois, tomar cuidado com as generalizações, evitando-se, assim, que se tente - em vão - buscar regramento único, genérico, para implementação de categorias distintas de direitos fundamentais.

Na presente pesquisa, o foco será o estudo de técnica processual adequada à efetiva implementação das tarefas sociais encartadas no art. 23, CRFB, que se configurem direito subjetivo a prestações sociais, ou seja, ações positivas do Estado destinadas a assegurar um mínimo existencial que confira vida digna aos cidadãos, traçando-se aqui, então, o necessário corte metodológico para o trabalho.

³³ Veja-se, a título de exemplo, que a obrigação estatal prevista no inciso VIII do art. 23, CRFB, de promover o “fomento à produção agropecuária e organização do abastecimento alimentar”, foi acima classificada como prestação material social (fática), não se podendo, no entanto, desconsiderar seu cunho organizacional, a permitir, pois, a dupla classificação sem incidir em erro em relação a uma ou outra.

3.4 A COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM E A COOPERAÇÃO DO ART. 23/CRFB.

A distribuição de competências na Constituição Federal tem por objetivo a construção de um sistema federativo fundado em critérios de equilíbrio, emergindo daí que o seu princípio geral para a repartição é o da *predominância do interesse* (SILVA, 1999, p. 477-478). Segundo tal princípio, à União compete tratar de assuntos de caráter e interesse mais geral em nível nacional, enquanto que aos Estados das matérias de interesse regional, e aos Municípios das matérias de interesse local, circunscritos à sua abrangência (TAVARES, 2002, p. 748; SILVA, 1999, p. 478).

Dividir competências corresponde, pois, a diferentes formas de divisão do exercício do poder pelos entes da federação, tomando por diretriz, no modelo brasileiro, a predominância do interesse em voga. Essa divisão, contudo, numa sociedade pós-moderna não é na prática tão clara e fácil quanto gostaria o constituinte, sendo cada vez mais dificultoso separar o que de fato é de interesse de um ente federado e não de outro, surgindo, por muitas vezes, uma área obscura em que não se reconhece exatamente quem seja o maior “interessado” na realização de determinada tarefa estatal, gerando não só dúvidas, mas também zonas de conflito quanto à partição do poder do Estado.

As contingências atuais revelam que essa controvérsia ganha relevância na discussão quanto à forma de divisão do poder entre os entes federados, sobretudo quando o tema em xeque é a realização de políticas públicas, observando-se até mesmo um verdadeiro “jogo de empurra” na atribuição de competência para a consecução dos fins sociais do Estado. Com vistas a uma melhor compreensão do tema, o estudo ocupa-se da regra de competência material comum dos entes da federação prevista no art. 23 da CRFB, focando a análise também na “cooperação” prevista em seu parágrafo único, para que se possa entender com exatidão os seus significado e alcance.

Os arts. 21, 22, 23 e 24, da Constituição Federal, tratam das competências, material e legislativa, da União. Mais especificamente falando, os arts. 21 e 22 tratam da competência privativa da União, sendo o primeiro da competência material, e o segundo da legislativa, enquanto os outros dois tratam da competência comum da União, ou seja, da competência que pode ser exercida por

dois ou mais entes de federação, sendo que o art. 23 apresenta um extenso rol de competência material comum³⁴, enquanto que o art. 24 relaciona a competência legislativa concorrente.

José Afonso da Silva (1999, p. 481) assim explica a competência comum do art. 23 (indicando como sinônimas as palavras cumulativa ou paralela):

[...] significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente.

Portanto, afirmar que o art. 23 elenca um rol de competências materiais, comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios³⁵, corresponde a dizer que cabe a esses entes federativos, em conjunto ou isoladamente (sem que, contudo, a atuação de um afaste a competência de atuação do outro), a execução de atos destinados à implementação das tarefas sociais previstas naquele rol de 12 (doze) incisos, que complementam o *caput* do artigo da norma constitucional. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 62), “há todo um campo que é comum ao plano administrativo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23). Neste, todos os entes federativos devem cuidar do cumprimento das leis, independentemente da origem federal, estadual, ‘distrital’, ou municipal”.

Reconhece-se, pois, que todos os entes da federação detêm, concomitantemente (cumulativa ou paralelamente), idêntica competência para atuar administrativamente em prol da concretização dos direitos fundamentais albergados no art. 23 da Constituição Federal. Todavia, conforme destacado, o que se vê na prática é uma enorme celeuma acerca do âmbito de atuação de cada ente, muitas vezes provocando-se o Judiciário para que ele esclareça a quem compete o exercício de determinada tarefa social.

³⁴ Entenda-se por competência material comum “áreas comuns em que se prevêm atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23)” (SILVA, 1999, p. 479).

³⁵ CRFB, “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Para André Ramos Tavares (2002, p. 750), a orientação deixada pelo constituinte para a solução desses conflitos é o próprio princípio da predominância do interesse, já aqui mencionado. Mas também aponta o autor, como solução, a previsão contida no parágrafo único, do art. 23, estabelecendo que leis complementares fixarão normas para a *cooperação* entre os entes federados para a consecução dos atos previstos nos incisos daquele mesmo artigo.

O comentário de José Afonso da Silva (1999, p. 482) acerca do art. 23, parágrafo único, da CRFB, centra-se no sistema de execução de serviços públicos, afirmando que o sistema brasileiro é o imediato, ou seja, aquele em que “a União e os Estados mantêm, cada qual, sua própria administração, com funcionários próprios, independentes uns dos outros e subordinados aos respectivos governos”, de modo que cada ente da federação tem seu corpo de servidores públicos destinado à execução dos serviços públicos e das tarefas sociais. O parágrafo único, do art. 23, da CRFB, apenas traz a previsão de que por lei complementar fixem “normas para cooperação entre essas entidades, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (SILVA, 1999, p. 482).

Zulmar Fachin (2008, p. 360), ao tratar do parágrafo único do art. 23, da CRFB, afirma “que o federalismo brasileiro é do tipo cooperativo”, enquanto Luiz Alberto David de Araújo (2004, p. 239) destaca que a “cooperação” atende exatamente ao exercício das competências comuns dos entes federados. Aliás, a própria semântica da “cooperação” revela a ideia de uma operação simultânea, colaborativa, de trabalho realizado em comum, no intuito de ajuda, de participação (FERREIRA, 2010).

Portanto, a “cooperação” do art. 23, parágrafo único, CRFB, aliada à competência material comum do *caput* desse mesmo artigo, revela que o interesse na concretização dos fins sociais insertos na norma constitucional é de todos os membros da federação, cabendo-lhes, comum ou disjuntivamente, o cumprimento daquelas tarefas estatais, evidenciando muito mais a vontade do constituinte no sentido de que os entes da federação envidem esforços comuns, conjuntos, nessa tarefa, e não que se estimule a descentralização política no exercício daquelas competências materiais. Em verdade, a previsão constitucional revela que “cuidou-se de evitar que a omissão de algum dos entes pudesse acarretar o perecimento de um bem público ou frustração de uma meta social essencial ao Estado. Assim, todos são co-responsáveis pelos interesses ali relacionados” (SOUZA, 2010).

Pensando desse modo, parece deslocada, se vista isoladamente, a ideia de predominância do interesse para a solução de conflitos ou dúvidas acerca da competência material comum do art. 23, CRFB, já que o interesse no cumprimento das tarefas sociais nele previstas é do Estado como um todo, a exigir que todos os entes da federação trabalhem em regime de colaboração na execução daquelas tarefas. Portanto, a solução há que ser dada primordialmente com base no princípio da *cooperação* e, somente quando assim não for possível, socorrer do critério da predominância do interesse. Caso contrário, estar-se-ia privilegiando muito mais a descentralização política na execução de tais tarefas sociais do que a necessária soma de esforços pretendida pelo texto constitucional.

A jurisprudência, vendo na competência material comum do *caput* do art. 23, CRFB, e na cooperação de seu parágrafo único a necessidade de se reconhecer essa responsabilidade comum dos entes da federação na realização das prestações sociais nele previstas, preferencialmente à tese da preponderância do interesse em voga, reconhece estarem essas pessoas políticas unidas pelo vínculo da solidariedade³⁶, pelo que se prossegue no estudo do tema também por esse viés.

3.5 A RELAÇÃO JURÍDICA E O VÍNCULO OBRIGACIONAL DECORRENTES DA COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM E DA COOPERAÇÃO DO ART. 23/CRFB.

A questão da competência comum, nos moldes formulados no art. 23, *caput* e parágrafo único, da CRFB, traz à tona a questão da natureza do vínculo obrigacional existente entre os entes da federação para o cumprimento das prestações sociais nele estabelecidas. A jurisprudência tem apontado existir aí uma obrigação solidária passiva, observando-se ainda, de forma bem discreta, afirmação

³⁶ “1. A promoção da saúde constitui-se em dever do Estado, em todas as suas esferas de poder, caracterizando-se a solidariedade entre União, Estados e Municípios, e dispensando-se a prova do prévio esgotamento da via administrativa. Exegese dos artigos 5º, inciso XXXV; e 196; ambos da Constituição Federal. Precedentes desta Corte. (STF. AI 790737, Rel.: Min. Carmen Lúcia, julgado em 02/08/2010)” (BRASIL, 2010).

Em igual sentido: “1. Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária do entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves. (STJ. AgRg no Ag 961.677/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 11.6.2008)” (BRASIL, 2008).

no sentido de que tal obrigação se aproximaria muito mais das obrigações correaís do direito romano³⁷.

Analisemos, pois, uma e outra, para melhor compreensão da questão.

3.5.1 Obrigações Solidárias Simples e Obrigações Solidárias Correaís

Com apoio na definição legal, constante do art. 264 do Código Civil (CC)³⁸, Maria Helena Diniz (2007, p. 155) conceitua a obrigação solidária como aquela em que, “havendo multiplicidade de credores ou de devedores, ou de uns e outros, cada credor terá direito à totalidade da prestação, como se fosse único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor”. A definição legal parte do pressuposto de que somente haverá obrigação solidária, admitindo-se, pois, falar-se em coobrigados quando, “existindo pluralidade de credores, ou de devedores, pode qualquer daqueles exigir a prestação total, como se fora único credor, ou pode qualquer destes ser compelido a solver a dívida toda, como se fora único devedor” (MONTEIRO, 2007, p. 152).

Portanto observa-se na solidariedade a existência não de uma única obrigação, mas de “tantas obrigações quanto forem os titulares” (DINIZ, 2007, p. 156), de modo que, por meio dela, pretende-se uma “unificação” daquilo que é múltiplo, unificando credores ou devedores em vista de um fim comum, em razão da unicidade do objeto da obrigação ou da prestação. Extrai-se dessa conceituação os quatro elementos caracterizadores da obrigação solidária: a) pluralidade de sujeitos ativos e/ou passivos; b) multiplicidade de vínculos; c) unicidade da prestação³⁹; e d)

³⁷ A exemplo o texto de Willian Lira de Souza, intitulado “Tutela à Saúde e Chamamento ao Processo”, já citado no item 3.4, supra.

³⁸ CC, “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

³⁹ Convém ressaltar a necessária distinção entre “unicidade” da prestação e “indivisibilidade” da mesma. O fato de a prestação ser única não quer dizer que seja ela, necessariamente, indivisível, donde se conclui ser possível que a prestação única, objeto da obrigação solidária, possa ser adimplida fracionadamente ou não. Como dito por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1958, p. 152), “a divisão do objeto da prestação não implica que se divida a relação jurídica pessoal, ou a obrigação; de modo que a obrigação divisível não se divide em duas ou mais obrigações. A divisão que aqui se cogita, é divisão *interna* da prestação, a prestação é que se divide. Obrigação divisível é obrigação que se pode *cumprir* em partes, obrigação que não se divide a si mesma mas permite

co-responsabilidade dos interessados (DINIZ, 2007, p. 157).

Todavia as fontes clássicas do direito romano revelam uma subdivisão das obrigações solidárias em duas subespécies: a correalidade (solidariedade própria) e a simples solidariedade (solidariedade imprópria). Tal circunstância levou a doutrina alemã, no século XIX, a proceder a essa mesma distinção, apontando que a diferenciação traçada pelos romanistas tinha por base o efeito da *litis contestatio*. Para os romanos, a *litis contestatio* relativa a um só dos codevedores poderia levar à liberação de todos perante o credor da obrigação, quando existisse “uma única obrigação com multiplicidade de sujeitos” (MONTEIRO, 2007, p. 153). Haveria, portanto, correalidade nos casos em que a obrigação fosse verdadeiramente única, “de modo que não sendo possível exigi-la em juízo senão integralmente, a *contestatio*, ainda que relativa a um só devedor, a extingue toda” (RUGGIERO, 1999, p. 118).

De sua banda, na simples solidariedade, existiriam “tantas obrigações distintas quanto os sujeitos, porém com o mesmo objeto” (MONTEIRO, 2007, p. 153). De conseguinte, na solidariedade, em seu sentido estrito, em virtude da existência de uma pluralidade de vínculos obrigacionais, autônomos, ainda que com idêntico objeto, “a exigência em juízo de uma não implica a extinção das outras, que apenas se extinguem pela efetiva satisfação do crédito” (RUGGIERO, 1999, p. 118-119).

A doutrina alemã, representada por Ribbentrop (*apud* MONTEIRO, 2007, p. 153-154), via coerência em reconhecer que, em existindo uma única obrigação com vários sujeitos a ela vinculados, naturalmente a litiscontestação se operaria em relação a todos eles, eliminando a obrigação para todos. De outro modo, “sendo várias as obrigações, posto que com o mesmo objeto, curial é que a litiscontestação, extinguindo uma das relações obrigacionais, não afete as demais” (RIBBENTROP *apud* MONTEIRO, 2007, p. 154). Na primeira situação, ter-se-ia a correalidade (solidariedade própria), e na segunda a simples solidariedade (solidariedade imprópria).

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1958, p. 319) também tratou da diferenciação acima, nos seguintes termos:

que o seu adimplemento se *divida*. Se a prestação é fácticamente divisível, mas juridicamente não o é [...], o adimplemento não pode ser por partes da prestação”.

Obrigação correal é a obrigação unitária, atribuída a dois ou mais devedores, ou a dois ou mais credores, que, em virtude da própria unidade da relação jurídica, se pode extinguir ou modificar devido a circunstâncias que ocorram na pessoa de um dos devedores ou credores, ainda que não haja satisfação do crédito.

Complementa a ideia apontando que, no direito romano, a litiscontestação por um dos credores extinguiu o direito e a pretensão dos demais, do mesmo modo que a ação de credor em face de um dos devedores liberava os demais (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 319). Já as obrigações solidárias “são duas ou mais obrigações independentes que somente têm em comum a satisfação do mesmo interesse” (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 319), de modo que a satisfação do interesse por um dos devedores faz desaparecer a obrigação solidária. Nessas, até os conteúdos das obrigações singularmente consideradas podem ser díspares, bastando que haja um fim comum que, por lei ou vontade das partes, unifique os sujeitos da obrigação.

Essa dicotomização das obrigações solidárias foi, contudo, abandonada pela doutrina com o passar do tempo, quando constatado que, em verdade, “no período clássico, a litiscontestação produzia sempre efeito objetivo, extinguindo, pois, para todos os devedores, invariavelmente, a obrigação” (MONTEIRO, 2007, p. 154). Observou-se ainda que foi Justiniano, com a Constituição 28, que aboliu de vez esse efeito da litiscontestação sobre as obrigações solidárias passivas, estabelecendo que, para esse desiderato, exigia-se não só a litiscontestação por um dos codevedores, mas também a efetiva satisfação do credor.

Daí a afirmação doutrinária de que Ribbentrop incidiu em erro quando buscou critérios para distinguir as obrigações solidárias das correais, supostamente por partir de uma análise equivocada dos textos romanos que sugeririam tal distinção (MONTEIRO, 2007, p. 154). Consequentemente, negou-se qualquer valor científico prático na distinção entre correalidade (solidariedade própria) e solidariedade simples (solidariedade imprópria) com base nos efeitos da litiscontestação para extinção da obrigação, reconhecendo-se, pois, que a única e verdadeira fonte de extinção da obrigação solidária é a satisfação do crédito.

Também Roberto de Ruggiero (1999, p. 120) pretendeu colocar uma pá de cal sobre a questão afirmando, após apresentação da tradicional distinção do direito romano sobre a correalidade e a solidariedade, que a discussão acerca da

natureza dos vínculos obrigacionais (múltiplos ou único) ou sobre os efeitos da litiscontestação entre os coobrigados, não justificam a subdivisão, ou mesmo a criação de classes ou categorias diferenciadas de obrigações com pluralidade de sujeitos, já que os seus efeitos, na prática, serão sempre os mesmos.

Sem desmerecer o entendimento dos doutrinadores, segue a presente pesquisa aprofundando-se um pouco mais no estudo das obrigações solidárias passivas, no intuito de, com maior conhecimento das teorias civilistas sobre o tema, analisar se o trato dado pelos tribunais à responsabilidade solidária decorrente da competência material comum do art. 23, CRFB, revela existirem nessas obrigações alguns traços, ou mesmo resquícios, da indigitada correalidade.

3.5.2 Solidariedade Passiva Simples e Correal: Unicidade ou Multiplicidade de Relações Jurídicas e Obrigações Aglutinadas?

Mesmo tomando-se em altíssima conta o entendimento doutrinário acerca da pouca relevância prática da distinção entre correalidade e solidariedade, nos moldes procedidos pelos romanos e estudados pelos alemães quanto à estrutura da relação jurídica que dá subsídio à obrigação solidária, não há como negar que o tema da unicidade ou multiplicidade de relações jurídicas e de vínculos obrigacionais é de longa data analisado e discutido pela doutrina e, no caso brasileiro, majoritariamente aceita a teoria que defende a existência de multiplicidade de vínculos obrigacionais, autônomos, aglutinados na obrigação solidária.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1958, p. 334), no estudo da solidariedade passiva, retoma a questão da unicidade ou multiplicidade de vínculos obrigacionais, defendendo nela existir uma só relação entre credor e devedores, de modo que, dessa relação jurídica única é que se irradia pretensão também única em relação às várias obrigações solidárias. Logo, segundo o autor (1958, p. 334), “a) a relação jurídica é uma só; b) o crédito é um só; c) a pretensão é uma só; d) as obrigações são múltiplas”.

Haveria, pois, na solidariedade passiva uma unidade de pretensão a ser dirigida pelo credor a um ou a todos os devedores, como se estes fossem um só, ressalvando-se, no entanto, que, se a ação pode ir contra qualquer um dos

devedores solidários, também pode o credor dirigi-la, unitariamente, contra cada um deles⁴⁰. Aliás, é essa a previsão do art. 275, parágrafo único, CC, segundo o qual “Não importará em renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores”.

As lições de Maria Helena Diniz (2007, p. 157) acerca das características da solidariedade, transcritas no item 3.5.1, supra, muito se assemelham ao entendimento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda neste ponto, eis que toma por traços próprios da solidariedade a unicidade da prestação e a multiplicidade dos vínculos obrigacionais. Nas palavras da autora, “Várias são as relações obrigacionais que se acham reunidas na obrigação solidária” (2007, p. 156), de modo que, como dito em outra oportunidade, “Na obrigação solidária haverá tantas relações obrigacionais quantos forem os credores ou devedores, unidos pelo fim comum, pela unicidade ou identidade ou do objeto ou da prestação” (2007, p. 156).

Também Washington de Barros Monteiro (2007, p. 157-158) defende a existência de uma multiplicidade de obrigações reunidas na solidária, justificando que por assim ser é que pode cada devedor, respondendo não só pela sua quota, mas também pela de seus demais consortes, pleitear junto a estes o reembolso de suas quotas-partes. Toma, ainda, como prova da multiplicidade das obrigações conglomeradas na solidária, o fato de que a obrigação possa assumir características diversas para cada um de seus obrigados.

Silvio Rodrigues (2002, p. 63) adere aos ensinamentos de Washington de Barros Monteiro, afirmando que a solidariedade “promove a reunião, em uma só, de relações jurídicas autônomas”. Vê, pois, a solidariedade “enfeixando num só liame um punhado de relações obrigatórias, em que são múltiplos os sujeitos” (2002, p. 63). E pelo fato da solidariedade reunir obrigações autônomas é que se justifica a regra do art. 281, CC, “que veda ao devedor, demandado, a possibilidade de opor exceções pessoais dos outros devedores, embora permitindo-lhe opor as pessoais às suas e as comuns a todos os devedores” (RODRIGUES, 2002, p. 72). Daí sua conclusão de que, se fosse a relação jurídica única, não haveria por que obstar um dos devedores solidários de opor a seu credor a exceção

⁴⁰ Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1958, p. 344), “a ação do credor pode ir contra A, e outra contra B, ou contra C, ou outra contra B e C; pode ir contra A, B e C, e não contra D; e pode ir contra todos os devedores solidários”.

pessoal de qualquer um de seus consortes⁴¹.

Roberto de Ruggiero (1999, p. 120) critica o posicionamento que vê na solidariedade uma pluralidade de vínculos obrigacionais, afirmando que eventuais diversidades das obrigações não descaracterizam o vínculo obrigacional único existente entre os sujeitos em pluralidade. E vai mais além. Para o autor (1999, p. 121), a causa determinante e decisiva para caracterização do vínculo da solidariedade não seria, pois, a relação externa que se forma entre os vários sujeitos ativos ou passivos (não que com isso se negue relevância a esta para a classificação da obrigação como solidária), mas sim a relação interna que se forma entre os vários credores e/ou devedores, de forma que

Assim e só assim se deve resolver a questão; se entre os vários *correi debendi* ou *credendi* existe um direito de regresso, isto é: uma ação destinada a chamar ao contributo os condevedores a favor do único dentre eles que pagou, ou a obrigar o credor, que foi o único a receber, a dividir entre os concredores as vantagens da prestação feita. Depende do conteúdo particular daquela relação, se e em que medida o objeto da prestação ou o benefício e respectivamente o ônus que ela representa se dividem entre os vários credores ou entre os vários devedores.

Portanto, para Roberto de Ruggiero (1999, p. 120-121), pensando-se apenas pelo lado externo da relação obrigacional, os vários devedores apresentam-se perante seu credor como se fossem um só e, ao cumprirem - individualmente ou em conjunto - sua obrigação, prestam-na por inteiro, satisfazendo débito próprio⁴². Por essa razão, a relação jurídica havida entre eles é única, pouco importando se representada por vários vínculos obrigacionais parciais, que ligam apenas duas pessoas (o credor e um dos devedores), reunidos pelo feixe da solidariedade. Afinal, “Há relação jurídica entre o credor e os devedores solidários. O que se passa entre os devedores solidários é estranho à relação jurídica entre o credor e eles” (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 330). Pensando, no entanto, o lado interno da relação, ou seja, na relação que se forma entre os codevedores, se nela se observa que os coobrigados dividem entre si os ônus decorrentes do

⁴¹ Nas palavras de Silvio Rodrigues (2002, p. 72-73), “Se, pelo contrário, na solidariedade se encontrasse tão-só uma relação jurídica, evidentemente a exceção pessoal de um dos devedores seria oponível ao credor por qualquer dos co-devedores, pois bastaria para suspender a ação de cobrança daquele débito unitário”.

⁴² O foco, neste momento, é dado à solidariedade passiva, por ser ela a questão de interesse ao estudo do tema proposto. Não obstante, o mesmo raciocínio pode ser estendido à solidariedade ativa.

cumprimento da obrigação, tem-se aí configurada a solidariedade passiva.

Assume, então, grande destaque para caracterização da obrigação solidária passiva o eventual direito de regresso entre os vários devedores da obrigação. Esse direito de reembolso serve ao direito de nivelção que existe entre os codevedores solidários, dizendo que “A pretensão à nivelção ou ao ajustamento precede à pretensão ao reembolso” (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 353). Serve, portanto, ao reforço da obrigação solidária passiva, garantindo-lhe eficácia.

Sobre a ação regressiva, por força do direito de reembolso entre os coobrigados, Washington de Barros Monteiro (2007, p. 202) também vê nela o traço marcante e característico da solidariedade, decorrente da comunidade de fins que reúne os coobrigados. Assim, se o cumprimento da obrigação se verifica com o sacrifício de todos os seus sujeitos passivos⁴³, inclusive com a previsão do respectivo direito de reembolso, é possível afirmar que aí existiu uma obrigação solidária.

Uma ideia acaba, pois, por complementar a outra. Afinal, é por existirem vários vínculos obrigacionais autônomos, aglutinados pelo feixe da solidariedade numa relação jurídica única mantida por todos os devedores (como se fossem um só) perante o credor da obrigação, que, uma vez satisfeita por um (ou alguns) deles, os demais deverão ser chamados a contribuir com a sua quota da obrigação, nivelando-os e evitando o enriquecimento de um em detrimento dos demais. Esse é, como regra geral, o retrato da obrigação solidária passiva civil⁴⁴.

Por oportuno, convém destacar que, no direito romano, o direito de reembolso nem mesmo existia, haja vista que “Raciocinava-se como que só *por fora* da relação jurídica: cada um devia o todo. Para que qualquer deles tivesse ação contra os outros era de mister que de outra relação jurídica – essa, entre eles –

⁴³ Ou ainda, no caso da solidariedade ativa, se a vantagem obtida com o cumprimento da obrigação tocou a todos os seus credores, acarretando-lhes proveito comum.

⁴⁴ Coloca-se aqui como “regra geral” por se reconhecer que, como tal, comporta exceções. Um exemplo é a solidariedade convencional entre o fiador e o devedor principal (art. 828, II, CC). Em situação tal, “O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; [...]” (art. 830, CC), não existindo, pois, “quotas” da obrigação que possam ser atribuídas ao fiador e ao devedor principal individualmente considerados. A dívida garantida pelo fiador é, em sua integralidade, do afiançado, de modo que, uma vez adimplida pelo primeiro, a situação se resolverá por simples subrogação, como em qualquer outra dívida com multiplicidade de sujeitos passivos. Destaca-se, no entanto, que essa regra amolda-se à disposição do art. 285, CC, no sentido de que “Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar”, donde se conclui que a inexistência do direito de reembolso não é, por si só, apta à descaracterização da solidariedade passiva civil, muito embora o direito à nivelção seja um de seus traços marcantes.

resultasse pretensão, de que a ação irradiasse” (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 356). Encarar o problema da solidariedade pelo ângulo da relação interna resulta de construção teórica do direito moderno e, talvez por essa mesma razão, tenham os romanos se ocupado mais em classificar as obrigações solidárias em relação ao vínculo externo que se forma: se unitário, correalidade (solidariedade própria); se múltiplos, solidariedade simples (solidariedade imprópria).

Os juristas modernos puderam abrir mão das lições dos romanos quando passaram a ter esse novo olhar, interno, para as relações obrigacionais solidárias. Mas a evolução histórica, social e, por conseguinte, jurídica, coloca-nos a repensar se talvez os vetustos institutos, outrora tomados por pouco relevantes, não possam novamente ganhar importância em face das novas relações jurídicas que se formam na contemporaneidade.

Por essa razão, propõe-se, neste momento, a análise da natureza do vínculo obrigacional que une os entes da federação na consecução de tarefas sociais do Estado por força da competência material comum e da cooperação instituídas pelo art. 23, *caput* e parágrafo único, CRFB, analisando se este, de fato, configura-se em obrigação solidária (simples), tal qual vem a jurisprudência reiteradamente decidindo, ou se é possível aproximá-lo das solidárias correais do direito romano.

3.5.3 Competência Material Comum e “Cooperação”: Solidariedade Passiva Simples ou Correalidade?

Nos termos do que foi anteriormente abordado, a competência material comum do art. 23, *caput*, CRFB, e a “cooperação” prevista em seu parágrafo único, revelam a intenção do constituinte de que haja uma soma de esforços de todos os entes da federação no cumprimento das prestações sociais descritas em seus incisos, e não uma descentralização da atuação política, como muitas vezes defendem esses entes⁴⁵. Em verdade, sendo interesse do Estado,

⁴⁵ O argumento dos entes federados é de que, enquanto não editadas leis complementares que fixem os termos da cooperação para exercício da competência material comum entre eles, a divisão das tarefas sociais se regulará com base em normas infraconstitucionais (leis ordinárias, portarias etc.)

como um todo, a realização das políticas públicas descritas na norma constitucional em estudo, devem os entes federados atuar, em conjunto ou isoladamente, no cumprimento de seu dever constitucional, de modo que a realização da prestação por um não desobriga os demais, que podem atuar paralelamente até que haja a efetiva satisfação do credor da obrigação estatal.

A jurisprudência nacional tem, pois, correntemente atribuído a essa responsabilidade comum a natureza de obrigação solidária. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco, Tribunal Pleno, em 17/03/2010, ao discutir a questão do direito fundamental à saúde e de sua efetiva concretização pelo Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

Essa solidariedade seria, no entanto, atípica, diferenciada em relação à solidariedade passiva civil, já que inexiste nela o respectivo direito de reembolso entre os entes da federação, questão esta normalmente debatida perante os tribunais ao se analisar a possibilidade do chamamento ao processo do ente federado que, por opção do credor, não figure no polo passivo da relação jurídica processual⁴⁶. Assim, por força da competência material comum, que autoriza

já existentes. A tese é comumente trazida pelas unidades federativas em ações judiciais destinadas à concretização de direitos sociais, no intuito de afastar a tese da solidariedade proclamada pelos tribunais.

⁴⁶ Em discussão travada no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2006.027514-8, TJ/SC, julgado em 08/02/2007, publicado no Edital de Assinatura de Acórdãos nº 357/07 e no D.J.-e n.º 206, argumentou-se que “a solidariedade formada entre os entes federados se estabelece de maneira distinta da solidariedade passiva civil na medida em que não existe direito de reembolso, total ou parcial, entre os devedores. Por conseguinte, não se trata de hipótese de litisconsórcio necessário,

inclusive a atuação disjuntiva dos entes federados, “ao executar uma ação inerente à competência comum o ente federado não tem direito a ser reembolsado, total ou parcialmente, financeiramente pelos demais entes” (SOUZA, 2010), não havendo que se falar em “niveação” entre eles que pudesse subsidiar juridicamente a pretensão de reembolso.

Não se nega, então, que a competência material comum para realização das prestações do art. 23, CRFB, reúne os entes da federação pelo vínculo da solidariedade, autorizando o credor da prestação estatal a livremente escolher contra quem dirigir a demanda no intuito de obter a sua satisfação integral (contra um, contra dois ou contra todos). Não obstante, prestada a obrigação por um dos coobrigados isoladamente, tal fato não configurará eventual enriquecimento indevido daqueles em detrimento deste. O seu agir estará apenas dando cabo ao princípio de cooperação, de colaboração mútua, inserto na norma constitucional.

Conforme se destacou com base em abalizada doutrina do direito das obrigações, levando em conta a natureza da relação interna que se forma na solidariedade passiva civil, um dos traços marcantes da obrigação solidária é o esforço comum decorrente de seu cumprimento, ainda que seja ela prestada por um só, em nome dos demais, assegurando àquele o respectivo direito de reembolso junto a estes para que haja o necessário nivelamento entre todos. Nas palavras de Silvio Rodrigues (2002, p. 72):

[...] encarado o problema sob seu ângulo interno, encontram-se vários devedores cujas relações são relevantes; uns responsáveis para com os outros, por fração menor ou maior de seu débito, ou mesmo pela sua totalidade, todos, entretanto, ligados pelo vínculo da solidariedade que os prende ao credor e os sujeita a seus caprichos e conveniências. As obrigações de cada devedor são individuais.

No entanto, como dito no início deste tópico, não é dessa natureza a obrigação decorrente da competência material comum do art. 23, CRFB, até mesmo porque nela não é possível apontar por qual parte da obrigação está o codevedor vinculado. Todos devem tudo, não se conhecendo, à falta de leis complementares que fixem os termos da cooperação entre as unidades federadas, a quota de cada um nessa obrigação comum. Uma vez prestada a obrigação por um, por dois, ou por

porquanto eventual procedência da ação em nada afetará a esfera jurídica do outro ente federativo, não se coadunando, evidentemente, à hipótese do artigo 47 do Código de Processo Civil”.

todos, pouco importará isso para a relação interna que se trava entre esses codevedores, haja vista que a relação jurídica e o vínculo dela decorrente, pelo qual estão todos obrigados, é único, fundado pura e simplesmente na “cooperação” (sinônimo de “colaboração”, “contribuição”). Ou seja: uma soma de esforços comuns dos entes da federação à realização das tarefas sociais do Estado, sem qualquer vínculo obrigacional parcial, autônomo, cuja quota seja individualmente mensurável e atribuível a cada ente federado, ainda que se admita que aquelas prestações sejam realizadas disjuntivamente por apenas um deles.

A situação, portanto, se aproxima, e muito, das obrigações correaís do direito romano (solidariedade própria), em que, não se vislumbrando uma relação interna de sociedade entre os múltiplos devedores, satisfeita a obrigação por um deles, inexistia direito de reembolso contra o inadimplente.

Externamente, os entes federados de fato se apresentam como um só perante o credor da obrigação (o Estado – gênero – é o devedor da obrigação), exatamente tal qual se verifica nas obrigações solidárias (correaís ou simplesmente solidárias), inclusive conferindo ao credor não só uma maior segurança na busca de seu adimplemento, mas também maior conforto e facilidade nessa tarefa. No entanto, não existem vínculos parciais, autônomos, supostamente reunidos pelo feixe da solidariedade, que permitam conhecer e estabelecer internamente, entre os codevedores, em que fração – menor, maior, ou total – são eles responsáveis pelas prestações sociais previstas no art. 23, CRFB, e em que medida poderão reembolsar-se, com vistas à nivelação entre si, típica da solidariedade simples.

Assim, se é verdade que o principal traço a distinguir a correalidade da simples solidariedade é a eventual constatação da (in)existência de uma multiplicidade de vínculos obrigacionais entre os sujeitos ativos e/ou passivos da obrigação, e que dela decorre outra das características marcantes da solidariedade - o eventual direito de reembolso -, talvez tenham grande sentido os entendimentos, ainda que discretos na doutrina, de que as obrigações do art. 23, CRFB, se aproximam muito mais das obrigações correaís do direito romano, nas quais se reconhecia uma só relação jurídica, uma só pretensão, com base em um só vínculo obrigacional, a despeito da multiplicidade de devedores.

Destaque-se, ainda, que tal qual destacado em outra oportunidade, é da autonomia dos vários vínculos, unidos pelo feixe da solidariedade, que resulta a vedação legal do art. 281, CC, de que o devedor demandado possa opor exceções

personais dos demais codevedores, assegurando-se-lhe apenas a faculdade de deduzir suas defesas pessoais e mais aquelas comuns aos demais. No caso do art. 23, CRFB, os entes federados estão coobrigados, em nítida “cooperação”, numa relação jurídica unitária (todos estão obrigados ao todo, sem que haja vínculos parciais e autônomos que possam ser atribuídos individual e fracionadamente a cada um deles), não se vislumbrando exceções pessoais de qualquer devedor eventualmente oponíveis ao credor comum. As exceções são, portanto, comuns a todos os entes federados, podendo ser arguidas em juízo por qualquer um deles⁴⁷.

Destarte, também por esse viés, as características da obrigação decorrente da competência material comum e da cooperação do art. 23, CRFB, se aproximam muito mais da correalidade do que da simples solidariedade, eis que possibilita a formação da lide com qualquer um dos entes federados no polo passivo da relação jurídica processual (à livre escolha do credor), permitindo ao(s) ente(s) acionado(s) a oposição de todas as defesas (que são comuns a todos os entes federados coobrigados), o que autoriza que o resultado da demanda alcance mesmo aqueles que não compuseram formalmente a lide, já que seus interesses foram nela legitimamente defendidos.

Conclui-se, pois, nessa ordem de ideias, que tudo leva a crer que a distinção entre correalidade e solidariedade, ao contrário de outrora, revela, sim, na contemporaneidade, utilidade prática, sobretudo por força de seus reflexos na relação jurídica de direito processual destinada à efetivação dos direitos fundamentais insertos na norma constitucional.

Os aspectos processuais da classificação aqui realizada passam, por essa razão, a ser explorados no capítulo seguinte.

⁴⁷ A competência material comum e da cooperação instituídas pelo constituinte no art. 23 conduz à ideia de inexistência de exceções pessoais que possam ser opostas pelos entes federados ao vínculo obrigacional (único) que os une ao credor da obrigação. Todos devem tudo, ainda que possam (e optem) por prestar a obrigação disjuntivamente. Ao que parece, o restrito âmbito das defesas pessoais limita-se às condições materiais fáticas para adimplemento da obrigação, que podem, eventualmente, vir a ser alegadas e sopesadas pelo julgador na fase processual destinada ao cumprimento da obrigação, não se constituindo, no entanto, em matéria para oposição, pelo devedor, à existência da obrigação em si. A obrigação do Estado (gênero) persiste, ainda que, levando em conta a impossibilidade material específica de um dos entes federados, tenha este obstada a execução da pretensão contra si.

4 O ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PROCESSUAL.

A classificação procedida no Capítulo 3, quanto à natureza das obrigações previstas no art. 23, CRFB, e quanto à estrutura da relação jurídica subjacente, apontando-as como obrigações solidárias que muito se aproximam das obrigações solidárias correaís do direito romano, traz reflexos diretos na ordem processual vigente, haja vista observar-se que muitas regras materiais e processuais previstas para a solidariedade passiva civil não que ser flexibilizadas, cedendo espaço a novos formatos procedimentais voltados à efetiva concretização dos direitos fundamentais previstos na norma constitucional.

4.1 A NATUREZA DO VÍNCULO OBRIGACIONAL E A CUMULAÇÃO SUBJETIVA PASSIVA.

A competência material comum e a regra de cooperação do art. 23, *caput* e parágrafo único, CRFB, geram, de pronto, a ideia da possibilidade de cumulação subjetiva passiva na demanda que veicule a pretensão à efetivação das prestações (ações positivas) do Estado. Isso porque, reconhecendo estarem todos os entes federados paralelamente obrigados à realização daquelas tarefas sociais, naturalmente imagina-se a conformação da lide com multiplicidade de sujeitos em seu polo passivo⁴⁸.

Tem-se, pois, nítido caso de litisconsórcio passivo, haja vista que a própria estrutura interna da relação jurídica, formada por multiplicidade de sujeitos vinculados entre si ao cumprimento da obrigação comum⁴⁹, permite a reunião de

⁴⁸ Nas palavras de Arruda Alvim (2006, p. 79-80), “O significado de *pluralidade de partes* é representativo de que, em certos processos, vários litigantes encontram-se num dos pólos da relação jurídica processual, existindo entre ele certo grau de *afinidade*, variável em sua intensidade, sob múltiplos aspectos (v. arts. 46, I/IV, e 47) chegando até à identidade (litisconsórcio unitário)”.

⁴⁹ “A simples pluralidade de partes no mesmo polo do processo não caracteriza o litisconsórcio. Para que exista litisconsórcio, é necessário afinidade entre aqueles que se juntam no mesmo pólo processual. É o que implicitamente está à base do art. 46, fonte do litisconsórcio no direito brasileiro” (OLIVEIRA, 2010, p. 175-176).

dois ou mais entes da federação no polo passivo da relação jurídica processual, assumindo simultaneamente a posição de réus no processo, caso seja esta a vontade do credor da obrigação.

Não obstante, considerando as várias espécies de litisconsórcios previstos no modelo processual brasileiro, torna-se relevante analisar em quais dessas espécies incidiriam as obrigações objeto do estudo aqui desenvolvido e quais as consequências dessa classificação na formação e desenvolvimento da relação jurídica processual.

4.1.1 As Espécies de Litisconsórcio.

A doutrina processual civil classifica o litisconsórcio⁵⁰ segundo a sua disponibilidade pelas partes, dividindo-o em duas espécies: necessário e facultativo. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva (2002, p. 252), “o litisconsórcio é necessário quando, por disposição de lei, ou pela natureza da relação litigiosa, o processo só possa se formar com a presença de mais de um autor ou mais de um réu, ou seja, de todos os interessados”. Portanto, o litisconsórcio será necessário quando a lei assim o exigir, ou ainda, “porque a natureza da relação litigiosa igualmente o imponha, por não ser possível a decisão da lide única sem a presença de todos os seus integrantes, tendo em vista a unitariedade da relação de direito material litigiosa” (ESTELLITA *apud* SILVA, 2002, p. 252).

O litisconsórcio necessário, de sua vez, subdivide-se em litisconsórcio simples e unitário. No primeiro (simples), “a formação do litisconsórcio, embora indispensável, não provoca necessariamente uma sentença uniforme para todos os litisconsortes” (SILVA, 2002, p. 254). Desse modo, os sujeitos, por força de disposição legal ou da natureza da relação jurídica, estarão obrigatoriamente reunidos em um dos polos da relação jurídica processual, no entanto a sentença não lhes dará um tratamento uniforme, igualitário. No segundo (unitário), em sentido oposto, a relação de direito material objeto do litígio deverá ser resolvida uniformemente em relação a todos os litisconsortes (SILVA, 2002, p. 254).

⁵⁰ A disciplina legal do litisconsórcio encontra-se nos arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil.

O art. 47, do Código de Processo Civil⁵¹, estatui que “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”, havendo severas críticas na doutrina quanto à disposição legal, ao argumento de que, tal qual redigida, ela conduz o destinatário da norma à errônea ideia de que todo litisconsórcio necessário deva ser obrigatoriamente unitário, desconsiderando que necessariedade e unitariedade não se confundem.

A respeito da necessária distinção entre uma e outra, veja-se a crítica feita por José Carlos Barbosa Moreira (1972, p. 227):

É imperioso deixar bem claro que a obrigatoriedade de regulamentação homogênea da situação litigiosa não se confunde com a obrigatoriedade da presença simultânea de duas ou mais pessoas no pólo ativo ou no pólo passivo do processo, nem se verifica o primeiro fenômeno apenas no âmbito de manifestação do segundo. [...] é justamente da confusão ou da imperfeita distinção entre unitariedade e necessariedade do litisconsórcio que têm ocorrido, aqui e alhures, em sua máxima parte, as dificuldades e os equívocos freqüentes na construção sistemática do nosso instituto [...].

A necessariedade, como apontado ao início deste tópico, relaciona-se apenas à indisponibilidade pelas partes quanto à formação do litisconsórcio, seja porque a lei assim o exige, ou porque a natureza da relação jurídica de direito material torna “impossível o tratamento da situação litigiosa sem a presença de todos os interessados no processo” (SILVA, 2002, p. 255). Já a unitariedade requer que a decisão da lide seja uniforme em relação aos múltiplos sujeitos vinculados entre si na relação jurídica de direito material, liame este que lhes permite, inclusive, agruparem-se em litisconsórcio em um dos polos da demanda.

Em contraposição à indisponibilidade do litisconsórcio (caracterizando-o, pois, como “necessário”), existem casos em que, a despeito da multiplicidade de sujeitos em um dos polos da relação jurídica de direito material, nem esta nem a lei exige o litisconsórcio para constituição e desenvolvimento da relação jurídica de direito processual. Nessas hipóteses, “a relação jurídica é igualmente unitária, no sentido de constituir-se em verdadeira comunhão de direitos

⁵¹ CPC, “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 pra todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

e obrigações, mas a lei admite que seus componentes possam estar em juízo como demandantes ou demandados separadamente” (SILVA, 2002, p. 257). Trata-se, pois, de hipóteses de litisconsórcio facultativo, haja vista que a lei não torna obrigatória a sua formação.

Considerando, ainda, a possível formação de lides autônomas (ainda que agrupadas) em relação a cada litisconsorte (OLIVEIRA, 2010, p. 177), admite-se que também o litisconsórcio facultativo se subdivide em comum, ou seja, aquele “em que a sentença poderá tratar de modo diferente os diversos litisconsortes” (SILVA, 2002, p. 258), ou unitário, exigindo-se aqui que a tutela jurisdicional seja prestada uniformemente para todos os consortes, inclusive em relação àqueles que não compuseram a lide (ALVIM, 2006, p. 84).

Não se pode deixar de mencionar a existência de vozes divergentes na doutrina quanto à admissão do litisconsórcio facultativo unitário, sendo um exemplo o pensamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Para o autor, essa espécie litisconsorcial coloca em risco o direito fundamental ao contraditório dos faltantes e ao processo justo, eis que a tutela jurisdicional será prestada a despeito de permitir a sua participação no processo. Assim, afirma categoricamente: “*No Estado Constitucional, não existe litisconsórcio facultativo unitário. Todo litisconsórcio unitário é igualmente necessário*” (OLIVEIRA, 2010, p. 187)⁵².

Tal entendimento, a despeito da sua robustez, não é, contudo, o dominante na doutrina, tendo sido aqui mencionado apenas para evitar o risco de incorrer em omissão que pudesse vir a desqualificar a pesquisa, que prosseguirá, no entanto, com base nos entendimentos doutrinários que admitem a figura do litisconsórcio facultativo unitário, sem que isso implique em ofensa aos princípios processuais constitucionais.

Voltando, pois, às espécies de litisconsórcios observadas no ordenamento, destaca-se, por fim, que Arruda Alvim (2006, p. 80) acresce às classificações ora traçadas aquela em relação ao momento da formação do litisconsórcio, que “poderá ser inicial ou ulterior, conforme se constitua ele com a propositura da ação ou posteriormente”. Tal classificação é reiteradamente aceita na doutrina (DONIZETTI, 2010, p. 173; OLIVEIRA, 2010, p. 176; RODRIGUES, 2010, p. 317).

⁵² Os destaques são originais do autor.

Além dessas, outras classificações são ainda observadas na doutrina. Elpídio Donizetti (2010, p. 176-177), por exemplo, menciona as espécies de litisconsórcio sucessivo, alternativo e eventual, conforme a natureza do pedido formulado pelo autor da demanda e a titularidade do direito nela debatido.

Por ora, o estudo prosseguirá com base na classificação que leva em conta a (in)disponibilidade na formação do litisconsórcio e a sorte do direito material debatido na relação jurídica processual.

4.1.2 O Litisconsórcio e as Obrigações Solidárias Passivas (Simples e Correais).

O Código Civil brasileiro tratou apenas da solidariedade simples (multiplicidade de vínculos obrigacionais e de sujeitos) e não da correalidade (unidade de vínculo obrigacional e multiplicidade de sujeitos), de modo que a disciplina jurídica material e processual é toda voltada àquela modalidade de obrigações solidárias. Por essa razão e em princípio, o estudo ocupará-se da solidariedade passiva simples, para somente após seguir na análise da possibilidade de seu tratamento jurídico estender-se, ou não, à solidariedade passiva correal.

Nos termos do art. 275 do Código Civil⁵³, na solidariedade passiva simples, permite-se ao credor exercitar o seu direito de escolha para exigir o cumprimento da obrigação, facilitando a cobrança judicial da mesma (eis que evita a multiplicação de demandas) e obtendo o seu adimplemento certamente com menor esforço (MONTEIRO, 2007, p. 183). Serve, pois, como verdadeiro reforço à própria obrigação, por conferir maior vantagem ao credor, assegurando-lhe uma maior probabilidade de êxito na obtenção da sua satisfação perante os devedores comuns.

Caberá, então, ao próprio credor, nas obrigações solidárias passivas simples, a livre escolha contra qual dos devedores solidários deseja litigar (se contra um, contra alguns ou contra todos), não podendo os codevedores se opor a essa escolha.

Pensando, pois, pelo viés da disponibilidade do credor em formar ou

⁵³ CC, “Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento for parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”.

não o litisconsórcio passivo, a análise da norma de direito material revela que a solidariedade passiva simples autoriza a formação de litisconsórcio facultativo, cabendo ao credor da obrigação solidária, com exclusividade, “o direito de eleger ou não o litisconsórcio, desde que apoiado na lei” (ALVIM, 2006, p. 83). Desse modo, configurada a hipótese legal e sendo esta a vontade do credor, o litisconsórcio não poderá ser instaurado nem mesmo por ordem judicial.

Washington de Barros Monteiro, na versão de sua obra atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, ao proceder ao estudo dos aspectos materiais da solidariedade passiva civil, aborda algumas questões processuais pertinentes à temática, como, por exemplo, aquela relativa à espécie do litisconsórcio que se forma nessas hipóteses. Para o autor (2007, p. 187):

A solidariedade passiva não impõe, destarte, litisconsórcio necessário. Cada devedor pode ser demandado isoladamente. Nessa matéria só se pode instituir litisconsórcio voluntário ou facultativo. Por conseguinte, se um dos devedores vem a ser demandado individualmente, não pode exigir a presença dos demais no processo. Não pode ele pretender, assim, que o autor traga a juízo todos os *correi debendi*, o que constituiria, como diz Chiovenda, verdadeira *exceptio plurium litisconsortium*, só admitido em casos isolados e especiais. Exigir a intervenção de todos seria, indubitavelmente, violar o citado art. 275 do Código Civil de 2002⁵⁴.

A hipótese legal que autoriza a formação do litisconsórcio passivo no caso de solidariedade é o art. 46, I, CPC⁵⁵, ou seja, a possibilidade de formação de litisconsórcio facultativo pelo fato do objeto da obrigação ter mais de um titular passivo (comunhão de obrigações relativamente à lide)⁵⁶. É ela que, aliada à

⁵⁴ Ressalve-se que, com tais argumentos, afasta-se a tese da necessidade do litisconsórcio nas hipóteses de solidariedade, não se desprezando, contudo, a figura do chamamento ao processo, admitida enquanto “faculdade legal outorgada apenas aos réus, para que eles chamem à causa como seus litisconsortes passivos, na demanda comum, ou o outro, ou os outros coobrigados, perante o mesmo devedor” (SILVA, 2002, p. 302). Afirma-se, no entanto, que o chamamento ao processo, a despeito da sua previsão legal e de sua franca admissão pela doutrina, acaba por “fragilizar” a solidariedade, por restringir a faculdade de escolha, atribuída ao credor da obrigação, em relação a qual dos codevedores solidários dirigir sua pretensão. Cândido Rangel Dinamarco (1986, p. 259) destaca as críticas à regra do art. 77, III, CPC, “por comprometer a solidariedade, que implica legitimação individual de cada credor ou devedor solidário: movida a ação a um só dos devedores em solidariedade, acaba o autor, sem querer, tendo que litigar com outro dos devedores, só porque o réu fez o chamamento”.

⁵⁵ CPC, “Art. 46. 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; [...]”

⁵⁶ Para Arruda Alvim (2006, p. 86), “Haverá comunhão de obrigações toda vez que o objeto da obrigação tiver mais de um titular ativo, ou mais de um titular passivo (obrigação ativa solidária, ou

vontade do credor, outorga ao credor a faculdade de dirigir a sua demanda contra os múltiplos sujeitos da obrigação, à sua livre escolha.

De outro modo, partindo para a classificação que toma em conta a sorte do direito material debatido, o litisconsórcio que se forma no polo passivo da demanda em caso de dívida solidária simples pode ser tanto o simples como o unitário.

Conforme apontado no Capítulo 3, a solidariedade passiva simples pressupõe que entre o credor e cada devedor individualmente considerado existam vínculos obrigacionais autônomos, ainda que reunidos pelo feixe da solidariedade (uma relação jurídica de direito material com multiplicidade de vínculos obrigacionais e multiplicidade de devedores). Daí formarem várias lides autônomas, que podem ser díspares, semelhantes ou até mesmo idênticas, reunidas em uma só pela solidariedade.

Da disparidade/similitude/identidade dos vínculos obrigacionais enfeixados pela solidariedade decorrerá a espécie de litisconsórcio a ser formado, permitindo-se que as lides parciais recebam tratamento diferenciado pela sentença, no que diferirem uma das outras (litisconsórcio facultativo simples), ou mesmo tratamento uniforme, nos casos de identidade entre os vínculos parciais (litisconsórcio facultativo unitário). Será, pois, a relação de direito material subjacente que apontará se da obrigação solidária passiva simples se formará litisconsórcio passivo facultativo simples ou unitário.

Voltando os olhos, agora, às obrigações solidárias passivas correaís, não se vislumbra qualquer óbice a que a classificação procedida, quanto à eventual disponibilidade da formação do litisconsórcio, possa lhes ser tranquilamente estendida. Afinal, como obrigações solidárias passivas que são, conferem ao credor a liberdade de formar voluntariamente o litisconsórcio passivo, se esta for a sua vontade, não podendo os codevedores apresentar qualquer oposição a sua formação, nem o magistrado ordená-la de ofício (caso em que o regime se tornaria o da necessariedade, e não da facultatividade)⁵⁷.

passiva solidária)". Em igual sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 178) aponta a solidariedade passiva como uma comunhão de obrigações, a ensejar a formação do litisconsórcio passivo facultativo, com fundamento no art. 46, I, CPC.

⁵⁷ Quanto à figura do chamamento ao processo nas obrigações solidárias correaís, este até pode vir a ser eventualmente admitido, desde que demonstrada a sua real utilidade prática para o processo. Afinal, em sendo o vínculo obrigacional único e as defesas dos coobrigados comuns, podendo ser opostas por qualquer um deles, apenas na análise do caso concreto é que se poderá vislumbrar

Além disso, nas obrigações solidárias passivas correaais, tal qual nas solidárias passivas simples, o credor encontra-se ligado a uma multiplicidade de devedores, todos eles vinculados ao cumprimento da obrigação (que constitui o objeto litigioso) em sua integralidade. Portanto, também nas obrigações solidárias passivas correaais se observa a evidente comunhão entre os seus vários titulares passivos, a autorizar a reunião voluntária dos mesmos em litisconsórcio, nos termos do art. 46, I, CPC, conforme seja a vontade do credor.

O mesmo não se verifica, no entanto, em relação à classificação feita levando em conta a sorte do direito material debatido na demanda, não se estendendo à correal passiva o tratamento dispensado à solidária simples.

As obrigações solidárias passivas correaais distinguem-se das solidárias passivas simples justamente por não se vislumbrar, nas primeiras, multiplicidade de vínculos obrigacionais reunidos pelo feixe da solidariedade. Na obrigação solidária passiva correal observa-se a existência de uma só relação jurídica, fundada em vínculo obrigacional único, muito embora com multiplicidade de sujeitos titulares da respectiva obrigação perante o credor. Por conseguinte, a lide eventualmente travada entre credor e devedores é igualmente única, e ao Judiciário caberá dar uma só resposta à questão posta em relação ao vínculo obrigacional único. Tal situação exige, pois, que a sentença confira tratamento idêntico, uniforme, a todos os devedores solidários, mesmo àqueles que não tenham integrado a lide⁵⁸.

Logo, essa estruturação das obrigações solidárias passivas correaais autoriza apenas a formação de litisconsórcio passivo facultativo unitário, haja vista que a natureza da relação jurídica subjacente (única), fundada em vínculo obrigacional único, faz com que a lide comporte única solução, que se estenderá a todos os devedores comuns da obrigação objeto do litígio⁵⁹.

Conclui-se, assim, que nas obrigações solidárias passivas - simples ou correaais - sempre haverá comunhão de direitos a ensejar a formação de

eventual vantagem em se ampliar o polo passivo da relação jurídica processual. Isso tudo sem desconsiderar que a admissão do chamamento, além de restringir a liberdade do credor de escolher contra quem dirigir sua demanda, pode trazer sérios riscos de tumulto e procrastinação ao regular andamento do feito.

⁵⁸ A questão da eficácia da sentença perante o litisconsorte ausente, com o alargamento do espectro de alcance da coisa julgada material, será abordada no item 4.3, *infra*.

⁵⁹ Relembre-se que no direito romano atribuíam-se a *litiscontestatio* por apenas um dos codevedores da obrigação representada em vínculo único, mas com múltiplos sujeitos a ela atrelados, o poder de levar à liberação de todos perante o credor da obrigação (MONTEIRO, 2007, p. 153). O resultado da lide era, portanto, uniforme para todos os codevedores, inclusive em relação àqueles que não integraram formalmente a lide.

litisconsórcio passivo facultativo. No entanto, enquanto as obrigações solidárias passivas simples permitem a formação de litisconsórcio passivo facultativo simples ou unitário, as correais, em razão da unicidade da relação de direito material e do vínculo que une o credor aos devedores solidários, exigem a formação de litisconsórcio passivo unitário.

4.1.3 A Competência Material Comum como Hipótese de Litisconsórcio Passivo Facultativo Unitário.

Perfilhar o entendimento de que a competência material comum do artigo 23, CRFB, revela estarem os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) interligados pelo vínculo da solidariedade⁶⁰ implica, de plano, em reconhecer que ao cidadão é dado o direito de livremente escolher qual dos entes da federação ele pretenderá acionar com vistas à obtenção do cumprimento da prestação estatal prevista na norma constitucional. Essa “solidariedade” é fruto da relação de estreita interdependência e vinculação entre os entes da federação, unidos pelo interesse e dever comuns de realização daquelas tarefas estatais (competência material comum), em regime de cooperação (art. 23, *caput* e parágrafo único, CRFB).

A norma constitucional exige, pois, dos entes da federação, uma soma de esforços na realização das prestações sociais destinadas a garantir efetividade e concretude aos direitos fundamentais dos cidadãos, de forma que, onde houver o descumprimento (integral ou parcial) por qualquer dos entes federados da obrigação de realizar os fins sociais do Estado (por impossibilidade material efetiva ou por qualquer outra razão que seja), facultar-se-á ao cidadão, enquanto credor, chamar o outro ente coobrigado ao cumprimento da prestação social correspondente, até que haja a efetiva e plena satisfação de seu direito. Afinal, a responsabilidade dos entes da federação é solidária, mas não necessariamente conjunta.

⁶⁰ Ponto este igualmente sedimentado na presente pesquisa, com base na análise da doutrina e jurisprudência correlatas procedida no Capítulo 3, destinado a tratar dos aspectos materiais da relação jurídica decorrente da competência material comum do art. 23, CRFB.

Ao cidadão caberá, portanto, ao seu bel alvitre, escolher em face de quem irá propor a ação – se perante um, perante dois ou perante todos os entes federados -, a quem compete, em conjunto ou disjuntivamente, a realização das tarefas sociais elencadas nos incisos do art. 23, CRFB. Assim sendo, o litisconsórcio passivo que se formará nas ações destinadas à implementação das obrigações do Estado do art. 23, CRFB, será o facultativo, admitindo-se eventualmente, e se não houver risco de prejuízo ao regular trâmite do processo e, de conseguinte, ao direito fundamental nele tutelado, o chamamento ao processo de outras unidades federativas, pelo ente federado acionado individualmente⁶¹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem, contudo, apontando que a responsabilidade solidária dos entes federados permite aos cidadãos a livre escolha na conformação passiva da lide e na impossibilidade de chamamento ao processo do ente que, por escolha do credor da obrigação, tenha inicialmente ficado fora dela.

Dois são, em suma, os fundamentos dessas decisões. O primeiro aponta que a competência material comum na realização dessas tarefas atribui a cada um dos entes, como unidades federativas, “o dever de prestar assistência à saúde, de forma integral, sendo que qualquer dessas entidades têm legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, ainda que isoladamente”⁶². O segundo afirma que a competência material comum implica na imposição de obrigações materiais aos entes da federação que não se consubstanciam no dever de pagar quantia, mas de entrega de coisa (prestações positivas como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos), e que “O chamamento ao processo previsto no art. 77, III, do CPC é típico de obrigações solidárias de pagar quantia. Trata-se de excepcional formação de litisconsórcio passivo facultativo, promovida pelo demandado, que não comporta interpretação extensiva para alcançar prestação de entrega de coisa certa, cuja satisfação efetiva inadmitte divisão”⁶³.

⁶¹ Nesse sentido, o julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n.º 2009. 047524-2, julgado em 09.11.2009, de relatoria da Des. Sônia Maria Schmitz e com declaração de voto vencido do Des. Pedro Manoel Abreu, que presidiu o julgamento, em que restou acolhido o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina para que a União fosse chamada ao processo, com a remessa dos autos à Justiça Federal, para apreciação e julgamento da lide em que se buscou a tutela do direito fundamental à saúde, decorrente da competência material comum do art. 23, CRFB.

⁶² STJ. REsp nº 1096156 – PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, da 2ª Turma, julgado em 11/11/2010 (BRASIL, 2010).

⁶³ STJ. AgRg no REsp nº 1009622 – SC, da 2ª Turma, julgado em 03/08/2010 (BRASIL, 2010).

Sem querer desmerecer o segundo argumento, parece que o real sentido da “cooperação” e da competência material comum, nos termos do art. 23, parágrafo único, CRFB, encontra-se revelado no primeiro fundamento⁶⁴. Até mesmo porque, como se disse no item 3.4, a competência material comum atribui aos entes da federação o dever de atuação paralela ou disjuntiva (concomitante ou não), sendo desnecessária a exigência de se chamar ao processo o co-legitimado contra o qual não queira o titular do direito litigar.

Ressalve-se, no entanto, que ser “desnecessária” não corresponde a dizer ser “inadmissível”, pelo que se apontou, no item 4.1.2, que em determinados casos, revelando-se utilidade prática em se trazer ao polo passivo da demanda o(s) codevedor(es) faltante(s), sem que disso decorra maiores riscos de tumulto processual e injustificada demora na entrega da prestação jurisdicional, é possível se admitir o chamamento ao processo daquele que não figurou no polo passivo da demanda quando da propositura da ação em juízo, sobretudo se tal proceder servir a tornar mais efetiva a tutela do direito fundamental objeto do litígio.

Quanto à sorte do direito material debatido, é bem verdade que a doutrina e os julgados encerram a questão no reconhecimento da solidariedade passiva simples entre os entes da federação para cumprimento das obrigações decorrentes da competência material comum do art. 23, CRFB. No entanto, no presente estudo, a análise da questão aprofundou um pouco mais, concluindo que as obrigações decorrentes da competência material comum em muito se assemelham às obrigações solidárias passivas correaís, do direito romano, com

⁶⁴ Quanto ao segundo fundamento, s.m.j., o fato de as prestações materiais sociais do art. 23, CRFB, não se consubstanciarem em obrigações de pagar quantia (são, em sua maior parte, obrigações de fazer ou de entrega de coisa) não parece suficiente a afastar a possibilidade de reembolso (e, de conseguinte, a incidência da regra do art. 77, CPC), haja vista a possibilidade de se liquidar no processo o custo do fazer ou da coisa entregue, permitindo-se que aquele que realizou a prestação individualmente possa se ressarcir junto aos demais codevedores, nos limites da responsabilidade de cada um. E quanto à segunda parte do argumento, tal qual abordado no item 3.5.1, supra, obrigação divisível é a que se pode cumprir a prestação em partes, ou seja, o seu adimplemento pode ser fracionado, independentemente da eventual (in)divisibilidade de seu objeto (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 152-153). Assim, apenas será indivisível a obrigação de entrega de coisa se a coisa for, de fato, indivisível (sob pena de o fracionamento levar à sua deterioração), ou quando, mesmo sendo divisível o objeto, as partes obrigadas ajustarem que o adimplemento da obrigação não comportará divisão, devendo ser feito de uma só vez (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 153). E, mais: “A afirmação de serem (sempre) indivisíveis as obrigações de fazer [...] é falsa” (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 153), de modo que também as obrigações de fazer podem, eventualmente, comportar divisão e serem prestadas fracionadamente. Logo, o simples fato de serem obrigações de fazer ou de entrega de coisa não implica na necessária indivisibilidade da obrigação estatal. O Estado pode fracionar a entrega de medicamentos, pode realizar, em partes, a construção de moradias para a população carente etc. A unicidade da prestação, objeto da obrigação solidária, não há, pois, que ser confundida com eventual (in)divisibilidade da prestação e/ou de seu objeto.

algumas peculiaridades que as distinguem da solidariedade passiva civil comum (simples).

Nelas (nas correais) configura-se um vínculo obrigacional único que liga o cidadão (credor da obrigação) ao Estado (gênero), em regime de interdependência e cooperação mútua entre as unidades da federação. Via de consequência, a lide formada entre credor e devedores comuns é igualmente única, comportando uma só solução em relação à obrigação estatal.

Aliando esse entendimento àquele esposado no item anterior, observa-se que, nas ações destinadas ao cumprimento das prestações estatais decorrentes da competência material comum do art. 23, CRFB, uma vez formado o litisconsórcio facultativo passivo entre os entes federados coobrigados, a natureza da relação jurídica entre eles estabelecida exige que a lide seja decidida uniformemente em relação a todos, inclusive em relação ao ente federado que não tenha regularmente composto a lide. Afinal, da apreensão do exato sentido da norma constitucional não há como, por exemplo, reconhecer que esteja a União individualmente obrigada à realização de prestação social asseguradora de direito fundamental do cidadão, excluindo o dever, em igual sentido, afeto aos Estados ou aos Municípios.

Observa-se, em casos tais, que “Há, na verdade, uma única lide, que reclama, pois, uma única solução para todos os sujeitos, dada a incindibilidade do objeto”⁶⁵ (RODRIGUES, 2010, p. 320), daí derivando a obrigatoria unitariedade do litisconsórcio (que, frise-se, não se confunde com a sua eventual necessariedade). Como bem dito por Clóvis Beviláqua (*apud* ARRUDA ALVIM, 2006, p. 87), a autêntica comunhão a exigir que todos os seus titulares tenham sorte efetivamente idêntica no plano do Direito Material “verifica-se na unidade jurídica indecomponível da obrigação”. Ou ainda, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2004b, p. 350), “Quando todos os litisconsortes estão em defesa de uma só relação jurídica *incindível*, não é possível endereçar a cada um deles um julgamento de mérito diferente”.

A natureza da relação jurídica e do vínculo obrigacional decorrente da competência material comum do art. 23, CRFB, conduz, portanto, à formação de

⁶⁵ Trata-se aqui da incindibilidade do objeto da lide, ou seja, da obrigação cujo adimplemento forçado se busca na demanda. Não se confunda, aqui, com a eventual incindibilidade da prestação, objeto da obrigação solidária.

litisconsórcio passivo facultativo unitário. Facultativo, pois que possibilita ao cidadão postulante da tutela jurisdicional “trazer só um réu a juízo (sem se formar litisconsórcio), ou mais de um, formando-se o litisconsórcio” (ALVIM, 2006, p. 80). Unitário, pois que “o que existe é um só objeto litigioso, ou lide, a que estão agregadas várias partes litisconsorciadas” (ALVIM, 2006, p. 110).

É inegável que a possibilidade de formação de litisconsórcio passivo facultativo unitário em muito alarga a abrangência da coisa julgada material, pois, ao alcançar também aqueles terceiros que não compuseram a lide, confere-se à sentença “nítido sentido ultra partes, em virtude do qual os interessados que hajam permanecido fora da causa terão suas ações consumidas pelos litisconsortes, ou pelo litisconsorte que haja demandado” (SILVA, 2002, p. 258).

Logo, autorizando o art. 23, CRFB c/c art. 46, I, CPC, a formação de litisconsórcio passivo facultativo unitário, as sentenças proferidas nas ações promovidas pelos cidadãos perante um ou alguns dos entes federados obrigados, forçosamente, alcançarão os demais entes que, por mera opção do credor, não se litisconsorciaram, sem que isso implique em qualquer ofensa à coisa julgada, excetuando-se, pois, a regra do art. 472, CPC⁶⁶.

O tema, dada a sua relevância para o presente estudo, será retomado com mais vagar e detalhamento no item 4.3, *infra*. Antes disso, prossegue-se com o estudo de regime jurídico do litisconsórcio unitário e das eventuais defesas adotadas pelos litisconsortes passivos, verificando-se em que termos deve se dar a sua aplicabilidade ao art. 23, CRFB, com vistas a que a tutela jurisdicional sirva, de fato, à efetivação e concretização dos direitos fundamentais nela tutelados.

4.2 O REGIME JURÍDICO DO LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO NAS OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS PASSIVAS SIMPLES E CORREAIS.

Ao litisconsórcio unitário, seja ele necessário ou facultativo, aplica-se

⁶⁶ CPC, “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

o regime especial⁶⁷. Afinal, no processo em que se discute uma situação jurídica unitária, incindível, a tutela jurisdicional deverá ser prestada de forma idêntica em relação a todos os litisconsortes, a exigir um regime jurídico dotado de “mecanismos de harmonização de conduta dos litisconsortes, a fim de possibilitar o tratamento uniforme do objeto litigioso do processo” (OLIVEIRA, 2010, p. 188).

A incindibilidade da situação jurídica litigiosa permite, pois, afirmar-se a própria “indivisibilidade da lide” (ALVIM, 2006, 110), a exigir o afastamento da regra do art. 48, CPC, pela qual os litisconsortes são, em regra, tratados em relação de total independência. A conclusão a que se chega, pois, quanto ao regime jurídico do litisconsórcio é que a eventual (in)dependência das situações jurídicas no plano do direito material conduz à necessária (in)dependência no plano do direito processual (OLIVEIRA, 2010, p. 187).

Tomando em conta a indivisibilidade da lide, o litisconsórcio unitário exige que se desconsidere a atividade processual dos consortes, ou mesmo suas omissões, como se fossem litigantes distintos, de modo que “os atos benéficos de um deles, ou se mais de um, sejam aproveitáveis a todos, se necessário, em nome e teleologicamente tendo em vista decisão possível futura uniforme” (ALVIM, 2006, p. 110). Ressalva-se, no entanto, na defesa do processo justo, que “A situação de um litisconsorte, todavia, seja qual for sua categoria, não pode prejudicar a situação do outro” (ALVIM, 2006, p. 110). Assim, os atos processuais que prejudiquem os demais consortes são tidos como atos processuais válidos, porém ineficazes (ABELHA, 2010, p. 321; ALVIM, 2006, p. 110).

Em complemento a essa ideia de aproveitamento do benefício comum e afastamento do prejuízo de igual ordem, no litisconsórcio unitário só haverá revelia se todos os litisconsortes permanecerem omissos “sem contestar a ação, pois, se qualquer deles o fizer, a defesa aproveita também os litisconsortes ausentes que, [...], consideram-se representados pelos demais” (SILVA, 2002, p. 266). Em igual sentido, disciplina o parágrafo único do art. 509, CPC: “Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns”.

Tecidas essas breves considerações sobre o regime jurídico do

⁶⁷ “O âmbito de aplicação do art. 48 e, pois, por excelência, o do litisconsórcio simples, seja facultativo ou necessário. Refoge do seu espectro, portanto, o litisconsórcio unitário” (ALVIM, 2006, p. 109).

litisconsórcio facultativo unitário, e tomando por foco da pesquisa o estudo da cumulação subjetiva passiva, não se pode desprezar a questão do limite objetivo das eventuais exceções alegadas pelos devedores solidários em juízo.

A disciplina jurídica atual é adequada ao sistema da solidariedade simples, haja vista ser ela, como se disse em outra oportunidade, a única modalidade de solidariedade disciplinada pela ordem jurídica material. Da necessária harmonia entre as ordens material e processual, justificam-se regras como aquela do art. 281, CC, segundo a qual “O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitam, porém, as pessoais a outro co-devedor” (MONTEIRO, 2007, p. 195). A disposição legal remonta à teoria da multiplicidade de vínculos obrigacionais, adotada pelo sistema jurídico brasileiro. Nas lições de Washington de Barros Monteiro (2007, p. 196):

Prende-se aquele dispositivo legal à circunstância de que, na obrigação solidária, ao lado da unidade da prestação devida, paira a multiplicidade de vínculos. Sendo uma só a prestação, tudo quanto lhe disser respeito estender-se-á a todos os coobrigados indistintamente. Ao inverso, múltiplos os vínculos obrigacionais, autônomos entre si, o que concernir a um deles exclusivamente não se estenderá aos demais, não irá além do coobrigado a quem especificamente se refere.

Não obstante, as relações jurídicas materiais observadas na contemporaneidade revelam que a disciplina legal não se amolda com perfeição a todas elas, sendo um bom exemplo a questão da solidariedade passiva decorrente da competência material comum do art. 23, CRFB, que, conforme demonstrado ao longo desta pesquisa, se aproxima das obrigações solidárias passivas correais do direito romano, por força da unidade do vínculo obrigacional que une os múltiplos devedores comuns ao credor da obrigação.

Nelas, a unidade da lide, da relação jurídica de direito material, do vínculo obrigacional e da prestação, exige que os litisconsortes sejam, de fato, tratados como um só, não havendo que se falar em multiplicidade de vínculos, ou mesmo de lides, parciais, autônomas, reunidas pela solidariedade. Assim, se é verdade que a solidariedade torna único aquilo que é múltiplo, ao que parece a correalidade divide entre múltiplos sujeitos aquilo que é único. Esse tratamento, no entanto, não se restringirá à esfera processual, estendendo-se também à esfera

material⁶⁸.

Tudo o que disser respeito ao objeto litigioso toca a todos os coobrigados, indistintamente, não sendo possível divisar as exceções pessoais das comuns a todos os devedores, ou mesmo vislumbrar qualquer diversidade de obrigações (a obrigação é única). Todos os múltiplos sujeitos, consorciados ou não na lide, apresentam-se como se fossem um só perante o credor (unicidade de prestação e de vínculo obrigacional), nada havendo de cunho pessoal que os dissocie. Em assim sendo, por uma questão de lógica, estão todos autorizados a deduzir todas as defesas possíveis em juízo, posto que a defesa de um em juízo corresponde à defesa do interesse de todos (que é comum, indissociável), a justificar ainda mais o alcance da sentença ao litisconsorte ausente, em toda a sua extensão.

Portanto, nas obrigações do art. 23, CRFB, a competência material comum une os entes federados de tal forma no dever de cumprimento das tarefas estatais nele previstas, que a interdependência verificada entre os mesmos conduz a um imbricamento que obsta o reconhecimento de defesas “pessoais” de cada ente. Essa simbiose dos codevedores torna suas defesas comuns a todos os demais.

4.3 LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO UNITÁRIO: EFICÁCIA DA SENTENÇA E EXTENSÃO SUBJETIVA DA COISA JULGADA MATERIAL AO LITISCONSORTE AUSENTE.

Em determinadas situações de cumulação subjetiva passiva, a incidibilidade da relação jurídica de direito material levada a juízo exige que sejam exatamente idênticas as decisões judiciais para todos os co-legitimados, o que conduz, pois, à formação de litisconsórcio unitário. Segundo Cândido Rangel Dinamarco (1986, p. 240-241), do litisconsórcio unitário resulta:

⁶⁸ Tanto que, conforme outrora se apontou, o litisconsórcio passivo facultativo delas decorrente é o unitário, conferindo tutela jurisdicional idêntica a todos os litisconsortes, de alcance ultrassubjetivo, ou seja, para além dos limites subjetivos da lide.

[...] uma *comunhão de destinos* entre co-litigantes (eles são literalmente ‘con-sortes’) [...]; em conseqüência, formam em conjunto *uma parte só*, várias pessoas valendo por um só sujeito no processo e ocupando só um pólo da relação processual [...]; é substancialmente única e *uma só a demanda* ajuizada por todos eles ou envolvendo várias pessoas como réus [...].

A unitariedade, no entanto, e conforme já destacado em outra ocasião, não deve ser confundida com a necessariedade de formação do litisconsórcio⁶⁹. Assim, em sendo o litisconsórcio facultativo, porém unitário, é preciso que o ordenamento preveja meios de assegurar que essa facultatividade não favoreça a emissão de pronunciamentos judiciais divergentes acerca de uma mesma relação jurídica de direito material. Afinal, o objeto do processo constitui-se “de uma só relação jurídica incindível, sendo substancialmente única a demanda que deu origem ao processo [...]; tem-se, em outras palavras, uma só *causa*, com uma só causa de pedir e um pedido só” (DINAMARCO, 1986, p. 297).

A técnica processual indicada para solução do problema é, além da possibilidade de sujeitar os litisconsortes a regime especial (e isso já foi abordado no item 4.2), permitir a extensão da coisa julgada ao litisconsorte ausente. Esta tem particular relação com a situação jurídica substancial objeto do litígio, que exige que o pronunciamento judicial seja uniforme a todos os sujeitos a ela vinculados (MOREIRA, 1972, p. 142-143). Desse modo,

Se por tal prisma são iguais e interligadas as posições jurídicas individuais de dois ou mais sujeitos, então essa regra concreta necessariamente os atinge a todos com idêntica eficácia. Por isso tem de possuir o mesmo teor para os que figurem num dos pólos do processo (unitariedade do litisconsórcio) e alcança mesmo os que a ele permaneçam estranhos, conquanto houvessem podido consorciar-se ao(s) autor(es) ou ao(s) réu(s) (extensão da coisa julgada). (MOREIRA, 1972, p. 143-144)

Não se quer com isso negar que a extensão da coisa julgada a terceiros estranhos à relação jurídica processual traz sérios inconvenientes aos jurisdicionados, que a ordem processual constitucional ocupa-se em evitar, sobretudo ao alçar ao *status* de direito fundamental dos cidadãos o acesso à justiça, nele assegurados a ampla defesa e o contraditório. Trata-se, no entanto, do mal

⁶⁹ Cf. José Carlos Barbosa Moreira (1972, p. 131), “Ora, evidentemente não é o mesmo terem de participar A e B, conjuntamente, do processo, e ter o juiz de tratar A e B de modo uniforme na sentença definitiva”.

necessário, não havendo no sistema outra forma de se assegurar o tratamento uniforme que a unitariedade da relação jurídica material exige⁷⁰.

O critério, pois, para se aferir a necessidade de conferir tratamento uniforme aos litisconsortes por meio da sentença definitiva é, pois, a própria estrutura da relação jurídica de direito material debatida em juízo, de modo que, se as posições dos litisconsortes individualmente considerados “se inserem homogeneamente [...] na situação global, e se o efeito visado se destina a operar sobre algum ponto em que a inserção é homogênea, a decisão de mérito só pode ter o mesmo teor para todos eles, e unitário é o litisconsórcio” (MOREIRA, 1972, p. 145).

Nesse ponto, muitos autores, com destaque a Cândido Rangel Dinamarco (1986, p. 151) e a José Carlos Barbosa Moreira (1972, p. 146), afirmam que na solidariedade passiva não há necessariamente unitariedade. Tais afirmações partem, contudo, do estudo da estrutura da relação jurídica obrigacional que se forma na solidariedade simples (ativa ou passiva), em que vários são os vínculos obrigacionais existentes entre o credor e os devedores em multiplicidade e, para cada vínculo, há uma pretensão e uma lide diferenciada.

Não é, no entanto, o que se demonstrou no estudo das obrigações do art. 23, CRFB, nas quais se observa a existência de vínculo obrigacional unitário que liga o credor aos múltiplos devedores. Nessa hipótese, a situação substancial que dá origem à relação processual há que ser decidida de forma única, uniforme, em relação a todos os co-legitimados passivos, existindo aí verdadeira unitariedade a justificar a extensão da coisa julgada àquele que até poderia, mas, por livre escolha daquele que deduziu sua pretensão em juízo, não se litisconsorciou.

Arruda Alvim destoa desse entendimento. Para ele, o respeito ao teor do art. 472, primeira parte⁷¹, exige que no litisconsórcio facultativo os efeitos da sentença sejam sentidos apenas para o litisconsorte que efetivamente tenha figurado como parte na relação jurídica de direito processual (2006, p. 80). São, todavia, correntes os entendimentos doutrinários de que o litisconsórcio facultativo

⁷⁰ O mesmo raciocínio há que ser feito para o regime especial do litisconsórcio unitário, que igualmente “importa a consagração de sérias restrições à atividade processual das partes coligadas, ou pelo menos à produção dos efeitos dos atos ou omissões que cada uma pratique sozinha. É um mal que se aceita *para evitar mal maior*, e unicamente enquanto indispensável à consecução desse objetivo” (MOREIRA, 1972, p. 144-145).

⁷¹ CPC, “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. [...]”.

unitário excepciona a regra do art. 472, CPC, haja vista que todos os legitimados para a causa, tenham ou não participado do processo, são atingidos pela coisa julgada. Extrapolam-se, pois, os limites subjetivos da coisa julgada material, já que “A coisa julgada atinge os que participaram do processo e os que, nada obstante implicados diretamente na situação jurídica incindível afirmada no processo, nele não tomaram parte” (OLIVEIRA, 2010, p. 186).

A extensão da coisa julgada aos litisconsortes passivos ausentes voltará a ser tratada neste trabalho, na parte destinada ao estudo do cumprimento da sentença proferida nas ações destinadas à obtenção das prestações positivas do art. 23, CRFB. Pelo momento, releva destacar que, em se considerando que da competência material comum do art.23, CRFB, decorre o vínculo obrigacional único estabelecido entre o credor daquelas prestações sociais e os seus múltiplos devedores, ou seja, os entes federados obrigados simultânea e paralelamente à satisfação das mesmas e, à luz dessa circunstância, reconhecendo-se que a natureza dessa relação jurídica de direito material – incindível - enseja a formação de litisconsórcio passivo unitário, razões não há para não se aplicar às ações destinadas ao cumprimento das mesmas as regras aqui tratadas sobre a possibilidade de extensão da coisa julgada ao litisconsorte ausente.

Como bem ressaltado por José Rogério Cruz e Tucci (2006, p. 281):

[...] a coisa julgada que emerge da sentença de procedência do pedido favorável ao devedor que litigou sozinho, no âmbito de ação (des)constitutiva, também beneficia os demais devedores solidários, estranhos ao processo. Estes poderão opô-la à nova investida de eventuais credores comuns que tenham participado no pólo passivo da precedente demanda.

Afaste-se, por fim, qualquer alegação de que essa extensão dos efeitos da coisa julgada ao litisconsorte ausente se operaria *secundum eventum litis*, tal qual se verifica na tutela jurisdicional transindividual. Afinal, se é pela estrutura da relação jurídica material e pelos efeitos que se espera do processo sobre ela que se justifica a extensão da coisa julgada ao litisconsorte ausente, garantindo-se que a tutela jurisdicional seja prestada a todos os titulares da relação jurídica substancial de maneira uniforme, pouco importará a sorte do direito material nela debatido, de forma que, “quer seja o pedido julgado procedente, quer improcedente, a regra jurídica concreta formulada na sentença terá de aplicar-se de modo uniforme a todos

os interessados” (MOREIRA, 1972, p. 148).

Conclui-se, pois, que a classificação procedida no Capítulo 3 quanto à natureza das obrigações previstas no art. 23, CRFB, tomando em conta a estrutura da relação jurídica subjacente (apontando-as como obrigações solidárias correatas), traz, como um de seus principais reflexos na ordem processual, a possibilidade de estender a coisa julgada ao litisconsorte passivo ausente, sem o temor de, assim procedendo, afrontar-se o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

5 O ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A EXTENSÃO SUBJETIVA DA TUTELA JURISDICIONAL: FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA.

Muito se disse no capítulo anterior sobre a possibilidade do litisconsórcio facultativo unitário permitir que se estendam os efeitos da sentença ao litisconsorte passivo que não compôs a lide, pela necessidade de se dar tratamento uniforme a todos os sujeitos da relação jurídica de direito material objeto da demanda⁷². Falou-se, pois, em hipótese excepcional de alargamento do espectro de alcance da coisa julgada material àquele que não compôs formalmente a lide.

Nesta parte da pesquisa, passa-se a uma análise um pouco mais esmiuçada dessas assertivas, no intuito de examinar a sua incidência nas obrigações do art. 23, CRFB, permitindo que o estudo avance um pouco mais na questão da legitimação passiva e da formação de litisconsórcio passivo nas ações destinadas à obtenção do cumprimento de tais prestações materiais do Estado, porém não mais agora com enfoque na fase cognitiva do processo, e sim naquela destinada ao cumprimento da sentença, onde se alcançará, enfim, a efetiva entrega da tutela pretendida ao jurisdicionado.

5.1 A NATUREZA E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO PARA OBTENÇÃO DE PRESTAÇÕES SOCIAIS.

Com vistas a garantir maior efetividade à tutela jurisdicional (aliando à ideia de efetividade a de oportunidade), as inovações trazidas ao sistema processual pela Lei n.º 11.232/2005 tinham por escopo permitir uma tramitação mais célere dos processos (no intuito de materialização do princípio constitucional de razoável duração – art. 5º, LXXVIII, CRFB), instituindo-se, nesse desiderato, procedimentos mais específicos e simplificados para o cumprimento da sentença.

⁷² Como bem destacado por Ovídio A. Baptista da Silva (2002, p. 258), “nessa espécie de litisconsórcio a sentença há que ser uniforme mesmo para aqueles interessados que tenham ficado alheios à demanda, em razão de ser unitária a relação litigiosa, de tal sorte que ela só poderia existir ou desaparecer para todos os sujeitos que a integram, para os que hajam participado da causa, como litisconsortes, e também para os demais que poderiam ligar-se aos primeiros em litisconsórcio e não o fizeram”.

As ações intentadas para obtenção do cumprimento de obrigações específicas, de fazer ou não fazer, de entrega de coisa (certa ou incerta), ou de pagar quantia, passaram a ser reguladas pelo Livro I do Código de Processo Civil, mais especificamente pelas disposições dos arts. 461, 461-A e art. 475- I a 475-R, CPC, respectivamente. Nelas, cognição e execução são reunidas em uma única demanda, no mesmo processo, por essa razão dito sincrético.

Observa-se, no entanto, que, naquelas destinadas ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou de entrega de coisa (arts. 461 e 461-A, CPC), as fases cognitiva e executiva são quase indistintas, diferentemente do que se vê nas ações voltadas ao pagamento de quantia certa, em que, exigindo-se da parte interessada que requeira a tutela executiva, se instaura verdadeiro módulo executivo, ainda que num mesmo processo (ABELHA, 2010, p. 761). Encontram-se, então, nesses artigos de lei, uma série de medidas destinadas a agilizar a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer, ou para entrega de coisa, além da previsão de procedimento que dispensa a instauração de processo autônomo para a execução das sentenças proferidas nas ações dessa natureza (DINAMARCO, 2009b, p. 511).

Aliás, a respeito do procedimento para cumprimento da sentença proferida nas ações fundadas nos arts. 461 e 461-A, CPC, cumpre pôr em relevo ser uma de suas principais características a ausência de uma “estrutura formal prestabelecida, com divisão em fases ou indicação da ordem seqüencial a ser observada para a realização de cada ato [...]; não há um procedimento-modelo para a execução imediata regida pelo art. 461” (DINAMARCO, 2009b, p. 522). Essa nova postura legislativa corrobora todas as considerações que foram tecidas logo no início deste trabalho, quando se destacou que o formalismo do processo civil do Estado Liberal, no estágio atual da evolução da ciência processual, cede lugar, no Estado Democrático de Direito, ao formalismo-valorativo, em que se outorga ao julgador uma maior liberdade em relação aos meios e procedimentos a serem adotados com vistas à produção dos melhores resultados e à máxima efetividade da atividade jurisdicional.

Considerando, então, que as ações movidas pelos cidadãos no intuito de obter o adimplemento pelo Estado das obrigações previstas no art. 23,

CRFB⁷³, são, em sua maior parte, ações destinadas à obtenção da tutela específica de obrigações de fazer ou para entrega de coisa, que se regulam pelas disposições dos arts. 461 e 461-A, CPC, aplicam-se a elas, em processo indubitavelmente sincrético, todas as técnicas processuais de transformação, consubstanciadas nas medidas coercitivas previstas no artigo de lei em comento, com vistas ao efetivo cumprimento da obrigação de direito material.

Além disso, formam-se, como qualquer outra, pelo trinômio partes (legitimados ativos e passivos), pedido (pretensão à tutela cognitiva/executiva), e causa de pedir (inadimplemento da obrigação de fazer atribuída constitucionalmente a todos os entes federados), e não prescindem do preenchimento das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse processual) para o seu regular processamento, que, quase indistintamente, se confundem em relação à pretensão de natureza cognitiva e executiva, que se mesclam no mesmo processo e são aferíveis, de plano, no momento do ajuizamento da demanda (ABELHA, 2010, p. 761)⁷⁴.

A possibilidade jurídica do pedido, ou seja, a não vedação do pedido pelo ordenamento jurídico, é facilmente aferível pela observação e análise do conteúdo da pretensão deduzida em juízo. Assim, se consubstanciado no cumprimento de obrigação material (prestação social positiva) do Estado, inserta em um dos incisos no art. 23, CRFB (ainda que não só nele⁷⁵), certamente estar-se-á diante de pedido juridicamente possível, eis que fundamentado na norma constitucional e ausente qualquer vedação desse tipo de pedido no ordenamento

⁷³ Destaque-se a necessária remissão ao Capítulo 3 da presente pesquisa, em que se apontou que algumas das obrigações materiais previstas no art. 23, CRFB, destinadas a assegurar um mínimo existencial que confira vida digna aos cidadãos, consubstanciam-se em direito subjetivo constitucional a ações positivas do Estado (direito a prestações sociais fáticas e normativas, de proteção e de organização e/ou procedimento), a ensejar o exercício do direito constitucional de ação, com vistas a forçar o Estado ao seu adimplemento.

Traça-se aqui, pois, o necessário corte metodológico, para ressaltar que o estudo ora iniciado tem por foco as ações destinadas à satisfação dessas obrigações, especificamente, não se ocupando das prestações que constituam direito subjetivo público apenas em sua versão negativa.

⁷⁴ Convém, no entanto, destacar as lições de Araken de Assis (2007, p. 109), no sentido de que “sejam quais forem as ‘condições’ artificiosas impostas à ação executória, o acesso à tutela jurisdicional pelo cidadão ignora limites e rejeita restrições apriorísticas. É no processo, regularmente formado, que o juiz apura a admissibilidade da pretensão formulada pelo autor”.

⁷⁵ No Capítulo 2 da pesquisa demonstrou-se que muitas das obrigações materiais previstas no art. 23, CRFB, reiteram e enrobustecem a proteção a direitos fundamentais sociais previstos em outras partes do texto constitucional. Observe-se, apenas a título de exemplo, que muitas das ações destinadas ao cumprimento da obrigação de prestação de assistência à saúde, fundam-se não só no art. 23, II, CRFB, mas também em outros preceitos constitucionais em que tutelado o direito material à saúde (art. 196 e segs., CRFB).

jurídico vigente.

O mesmo pode ser dito em relação ao interesse processual, aferível pela análise da utilidade e adequação do provimento jurisdicional requerido pelo cidadão, na busca do cumprimento das obrigações materiais do Estado. Questões do tipo: a) é necessário o provimento jurisdicional para forçar o Estado à prestação material exigida?, ou b) o provimento jurisdicional foi adequadamente pleiteado por meio da ação proposta?, se respondidas afirmativamente, revelam a presença do interesse processual enquanto condição da ação para cumprimento das obrigações materiais (ações positivas do Estado) do art. 23, CRFB.

Quanto à legitimação para a causa, esta também não suscita grandes dúvidas ou problemas em relação ao polo ativo da demanda. Afinal, para aferir a legitimação ativa, basta ao julgador analisar se aquele que deduziu a pretensão em juízo é (ou não) o titular do direito material reclamado, ou seja, se o cidadão é, de fato, “credor” da obrigação do Estado de realizar a prestação social positiva pretendida. Se a resposta for positiva, tem-se perfeitamente configurada a sua legitimação ativa para a causa.

No que pertine à legitimação passiva para as demandas dessa natureza, ou seja, o fato de ser o ente federado demandado realmente o devedor da obrigação (prestação social positiva) reclamada, podendo sujeitar-se aos efeitos da sentença proferida, muito embora a questão não seja assaz problemática, em razão da extrema relevância de sua compreensão para o desenvolvimento do estudo do problema levantado na presente pesquisa, passa a ser analisada, a seguir, com mais vagar e detalhamento.

5.2 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE PASSIVA.

Com base nas lições extraídas da Teoria Geral do Processo, afirma-se que a legitimidade da parte liga-se à ideia refletida no texto do art. 6º, CPC, segundo a qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Portanto, será titular da ação (legitimado ativamente para ela) o titular do direito subjetivo material pretendido, e apenas poderá ser demandado o titular da obrigação correspondente a esse mesmo direito (CINTRA;

GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 278). A legitimação passiva, portanto, pressupõe a verificação de quem poderá sujeitar-se aos efeitos materiais e formais da sentença (ALVIM, 2006, p. 397). Esse entendimento se aplica indistintamente às ações em geral, independentemente da natureza da pretensão de direito material por elas veiculada, sendo possível utilizar tais conceituações e regramentos seja à tutela de natureza cognitiva como à de natureza executiva, nesta incluídos os procedimentos para cumprimento da sentença.

À luz de tudo o que já se disse ao longo da pesquisa, a regra de competência material comum do art. 23, CRFB, atribui a todos os entes da federação, indistintamente, o dever de cumprimento das obrigações previstas em seus incisos. De conseguinte, parece não haver equívoco em se afirmar que todos os entes federados têm, em conjunto ou isoladamente, legitimidade (ordinária) para ocupar o polo passivo dessas demandas, haja vista que, por força da natureza da relação jurídica de direito material que os une, todos podem sofrer os efeitos da sentença nelas proferida. Todos são, pois, legitimados passivos para a demanda, cabendo ao credor da obrigação a livre escolha contra quem dirigi-la.

Não se pode deixar de apontar que essa escolha do cidadão, enquanto credor da prestação social, em relação a qual ente federado dirigir a sua pretensão, nem sempre se dá como na solidariedade passiva civil simples. Nestas, na maior parte das vezes, o credor escolhe dirigir a sua pretensão contra um de seus codevedores levando em conta uma suposta maior solvabilidade deste em relação aos demais. Nas ações fundadas na competência material comum do art. 23, CRFB, em que se busca a tutela específica de um fazer ou de entrega de coisa, a que esteja o Estado (gênero) obrigado, muitas vezes o cidadão nem sabe ao certo como se dá a divisão interna e funcional das tarefas que são paralela e simultaneamente afetas aos entes da federação.

Aliás, querer que o cidadão, parte indubitavelmente mais vulnerável da relação jurídica material, conheça previamente e com exatidão a regra administrativa de divisão interna da competência material comum do Estado (gênero, repita-se), exigindo-lhe dirigir a sua pretensão contra um ou contra outro, parece nem mesmo respeitar o princípio da igualdade material entre as partes, princípio basilar de qualquer processo que se pretenda justo e democrático, situação esta agravada pelo fato do parágrafo único, do art. 23, CRFB, estabelecer que os entes federados atuarão em regime de cooperação, relegando a regulamentação

dessa “cooperação” a leis complementares que sequer chegaram a ser editadas.

Por assim ser, o cidadão, credor da prestação social inadimplida pelo Estado, acaba por dirigir a ação contra o ente federado que acredita ser aquele que, com maior facilidade, poderá realizar a prestação social pretendida, ou contra aquele que entende ser o titular do dever de adimplemento.

A despeito dessa contingência, não há como se negar que a legitimidade passiva para essas causas é do Estado (gênero), não havendo qualquer impropriedade em dirigi-la contra qualquer dos entes federados encarregados do dever de realização das tarefas sociais.

A questão que mais suscita dúvida, no entanto, considerando tratar-se de vínculo único a unir os legitimados passivos enquanto devedores da obrigação (solidária passiva correal), a exigir que a sentença seja uniforme em relação a todos eles (litisconsórcio facultativo unitário), seria aquela que busca sentido, ou mesmo qualquer utilidade prática, em só se autorizar o manejo dos atos de execução contra aquele legitimado passivo que efetivamente ocupou o polo passivo da demanda, posto que somente ele foi indicado como devedor no título executivo judicial.

A situação fica ainda mais intrigante ao se observar que as obrigações comuns dos entes da federação sujeitam-se, em sua maior parte, à técnica de execução por transformação (fazer) ou desapossamento (entrega de coisa), não parecendo conveniente resolver-se a questão ao socorro das técnicas e regras processuais destinadas às execuções de pagar quantia, criadas no intuito de proteger o vetusto sagrado direito de propriedade do devedor contra atos de expropriação sem lhe permitir o contraditório, como aquelas referentes à responsabilidade patrimonial do fiador, dos sócios da pessoa jurídica, dos responsáveis tributários etc.

Alie-se a isso, ainda, que nas ações voltadas ao cumprimento das obrigações de fazer ou para entrega de coisa, dirigidas contra os entes da federação (um, alguns ou todos os obrigados) com base na regra de competência material comum do art. 23, CRFB, deve o Estado-juiz cada vez mais ocupar-se em buscar o seu cumprimento na forma específica, pois, ao assim proceder, estará, por meio do exercício da atividade jurisdicional, restaurando-se, de fato e de forma direta, o interesse juridicamente protegido que fora sacrificado⁷⁶. Portanto, encontrar meios

⁷⁶ “Diz específica a execução consistente na restauração direta do interesse sacrificado (Cristiano Mandrioli) mediante oferta, a quem tem um direito, da precisa situação que o obrigado deveria

alternativos para a tutela específica de tais obrigações corresponde, exatamente, a tornar mais efetiva e oportuna a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

Na tutela executiva, a regra geral da legitimação passiva é extraída do art. 568, I, CPC, segundo o qual serão legitimados passivos para a execução “o devedor, reconhecido como tal no título executivo”. O art. 568, IV, CPC, de sua vez, prevê a legitimidade passiva para a execução do *fiador judicial*, “ou seja, aquele que no curso do processo se coobrigou a responder pela dívida com o executado” (ABELHA, 2010, p. 733), estendendo-se esse raciocínio aos fiadores convencionais. São, portanto, legitimados passivos ordinários, a depender a classificação da legitimação como superveniente (ou não) do momento em que o fiador se coobrigou ao adimplemento da dívida juntamente com o executado (se antes ou no curso da execução). E o art. 568, V, CPC, atribui legitimidade passiva ao responsável tributário, considerando a doutrina que essa legitimação será extraordinária nas hipóteses de substituição tributária, e ordinária nos casos de sucessão ou solidariedade (ABELHA, 2010, p. 733).

Essas regras foram aqui reproduzidas no intuito de revelar a vontade do legislador em considerar legitimado passivo ordinário não só o devedor indicado no título executivo (art. 568, I, CPC), mas também os codevedores que se liguem entre si pelo vínculo da solidariedade, como, por exemplo, o fiador (judicial ou convencional) e o devedor solidário de dívida tributária.

No entanto, para os casos de simples solidariedade passiva civil, como é o caso do fiador convencional, observa-se comumente conjugar-se a regra de legitimidade do art. 568, IV, CPC, com aquela do inciso primeiro do mesmo artigo, exigindo-se que, à falta de título executivo extrajudicial, a ação condenatória seja contra ele dirigida, com vistas à obtenção do título (judicial) passível de execução (ABELHA, 2010, p. 733)⁷⁷. Assim, para os casos de simples solidariedade passiva civil, vincula-se a legitimação passiva para a execução do título judicial (cumprimento da sentença) à efetiva participação do co-devedor solidário da fase cognitiva do processo, facultando-lhe o regular exercício do contraditório e da ampla

haver produzido e não produziu, ou que ele alterou sem ter o direito de alterá-la, ou impediu que se produzisse quando devia ter permitido” (DINAMARCO(b), 2009, p. 508).

⁷⁷ Nesse sentido, aponta Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 739), ao tratar da responsabilidade patrimonial do sócio em relação à dívida da pessoa jurídica pela qual seja corresponsável, que “O que não se admite, portanto, é que o credor, tendo obtido um título judicial apenas contra a sociedade, promova, com efeito surpresa, a execução também contra o sócio, como se fosse possível usar a regra do art. 592, II, do CPC diretamente na execução”.

defesa para a formação do título judicial que embasará a execução contra si dirigida.

Todavia, o vínculo que une os entes federados no dever de cumprimento das obrigações materiais do art. 23, CRFB, conforme já abordado ao longo desta pesquisa, é muito mais estreito que aquele da simples solidariedade, o que conduziu à conclusão de que tal vínculo – único, incindível e com objeto igualmente único – caracteriza a solidariedade passiva correal entre os entes federados coobrigados. E, mais. Demonstrou-se também que, em razão da natureza da relação jurídica de direito material, a figura litisconsorcial que se forma entre eles no polo passivo das ações destinadas ao cumprimento daquelas obrigações é o facultativo (porque solidária a obrigação) e unitário (porque correal, ou seja, fundada em vínculo obrigacional único, a exigir tratamento uniforme a todos os codevedores).

Em assim sendo, não parece haver qualquer sentido lógico, e menos ainda qualquer relevância prática, em estender o tratamento dado à legitimação passiva para a tutela executiva fundada em título judicial nas hipóteses de solidariedade passiva civil simples às ações voltadas ao cumprimento das obrigações previstas no art. 23, CRFB, vedando-se que o comando sentencial atinja o ente federado que, embora legitimado passivo para tanto, não participou da fase cognitiva do processo, não se formando formalmente contra ele o título executivo judicial. Afinal, a sua situação jurídica perante o credor da obrigação não poderá receber tratamento jurisdicional diverso, ainda que promovida uma nova e posterior ação contra o litisconsorte ausente.

É preciso, pois, que se aprofunde um pouco mais na análise do tema, com vistas à obtenção de uma resposta adequada à questão posta, relativa à legitimidade passiva do litisconsorte ausente para a fase executiva nas ações destinadas ao cumprimento das obrigações do art. 23, CRFB.

5.3 OS EFEITOS DA SENTENÇA E OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.

Ao final do Capítulo 4, abordou-se a questão da limitação subjetiva da coisa julgada material às partes, por força da expressa disposição do art. 472, CPC, apontando-se que o texto legal traça como regra a vedação de que a sentença vincule terceiros que não compuseram a lide, haja vista não terem os mesmos

podido nela livremente exercer o seu mais amplo direito de defesa e de contraditório, através de devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CRFB).

A harmonia do sistema processual faz, então, que comumente se observem na legislação infraconstitucional disposições destinadas a impedir que a eficácia da sentença se dê ultrapartes, evitando que a tutela jurisdicional concedida reflita na esfera jurídica de pessoas que não figuraram em nenhum dos polos da relação jurídica processual. Cândido Rangel Dinamarco (2009a, p. 214-215) aponta, como exemplos, as disposições expressas dos arts. 566, I e 568, I, c/c art. 475-R, CPC, já aqui mencionados, que revelam a vontade do legislador de, como regra, limitar a legitimação ativa e passiva na execução do título judicial apenas aos credores e devedores indicados na sentença, bem como a faculdade que o art. 475-L outorga ao executado para impugnar a execução quando não houver figurado como parte na fase de conhecimento do processo.

É necessário fazer, aqui, parênteses para destacar que o estudo não terá por foco os efeitos reflexos da sentença⁷⁸, ou seja, a aptidão que o ato tem de legitimamente atingir terceiros estranhos à relação jurídica material havida entre os sujeitos ativo e passivo do processo, por serem esses terceiros titulares de alguma relação jurídica a ela relacionada e que, a depender do caso, podem até mesmo adentrar na lide por uma das formas de intervenção, voluntária ou provocada (DINAMARCO, 2009a, p. 215). Ao se mencionar a ultrassubjetividade da tutela jurisdicional, o que de fato interessa à presente pesquisa é o estudo da possibilidade da sentença produzir efeitos diretos àquele que, por ser sujeito passivo da relação jurídica de direito material, poderia ter normalmente figurado no processo como parte, mas, por qualquer razão que seja, não compôs formalmente a lide, formando-se o título judicial sem a sua participação no procedimento, de modo a autorizar o manejo de atos executivos contra si em caso de inadimplemento da obrigação fixada no ato judicial.

Tecida a ressalva supra, inicia-se a análise da questão destacando-se que a aptidão da sentença para produzir efeitos apenas em relação a quem compôs formalmente a lide, ou atingir reflexamente aquele que possua algum tipo de relação jurídica relacionada à lide é, pois, a regra geral que, como regra que é, comporta exceções.

⁷⁸ Nesses casos, tem-se que “A projeção *ultra partes* dos efeitos reflexos da sentença é consequência da eficácia natural desta” (DINAMARCO, 2009, p. 216).

Uma dessas exceções, frequentemente indicada pela doutrina, é a hipótese de solidariedade ativa ou passiva, em que a sentença produzirá efeitos sobre a esfera jurídica do credor e/ou devedor que não tenha participado do processo. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2009a, p. 216):

São excepcionais no sistema as extensões subjetivas da eficácia da sentença, a ponto de atingir diretamente as esferas jurídicas de terceiro não participante do processo. Uma hipótese geralmente considerada é a da solidariedade ativa ou passiva, bastando figurar no processo um dos credores ou devedores solidários, para que a sentença beneficie ou atinja os direitos e interesses de todos (CC, arts. 267, 275 etc.): condenado um devedor solidário, pelo que pagar terá ele o direito de se reembolsar à custa dos demais, proporcionalmente, na qualidade de sub-rogado.

Assim, nos casos de solidariedade – e aqui foca-se a passiva, apenas por força do corte metodológico já traçado, muito embora o tratamento se estenda igualmente à ativa –, a sentença atingirá o codevedor solidário que não figurou no processo (e nele, portanto, não exerceu o contraditório), haja vista estabelecer-se o direito de reembolso entre eles. A regra que se põe é, então, a seguinte: havendo a condenação de apenas um dos devedores solidários, o título executivo judicial forma-se unicamente em relação a este (arts. 566, I e 568, I, CPC) e este será chamado a responder perante o credor pela obrigação na sua totalidade. De conseguinte, sub-roga-se no crédito em relação à quota-parte atribuída aos demais corresponsáveis, assegurando-lhe, pois, o respectivo direito de regresso. Daí dizer-se que aquela sentença atingiu diretamente (e não apenas produziu efeitos reflexos) a esfera jurídica daqueles que, embora sejam partes na relação jurídica substancial, não figuraram como parte na relação jurídica processual.

Essa extensão subjetiva da eficácia da sentença é medida necessária a que o processo realmente sirva à concretização do direito material. Afinal, se assim não fosse, a regra da solidariedade, nos moldes em que é estabelecida pelo direito civil, não poderia atuar concretamente, restando definitivamente prejudicada a sua aplicação. Assim, admite-se, sem maiores inquietações, que nos casos de solidariedade a sentença produza efeitos também perante o devedor que não compôs a lide em razão da livre escolha exercida pelo credor no momento de deduzir sua pretensão em juízo.

Acresça-se, ainda, que, formando-se a obrigação solidária passiva

civil por uma comunhão de vínculos obrigacionais dos devedores individualmente considerados perante o credor comum, vínculos estes autônomos e, em alguns casos, até mesmo díspares, justifica-se a vedação a que a execução do título judicial formado contra um dirija-se contra aquele que não compôs formalmente a lide na fase cognitiva, pois que a este não foi permitida a oposição, em juízo, de suas exceções pessoais em relação ao credor, direito este que lhe é expressamente assegurado pelo art. 281, CC.

Assim, para os casos de solidariedade passiva simples, a legislação civil e processual civil ocupa-se em reservar a possibilidade de dedução da pretensão executiva àqueles que figuraram no título executivo judicial, ou seja, ao devedor solidário que figurou como parte no processo em sua fase cognitiva, contra o qual se formou o título, tudo isso no intuito de se evitar que haja execução sem título, com suposta afronta às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Esta não é, contudo, a situação do vínculo que une os entes da federação ao cumprimento das prestações sociais do art. 23, CRFB, de forma que a extensão subjetiva acima tratada, muito embora sirva de indicativo para solução, não consegue resolver definitivamente a questão formulada ao início deste capítulo.

Parece necessário, então, agregar a esses entendimentos a questão do alcance ultrapartes da coisa julgada material, ressaltando, por imperativa precisão terminológica, que a “extensão subjetiva da eficácia da sentença” não se confunde com a “autoridade da coisa julgada material”, tratando-se de fundamentos díspares, ainda que interrelacionados. Afinal, “indagar quem se beneficia dos efeitos da sentença e quem deve suportá-la não é o mesmo que indagar quem pode e quem não pode, no futuro, questionar os resultados de um processo, estabelecidos em sentença coberta pela coisa julgada” (DINAMARCO, 2009a, p. 214).

A questão que se põe, procedendo-se ao estudo pelo viés do limite subjetivo da coisa julgada, consiste em saber se aquele co-devedor solidário que não foi parte na relação jurídica processual, muito embora inegavelmente sofra os efeitos da sentença em sua esfera jurídica, restaria igualmente vinculado à autoridade da coisa julgada material formada no processo em que não exercitou o contraditório. E, nesse ponto, a natureza da relação jurídica material e do vínculo existente entre os devedores solidários parece ser o ponto nodal à elucidação do tema.

Conforme destacado há pouco, observa-se nas obrigações solidárias passivas civis simples uma multiplicidade de vínculos obrigacionais entre cada co-devedor e o credor, que podem até mesmo ser diferentes uns dos outros, todos unificados pelo feixe da solidariedade. No entanto, essa multiplicidade (e eventual disparidade) de vínculos revela que, uma vez provocado o Judiciário para a resolução de conflito de interesse que tenha por objeto essa relação jurídica de direito material, a questão poderia vir a ser decidida diferentemente para cada um dos coobrigados, partes no processo. Essa circunstância autorizou afirmar, no capítulo antecedente, que o litisconsórcio passivo que eventualmente se formaria, nessas hipóteses, seria o facultativo simples (facultatividade na sua formação, com possibilidade de tratamento jurídico diferenciado aos coobrigados).

Por conseguinte, a coisa julgada material, ou seja, a imutabilidade da decisão, nesses casos, recai apenas sobre aquele que foi parte no processo, de modo que este não poderá mais rediscutir o seu conflito de interesses perante o Judiciário, após o trânsito em julgado da decisão. E, se a questão foi, em relação a ele, definitivamente resolvida pelo Judiciário, é natural que, uma vez descumprindo o ato judicial, será contra si dirigida a pretensão executiva para cumprimento da obrigação.

Não obstante, destacou-se também no Capítulo 4 que determinadas relações jurídicas de direito material, com multiplicidade de legitimados passivos para as ações destinadas à sua resolução, admitem que a ação seja dirigida apenas contra um ou alguns deles, caracterizando, pois, hipótese de formação de litisconsórcio passivo facultativo. Por força da unitariedade de seu objeto, porém, ainda que a ação não seja proposta contra todos os legitimados passivos, a solução a ser dada à lide há que ser uniforme em relação a todos. Essas relações jurídicas de direito material, portanto, ao serem discutidas perante o Judiciário, autorizam a formação de figura excepcional de litisconsórcio passivo facultativo unitário.

Tomando por marco teórico as lições de José Carlos Barbosa Moreira⁷⁹, apontou-se no Capítulo 4 que nessas raras hipóteses de litisconsórcio passivo facultativo unitário observa-se uma ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada material, o que corresponde a dizer que, em casos tais, a imutabilidade da decisão judicial recairá mesmo sobre aquele que, muito embora legitimado passivo

⁷⁹ Em sua obra *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

para a causa, não figurou como parte na relação jurídica de direito processual.

Portanto, nas hipóteses de litisconsórcio passivo facultativo unitário, uma vez decidida a situação litigiosa pelo Judiciário, com o trânsito em julgado da decisão, também o litisconsorte ausente vincula-se a ela e fica impedido de rediscutir judicialmente a controvérsia estabelecida em torno da relação jurídica de direito material, haja vista que o ato judicial também o alcança. E, justamente por estar tão vinculado ao comando judicial, parece não haver óbice a que, uma vez descumprido o ato judicial, a pretensão executiva correspondente também possa alcançá-lo.

O direito do trabalho já enfrentou a questão à sociedade em relação à solidariedade estabelecida entre os co-legitimados passivos quando constatada a existência de grupo econômico entre eles. Lá, num primeiro momento, solidificou-se a Súmula 205/TST segundo a qual “O responsável solidário, integrante de grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado, e que, portanto, não consta do título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução”. Esta, no entanto, após inúmeras discussões e esgotada a questão perante os Tribunais do Trabalho, foi cancelada pela Resolução n.º 121/2003, publicada no DJ de 21.11.2003, admitindo-se, a partir de então, que a execução trabalhista, nos casos de grupo econômico, seja dirigida contra o devedor solidário, a despeito de ele não ter figurado como reclamado na relação processual e, conseqüentemente, de não ter contra ele se formado o título executivo judicial⁸⁰.

À luz da análise já realizada quanto ao vínculo que reúne os sujeitos passivos na competência material comum do art. 23, CRFB, observou-se que, por

⁸⁰ “Execução. Falência. Grupo econômico. Súmula 205 do TST. Enquanto ainda estava de pé a Súmula 205 do TST, o exeqüente, se falido o devedor, não tinha senão que habilitar o crédito na falência. Mas com o cancelamento da Súmula, abriu-se a oportunidade de se estender os limites subjetivos da execução, para alcançar empresas do mesmo grupo. Não pode significar outra coisa o cancelamento da Súmula. Se nela se dizia que não se podia fazer tal coisa, o cancelamento, na medida em que traduz alteração do entendimento, significa que agora pode. Daí porque o credor tem, sim, o direito de prosseguir a execução na própria Justiça do Trabalho, e voltá-la contra empresas que integram o mesmo grupo econômico, ainda que não constem do título executivo (TRT da 2ª Reg./SP. 11ª Turma - Agravo de Petição n.º 02051200205702006 – Julg.em 25/04/2006)” (BRASIL, 2006).

Em igual sentido: GRUPO ECONÔMICO. DESNECESSÁRIA A PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS DO GRUPO NA FASE DE CONHECIMENTO. CANCELAMENTO DA SÚMULA Nº. 205 DO TST. Irrelevante o fato das empresas integrantes do grupo econômico não terem participado da fase de conhecimento com o cancelamento da Súmula 205 do C. Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução n.º 121/2003, permitindo-se alcançar empresas e, obviamente seus sócios e ex-sócios, que não tenham participado da relação jurídica inicial. (TRT da 2ª Reg./SP. 12ª Turma - Agravo de Petição n.º 02036199805002006 – Julg. em 28/06/2006)” (BRASIL, 2008).

força da natureza da relação jurídica de direito material formada entre credor e devedores, tem-se configurada hipótese de formação de litisconsórcio facultativo unitário, de modo que a sentença não só produzirá efeitos perante o litisconsorte ausente, como também a autoridade da coisa julgada material recairá sobre ele.

Assim, o ente federado que, por opção do credor, não figurou no polo passivo da relação jurídica de direito processual na sua fase cognitiva, encontra-se impedido de rediscutir a questão litigiosa em relação processual futura já que a natureza da relação jurídica substancial exige tutela jurisdicional uniforme para todos os sujeitos a ela vinculados, ainda que não tenham sido efetivamente partes na relação jurídica processual. Uma nova ação seria, apenas e tão somente, mera repetição da primeira, já que o resultado a ser alcançado ao seu final seria exatamente o mesmo. E não parece nada proveitosa essa inútil repetição de demandas perante os órgãos jurisdicionais, ao custo de tempo e dinheiro ao Estado e aos jurisdicionados.

Por fim, destaque-se que, justamente pela unitariedade do vínculo obrigacional, não se observam exceções pessoais dos co-devedores em relação ao credor comum, a justificar a incidência da regra do art. 281, CC. As exceções que podem ser deduzidas em juízo perante o credor comum são comuns a todos eles, sendo esta mais uma razão para que a coisa julgada material alcance o litisconsorte ausente, sem que isso implique em afronta ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, já que seu interesse juridicamente protegido pôde ser defendido em juízo pelo litisconsorte réu na ação para cumprimento da obrigação.

Toda essa argumentação conduz à afirmação de ser, sim, possível que, nas ações movidas pelos cidadãos contra algum ou alguns dos entes federados, na busca do adimplemento das obrigações materiais do art. 23, CRFB, sejam os atos executivos dirigidos contra o ente federado que poderia ter figurado como réu na fase cognitiva, mas que, por escolha do credor, venha a ser chamado a integrar a relação jurídica processual apenas em seu módulo executivo. Eventuais argumentos contrários a esse posicionamento merecem, no entanto, um olhar atento e cauteloso, para que não pareça precipitada a conclusão a que ora se chegou.

5.4 A POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA PARA EFETIVIDADE DO ART. 23/CRFB.

Indagou-se no início deste capítulo se seria possível ao autor formar litisconsórcio passivo facultativo ulterior, mais especificamente na fase destinada ao cumprimento da sentença, nas ações movidas contra os entes da federação com base na regra da competência material comum do art. 23, CRFB, na busca da tutela específica das obrigações de fazer ou para entrega de coisa nele previstas (ações positivas do Estado), a despeito de ter escolhido dirigir a demanda de natureza mista (cognitiva/executiva) apenas contra um de seus coobrigados.

Em consonância com as considerações tecidas aqui, parece não ser temerária, e tampouco equivocada, a resposta afirmativa à questão posta.

Não se pode, no entanto, deixar de tomar em conta os argumentos que normalmente poderiam vir a ser levantados no sentido de contrariar tal assertiva, principalmente: a) a eventual ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, em que foi albergado o direito à ampla defesa e ao contraditório; b) o desrespeito à regra de estabilização da lide para o regular exercício da atividade jurisdicional; e, por fim, c) a ofensa ao princípio basilar da tutela executiva da “*nulla executio sine titulo*”.

Passa-se, pois, a analisar um a um, no intuito de verificar se tais argumentos são realmente aptos a afastar a resposta afirmativa lançada.

5.4.1 Análise à Luz dos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal e do Acesso à Justiça.

Conforme ensinado por Nelson Nery Junior (2004, p. 60), “o princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o *devido processo legal*”. Encontra previsão constitucional expressa em seu art. 5º, LV, no sentido de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em sentido genérico, “caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela

àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico” (NERY JR., 2004, p. 63). Assim, tudo que se refira à tutela da vida, da liberdade ou da propriedade se sujeita à incidência do princípio em evidência.

Dentre os princípios constitucionais (espécies) derivados do princípio constitucional (gênero) do devido processo legal, está o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, CRFB, segundo o qual “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”. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2004a, p. 214),

A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – jurisdicional ou não (art. 5º, inc. LV), - significa em primeiro lugar que *a lei* deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e *o juiz* deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele o próprio contraditório.

Portanto, somente quando facultado ao réu participar de forma efetiva na relação jurídica processual, estabelecendo com a parte adversa - e por que não com o próprio julgador - um diálogo paritário, preparatório ao julgamento a ser realizado, é que se poderá dizer terem sido respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa e, via de consequência, do devido processo legal.

No presente estudo, firmou-se o entendimento de que a competência material comum do art. 23, CRFB, para a realização das obrigações materiais nele previstas, implica em reconhecimento de estarem todos os entes da federação estreitamente coobrigados à realização daquelas tarefas sociais (direitos fundamentais à espera de concretização), existindo entre eles um vínculo obrigacional único perante o credor comum (os cidadãos). Considerando, ainda, a unicidade das obrigações por eles partilhadas, afirmou-se, então, que esse vínculo obrigacional que os une seria o da solidariedade, mas não da solidariedade passiva civil simples, tal qual regulada pelo Código Civil, e sim a solidariedade passiva correal. Demonstrou-se, também, que a natureza dessa relação jurídica de direito material (vínculo obrigacional único e multiplicidade de coobrigados) exige, quando de sua discussão em juízo, pronunciamento jurisdicional uniforme em relação a todos os coobrigados, alcançando mesmo aqueles que não compuseram

formalmente a lide (formação de litisconsórcio facultativo unitário, com extensão subjetiva da coisa julgada material ao litisconsorte ausente).

A conclusão imediata a que se chegou é que, constatada a crise de inadimplemento em relação às obrigações fixadas no título judicial, nas ações movidas pelos cidadãos contra um ou algum(ns) dos entes federados coobrigados às prestações materiais do art. 23, CRFB, a tutela executiva poderia vir a ser manejada contra qualquer um dos coobrigados, inclusive contra o litisconsorte ausente.

A situação em tela – dirigir a pretensão executiva contra aquele que não participou do processo em sua fase cognitiva –, vista apenas superficialmente, poderia fazer crer que nesse proceder haveria nítida ofensa ao princípio do devido processo legal, e dos princípios dele derivados, do contraditório e da ampla defesa, haja vista que o título judicial que embasa a tutela executiva contra si dirigida formou-se sem a sua efetiva participação no processo. A conclusão é, no entanto, prematura, haja vista que a questão exige a consideração de alguns outros aspectos relevantes à sua elucidação e ao afastamento da crise de direito material em estudo.

Primeiramente, não se pode olvidar que tais princípios constitucionais gerais do processo devem conviver harmonicamente com outros, de igual ordem, o que acaba por exigir a necessária ponderação para se estabelecer a relação de prevalência entre um e outro (que, ressalve-se, não há que ser confundida com a exclusão de um para império do outro). Dentre esses princípios, destacam-se para o foco deste estudo aqueles da tutela jurisdicional adequada e efetiva e da duração razoável do processo.

Conforme já abordado no Capítulo 2 deste trabalho, o processo é instrumento de efetivação do direito substancial, tendo por principal escopo a pacificação social e, para que haja a adequada entrega da tutela jurisdicional pelo Estado, é imperioso que haja a adequação do processo ao fim almejado, possibilitando aos litigantes os meios adequados para se atingir os fins que levaram à instauração da relação processual. Daí a importância da adequação do processo (aí incluída a adequação da técnica processual e do procedimento) à situação de direito material controvertida, para que, de fato, o processo seja instrumento hábil à efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Por conseguinte, a criação pelo legislador de um procedimento inadequado, ou mesmo a utilização, pelo magistrado, do procedimento inadequado,

gera como resultado que o processo, ao seu fim, não sirva à efetiva entrega da tutela jurisdicional, podendo se falar, nessa hipótese, até mesmo em uma negação da tutela jurisdicional (e, portanto, do próprio princípio constitucional de acesso à justiça)⁸¹.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 171-173), considerando-se o processo civil um instrumento de proteção de direitos fundamentais, tem o julgador o dever de conformar o procedimento às necessidades do direito material e da situação concreta, ainda que se depare com a omissão legislativa, não se admitindo que o julgador deixe de dar tutela efetiva a direitos materiais por falta de norma processual explícita que lhe assegure efetividade. E, não só isso. Diante de duas interpretações razoáveis de determinada regra processual à luz da norma constitucional, “o juiz tem o dever de preferir a interpretação que garanta a máxima efetividade à tutela jurisdicional, considerando sempre o objeto a ser tutelado (a tutela do direito material) e a realidade social” (MARINONI, 2008, p. 173).

É evidente, pois, a estreita interrelação que se estabelece entre os princípios do devido processo legal (nele abarcado o contraditório e a ampla defesa) e da tutela jurisdicional adequada à efetivação do acesso à justiça.

Ao tratar da previsão constitucional do direito de acesso à justiça⁸², Cândido Rangel Dinamarco (2004a, p. 199) afirma:

Esse dispositivo não se traduz em garantia de mero ingresso em juízo ou somente do *juízo* das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão. [...] O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja *efetiva* como resultado prático do processo.

O art. 5º, XXXV, CRFB, portanto, não assegura apenas e tão somente o direito de ação, pois que inclui, também, em seu bojo, o direito à tutela jurisdicional adequada à concretização do direito material controvertido, garantindo-

⁸¹ Como dito por Flávio Luiz Yarshell (1999, p. 167), “pensar no processo é pensar no modo pelo qual o Estado desenvolve a função jurisdicional e, ao mesmo tempo, pensar nos ‘caminhos’ ou ‘remédios’ postos à disposição do interessado para desencadear o exercício dessa função. Com tais considerações, não é difícil perceber, ‘retorna-se’ ao tema do ingresso em juízo; não exatamente sob o ângulo da ‘ação’ tal como já examinado, mas sob a ótica do meio colocado à disposição tanto das partes, quanto do próprio Estado para a declaração e atuação do direito” (YARSHELL, 1999, p. 167).

⁸² CRFB, Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

se, para esse fim, a técnica processual, o provimento jurisdicional e os meios executórios adequados à efetivação da decisão judicial. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 140-141), “o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito”. Isso sim revela, em sua mais exata expressão, a ideia de garantia do devido processo legal e de acesso à justiça.

Outro princípio constitucional ligado intimamente ao da tutela jurisdicional adequada, e que não pode deixar de ser aqui mencionado, é aquele que agrega ao direito de acesso à ordem jurídica justa a noção de oportunidade do provimento jurisdicional. Nos termos do art. 5º, LXXVIII, CRFB, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Trata-se, pois, de norma consagrada a garantir o próprio princípio constitucional de acesso à justiça por meio de processo justo, já que não há como se tomar uma decisão por justa quando proferida tardiamente, após o perecimento do seu objeto⁸³.

Se a garantia estampada no art. 5º, LXXVIII, CRFB, revela que não se pode considerar justa, adequada, a tutela jurisdicional prestada extemporaneamente, é preciso mais do que garantir ao jurisdicionado o acesso ao Poder Judiciário e os meios adequados à sua defesa: a tutela jurisdicional pleiteada deve ser entregue pelo Estado ao jurisdicionado em momento oportuno, sendo considerado “prazo razoável” aquele que, uma vez desrespeitado, a providência jurisdicional se tornaria inútil. Daí ser possível afirmar a estreita ligação do princípio da duração razoável do processo à efetivação do devido processo legal (nele abrangidos a ampla defesa e o contraditório), eis que assegura a efetividade do processo, com economia de custo e de tempo, na busca do melhor resultado prático⁸⁴. Portanto,

⁸³ “Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente” (NERY JR., 2004, p. 132).

⁸⁴ “Para assegurar a efetividade do processo, tal princípio tem por objetivo uma economia de custo e de tempo, buscando a obtenção de um melhor resultado. A finalidade é proporcionar uma justiça rápida e econômica, tanto para as partes como para o Estado, atendendo aos valores constitucionais em uma perspectiva concreta e não apenas formal, oferecendo soluções justas, efetivas e tempestivas” (ABREU, 2008, p.88).

O direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória ou com as técnicas processuais voltadas a dar maior celeridade ao processo, mas também com a compreensão da sua duração de acordo com o uso racional do tempo pelas partes e pelo juiz. (MARINONI, 2008, p. 143)

Tecidas essas considerações, pergunta-se: se a competência material comum do art. 23, CRFB, por força da unicidade do vínculo existente entre os entes da federação, exige que o provimento jurisdicional seja uniforme em relação a todos, independentemente de qual(is) dele(s) tenha(m) efetivamente ocupado o polo passivo da ação movida pelo cidadão, qual a utilidade prática em se exigir deste, caso queira vincular o litisconsorte ausente ao cumprimento da tarefa estatal, que provoque mais uma vez a jurisdição, deduzindo nova demanda contra quem não figurou no processo na fase cognitiva? Nenhuma. Tal exigência, conforme se destacou, redundaria em mera repetição da primeira demanda, para se chegar a resultado idêntico. Serviria apenas a formalmente assegurar o contraditório e a ampla defesa ao litisconsorte ausente. Formalmente, haja vista que, materialmente, as exceções que poderia deduzir em juízo, comuns a todos os demais entes federados codevedores, certamente já teriam sido apreciadas pelo Judiciário na primeira demanda, impedindo que novo provimento jurisdicional, diverso do primeiro, fosse proferido.

Trata-se, pois, de situação em que a flexibilização do contraditório e da ampla defesa (e não seu afastamento - frise-se - pois que o litisconsorte réu teve facultada a oportunidade de deduzir as exceções comuns a todos os demais em juízo), é muito mais proveitosa ao Estado, já que torna a prestação jurisdicional mais célere, menos custosa (evita-se a movimentação do Judiciário com meras repetições de demandas) e, como consequência, muito mais efetiva.

Nesse ponto, não é demais destacar e buscar socorro na experiência do Direito do Trabalho, que muito já avançou no estudo do tema com vistas à concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, reconhecendo-se obsoleto e desarrazoado o posicionamento que considerava ofensiva ao contraditório a postura de se permitir, nas hipóteses de solidariedade passiva dos componentes do grupo econômico, dirigir a execução contra quem são integrou a

relação processual na fase cognitiva⁸⁵.

Permitir que a sentença e a coisa julgada material vinculem também o litisconsorte ausente, outorgando-lhe legitimidade passiva ordinária para figurar no polo passivo da demanda na fase executiva (ocasião em que poderá exercer seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório), configura-se, portanto, em técnica processual muito mais adequada à efetividade da tutela jurisdicional destinada à obtenção das prestações materiais do art. 23, CRFB, em sua forma específica, tudo isso a justificar a necessária flexibilização do contraditório formal.

Não parece, então, que os princípios do contraditório e da ampla defesa (logo, de devido processo legal) possam ser tomados como óbices a permitir a formação ulterior de litisconsórcio passivo facultativo unitário no módulo executivo da demanda, haja vista não se configurar a sua efetiva e real vulneração nos moldes tão repudiados pela ordem jurídica, refutando-se, pois, esse argumento.

5.4.2 O Momento da Formação do Litisconsórcio e a Estabilização da Lide.

Em regra, ao autor compete, no momento em que deduz a sua demanda em juízo, a formação do litisconsórcio, cabendo-lhe a escolha de litigar individualmente ou em conjunto com os demais autores legitimados para a causa, bem como podendo escolher contra quais dos legitimados passivos dirigirá sua pretensão (DINAMARCO, 2004b, p. 342).

Essa liberdade do autor da demanda na formação do litisconsórcio (ativo ou passivo) esbarra, no entanto, quanto ao momento de sua instituição, no comando do art. 264, CPC, segundo o qual “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”. Portanto, para incluir novo réu no polo passivo da demanda, a letra da lei põe como limite, após a citação,

⁸⁵ GRUPO ECONÔMICO. INCLUSÃO DE EMPRESA NO PÓLO PASSIVO EM FASE DE EXECUÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Afasta-se de plano a arguição de cerceamento de defesa, com ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da CF, na medida em que a constatação de existência de grupo econômico (parágrafo 2º, art. 2º, da CLT) possibilita a declaração da responsabilidade solidária com inclusão de empresa no pólo passivo em fase de execução, momento processual em que poderá se utilizar de todos os meios para ofertar defesa, mormente porque houve cancelamento da Súmula 205, do TST. (TRT da 2ª Região/SP – 2ª Turma - Agravo de Petição n.º 02730200720202008 – Julg. em 10/12/2008)” (BRASIL, 2009).

a concordância daquele contra quem originariamente se dirigiu a demanda, no entanto sempre anteriormente à prolação da sentença, para que o título judicial se forme também em relação ao corréu que ingressou posteriormente na lide, permitindo-lhe, para tanto, o prévio exercício do contraditório e da ampla defesa⁸⁶.

Ressalve-se, ainda, que a letra fria da lei admite que apenas em casos de substituição processual, quando permitida por lei, é que se admitirá o ingresso de novo sujeito ao processo, na qualidade de parte (substituto processual), relativizando, pois, a regra da estabilização da lide do art. 264, CPC. Assim, à exceção dos casos tipificados em lei para a substituição processual, procedida à citação do(s) réu(s), a relação jurídica processual forma-se, desenvolve-se e encerra-se, com a estabilização objetiva e subjetiva da lide, com as mesmas partes ocupando os seus polos ativo e passivo, do início ao fim. Essa é a regra geral.

A regra processual em destaque poderia levar à afirmação da impossibilidade de formação de litisconsórcio facultativo em momento posterior ao saneamento do processo. Assim, nas hipóteses de múltiplos legitimados passivos para a causa, caberia ao autor da demanda escolher, no momento da propositura da ação, contra quem dirigir o seu pleito, indicando as pessoas que figurarão como réus na relação jurídica processual. Recai, ainda, sobre o autor, o ônus pela má escolha procedida.

Tal regramento, no entanto, salvo melhor juízo, não se adequa ao tratamento jurídico a ser dispensado às hipóteses de litisconsórcio facultativo unitário. Afinal, como bem destacado por Cândido Rangel Dinamarco (2004b, p. 359), da unitariedade decorre a necessidade de tratamento homogêneo a todos os litisconsortes, já que é único o objeto da demanda de cada um deles. Assim, se a resposta jurisdicional sobre a relação jurídica litigiosa, com objeto único e incindível, será a mesma para todos os legitimados, parece não existirem razões para se impedir que o autor da demanda possa, a qualquer momento, trazer à relação jurídica processual aquele que poderia desde o início ter nela regularmente figurado como réu.

⁸⁶ Como o presente trabalho limita-se ao estudo da figura do litisconsórcio passivo facultativo unitário, não serão aqui exploradas as hipóteses de intervenção voluntária de terceiros na lide, nem as hipóteses de formação de litisconsórcio necessário ulterior, muito embora se reconheça a importância de tais figuras no estudo das permissões legais para a formação do litisconsórcio em momentos diferenciados (e não apenas no ajuizamento da demanda), seja por iniciativa da parte ou do próprio julgador.

Trata-se de hipótese em que é muito mais proveitosa a quebra da regra da estabilização da lide do art. 264, CPC, do que a sua manutenção, pois que permite trazer ao processo aquele que, conforme outrora se apontou, por força da natureza do objeto da lide, se vincula ao comando sentencial nela proferido e à coisa julgada material nela formada, independentemente de ter ou não figurado no polo passivo da demanda na fase cognitiva.

Parece, então, que, nas hipóteses de litisconsórcio passivo facultativo unitário, a permissão de trazer o litisconsorte ausente à lide, mesmo após o saneamento do processo (e por que não até mesmo após a prolação da sentença), é muito mais salutar do que prejudicial às partes, pois, ao se afastar a regra de estabilização da lide do art. 264, CPC, garante-se tutela jurisdicional muito mais adequada não só ao autor, mas ao próprio réu, porque, alcançando-lhe de todo modo a sentença e a coisa julgada, permite-se ao corréu ausente ocupar o polo passivo da demanda, assumindo a lide no estado em que esta se encontrar (seja na fase cognitiva ou executiva) e facultando-lhe, a partir daí, nela livremente exercitar o seu direito ao contraditório.

Esse entendimento pode muito bem ser estendido às ações movidas pelos cidadãos que tenham os entes da federação como colegitimados passivos para a causa, em razão da competência material comum e do regime de cooperação instituídos pelo art. 23, *caput* e parágrafo único, CRFB, que se enquadram nas hipóteses de formação de litisconsórcio passivo facultativo sob o regime da unitariedade.

Aliás, nos termos da norma constitucional, as prestações sociais previstas no art. 23, CRFB, competem simultaneamente aos entes da federação, muitas vezes sem que o cidadão conheça, com exatidão, as regras e procedimentos para divisão interna dessas competências materiais entre as pessoas políticas a elas vinculadas. Conforme outrora se destacou, sequer chegaram a ser editadas as leis complementares que, nos termos do parágrafo único, do art. 23, CRFB, definiriam as normas para a “cooperação” entre os entes federados na consecução dessas prestações materiais. Portanto, não parece servir ao processo justo e equo pretender atribuir aos cidadãos o ônus pela omissão estatal, seja quando deixa de realizar as prestações sociais que lhe foram atribuídas pela norma constitucional, ou quando se omite em editar as leis complementares que deveriam estabelecer os parâmetros para a pretendida “cooperação” entre os entes da federação, exigindo

dos cidadãos que, no momento da propositura de suas demandas, conheçam e escolham contra qual ente federado dirigir sua pretensão, vinculando-se a essa escolha – boa ou má - até o final da relação jurídica processual, por força da regra de estabilização da lide, do art. 264, CRFB.

Assim, para se garantir a tutela específica e adequada do direito albergado na norma constitucional, afastar a regra do art. 264, CPC, para se permitir a alteração subjetiva da lide por meio da admissão do ingresso do colegitimado passivo na relação jurídica processual, independentemente da fase de seu desenvolvimento em que esteja, conduz, em verdade, a uma maior fluidez no ajustamento da conformação da lide à relação jurídica de direito material, além de permitir que o processo alcance melhores resultados práticos, tornando a tutela jurisdicional muito mais eficiente e oportuna. Logo, muito mais efetiva.

5.4.3 O Princípio da Nulidade da Execução Sem Título.

O art. 580, CPC, prevê expressamente que “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”. Assim, os títulos judiciais e extrajudiciais têm previsão legal expressa nos arts. 475-N e 585, CPC, respectivamente, inexistindo título judicial sem a sua correspondente previsão legal (DONIZETTI, 2010, p. 878).

A tutela jurisdicional executiva tem como institutos básicos o título executivo, o inadimplemento do obrigado e a sua responsabilidade patrimonial. São considerados “institutos bifrontes, porque recebem influxos tanto do direito material quanto do direito processual” (ABELHA, 2010, p. 726), e é da exigência legal do título para embasar qualquer execução – judicial ou extrajudicial – que decorre o princípio basilar da tutela executiva da *nulla executio sine titulo*.

Araken de Assis (2007, p. 143), considerando a ação executória abstrata e incondicionada, releva que, “Seja qual for, por conseguinte, a opinião do intérprete acerca do papel do título e do inadimplemento, parece razoavelmente seguro que os dois pressupostos se aplicam, indistintamente, à execução do Livro II e ao ‘cumprimento’”. Cândido Rangel Dinamarco (2009b, p. 217), de sua vez, afirma que “o título coopera para caracterização da condição da ação conceituada como

interesse de agir e, mais precisamente, para a configuração do interesse-adequação”. Por conseguinte, a falta do título implicaria na necessária extinção do feito executivo, ou mesmo da fase executiva. Assim, “À eficácia do título executivo associa-se a sua aptidão a tornar adequada a tutela jurisdicional executiva, a qual, sem ele, não se admite jamais” (DINAMARCO, 2009b, p. 217).

Também a jurisprudência é uníssona ao considerar o título executivo, judicial ou extrajudicial, pressuposto para qualquer demanda executiva⁸⁷.

Esse seria, então, um dos possíveis argumentos a justificar a impossibilidade de formação de litisconsórcio passivo na fase processual destinada ao cumprimento da sentença, nas ações dirigidas inicialmente contra apenas um dos entes da federação para cumprimento das obrigações materiais do art. 23, CRFB, haja vista que a tutela executiva seria dirigida contra aquele que, em tese, não teve contra si legitimamente formado o título judicial em fase cognitiva antecedente.

E aqui se diz “em tese”, pois que, conforme se explanou no item 4.3, a natureza da relação jurídica material e da figura litisconsorcial dela decorrente (facultativo unitário) exige que tanto a sentença como a coisa julgada alcancem o litisconsorte que não ocupou formalmente o polo passivo da demanda. Afinal, considerando que o comando sentencial resolve, de fato, a situação litigiosa de que seja o litisconsorte ausente um de seus titulares passivos, e que o objeto da lide é único, incindível, a homogeneidade de tratamento que se espera da jurisdição exige que o título judicial também o alcance e o vincule.

Não é demais repetir que os entes da federação, independentemente de qual(is) dele(s) figure(m) no polo passivo da relação jurídica processual, são devedores múltiplos ligados por vínculo obrigacional único em relação às prestações materiais elencadas no art. 23, CRFB, de modo que a sentença (título judicial) que resolva a situação litigiosa para um, resolve-a igualmente para todos os demais, tenham ou não figurado formalmente⁸⁸ no processo em que foi proferida, tomando-os, pois, como se fossem todos um devedor só.

⁸⁷ A exemplo, as decisões do C. Superior Tribunal de Justiça, proferida na Rcl 2.753/SP, Rel. Ministro, Sidnei Beneti Segunda Seção, julgado em 09/09/2009, DJe 02/10/2009, e no REsp 236.662/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07/12/1999, DJ 13/03/2000, p. 186, no mesmo sentido de inúmeras outras.

⁸⁸ Formalmente, haja vista que, materialmente, conforme já apontado, o seu interesse juridicamente protegido acaba por ser defendido pelo ente federado que efetivamente compôs a lide, nela lhe sendo facultada a oposição de todas as defesas comuns a todos os devedores (que devem ser tomados por devedores únicos, repita-se).

Portanto, esse é o título judicial que embasa a tutela executiva contra si dirigida, não se podendo dizer que a pretensão executiva do cidadão esbarre no princípio da nulidade da execução por carecer de título executivo que a embasa, muito menos dizer que a execução desse título contrarie a coisa julgada material, que, como se disse, tem seus limites subjetivos ampliados nessas hipóteses para alcançar também os litisconsortes ausentes.

Assim, não configura, na hipótese, a ausência de título a obstar a válida e regular instauração e desenvolvimento da execução do título judicial contra o litisconsorte ausente, a impedir a formação do litisconsórcio passivo na fase destinada ao cumprimento da sentença.

5.4.4 Síntese Conclusiva.

Como síntese da análise dos eventuais argumentos contrários à formação do litisconsórcio passivo no cumprimento da sentença destinada à tutela específica das obrigações materiais dos entes da federação, previstas no art. 23, CRFB, conclui-se que nenhum dos argumentos invocados é apto ao afastamento das vantagens (que parecem superiores às desvantagens) acarretadas pela eventual adoção do procedimento proposto por meio da flexibilização das regras processuais analisadas.

Conclui-se, pois, que a técnica processual apresentada consubstancia-se, em verdade, em mecanismo apto a tornar muito mais efetiva a tutela dos direitos fundamentais veiculados pela norma da competência material comum do art. 23, CRFB, conferindo ao cidadão resposta jurisdicional indubitavelmente mais oportuna e adequada ao afastamento da crise de inadimplemento, pelo próprio Estado, do direito material.

6 CONCLUSÃO

A escolha da dignidade humana como um dos principais baluartes do Estado brasileiro, mediante a sua inclusão no texto constitucional dentre seus princípios fundamentais gerais (juntamente com aqueles da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político), representa a vontade do constituinte de que se tome por tarefa de extrema relevância a sua proteção pelo Estado, impondo-se que se reconheçam os efeitos irradiantes de tal princípio por toda a ordem jurídica.

Tomadas a lições de Kant, mencionadas já na parte mais inicial deste trabalho, no sentido de que se diz que uma coisa tem dignidade quando ela está acima de qualquer preço, sendo impossível a sua substituição por outra em razão de inexistir o que a equivalha, o princípio constitucional em estudo aponta elevar-se a condição humana a um *status* tal, a exigir a sua estrita preservação pelo Estado, não lhe sendo admitido furtar-se ao cumprimento da árdua tarefa de assegurar um mínimo existencial para a subsistência e o desenvolvimento dos cidadãos.

A dignidade humana assume, pois, *status* de verdadeiro direito do cidadão em relação ao Estado, e de correspondente dever deste em relação àquele. Mas não só isso. Assegurar condições mínimas para que as pessoas vivam dignamente há que ser interesse (e meta) permanente do Estado, que deve se ocupar diuturnamente - e não poupar esforços - na realização de políticas públicas voltadas a essa finalidade.

Não obstante, em Estados de modernidade tardia (como o é o brasileiro), a exiguidade de recursos, aliada ao mau gerenciamento da máquina pública, faz com que muitas dessas tarefas sociais fiquem emolduradas em normas jurídicas carentes de efetividade (aqui tomada como a sua eficácia social), restando aos cidadãos como opção apenas o recurso às vias judiciais, na tentativa de obter a satisfação de condições mínimas para um viver digno.

Novo problema, então, se apresenta, ao se perceber que as normas processuais civis foram, ao longo de muitos anos, pensadas e elaboradas no intuito de assegurar a necessária proteção dos indivíduos, de sua vida, liberdade e propriedade, contra a intervenção e ingerência por terceiros e pelo próprio Estado,

não se tratando, pois, de modelo processual adequado à concretização de um Estado de bem estar social. No primeiro, exigia-se do Estado a defesa dos cidadãos para a garantia de sua vida e liberdade. No segundo, é imperioso que o Estado crie condições materiais e permita aos cidadãos meios para preservação delas.

A solução desse problema passa, então, pela necessária reformulação do modelo processual vigente, na busca de novos formatos processuais (ainda que com o aproveitamento de muitas das técnicas já existentes), com vistas à efetiva consecução dos objetivos sociais do Estado e dos direitos fundamentais espelhados em sua norma constitucional.

Um dos problemas desse jaez, como se viu nesta pesquisa, é a exata compreensão da regra de competência material comum do art. 23, CRFB. Da análise das particularidades do vínculo obrigacional existente entre o Estado (gênero) e os cidadãos, enquanto credores das prestações sociais nele previstas, é possível rumar ao encontro de uma técnica processual voltada à garantia de maior efetividade da norma constitucional e dos direitos fundamentais sociais por ela tutelados. Antes disso, no entanto, é preciso que se verifique a existência de um direito subjetivo a prestações sociais no modelo brasileiro.

Nos moldes estudados na pesquisa, evidenciou-se que a regra de competência material comum do art. 23, CRFB, atribui ao Estado (gênero) um vasto rol de prestações, que enrobustecem a necessária tutela jurídica a direitos fundamentais sociais previstos em outras partes da norma constitucional. A inserção de tais prestações na regra de competência material comum dos entes da federação revela a existência, em nosso ordenamento, de um direito a prestações sociais perante o Estado (direito a ações positivas do Estado), direito este que, no entanto, não há que ser visto de forma absoluta, como se estivesse a afirmar o caráter dirigente pleno da norma constitucional, numa postura impositiva de políticas públicas indistintamente.

Em verdade, partindo do posicionamento sedimentado na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores acerca da existência de um direito subjetivo constitucional a prestações sociais destinadas à asseguarção de um *mínimo existencial* para afastamento de lesão a direito fundamental, foi possível concluir que, a despeito de sua menor densidade normativa, uma vez constatando-se que a omissão estatal na realização das prestações elencadas no art. 23, CRFB, esteja a lesar direitos fundamentais, a ponto de negar aos cidadãos um mínimo

existencial que lhes confira vida digna (por exemplo, saúde, alimentação, moradia, educação e acesso à justiça), há que se admitir, nesse âmbito, a existência de um direito subjetivo constitucional a prestações sociais, de elevado grau de justiciabilidade.

Observou-se, ainda, que a compreensão da natureza do vínculo a unir os entes estatais no dever comum de cumprimento das tarefas-programa descritas no art. 23, CRFB, acaba por revelar não só quem são os sujeitos encarregados do cumprimento dessas tarefas, mas também em que grau estão eles mutuamente coobrigados à realização das mesmas.

Os tribunais superiores vêm correntemente reconhecendo que o vínculo a unir as unidades da federação aos cidadãos, no dever de realização das tarefas sociais decorrentes da regra de competência material comum (art. 23, CRFB), é o da solidariedade. Não obstante, o estudo acabou por revelar que a competência material comum (art. 23, *caput*, CRFB), aliada ao regime da cooperação (art. 23, par. ún., CRFB), atribuí constitucionalmente ao Estado (gênero), por meio de suas unidades federadas, o dever comum e indistinto de realização daquelas tarefas sociais, formando-se um vínculo único entre os múltiplos sujeitos passivos e o sujeito ativo da obrigação estatal, não se observando, pois, vínculos parciais entre eles, tal qual comumente se vê nas obrigações solidárias passivas comuns.

Tal conclusão permitiu afirmar que a natureza da obrigação decorrente da regra de competência material comum aproxima-se muito mais da correalidade passiva, do direito romano, do que da solidariedade passiva civil simples, sobretudo em se considerando a insistente omissão estatal em fixar, por meio de leis complementares, os termos em que se dará a *cooperação* entre os entes federados para a realização das prestações sociais ali previstas. Aliás, ao que parece, enquanto não fixados por lei complementar os termos dessa *cooperação*, os entes federados vinculam-se indistintamente àquelas prestações (objeto da obrigação do Estado-gênero), que podem ser por eles realizadas paralela ou disjuntivamente.

Por assim ser, o desenho da relação jurídica de direito material que se forma é diverso daquele observado nas obrigações solidárias. Nestas, vários vínculos obrigacionais enfeixam-se pela solidariedade, de modo que todos os credores apresentam-se como um só perante o credor comum. No entanto, satisfeita

por um (ou por alguns) a dívida comum, é possível, da análise do conteúdo dos vários vínculos obrigacionais parciais individualmente considerados, aferir a quota de responsabilidade de cada codevedor e estabelecer o eventual direito de reembolso entre eles.

A natureza do vínculo obrigacional decorrente da regra de competência material comum do art. 23, CRFB, conduz a outro tipo de desenho da relação jurídica de direito material, eis que nela se observa o credor da obrigação estatal ligado ao Estado (gênero), ainda que representado por sujeitos em multiplicidade (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), por relação jurídica material e vínculo obrigacional únicos. Todos devem o todo e, da inexistência de vínculos parciais autônomos, é impossível se verificar em que porção cada um é responsável pela obrigação comum, o que dificulta (ou até mesmo impossibilita) que se estabeleça entre eles o direito de reembolso.

Desse desenho diferenciado da relação jurídica material constatou-se, como conseguinte, que também a relação jurídica processual assume uma feição diferenciada, configurando-se rara hipótese que dá ensejo à formação de litisconsórcio passivo facultativo unitário. Facultativo, porque, unidos os devedores pela correalidade (solidariedade própria), compete ao cidadão, enquanto credor da obrigação estatal, a escolha contra quem dirigir sua demanda. Unitário, porque a unicidade da relação jurídica e do vínculo obrigacional exige que a solução a ser dada à lide que os tenha por objeto seja única, uniforme para todos os codevedores, mesmo para aqueles que não compuseram formalmente o polo passivo da demanda em sua fase cognitiva.

Assim, pôde-se concluir que a sentença e a coisa julgada material, formadas nas ações movidas contra qualquer ente federado no intuito de forçar a realização das prestações sociais objeto do art. 23, CRFB, alcançarão mesmo o ente federado que, por qualquer razão que seja, não foi trazido à lide (litisconsorte passivo ausente), vendo-se aí a necessária ultrassubjetividade da tutela jurisdicional.

E, mais. Estendendo-se o alcance da sentença e a coisa julgada material, nas ações para cumprimento das tarefas sociais do art. 23, CRFB, ao ente federado que não compôs a lide na sua fase cognitiva, parece inexistirem óbices a que se admita a formação do litisconsórcio passivo na fase processual destinada ao cumprimento da sentença, desde que tal proceder não implique em injustificada procrastinação do feito, colocando em risco o direito fundamental cuja tutela se

reclama. Afinal, como demonstrado ao longo da pesquisa, não se verifica qualquer ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, pois que, tomando-se os entes federados como devedores únicos da obrigação, vinculados ao credor comum por vínculo e relação jurídica igualmente únicos, a defesa do interesse juridicamente protegido de um em juízo equivale à defesa do interesse de todos, não se podendo dizer que houve aí qualquer pretensa ofensa aos princípios do contraditório e/ou da ampla defesa. Além disso, o título judicial alcança o litisconsorte ausente, mesmo que não tenha sido nele expressamente indicado, o que permite o manejo da execução contra si, sem com isso esbarrar no princípio da nulidade da execução sem título.

Portanto, admitir, nessas hipóteses, a formação do litisconsórcio passivo na fase destinada ao cumprimento da sentença (nem que para isso seja necessário flexibilizar o procedimento, afastando a incidência de algumas regras, como, por exemplo, aquela do art. 264, CPC), torna muito mais célere, oportuna e eficaz a prestação da atividade jurisdicional para tutela específica daquelas obrigações, além de evitar a desnecessária repetição de lides que, ao final, chegariam ao mesmo resultado.

Conclui-se, assim, pela aptidão do formato processual proposto nesta pesquisa para tornar ainda mais efetiva a tutela específica dos direitos fundamentais sociais, reproduzidos nas prestações sociais do art. 23, CRFB, bem como para que o processo - justo, célere e eficaz - sirva de instrumento hábil a que o Estado cumpra as tarefas sociais necessárias a conferir dignidade ao viver de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**, 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.2.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Reforma Processual 2006/2007).
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. **Código de processo civil**. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF, 1973.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. **Novo Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Ag 961.677/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 11/06/2008.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp nº 1009622 – SC, da 2ª Turma, julgado em 03/08/2010, publicada no DJe de 14/09/2010.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp nº 1096156 – PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, da 2ª Turma, julgado em 11/11/2010, publicada no DJe de 24/11/2010.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 pp-00076 Ement.

Vol-02219-08 pp-01529 RTJ Vol-00199-03 pp-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. AI 790737, Rel.: Min. Carmen Lúcia, julgado em 02/08/2010, publicado em DJe-152, divulgado em 17/08/2010, publicado em 18/08/2010.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho**. 2ª Região/SP. 11ª Turma - Agravo de Petição n.º 02051200205702006 – Julg. em 25/04/2006 – Public. em: 19/05/2006.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho**. 2ª Região/SP. 12ª Turma - Agravo de Petição n.º 02036199805002006 – Julg. em 28/06/2006 – Public. em: 11/07/2008.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho**. 2ª Região/SP – 2ª Turma - Agravo de Petição n.º 02730200720202008 – Julg. em 10/12/2008 – Public. em: 20/01/2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4.ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2000.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. - Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Entrevista ao Professor José Joaquim Gomes Cnotilho. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v. 28, n. 4, out./Nov/dez. 2010, vol. 77. Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009..

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio: um estudo sobre litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004a. v.1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004b. v.2.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. v.3.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009b. v.4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 22.ed.. São Paulo: Saraiva, 2007. 2v. De acordo com a Reforma do CPC

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2010. (atualizado até a Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009).

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Dicionário Aurélio para você**. Disponível em: <<http://aurelioparavoce.educacional.com.br/aurélio.asp>>. Acesso em: 13 out. 2010.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: RCS, 2007.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2002.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: RT, 2008.

MAURÍCIO JR., Alceu. Judicialização da política e a crise do direito constitucional: a constituição entre ordem marco e ordem fundamental. **RDE I Revista de Direito de Estado**, v. 3, n. 10, p. 125-142 abr./jun. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4 (direito das obrigações, 1ª parte: das modalidade das obrigações, da transmissão das obrigações)

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e padrões para teses, dissertações e monografias**. 6.ed. Londrina: Eduel, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1 (Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. Parte Especial. Tomo XXII. (Direitos das obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações).

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil: teoria geral: premissas e institutos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2 (Parte geral das obrigações)

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3 (Direito das obrigações, direito hereditário) – (Tradução da 6.ed. italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Benasse).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de direito processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. v. 1 (6ª ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002).

SOUZA, Willian Lira de. **Tutela da saúde e chamamento ao processo**. Disponível em: <www.2.mp.pr.gov.br/eventos/05willian.doc>. Acessado em: 6 out. 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica**

do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos** : da eficácia da sentença e da coisa julgada civil – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.