

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

**ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO
NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPFD | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidad Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

A532

Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPFD, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-384-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

11. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Civis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os Anais da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os resumos dos trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

TUTELA JURISDICIONAL DE POLÍTICAS DE INCLUSÃO JUDICIAL PROTECTION OF INCLUSION POLICIES

Priscila Zinzynszyn

Resumo

O presente artigo visa o estudo das tutelas jurisdicionais, que visam garantir maior celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional. São estudadas as espécies de tutelas jurisdicionais, a classificação e os meios executivos. A inclusão consiste na construção de uma sociedade nova, alterando a mentalidade de todas as pessoas. O Brasil é respeitado por ser um dos países com legislação avançada nesse sentido, com destaque a acessibilidade para pessoas com deficiências. Defendendo a possibilidade dos remédios constitucionais. E a proteção jurídica outorgada pela Constituição Federal deve garantir a igualdade e a dignidade dessas pessoas.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional, Inclusão, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to study the jurisdictional guardianships, aimed at ensuring greater speed and effectiveness in the provision of judicial protection. species jurisdictional guardianships, classification and executive media are studied. Inclusion involves the construction of a new society, changing the mindset of all people. Brazil is respected as one of the countries with advanced legislation in this direction, particularly accessibility for people with disabilities. Defending the possibility of constitutional remedies. And the legal protection afforded by the Constitution should guarantee the equality and dignity of these people.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdictional trusteeship, Inclusion, Public policy

INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional depende, em regra, da certeza jurídica de um direito e da prática de atos suficientes à sua satisfação. A certeza jurídica do direito é obtida por meio de um processo de conhecimento, enquanto sua satisfação advém do processo de execução.

O sistema processual brasileiro, há muitos anos, conferiu absoluta autonomia entre os processos de conhecimento e de execução. Seguindo a tendência renovadora e já com previsões esparsas no ordenamento jurídico, foi editada a Lei nº 11.232, de 22.12.2005, que consolidou a tendência do direito processual civil contemporâneo e unificou a cognição e a execução num mesmo processo, em prol da pretensa efetividade (art. 5º, inciso LXXVIII, CF).

Pela nova sistemática, permite-se que a declaração do direito e sua satisfação sejam desenvolvidas, em relação de continuidade, como segmentos de um mesmo processo, uma vez que foi suprimida a necessidade de citação do réu e a defesa do réu veiculada pelos embargos do devedor foi substituída pela impugnação (mero incidente, em regra despido do efeito suspensivo).

As alterações legislativas foram motivadas, entre outros fatores, pela necessidade de conferir maior dinamismo à execução e, ao menos numa tentativa, de refrear a recalcitrância e restringir sua margem de possibilidade de obstar acintosamente o curso do processo.

Na tentativa de ajustar a disciplina do Código de Processo Civil à novel sistemática, o legislador procedeu à alteração do conceito de sentença (art. 203, do CPC) para levar em conta o seu conteúdo e não mais a aptidão de colocar ou não termo ao processo (ou aptidão para encerrar a atividade em primeiro grau de jurisdição), porquanto, em relação aos provimentos de eficácia condenatória, autorizou-se a superveniência de atos voltados à satisfação do direito em fase continuativa, consolidando, assim, a aproximação da cognição e a execução num mesmo processo.

O antigo artigo 584, inciso I, do CPC, igualmente, foi alterado e substituído pelo artigo 475-N, no qual o termo '*condenatória*' foi suprimido do texto do inciso I,

surgindo sérias divergências em relação aos efeitos desta modificação legislativa ao conceito dado, tradicionalmente, pela doutrina à sentença condenatória e, por conseguinte, em relação à classificação das tutelas jurisdicionais, atualmente ampliado no artigo 515 do novo CPC, onde há duas novidades no inciso I. A primeira é que ele não se refere mais à sentença com título executivo. Interlocutórias também o podem ser, tanto quanto decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais e, quanto a isto, não há dúvidas, os acórdãos.

A segunda reside na circunstância de a atual “existência” ter sido corretamente alterada para “exigibilidade”, providência que quer eliminar a (errada) impressão de que “sentença” meramente “declaratória” podem constituir títulos executivos. Parte dos autores passou a sustentar que a alteração legislativa pretendeu incluir entre os títulos executivos a sentença meramente declaratória, atribuindo a esta a eficácia executiva; enquanto outros autores repudiam tal entendimento.

A educação e a inclusão de deficientes de qualquer natureza são direitos de todos e dever do Estado e que, no âmbito Municipal, encontram-se representados pelas escolas, as quais têm a responsabilidade de atender todos com qualidade, sem distinção da raça, da religião ou posição social.

Destaca-se que a inclusão atualmente é uma necessidade primordial e que a escola, a família, a sociedade e o Estado precisam oferecer a todos, sem distinção, os direitos que lhes são inerentes. De modo que o objetivo principal do presente artigo é analisar a tutela jurisdicional de políticas de inclusão, bem como examinar as técnicas executivas colocadas à disposição do magistrado para garantir a efetividade à prestação dessas tutelas jurisdicionais. E a metodologia adotada para o desenvolvimento toma por base a análise contemporânea da sociedade brasileira à luz do ordenamento jurídico, jurisprudência e os efeitos sociais ocasionados pela concessão das tutelas jurisdicionais em benefício das minorias.

Para o alcance dos objetivos da pesquisa foi adotado pesquisa bibliográfica capaz de proporcionar base concreta para a análise da temática entre as fontes bibliográficas utilizadas encontram-se artigos, textos, livros e disposições legais. Por se tratar de uma temática que reflete de forma ampla a realidade nacional a maioria bibliografia utilizada foi pátria, sem referenciais na literatura estrangeira.

1. TUTELA JURISDICIONAL

O exercício da jurisdição dá-se por meio do processo, que representa o:

Instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.¹

Através do processo é prestada a tutela jurisdicional pretendida por aquele que peticiona em juízo, não podendo o Estado prestar a tutela jurisdicional, enquanto não for provocado pela parte.

A parte, frente ao Estado-Juiz, portanto, dispõe de um poder jurídico, que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado.

Na lição de Humberto Theodoro Junior²:

Ação é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses, pouco importando qual seja a solução a ser dada pelo juiz.

Para aqueles que defendem a ação como direito concreto à tutela jurisdicional, esse direito apenas existe, se também houver o próprio direito material a tutelar, de maneira que a ação é o direito à sentença favorável, ou seja, o direito à obtenção de uma proteção pública para o direito subjetivo material.

De acordo com a teoria atualmente dominante, que defende a ação como direito abstrato, o direito de ação representa o direito do Estado de compor o litígio e, devido a isso, não depende da concreta existência do direito material da parte que provoca a atuação do Poder Judiciário.

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e outros. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I, 57ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.46.

Há, ainda, a teoria eclética, que conceitua o direito de ação como o direito a uma decisão de mérito, seja procedente ou improcedente.

Entretanto, qualquer que seja a corrente adotada, deve-se distinguir o direito de ação processual do direito de ação constitucional. Existem algumas críticas à teoria abstrata do direito de ação, por se entender que tal conceito confunde o direito de ação processual com o direito de ação constitucional.

Ainda assim, toda e qualquer lesão ou ameaça ao direito poderá ser levada à apreciação do Poder Judiciário, conforme dispõe o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Quando se une essa garantia aos outros princípios constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade e o *due process of law*, entre outros, pode-se perceber que, se os conflitos de interesse não forem solucionados espontaneamente, a resolução da lide dependerá da iniciativa dos indivíduos, autoridades ou coletividades, interessados ou responsáveis pela tutela dos direitos violados ou ameaçados, a fim de desencadear a atuação do órgão judicial competente para resolver o litígio. Doravante, inicia-se o processo, meio pelo qual a lide debatida, as alegações serão analisadas, até que o litígio seja imparcialmente solucionado.

Vale lembrar que a atividade unicamente cognitiva do julgador nem sempre será capaz de satisfazer completamente o titular da ação, sendo necessário que outras atividades que visem alterar a situação fática existente, sejam realizadas por meio de atos materiais que interfiram no mundo sensível.

Enfim, nos últimos anos várias formas de tutela jurisdicional foram desenvolvidas no Brasil, com o objetivo de que o processo passasse a ser um instrumento cada vez melhor aparelhado para proteger e realizar, de modo preciso, adequado, útil, tempestivo e seguro, os direitos atribuídos pelas normas substanciais:

A questão da efetividade do processo obrigou o processualista a pensar sobre tutelas jurisdicionais diferenciadas, isto é, tutelas adequadas às particularidades das situações de direito substancial. Nessa linha de grande importância é a pesquisa de procedimentos que permitam a realização do direito material mediante cognição sumária, pois não é mais possível a confusão entre justiça e certeza.³

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória. In: **Revista AJURIS**, n. 61, julho de 1994, p. 64.

Luiz Guilherme Marinoni sustenta que as espécies de tutela dos direitos estão previstas nas normas materiais, às quais o sistema processual deve servir, oferecendo mecanismos, técnicas capazes de realizar em concreto a situação juridicamente protegida em abstrato. Diante de tal raciocínio, somente uma classificação seria possível, quanto à tutela dos direitos: aquela que levasse em conta exclusivamente o direito material atingido ou ameaçado. Todas as demais classificações que tivessem relação com a forma através da qual o processo realiza o direito substancial corresponderiam apenas a técnicas e não, a espécies de tutela. Além disso, reconhece que a tutela jurisdicional é apenas uma dentre as várias espécies de tutela jurídica:

A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos. Ou melhor, a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos.⁴

Feitas estas considerações, para não quebrar a metodologia do discurso, deslocando o pensar para ponto distante do núcleo da tese, serão examinadas as técnicas executivas aplicáveis às espécies de tutela jurisdicional, em demonstração no tópico seguinte.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 145-146

2. TÉCNICAS EXECUTIVAS APLICÁVEIS ÀS ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL

Violado o direito, torna-se necessária a adoção de medidas destinadas a assegurar a observância do ordenamento jurídico. Primeiro, busca-se a certeza jurídica do direito por meio da atividade cognitiva e, ao exauri-la, é preciso dotá-la de eficácia prática.

O conjunto dos atos processuais destinados à satisfação do direito violado é praticado de forma articulada e são encadeados uns aos outros, sendo chamados de meios executórios. O estudo dessas espécies, ou meios, exhibe o maior interesse, porque revelará as estruturas concebidas para a função executiva do ordenamento pátrio.

O sistema de meios idôneos à satisfação do direito violado, a princípio, deve levar em conta a natureza do direito violado. O tipo de medida apta a atuar de forma concreta, o comando da sentença depende fundamentalmente do tipo de obrigação não adimplida de forma espontânea. No entanto, essas variações de medidas não influem no tipo de crise apresentada ao juiz, que é sempre a mesma: inadimplemento. Por isso, em todos os casos, a sentença é condenatória.

Desse modo, considerando-se a situação de crise verificada no plano material (natureza do litígio), a tutela jurisdicional será declaratória, constitutiva ou condenatória, sendo suficiente a classificação ternária. No entanto, em uma mesma relação jurídica pode surgir mais de uma crise, como no caso em que o réu nega-se a cumprir a obrigação, porque não reconhece a existência do débito. Neste caso, existem duas crises: a de certeza e a de inadimplemento, as quais podem ser tuteladas, cumulativamente, pela tutela condenatória e declaratória.

Não se pode, portanto, considerar apenas a natureza da relação material declarada para a determinação do tipo de tutela, devendo-se levar em conta também a crise a ser solucionada por ela.

Levando-se em conta a forma ou modo mais adequado à efetivação prática da tutela cognitiva, são identificados dois momentos da jurisdição: a cognição e a execução. Primeiro, define-se a regra aplicável à situação concreta e, não sendo

esta atividade suficiente, passa-se à segunda fase, representada pela efetivação prática do preceito, atingindo-se o fim último da jurisdição.

Em se tratando de tutelas declaratórias ou/e constitutivas, é suficiente a atividade cognitiva para solucionar a crise de certeza ou de modificação, dispensando-se a prática de atos materiais para dotá-la de satisfatividade plena. Já na tutela destinada a eliminar a crise de inadimplemento das obrigações, em regra, surge a necessidade do desempenho de atividade posterior à cognitiva, destinada a fazer com que a formulação da regra produza os efeitos práticos concretos. Sob este enfoque, apresentam-se as tutelas condenatória, condenatória-executiva (sentença executiva ou executiva *lato sensu*) e mandamental.

O processo cognitivo, portanto, destina-se precipuamente a assegurar certeza jurídica, razão pela qual não pode ser desprezado ou abandonado pelo sistema processual. Porém, por não ser suficiente para atingir o fim último da jurisdição, em alguns casos, deve-se conferir à técnica que o informa, dimensão proporcional à sua finalidade.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a principal distinção entre os sistemas jurisdicionais de execução está nos princípios que os regem, especialmente na observância ou não, do princípio da tipicidade dos meios executivos, considerado um dos princípios cardeais da execução. Esse princípio foi formulado pela doutrina – mergulhada nos valores do direito liberal - que construiu o processo civil clássico, a qual o pensou como uma garantia de liberdade diante da possibilidade de arbítrio do juiz.

O sistema processual brasileiro origina-se do *civil law*, de modo que, como regra, vigora o princípio da tipicidade na execução. Porém, as recentes alterações legislativas flexibilizaram tal princípio, conferindo ao juiz o poder de adequar as medidas coercitivas às necessidades concretas.

Assim, surge o direito ao meio executivo adequado ao caso concreto, o que, por sua vez, torna necessária a reformulação do método de controle da utilização das modalidades executivas, para que seja assegurado o direito de defesa. E, a ideia central da defesa do executado está fundada em se utilizar o meio executivo que cause a menor restrição possível (princípio da menor onerosidade).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart entendem ser necessário distinguir as sentenças em três categorias, quais sejam: satisfativas, mandamental e executiva e condenatória. Nessa esteira, ensinam os autores:

As sentenças satisfativas, que independem de execução, aí presentes as sentenças declaratória e constitutiva. As sentenças mandamentais e executivas, caracterizadas pela necessidade de se dar tutela específica ao direito material e aos diversos casos concretos, e por isso marcada por uma ampla latitude de poder de execução. E a sentença condenatória, voltada à tutela que se contenta com o pagamento de quantia certa, particularmente à tutela pelo equivalente ao valor da lesão, a qual se liga à execução por expropriação, isto é, a uma única forma de execução direta expressamente tipificada na lei, sem dar ao juiz qualquer possibilidade de ajuste ao caso concreto.⁵

Sob este enfoque, a doutrina distingue duas técnicas processuais para a satisfação do direito violado, oriundo das sentenças mandamental e executiva, quais sejam: aquela que se vale de meios coercitivos e aquela que se processa independentemente da vontade do réu e, por conseguinte, distingue a execução direta da indireta.

A execução direta dá-se através de meios executivos que permitem a realização independentemente da vontade do réu (meios de sub-rogação), ao passo que a execução indireta objetiva a realização do direito mediante meios de execução que atuam sobre a sua vontade, objetivando convencê-lo a adimplir (meios de coerção).

Porém, em outras situações, a participação do executado será inafastável, dadas suas aptidões pessoais, como nas obrigações de fazer infungíveis. Imprescindível, nesta hipótese, a utilização dos meios de coerção, havendo a execução indireta.

A sub-rogação abrange a expropriação (art. 825, CPC), a transformação (art. 817), enquanto a coerção pode ser pessoal, por meio da ameaça de prisão (art. 528), ou patrimonial por imposição de multa em dinheiro (497 e 498).

Nas execuções específicas das obrigações de fazer, não fazer ou de entrega, as duas técnicas, a da sub-rogação e a da coação, são amplamente utilizadas. Se a

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2 e 3, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 419.

obrigação for infungível, a coerção será o único meio eficaz de compeli-lo; se fungível poderá ser utilizada a sub-rogação ou a coerção.

Nas obrigações de entrega de coisa também poderão ser utilizadas as duas técnicas. Se o executado não entrega o bem, o juiz poderá determinar que o Estado o faça em seu lugar, após a apreensão; ou pode impor multa – ou outros meios de coerção – para obrigar o devedor a satisfazer a obrigação.

Frise-se que a denominação de execução específica é destinada a denominar a execução das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, sejam estas condenações oriundas de título judicial ou extrajudicial. Assim, esta denominação é identificada pelo objeto do título a ser executado.

2.1 Técnicas executivas de coerção (execução indireta)

As técnicas executivas de coerção consistem na imposição de multas ou utilização de outros instrumentos, cuja finalidade será exercer pressão sobre a vontade dele, para que a cumpra. O Estado não substitui o devedor. Estas podem ser de duas espécies, quais sejam: as técnicas de coerção pessoal e de coerção patrimonial.

A coerção pessoal refere-se, em geral, aos métodos executivos que importem em opressão física da pessoa do devedor, isto é, é o meio executivo ligado à possibilidade de constrição ou limitação da liberdade como forma de induzir o credor a cumprir o que se lhe está sendo imposto, ou seja, a prisão civil do devedor da obrigação.

O direito romano institucionalizou como principal meio executório o denominado *manus injectio*, o qual se caracterizava com o emprego de força contra o próprio obrigado, ou seja, impunham-se castigos corporais ao executado como forma de obter o pagamento do crédito reclamado e, caso não fosse suficiente, ao devedor era imposta a sanção da morte.

Com o passar do tempo e sob a influência do liberalismo, implantou-se o princípio da intangibilidade corporal em razão de dívidas, banindo-se tal meio

executório do sistema jurídico do direito comparado, a partir da Revolução Francesa (1789).

Mais tarde, a imposição de multa (ou *astreinte*) revelou-se verdadeira necessidade geral para garantir o prestígio da função jurisdicional e a efetivação dos poderes de império dos órgãos judiciários. Nessa esteira, o ordenamento pátrio contempla a técnica coercitiva. E, ainda, inclui disposições incriminatórias aptas a englobar o comportamento concreto do executado como ato ofensivo à dignidade da jurisdição (art. 77, IV), caracterizando o desacato. Resta evidente, portanto, que o ordenamento caminha nos rumos do *contempt of court*.

A aplicação da multa corresponde ao principal meio executivo de coerção patrimonial, uma vez que se onera o patrimônio do devedor que não cumpre voluntariamente aquilo a que se obrigou, por meio da imposição de multa, que passa a ter caráter de penalidade (preceito cominatório).

Em sendo assim, na atualidade, a multa diária ou *astreinte* pode ser imposta, a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz, em razão de condenação em prestação de fazer fungível e infungível, positivas ou negativas, e na prestação para entrega de coisa. Nessa esteira, tal meio executivo encontra amparo legal não só no estatuto processual, como também em outras legislações extravagantes, como o Código de Defesa do Consumidor (art. 84), na Lei da Ação Civil Pública (art. 11), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213) e na Lei dos Juizados Especiais (art. 54).

Sobre o tema, é importante destacar os trechos a seguir:

É verdade que em se tratando de obrigações infungíveis, especialmente a infungibilidade dita natural, a respectiva tutela executiva somente poderá ser obtida através de medida coercitiva, já que, diante da infungibilidade, é impossível a substituição da atividade do devedor pela do órgão jurisdicional, característica da medida sub-rogatória. Todavia, daí não é lícito inferir que em se tratando de obrigação fungível a tutela executiva correspondente deva sempre ser prestada, necessariamente, através de medida sub-rogatória. Isso porque mesmo sendo correto afirmar que, in abstracto, é sempre possível o uso de medida sub-rogatória nos casos de obrigação fungível, não é verdadeiro afirmar, de maneira apriorística e generalizada, que nesses casos é sempre preferível o recurso a tal tipo de medida, em detrimento do uso das medidas coercitivas.⁶

⁶ GUERRA, apud FREDIE DIDIER JR., Paula Sarno Braga e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 2ª edi. Salvador/Bahia: Podivm, 2008, p. 396.

Luiz Guilherme Marinoni traz um importante exemplo, relacionado à imposição de entrega de coisa (antigo art. 461-C, CPC). Alerta para a possibilidade de utilização de medida coercitiva indireta em lugar da busca e apreensão na “hipótese em que a coisa devida constitua uma grande máquina, que exige dispêndio considerável de dinheiro para o seu desmonte e transporte”. Em uma situação desse tipo, o uso da multa não só é permitido, como consiste no meio mais eficaz para a tutela do direito.⁷

Assim, há uma tendência de conferir à tutela das obrigações de fazer e não fazer, fungível ou infungível, a técnica de execução indireta, segundo a qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, sob pena de multa ou outra medida de coerção indireta.

Essa, contudo, nunca foi uma regra absoluta e, com a vigência da Lei Federal nº 11.232/05, o que era regra (execução por sub-rogação para pagamento de quantia) tornou-se exceção, ao menos nos casos em que a obrigação decorre de título judicial. Isto porque, como se pode ver no capítulo relativo ao cumprimento de sentença, o art. 523, do CPC prevê a incidência de multa fixa, cuja função é justamente compelir o devedor a promover o pagamento que lhe cabe, o que revela o nítido caráter coercitivo indireto da medida prevista legalmente.

Considera-se, ainda, como meio de execução indireta, a concessão de estímulos ao cumprimento da obrigação, como a isenção do pagamento de custas e honorários advocatícios prevista na ação monitória (CPC, 700) e redução da verba honorária no caso de pagamento na execução de título extrajudicial.

Extrai-se, portanto, do sistema legal, que as técnicas executivas indiretas incidem diretamente sobre a vontade do devedor, encorajando-o ao cumprimento voluntário da obrigação; ou, desencorajando-o ao inadimplemento da prestação.

2.2 Técnicas executivas de sub-rogação (execução direta)

A partir do desaparecimento da vinculação da pessoa à dívida, as técnicas executivas denominadas, de forma genérica, sub-rogatórias ganharam especial importância no mundo jurídico, uma vez que por meio destas técnicas a atividade

⁷ MARINONI, apud DIDIER JR., Fredie **Curso de Direito Processual Civil** – Vol. 2, ob. cit., p. 396.

jurisdicional permite que, ainda que contra a vontade do executado e sem sua participação, seja possível entregar ao exequente o *corpus* e o *genus* almejados.

Nestas, o Estado-juiz substitui-se ao devedor no cumprimento da obrigação. O Estado, sem nenhuma participação do devedor, satisfaz o direito, no seu lugar, como exemplo, quando o devedor não paga, o Estado toma os seus bens e os vende em hasta pública, pagando com o produto o credor.

No sistema da execução específica, as técnicas de sub-rogação são utilizadas de forma subsidiária aos métodos de coerção. Se por um lado as multas (técnica de coerção patrimonial) têm finalidade de pressionar psicologicamente o obrigado e convencê-lo a optar em cumprir o preceito por vontade própria, as demais medidas que se encontram no artigo 536 do Código de Processo Civil visam produzir, elas próprias, os resultados práticos ditados pela sentença.

Entretanto, tais técnicas não podem ser aplicadas no caso de obrigações de fazer infungíveis, pois nestas a atuação do devedor é imprescindível, para que haja a entrega da obrigação específica ao exequente, o que não se coaduna à idéia de sub-rogação.

As técnicas executivas sub-rogorárias distinguem-se entre si pelo modo de penetração na esfera patrimonial do devedor. Estas podem ser denominadas de meios executivos de desapossamento (em se tratando de bens móveis, utiliza-se a busca e apreensão (CPC, art. 500) e em se tratando de bens imóveis a imissão na posse, da transformação (CPC, art. 816 e seguintes) e da expropriação.

Assim, é possível que se diga que a força judicial estatal se sobrepôs à vontade do devedor inadimplente, efetivando o ato traslativo necessário à satisfação do credor. No entanto, é indispensável que, em se tratando de bem móvel, a coisa esteja perfeitamente identificada e seja conhecida sua localização, sob pena de se tornar inócua a medida executiva.

Não localizada a coisa a ser entregue, é possível a conjugação de outra técnica de coerção, já que não há qualquer óbice na utilização de mais de uma técnica executiva para a obtenção do resultado.

A principal distinção entre a expropriação e o desapossamento está na finalidade que se deseja dar à coisa que é retirada da esfera patrimonial do devedor.

No desapossamento, a própria coisa é o bem da vida desejado pelo credor, enquanto que na expropriação é o valor econômico representado por ela.

Trata-se de técnica executiva também destinada ao cumprimento de obrigações pecuniárias.

Ela se inicia por meio do ato constitutivo da penhora e poderá se desenvolver de quatro formas diversas, de acordo com o objeto da penhora, quais sejam: adjudicação, alienação por iniciativa particular ou em hasta pública e usufruto forçado (art. 825, CPC).

Há uma tendência de conferir à tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro a técnica de execução direta por sub-rogação, que se dá pelo desapossamento. No entanto, com a introdução do art. 498, do CPC, tornou-se possível sua efetivação por meio de coerção indireta.

Em relação às obrigações, a técnica de execução utilizada, em regra, sempre foi a sub-rogação, que se daria pela expropriação de bem do executado e a entrega do produto ao exequente. No entanto, com a vigência da Lei nº 11.232/05, foi prevista a incidência de multa processual para o caso de inadimplemento voluntário, o que é uma técnica de execução indireta.

Conclui-se que a análise do caso concreto revelará qual o meio executivo mais adequado para atingir o fim único da função jurisdicional, qual seja: a efetiva prestação da tutela jurisdicional por meio da entrega do bem da vida almejado.

3. POLÍTICAS DE INCLUSÃO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO MEDIANTE A TUTELA JURISDICONAL

No Brasil, a Lei Federal nº 7853, de 24 de outubro de 1989, assegura os direitos básicos dos portadores de deficiência. Em seu artigo 8º constitui como crime punível com reclusão (prisão) de 2 a 5 anos e multa, quem: 1. Recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência; 2. Obstar inscrição em concurso público ou acesso de alguém a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência; 3. Negar ou obstar emprego, trabalho ou promoção à pessoa em razão de sua deficiência; 4. Recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial à pessoa com deficiência; 5. Deixar de cumprir, retardar ou frustrar execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei e 6. Recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública objeto desta Lei, quando requisitados.

A inclusão social consiste, portanto, na construção de uma sociedade nova, alterando a mentalidade de todas as pessoas.

O Brasil é considerado um dos países com mais avançada legislação nesse esforço. O destaque está na acessibilidade por parte de pessoas com deficiências. A chamada lei de acessibilidade está no Decreto Federal 5.296/2004. Porém, muitas pessoas desconhecem as leis e outras vivem ainda à margem das políticas de inclusão social.

Na Constituição Federal (CF), o título VIII dedica-se à Ordem Social, e parte do capítulo III, dedica-se à educação. O artigo 205 da CF dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado, da família e requer a colaboração da sociedade. E esse mesmo artigo recomenda que o objetivo da educação consista em garantir o pleno desenvolvimento de todas as pessoas, bem como o preparo para o exercício da cidadania e do trabalho.

Corroborando com Luciano Simões de Souza:

A cidadania implica a possibilidade de o indivíduo desenvolver a personalidade e a autoestima (ser), de estabelecer laços solidários e construtivos de pertencimento social e de participação pró-ativa [sic] nos seus espaços de convívio social (estar), bem como de participar do sistema produtivo ao realizar tarefas socialmente reconhecidas (fazer).⁸

Os direitos sociais exigem das pessoas e do próprio Estado uma postura de coletividade e não individualizada como originária do direito clássico. A tutela efetiva dos interesses coletivos, próprios de uma sociedade de massa, exige a renovação do modelo clássico de processo, inadequado e insuficiente para resolver as novas questões que certamente irão surgir. Foi esta, exatamente, a razão para a retirada do termo individual do dispositivo constitucional que assegura a inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV). Percebe o legislador profundas alterações no campo dos direitos, mais voltadas para o social e o coletivo do que para o individual.⁹

Para Jonas Luiz Moreira de Paula procura fazer uma ligação de um instituto de direito civil com o sistema social eleito pela Constituição Federal e garante que existe a possibilidade de ser aplicado na esfera pública. Defende ainda que o jurista moderno tenha papel importante para alterar conceitos tradicionais da ciência jurídica.¹⁰

Aborda a obrigação de fazer, prevista no artigo 815 e a obrigação de não fazer, no artigo 822 do Código de Processo Civil como meio para exigir do Estado a realização da justiça social. Mesmo sendo a obrigação de fazer e não fazer de natureza civil e aplicada a relação entre particulares, esse instituto pode ser aplicado ao Estado, com objetivo de exigir a realização da justiça social.

No Plano social e econômico, o país tem ratificado alguns avanços, como melhoria do acesso à educação, alimentação e projetos sociais, reduzindo, um pouco, as desigualdades sociais. No entanto, apesar do mandamento constitucional de inclusão dos portadores de deficiência, enfrentam-se problemas para sua

⁸ SOUZA, Luciano Simões de. **A Educação pela Comunicação como Estratégia de Inclusão Social**: o caso da escola interativa. In: GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira; PINTO PAHIM, Regina (orgs.). Educação. São Paulo: Contexto, 2007, p. 168.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 55.

¹⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002, p. 162.

efetivação, seja por desconhecimento de seus direitos, seja pela indiferença da sociedade e do Estado em admitir as diferenças e promover a devida inclusão.

Sob tal ponto de vista, urge observar que as políticas afirmativas ou inclusivas adotadas nas sociedades contemporâneas, têm ganhado um significado político e jurídico. Registra-se a mobilização do Estado e da sociedade civil no sentido de assegurar às minorias a efetividade do direito à igualdade.

Deste modo, tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, com vista a dar-lhes tratamento jurídico mais isonômico, tem sido a tônica das políticas afirmativas de minorias, a fim de que o princípio constitucional da igualdade entre as pessoas efetive-se e não se reduza a uma significativa declaração de intenções.

Flávia Piovesan, lutadora na proteção dos direitos fundamentais, definindo as ações afirmativas como sendo medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, como crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e diversidade. E mais, segundo esta, é pelas ações afirmativas que se transita da igualdade formal para a igualdade substancial ou material.¹¹

Sob esse enfoque, para que se concretize o direito à igualdade, é preciso que sejam implementados: o combate à discriminação e a promoção da igualdade, uma vez que um e outro não podem ser dissociados.

Para que isso ocorra, além de normas que proibam comportamentos discriminatórios, deve-se atentar para normas que prescrevam uma discriminação positiva a fim de incluir os grupos historicamente marginalizados no núcleo da sociedade. Nesse caso, as pessoas portadoras de deficiência.

Assim, existem direitos que deverão ser assegurados às pessoas portadoras de deficiência, sem exceção, distinção ou discriminação, tais como:

- o direito ao respeito à sua dignidade como pessoa humana; à adoção de medidas próprias a capacitá-las a tornarem-se autoconfiantes;
- o direito a tratamento médico, psicológico e funcional para desenvolvimento de capacidades e habilidades; e à segurança material em nível de vida decente, em atividades produtivas e remuneradas de acordo com suas aptidões.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2012.

3.1 Remédios constitucionais em benefício da inclusão

O artigo 3º da Lei nº 7.853/1989, estabelece que possa ser interposta ação civil pública destina a proteger interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, prevendo, assim, que são legitimados ativos para propor ação civil pública no interesse de pessoa portadora de deficiência:

1) o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

2) a associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, a autarquia, a empresa pública, a fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de algum tipo de deficiência.

Arruda Alvim¹² ensina que:

O que parece importante é ter-se presente que as ações coletivas emergiram no contexto de uma temática inteiramente diferenciada, daquela em que se assenta o processo tradicional, de caráter individual. Conseqüentemente, todo o sistema de defesa a título coletivo foi idealizado como uma modalidade de tutela “a mais”, mas que, em última análise não prejudica ou faz perecer o “interesse” ou o “direito” individual, se, o resultado da ação coletiva for negativo. Não importa que o “bem jurídico”, objeto da tutela coletiva haja sido idealizado como “outro” bem jurídico, diferente do bem jurídico individual. Isto porque, também, em última análise é, praticamente possível imaginar-se ou fazer-se uma redução da “parcela” do “bem jurídico coletivo”, traduzindo-o para compreendê-lo no plano de sua subjetivação individual. Mas é exatamente a configuração diferenciada do bem jurídico, no plano da ação coletiva, que viabiliza a distinção entre esta ação e a ação individual.

A Lei da Ação Civil Pública seguiu um rol de entidades, cuja legitimidade é concorrente¹³, disjuntiva^{14 15 16} e exclusiva¹⁷, não se podendo olvidar que se “admite

¹² ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Da defesa do consumidor em juízo in **Revista da Procuradoria-Geral da República** volume 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 55-56.

¹³ “A legitimidade se diz concorrente porquanto a legitimidade de uma das entidades não exclui a de outra: são todas simultânea e independentemente legitimadas para agir. Concorrente, aqui, significa não exclusiva de uma só entidade.” (GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo, Editora Saraiva, 1995, p. 55). ARRUDA ALVIM, Thereza, ARRUDA ALVIM, Eduardo e MARINS, James aduzem: “a legitimação concorrente significa que qualquer um dos legitimados “ex lege” pode agir processualmente, independentemente da atividade simultânea de outro legitimado, ou seja, inexistente necessidade de atividade paralela de qualquer um dos outros legitimados.

a legitimidade individual, ou seja, a do consumidor prejudicado, que pode agir individualmente, pois esta seria insuscetível de ser afastada (artigo 81, “caput” do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e, acima deste, a Constituição Federal, art. 5º, XXXV)¹⁸.

Quanto às ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, a maioria dos doutrinadores entende como hipótese clássica de legitimação extraordinária, ainda mesmo aqueles autores que admitem ser a legitimidade ordinária, nos casos de ação coletiva em defesa de direitos metaindividuais (difusos e coletivos).

Em que pese a posição sustentada pelos doutrinadores, não se percebe qualquer distinção entre as ações coletivas que defendem direitos metaindividuais e aquelas propostas a título de defesa dos direitos individuais homogêneos. Em todas as hipóteses, há, de um lado, um titular (comunidade, coletividade ou conjunto de vítimas, que se afigure o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) e, de outro lado, um legitimado (quer os elencados no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, quer aqueles indicados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor)¹⁹.

¹⁴ “A legitimidade é disjuntiva no sentido de não ser complexa, vez que qualquer uma das entidades colegitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais colegitimados. É facultada, entretanto, a formação voluntária de litisconsórcio” (GIDI, Antônio, **Op. cit.** 1995, p. 55).

¹⁵ “Legitimação concorrente e disjuntiva significa que qualquer um deles pode agir de modo autônomo, independentemente da concordância ou atividade do outro... Outra expressão da legitimidade disjuntiva é o fato de o autor da ação de conhecimento não coincidir necessariamente com aquele que ajuíza a execução” (SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade.** São Paulo, Editora Método, 2006, p. 54 e 55).

¹⁶ “Sendo a legitimação concedida a vários entes, é concorrente. Disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode atuar em juízo sem necessariamente contar com a participação de outro habilitado. Não obstante a possibilidade de atuação em litisconsórcio, ele não figura como requisito imprescindível ao exercício da demanda. Cada um dos habilitados pode promover a ação, isoladamente ou em conjunto com outros (litisconsórcio), facultativamente. Em síntese, é concorrente (qualquer um dos habilitados pode propor a ação) e disjuntiva (a atuação de um legitimado independe do concurso de outro)” (LEONEL, Ricardo De Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 162).

¹⁷ “Trata-se de uma legitimidade exclusiva somente porque aquelas entidades taxativamente previstas em lei (LACP, art. 5º e CDC, art. 82, v.g.) poderão propor uma ação coletiva” (GIDI, Antônio, **Op. cit.** 1995, p. 55).

¹⁸ ARRUDA ALVIM, Thereza, ARRUDA ALVIM, Eduardo e MARINS, James. **Código do Consumidor Comentado.** 2ª ed. revista e ampliada, 2ª tir., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 362.

¹⁹ “A divergência deriva do fato de que aqueles que consideram a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos como exemplo de legitimidade extraordinária não vêem como titular desse direito o conjunto de vítimas indivisivelmente considerado, mas cada um das vítimas como titular do seu direito individual. Ainda assim, *ad argumentandum*, ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos não poderia ser considerada como exemplo de legitimidade extraordinária. Isso porque é regra da substituição processual, e mesmo sua própria razão de ser, suprimir a possibilidade de o substituído ir novamente a juízo, dado que já foi atingido pela autoridade da coisa

O artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, com a nova redação dada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, dispõe que tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública, c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Fazoli e Ripoli descrevem que a ação popular é um instrumento que pode e deve ser empregado na proteção dos direitos fundamentais, discorrendo-se de uma ação de índole constitucional, cujo emprego deve ser elevado ao máximo na concretização dos direitos. Assim sendo, concluem que qualquer ação, inclusive a popular, pode e deve ser empregada quando for capaz de assegurar adequada e eficaz tutela dos direitos coletivos fundamentais²⁰.

Outro instituto que vem contribuir sobre o tema é o mandado de injunção por ser conceituado como uma ação constitucional, de natureza civil e rito especial, que é colocada à disposição de qualquer pessoa, física ou jurídica, inclusive entes despersonalizados dotados de capacidade processual, como meio de controle concreto ou incidental da inconstitucionalidade por omissão, objetivando a proteção de direitos individuais ou coletivos, sempre que a falta de norma infraconstitucional regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania²¹.

Houve uma percepção de que nenhum dos institutos processuais já existentes era apto a efetivar e assegurar os direitos consagrados no texto constitucional, o poder constituinte viu-se compelido a criar um mecanismo novo.

judgada material. E isso, manifestamente, não ocorre no caso da ação coletiva em defesa de direito individual homogêneo, pois as vítimas poderão propor a sua ação individual, independentemente da improcedência da ação coletiva" (GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 55).

²⁰ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RIPOLI, Danilo César Siviero. **Ação popular como instrumento de proteção das pessoas portadoras de deficiência**: uma crítica ao positivismo. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_eduardo_de_freitas_fazoli.pdf. Acesso em: 03-08-2016.

²¹ ORTOLANI, Helen B. **Mandado de injunção**: o desenvolvimento do Instituto. Dissertação Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 134.

Buscou-se, assim, criar uma garantia funcional para suprir, através do Poder Judiciário, a carência de norma regulamentadora que viabilizasse o exercício de direitos, isto é, de uma forma para obtenção de uma ordem judicial com o fito de evitar que a inércia ou omissão do poder competente impedisse o gozo de direito ou liberdade constitucionalmente garantidos, mas dependentes de regulamentação²².

O mandado de injunção somente pode ser praticado quando estiverem presentes os pressupostos que são eles: a) a existência de direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; b) necessidade de uma regulamentação que torne esse direito exercitável; c) a falta de norma regulamentadora do direito ou liberdade constitucional, ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; d) a inviabilidade do exercício do direito ou liberdade constitucional, ou de benefício essencial à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, em virtude da falta de norma regulamentadora; e) nexos de causalidade entre a omissão e a inviabilização²³.

O Supremo Tribunal Federal assentou que a peça principal do mandado de injunção engloba quaisquer direitos, carentes de regulamentação, previstos na Constituição, uma vez que objetiva permitir a imediata fruição de direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (CF, art. 6º), desde que o impetrante esteja impedido de exercê-los em virtude de omissão legiferante.

A classificação da natureza jurídica do mandado de injunção é de grande relevância para se conferir ao interesse de agir do impetrante e o alcance da sentença proferida. Como visto, trata-se de uma ação civil, de rito especial (mesmo rito do mandado de segurança) e, no tocante aos efeitos da decisão, mandamental ou constitutiva, dependendo do objeto a ser buscado²⁴.

²² Nesse ponto, adota-se o conceito de omissão inconstitucional, segundo o qual a omissão inconstitucional é aquela resultante da ausência de legislação ou regulação de tema ao qual estava obrigado pelo texto constitucional.

²³ *Ibidem*, p. 134

²⁴ ORTOLANI, Helen B. **Mandado de injunção**: o desenvolvimento do Instituto. Dissertação Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 134-135.

Vale acrescentar que, para Celso Antonio Bandeira de Mello²⁵, o mandado de injunção apresenta-se como um meio apto a controlar a inércia administrativa, mas não exclui a concepção mais ampla da norma regulamentadora.

Todavia, como não basta declarar direitos e liberdades se estes, por dependerem de uma norma regulamentadora para sua efetividade, são inócuos, introduziram-se instrumentos para o controle da omissão. Criou-se, portanto, o mandado de injunção como uma garantia constitucional voltada a reforçar o constitucionalismo e o Estado Democrático Cidadão, participativo e comunitário, atribuindo ao cidadão um instrumento apto a conferir aplicabilidade às normas constitucionais²⁶.

Desta feita, impõe-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, bem como às associações civis, às autarquias, às empresas públicas, às fundações ou às sociedades de economia mista, uma atuação judicial mais ativa com o objetivo de se ver cumprido os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais, possibilitando-se que, de fato, aconteça a inclusão das pessoas portadoras de deficiência no meio social.

Enfim, toda a discussão sobre o tema tem por objetivo colocar em prática o verdadeiro Estado Democrático de Direito, com vasta participação social, onde a igualdade, a dignidade e a diferença sejam respeitadas por toda sociedade e pelo Estado Brasileiro.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 216.

²⁶ Nesse ponto, vale trazer à baila a conclusão de Flávia Piovesan, para quem “o desafio do constitucionalismo inaugurado em 1988, no entanto, é implementar uma ordem jurídica própria dos Estados intervencionistas em um quadro marcado pela globalização econômica”. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2012, p. 50-51.

CONCLUSÃO

A inclusão social é o direito à acessibilidade a todas as pessoas que tenham qualquer tipo de deficiência, sendo certo que dentro do ordenamento jurídico nacional, é obrigação dos entes federais diminuírem as barreiras que venham impedir tal inclusão. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, em todos os níveis, constituem fundamentação para toda a atuação do poder público, não havendo o que se falar em falta de instrumentos legais que deem suporte a atuação estatal.

A luta das pessoas portadoras de algum tipo de deficiência demanda grandes esforços para o alcance do que lhes é de direito.

A inclusão permanece sendo viável quando, por meio da participação em ações coletivas, os excluídos são capazes de readquirir sua dignidade e alcançam acesso à moradia, facilidades culturais e serviços sociais, como educação e saúde.

Nesse sentido, é possível que haja uma previsão de um longo período, em que as autoridades e instituições busquem manter a defesa dos interesses das classes proprietárias e da tecnocracia a elas aliada. Por outro lado, as diversas organizações da sociedade civil, adquirindo saber e experiência no manejo e na defesa das causas públicas, conquistam autonomia e autoconfiança na sua capacidade de governar o próprio destino no processo de transformação social e política.

E, dentro de qualquer divisão de competências constituída pela Constituição Federal e a legislação, a partir da omissão do ente federal ou do poder público na sua tarefa em concretizar o direito à acessibilidade, aos interessados faculta-se o socorro do judiciário em busca de tal direito, tendo a seu favor a possibilidade de utilização de uma série de ações judiciais.

A ação coletiva é considerada como tutela jurisdicional diferenciada, na medida em que objetiva a efetividade dos conflitos coletivos e a pacificação social.

Antes da edição da Lei da Ação Civil Pública, havia poucas fórmulas para a defesa dos interesses difusos e coletivos. A Constituição de 1988, levando em conta os bons resultados da Lei da Ação Civil Pública, ampliou a tutela dos interesses

metaindividuais, especialmente, com a previsão da figura do mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX da Carta Magna de 1988).

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão assemelham-se pelo fato de serem, ambos, instrumentos de controle da omissão, tendo cabimento no caso de ausência de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional. O mandado de injunção, por sua vez, pode ser impetrado por qualquer um que esteja impossibilitado de exercer um direito constitucionalmente previsto pela ausência de norma regulamentadora. No fundo, uma é ação coletiva; a outra, ação individual.

A utilidade do mandado de injunção está ligada à viabilização do exercício de direito ou liberdade constitucional ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania por um indivíduo, que lhe esteja sendo negada pela ausência de norma regulamentadora, não na mera existência, ou não, de norma regulamentando o dispositivo constitucional.

Cabe ressaltar que a proteção jurídica diferenciada pela Constituição Federal às pessoas portadoras de algum tipo de deficiência não é um ato de beneficência que o Estado e a sociedade carecem ter em relação a esses seres humanos, mas a garantia de igualdade e dignidade das pessoas com o seu semelhante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Da defesa do consumidor em juízo in **Revista da Procuradoria-Geral da República** volume 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ARRUDA ALVIM, Thereza, ARRUDA ALVIM, Eduardo e MARINS, James. **Código do Consumidor Comentado**. 2ª ed. revista e ampliada, 2ª tir., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e outros. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2, 2ª ed. Salvador/Bahia: Podivm, 2008.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RIPOLI, Danilo César Siviero. **A ação popular como instrumento de proteção das pessoas portadoras de deficiência: uma crítica ao positivismo**. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_eduardo_de_freitas_fazoli.pdf. Acesso em: 03-08-2016.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

LEONEL, Ricardo De Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Tutela cautelar, tutela antecipatória urgente e tutela antecipatória. In: **Revista AJURIS**, n. 61, julho de 1994.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2 e 3, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ORTOLANI, Helen B. **Mandado de injunção: o desenvolvimento do Instituto**. Dissertação Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Manole, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2012.

SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo, Editora Método, 2006.

SOUZA, Luciano Simões de. **A Educação pela Comunicação como Estratégia de Inclusão Social**: o caso da escola interativa. In: GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira; PINTO PAHIM, Regina (orgs.). Educação. São Paulo: Contexto, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I, 57ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.