

n. 01, jan./jun. 2015

REVISTA
InterJuris
FIP/MAGSUL





FACULDADE FIP/MAGSUL

DIREÇÃO GERAL: Profa. Dra. Maria de Fátima Viegas Josgrilbert

EDITOR: Prof. Me. Sebastião Gabriel Chaves Maia

COMISSÃO EDITORIAL DA REVISTA INTERJURIS FIP/MAGSUL:

Prof. Me. Sebastião Gabriel Chaves Maia, Profa. Dra. Maria de Fátima Viegas Josgrilbert

CAPA e EDITORAÇÃO: Prof. Me. Sebastião Gabriel Chaves Maia

REVISÃO: Profa. Ma. Roseli Áurea Soares Sanches

CONTATOS: Faculdade FIP/MAGSUL - Endereço: Rua Tiradentes, 322 - Centro - Ponta Porã-MS - Tel./Fax: (067) 3437-8820

Site: www.fipmagsul.com.br

E-mail: revistainterjurisfipmagsul@gmail.com

Os artigos desta publicação são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões emitidas não exprimem, necessariamente, o ponto de vista da Faculdade FIP/MAGSUL. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

REVISTA INTER JURIS
Faculdade FIP Magsul . – n.1; jan./jun. 2015.
Ponta Porã, MS, 2015.

Semestral
ISSN 2446-9572

1. Direito I. Título

CDD. 340



SUMÁRIO

- 4 **Editorial**
- 5 **SISTEMA DE COTAS DE ACESSO AO SETOR PÚBLICO E PRIVADO NO MERCADO DE TRABALHO PARA PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS**
Adib Ferzeli Filho e Marco Aurélio Claro
- 35 **ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**
Lysian Carolina Valdes
- 57 **PAGAMENTO OU PARCELAMENTO DO TRIBUTO COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS**
Arquimedes Alez Jara
- 66 **O CONTROLE SOCIAL JURISDICIONAL DO ESTADO SOBRE AS SOCIEDADES PLURALISTAS CONTEMPORÂNEAS**
Marko Edgard Valdez



EDITORIAL

Em concordância com a perspectiva de que o conhecimento científico é um dos pilares do desenvolvimento de uma sociedade, o Curso de Direito da Faculdade FIP/MAGSUL, através da Editora das Faculdades Magsul, pretende editar, periodicamente, sua revista. Ela está destinada e estruturada para servir aos melhores propósitos da necessária simbiose entre a Instituição de Ensino e a Sociedade.

A relação extramuros é tão importante quanto o aprendizado nos bancos escolares. Somente assim se pode pensar um Ensino Transdisciplinar, o paradigma pedagógico-metodológico de nossa IES.

Com a presente edição inaugural sendo divulgada, a Revista do Curso de Direito da Faculdade FIP/MAGSUL, apresenta-se, como um espaço de divulgação *sui generis*. Encontram-se ensaios que propõem uma nova observação do sistema jurídico, dentre exemplos de correlação entre Direito e Sociedade e desta maneira, apresentamos os vários trabalhos teórico-práticos desenvolvidos em parceria professor-aluno na instituição.

Uma boa leitura.

Os Editores



SISTEMA DE COTAS DE ACESSO AO SETOR PÚBLICO E PRIVADO NO MERCADO DE TRABALHO PARA PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS

ADIB FERZELI FILHO

Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Ponta Porã FIP/Magsul

MARCO AURÉLIO CLARO

Advogado Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professor Universitário das Faculdades Integradas de Ponta Porã FIP/Magsul. Professor Orientador do Núcleo de Prática Jurídica das Faculdades Integradas de Ponta Porã FIP/Magsul

RESUMO

Esse trabalho visa realizar um estudo de caso abrangendo o tema sistema de cotas no mercado de trabalho do setor público e privado de pessoas com necessidades especiais. Para facilitar o entendimento ao leitor foi feito um breve histórico sobre o Conceito do Direito do Trabalho, sua evolução histórica mundial, desde o período de escravidão até a contemporaneidade. Também foi realizada pesquisa sobre a definição de deficiência segundo o Direito, bem como suas categorias, demonstrando através de Tabelas e Gráficos a predominância do gênero masculino de pessoas com deficiência e o conservadorismo predominante até os dias atuais, além de citar Leis, Decretos que contribuíram muito para a evolução histórica do mercado de trabalho para esse público alvo. Para melhor compreensão foram utilizadas estatísticas retiradas do Censo Demográfico de 2010 através do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), entre outras fontes como pesquisas bibliográficas relevantes para o enriquecimento das informações abordadas nesse estudo, no qual foca na inclusão social de pessoas competentes e aptas ao mercado de trabalho.

Palavras-chave: Cotas; Direito; Mercado; Necessidades Especiais; Público; Privado; Trabalho.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar um estudo sobre o sistema de cotas de acesso ao setor público e privado no mercado de trabalho para pessoas com deficiências sejam elas físicas, auditivas, visuais, mentais ou múltiplas.



Foi realizada uma pesquisa sobre o conceito do Direito do Trabalho e sua contemporaneidade, trazendo aspectos de como eram as condições de trabalho e sociais do trabalhador, demonstrando a evolução do Direito do Trabalho desde os tempos mais remotos até os atuais.

Além disso, também foi abordado o desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil e a Política Trabalhista desde a abolição da escravatura, mudando para um período mais liberal com a República e o advento da Revolução Industrial, trazendo muitos imigrantes ao país. Logo após a política de trabalho de Getúlio Vargas houve uma reestruturação da ordem jurídica trabalhista brasileira, na qual não é muito diferente da adotada na atualidade.

Para melhor entendimento foi abordado o conceito de deficiência para o Direito que de acordo com a Organização Internacional do Trabalho, em Junho de 1995 considera pessoa com deficiência aquela cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fique substancialmente reduzido devido a uma deficiência de caráter físico ou mental, devidamente reconhecida.

Todavia, esse estudo salienta o sistema de cotas de acesso ao mercado de trabalho para pessoas com deficiência, ressaltando que através do Princípio da isonomia, que é considerado como Princípio da Igualdade, disposto na Constituição de vários países, todos são iguais perante a Lei, com normas basilares de qualquer ordenamento jurídico moderno nas quais emitem cotas tanto para entidades do setor público como privado para pessoas com deficiência e das ações afirmativas que garantem que a isonomia seja aplicada dentro das instituições.

Para a realização e desenvolvimento do trabalho proposto foi escolhida a metodologia mediante pesquisa documental, do tipo descritiva, utilizando dados fornecidos pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) mediante o último Censo Demográfico de 2010, além de informações retiradas de doutrinas, obras literárias, pesquisas na internet e visita na OSCIP



(Organização de Serviço Civil de Interesse Público), localizada em Ponta Porã, Município de Mato Grosso do Sul.

Possui relevância acadêmica por se tratar de um tema no âmbito jurídico, no qual abrange Leis, Decretos, entre outros, sendo assuntos abordados em sala de aula durante o Curso de Direito, mas também possui importância por se tratar da inclusão social de pessoas com deficiência, as quais possuem grande valor perante a sociedade.

Para isso foram feitos estudos nos quais relatam a quantidade de percentual de população, relacionado às pessoas com deficiência, mediante as modalidades que elas apresentam; a quantidade de pessoas com esse perfil distinguindo-se através do gênero masculino e feminino, citando conforme o sexo qual a maior população de deficiências distinguindo-se por sua categoria.

Também se preocupou em estudar o vínculo laboral, bem como a remuneração das pessoas com deficiência, especificando por gênero para melhor visualização, além de especificar mediante o último Censo do IBGE as pessoas com pelo menos uma deficiência investigada na população residente segundo sexo no Brasil; a proporção de pessoas com pelo menos uma deficiência na população residente, segundo grupos de idade; a população residente por tipo de deficiência; e a taxa de escolarização de pessoas de 6 a 14 anos de idade, por existência de pelo menos uma das deficiências investigadas.

Ao longo das análises abordadas pelos autores verifica-se a evolução no mercado de trabalho das pessoas com deficiência, em geral nos últimos anos, diante das estatísticas demonstradas, o quanto esse público alvo ainda possui condições de evoluir e se engajar profissionalmente.

Contudo, ainda há o conservadorismo predominante tanto no gênero masculino, como na remuneração onde percebe-se que, mesmo diante da globalização e modernização dos dispositivos legais, que ainda existe a exclusão social das pessoas com deficiência física do mercado de trabalho.



EVOLUÇÃO HISTÓRICA MUNDIAL DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de se adentrar no tema propriamente dito, mister se faz realizar uma incursão histórica em relação ao Direito do Trabalho, para melhor compreensão da matéria que será analisada no presente trabalho.

O trabalho foi considerado na Bíblia como castigo. Adão teve que trabalhar para comer, em razão de ter comido o fruto proibido.

A escravidão foi a primeira forma de trabalho, onde o escravo era considerado apenas uma coisa, não possuindo direitos, muitos menos trabalhista.

Platão e Aristóteles, na Grécia, entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo, onde compreendia apenas a força física. Dessa forma, a dignidade do homem baseava-se em participar dos negócios da cidade por meio de palavra.

Nesse período os escravos faziam os trabalhos duros e servis, enquanto os outros poderiam ser livres, realizando atividades que denominavam ser nobres, com, por exemplo, a política.

Em Roma não era muito diferente da Grécia, o trabalho também era feito por escravos no primeiro momento, logo depois veio à servidão (feudalismo), nos quais os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, porém, tinham de prestar serviços na terra do senhor feudal.

Tempos depois surgiram as corporações de ofício sendo considerados três sujeitos nessa relação: os mestres (proprietários das oficinas que já tinham passado da prova da obra-mestra), os companheiros (trabalhadores recebiam salários dos mestres) e aprendizes (menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão). Nesse período houve maior liberdade ao trabalhador, onde os objetivos, contudo, eram os interesses das corporações mais do que conferir qualquer proteção aos trabalhadores.

Após a Revolução Francesa (1789), as corporações de ofício foram extintas e foram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem. Todavia, foi na Revolução Francesa de 1848 e sua Constituição que



foram reconhecidos os primeiros direitos econômicos e sociais: o direito ao trabalho, onde foi imposto ao Estado a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar a sua subsistência.

Foi na Revolução Industrial que o trabalho foi transformado em emprego, nos quais os trabalhadores, de forma geral, passaram a trabalhar por salários. Nessa época, afirma-se que o Direito do Trabalho e o contrato do trabalho passaram a desenvolver-se e que a principal causa econômica foi o surgimento da máquina a vapor como fonte energética.

Houve nesse período também a substituição do trabalho manual pela força motriz e com a necessidade das pessoas operarem as máquinas a vapor, bem como as têxteis, surgindo o trabalho assalariado, a reunião dos trabalhadores e a associação dos mesmos nas reivindicações por melhores condições de trabalho e salários, diminuição das jornadas excessivas e contra a exploração de menores e mulheres.

Em 1919, segundo Martins (2010:8), surge o Tratado de Versalhes, prevendo a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que iria incumbir-se de proteger as relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional, expedindo convenções e recomendações nesse sentido.

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E A POLÍTICA TRABALHISTA

Após a abolição da escravatura e proclamada à República, iniciou-se o período liberal do direito do trabalho (NASCIMENTO 2009, p.57).

A Capital Federal tinha uma população de 522.000 habitantes em 1890 e São Paulo, 65000. No Rio de Janeiro, em 1907 concentravam-se 30% das indústrias nacionais e em São Paulo, 16%. Geralmente as oficinas e manufaturas de calçados, vestuário, móveis, tintas, fundições, entre outros, eram mal instaladas em galpões ou fundos de armazéns e locais não alcançados por qualquer tipo de fiscalização.



É notável a influência de imigrações, em especial a italiana. Em São Paulo, em 1901, dos 50.000 operários existentes, apenas 10% eram brasileiros. Já no Rio de Janeiro, de 811.443 habitantes, 118.770 eram operários e a maioria estrangeiros, com destaque para portugueses e espanhóis (NASCIMENTO, 2008.p. 58).

As condições para que o trabalho subordinado viesse a ser regido por leis de proteção foram formadas; porém o Poder Público, fiel ao princípio liberalista, mantinha-se alheio a qualquer reivindicação. Contudo, existiam elevado número de greves no começo do século XX, que no princípio eram esporádicas, visando melhores salários e reduções de jornadas diária de trabalho.

Em 12 de Junho de 1917 greve de enorme repercussão eclodiu em São Paulo, iniciando-se no Bairro da Mooca, no Cotonofício Rodolfo Crespi, onde os operários protestaram contra salários e pararam o serviço, fechando a fábrica por tempo indeterminado. Pretendia-se 20% de aumento salarial, todavia como não conseguiram o aumento junto à empresa, fizeram comício no centro da cidade. Junto aos 2000 grevistas, juntaram mais 1000 trabalhadores das fábricas Jafet, reivindicando 20% de aumento do salário.

Quase um mês após, em 11 de Julho, o número de grevistas de várias empresas era de 15000, no dia seguinte, de 20000. Bondes, luz, comércio e indústrias de São Paulo ficaram paralisados. Estendeu-se para o interior e ao todo treze cidades atingidas havendo intermediação dos jornalistas.

Sucedeu-se quatro dias e foi aceito aumento de 20% dos salários sem que nenhum empregado fosse despedido em virtude da greve e o governo liberou os operários presos, com a condição de que todos voltassem ao serviço, reconhecendo o direito de reunião quando exercido dentro da lei e respeitando a ordem pública (NASCIMENTO 2009, p. 59).

A partir de 1930 houve a expansão do direito do trabalho no Brasil, devido a diversos motivos, dentre eles o prosseguimento das conquistas de medidas de assistência e proteção aos menores de 18 anos; instituição da



caderneta agrícola, conferindo privilégios para pagamento de dívida proveniente de salário dos trabalhadores rurais; caixa de aposentadoria e pensões aos ferroviários, bem como estabilidade para os mesmos trabalhadores ao contemplarem 10 anos de emprego; 15 dias de férias, sem prejuízo dos respectivos ordenados, diárias, vencimentos e gratificações, aos empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários e de instituições de caridade e beneficência do Distrito Federal e dos Estados. Todavia, com um novo impulso no campo político e legislativo.

Com a política trabalhista de Getúlio Vargas, passaram a ter maior aceitação as ideias da intervenção nas relações de trabalho, com o Estado desempenhando papel fundamental, fortemente influenciado pelo modelo corporativista italiano (NASCIMENTO, 2009, p.67).

Houve nesse período a reestruturação da ordem jurídica trabalhista no Brasil, adquirindo fisionomia similar aos dias atuais.

CONCEITO DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do trabalho pode apresentar aspectos subjetivos, que é quando se verifica os tipos de trabalhadores. Porém há quem acredita que abrange todos os trabalhadores, como há também quem defende que só abrange os trabalhadores subordinados.

Entretanto, também existem os aspectos objetivos, que é considerada a matéria do Direito do Trabalho, mas não os sujeitos envolvidos. Assim como os aspectos subjetivos, há quem defenda que os aspectos objetivos só dizem respeito à relação do trabalho subordinado, como há alguns autores que diriam que nesse aspecto é válido todas as relações de trabalho sem exceções.

De acordo com o ilustre Professor Sérgio Pinto Martins, conceitua-se Direito do Trabalho como:

O conjunto de princípios regras e instituições atinentes à relação do trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo



com as medidas de proteção que lhe são destinadas (MARTINS, 2010, p.16).

Dessa forma, a finalidade do Direito do Trabalho é assegurar melhores condições de trabalho, assegurando que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, onde por meio de seu salário possa ter uma vida digna para poder desempenhar seu papel na sociedade (MARTINS, 2010, p.17).

Assim, a melhoria das condições de trabalho e sociais do trabalhador vai ser feita por meio da legislação, que antes de tudo, tem a finalidade de proteger o colaborador, sendo esse considerado o pólo mais fraco da relação com seu patrão.

Portanto, o Direito do trabalho tem por funções tutelar, na qual estabelece regras mínimas ao trabalhador e social, na qual garante a condição social do trabalhador.

CONCEITO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO DO TRABALHO

De acordo com Nascimento (2009), o conceito do direito do trabalho não pode ser satisfatoriamente avaliado sem a sua inserção no direito. Segundo Nascimento, o direito não pertence à natureza física e nem é produzido por uma lei química ou biológica, muito menos por uma lei mecânica própria do mundo não cultural. Tem-se como da maior importância o estudo do conceito de direito do trabalho à luz dos impactos que o ramo do direito vem sofrendo no período contemporâneo.

O Mestre Nascimento (2009), menciona que o direito apresenta-se em pleno sentido, de significação, como expressão de uma estrutura de fins e de meios congruentes, como intencionalidade, não havendo nada na natureza física que nos apareça como um elemento jurídico.

Amauri afirma que existe o direito porque o homem procura ordenar a sua coexistência com outros homens, pautando-a por meio de determinadas



normas por ele dispostas no sentido de evitar um conflito de interesses e realizar um ideal de justiça.

Segundo Nascimento (2009):

O direito do trabalho tem sido mais vivido do que conceituado, o que não impede que se faça a tentativa da sua compreensão conceptual. Nada há de surpreendente nisso. Durante milênios o homem conviveu com o direito, desde as mais primitivas formas de vida em sociedade, sem cogitar do seu conceito, problema a respeito do qual até hoje seguem divergências.

CONCEITO DE DEFICIÊNCIA PARA O DIREITO

As formas de interpretar a deficiência não são estáticas na história humana e nas sociedades ocidentais. São déficits ou condições restritivas, transitórias ou não, que se tornam peculiaridades do indivíduo que as detêm.

É um sentido abrangente que em suma resume os principais documentos que tratam do termo, mas que procura posicionar o sentido no presente. Inicialmente, eram ínfimas as diferenciações entre os tipos de deficiência, todavia, atualmente há uma rigidez conceitual que permite diferenciar o foco das limitações presentes, as quais incidem sobre a mente, cognição, aspecto físico, cognitivo ou sensorial dos indivíduos.

No ano de 1975, segundo a OIT, a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências estabeleceu que a condição de deficiência distinguia o indivíduo que devido a seus déficits físicos ou mentais, não está em pleno gozo da capacidade de satisfazer, por si mesmo, de forma total ou parcial, suas necessidades vitais e sociais.

Em 1989, no Brasil, a Lei 7853/1989 apresentou uma definição mais ampla. Para o dispositivo, a pessoa deficiente é aquele que apresenta em caráter permanente, perda ou anormalidade de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.



Ainda nestas definições, encontra-se certa limitação no sentido de compreender a variedade de causas e apresentações presentes nas deficiências. Outro conceito foi estabelecido legalmente no Brasil no início da década de 1990, mas ele ainda não atingia a totalidade da compreensão produtiva, assim como a visão de inserção e ação social que, conforme o caso, protege a pessoa com deficiência. Trata-se da Lei n. 8742, de 7 de dezembro de 1993, que em seu § 2º, pontuou ser o indivíduo com deficiência aquele:

Que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

De acordo com o Decreto Legislativo n. 51, de 25 de agosto de 1989, baseado na melhoria n. 159 da Recomendação n. 99 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 25 de junho de 1995, entende-se como pessoa com deficiência aquela cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fique substancialmente reduzido devido a uma deficiência de caráter físico ou mental, devidamente reconhecida.

No final da década em questão, com a revogação da Lei 8742/1993, foi adotado o Decreto 3209/1999, que distingue de modo claro os termos deficiência e incapacidade.

Para este dispositivo, a deficiência é algum tipo de restrição ou anomalia estrutural, fisiológica, anatômica ou psicológica que impede o indivíduo de realizar dadas atividades. A incapacidade, por sua vez, é representada pela redução do potencial de se integrar socialmente, requerendo adaptações, equipamentos ou recursos para que a pessoa possa dar e receber informações capazes de assegurar seu bem estar e a qualidade das atividades as quais executa. O trabalho da pessoa com deficiência, sob esta ótica, estaria mais próximo do trato com as incapacidades.

Adotou-se para este trabalho o conceito apresentado pela Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, do mesmo período do final dos anos noventa, que conceituou de modo mais



abrangente e satisfatório as deficiências, considerando a possibilidade de sua condição transitória e de suas variações.

Diante disso, as deficiências podem ser compreendidas na forma de restrições diversas de motricidade, sensorialidade, cognição, intelecto ou aspectos físicos, sejam passageiras ou perenes (restringindo aqui a adoção para a condição perene no que toca às vagas e políticas de reserva e isonomia abordadas), em razão das quais a pessoa teria reduzido o potencial de exercer suas atividades cotidianas e as quais poderiam ser agravadas por restrições ou pela ação do ambiente, meio social e perspectivas econômicas. Sua adoção infere-se ainda pelo contexto apresentado no Decreto nº 3.956/2001, art. 1, b, a seguir:

Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência.

Conforme Araújo (1994), a conceituação da pessoa com deficiência é salutar em pontuar que o principal caráter de definição da condição de deficiência está na dificuldade do indivíduo em obter a sua interação social.

Nessa dificuldade, mediante a OIT, e em seu eixo se montarão a definição de sua deficiência. E afastando o paradigma da incapacidade produtiva, acolhe-se aqui o conceito de pessoa com deficiência que afirma tal condição tratar-se do indivíduo capacitado para o trabalho, em virtude de treinamento especializado, respeitada a sua limitação.

Após definir o sentido da deficiência, esta Convenção especificamente traceja de modo bastante claro as bases do princípio da isonomia, quando aplicado às pessoas nesta condição de disparidade. Ao permitir a intervenção do Estado na conquista de condições menos díspares de inserção social, produtividade e bem-estar, assim como ao apresentar o aspecto da condição coletiva e limites deste tipo de ação, é um conceito que elabora claramente como e onde a Isonomia age nestes casos.



Pessoas com Deficiências

São consideradas pessoas portadoras de deficiência aquelas que possuem uma limitação em sua capacidade, seja física ou mental, que afetam sua vida social, pessoal, mas principalmente, no que tange ao desenvolvimento de uma atividade profissional.

Conforme o artigo 11 da Convenção n. 159 da OIT – Organização Internacional do Trabalho – da qual o Brasil é signatário, considera-se portador de deficiência conforme as dificuldades encontradas na colocação profissional, na conservação do posto de trabalho e na ascensão profissional. Senão, vejamos:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por “pessoa deficiente” todo indivíduo cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente reconhecida.

O Decreto 3.298/99 na legislação pátria, que regula a Lei 7.853/89, cujo objetivo primordial é a integração social dos portadores de deficiência, classifica as necessidades especiais conforme os aspectos fisiológicos, anatômicos e sociais de seus portadores, graduando-as, segundo a capacidade de adaptação no meio social, em três graus: deficiência, deficiência permanente e incapacidade.

O artigo 3º da lei aborda a definição de deficiência como sendo: toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

O mesmo dispositivo define incapacidade como:

(...) uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidades de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa com deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Em seguida o artigo 4º, define deficiência segundo termos técnicos. Antes, lembrando que referido dispositivo teve redação alterada pelo Decreto



3.298 no tocante aos surdos e, também, ao acréscimo de pessoas com nanismo e ostomizadas como sendo deficiência. Portanto, considera-se pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias, na concepção de Ariolino:

Deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais membros do corpo que comprometam alguma função física;

Deficiência auditiva: perda total ou parcial das possibilidades auditivas sonoras, que dificulte sua comunicação de forma efetiva. Apresenta-se conforme variação de graus e níveis, como surdez leve, moderada, acentuada, severa, profunda e anacusia;

Deficiência visual: segundo a acuidade visual;

Deficiência mental: afeta o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas.

Deficiência múltipla: Caracteriza-se pela associação de duas ou mais deficiências primárias, com o comprometimento que acarretam atrasos no desenvolvimento global e na capacidade adaptativa do ser humano (2011, p. 55).

É válido ressaltar, que esse decreto, além de regulamentar a Lei 7.853/89, instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e especificou normas para sua proteção. Dessa forma, a referida convenção enfoca as ações afirmativas por parte do Estado que viabiliza a inclusão social dos portadores de necessidades especiais.

Na medida em que tenta realizar a inclusão social do trabalhador com a sua respectiva deficiência valoriza os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A ativa participação dos entes estatais, das empresas privadas é fundamental para a inclusão definitiva da pessoa com deficiência, seja por ações estruturadas e coordenadas que possibilitam a capacitação profissional dessas pessoas, seja pela conscientização do mercado para recepcioná-los e tratá-los na melhor forma possível inserindo-os em sua atividade laborativa e, assim, consolidar a sua perfeita inclusão.

De acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, acesso em 14 de Dezembro de 2014), informa que ao término do período de discussões e ações conhecido como “Década das Nações Unidas Portadoras de Deficiência (1983 -1992) a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU)



proclamou 3 de Dezembro como o Dia Internacional das pessoas portadoras de deficiência.

A Deficiência na História Brasileira

No início da colonização brasileira (ALVES apud CARMO, 1992, p. 29) feita pelos portugueses, não era frequente, entre os índios, a manifestação de “deficiências”, onde dados históricos indicam que as poucas anomalias físicas que alguns índios possuíam eram fruto de guerras ou acidentes da selva.

Nos portugueses, no início da colonização brasileira, também não se notava a presença de deficiências. Os colonos sofriam muito com a quantidade de insetos que acabavam levando a severas limitações de natureza física ou sensorial, entre outros ares tropicais.

Na escravidão os trabalhadores eram vítimas de maus tratos, castigos físicos ou acidentes no trabalho de engenhos ou da lavoura, ficando impossibilitados, em muitas situações, para o trabalho. (ALVES, 1992, p.30).

Apenas em 1854, o Imperador D. Pedro II ordenou a construção de três organizações importantes: O Imperial Instituto dos Meninos Cegos; Institutos dos Surdos-Mudos e o Asilo dos Inválidos da Pátria.

Vale salientar que o Asilo dos Inválidos da Pátria foi um marco do nascimento das relações de trabalho propriamente ditas em nosso Direito do Trabalho para as pessoas com deficiência física. No entanto, foi desativado em 1976.

O SISTEMA DE COTAS NACIONAL E INTERNACIONAL

Surgiu no continente europeu, o sistema de cotas, no início do século passado, com a finalidade de dar emprego aos soldados feridos em guerra. (SOUZA apud REILLY, 2001, p. 113). Esse sistema prosperou e estava voltado aos ex-combatentes, sendo expandido para militares e não militares.



Alguns países do cenário internacional, nos últimos anos, passaram a adotar com maior intensidade o sistema de cotas.

Em 1923, a Organização Internacional do Trabalho recomendou a aprovação de leis nacionais que obrigavam entidades públicas e privadas a empregar certo montante de portadores de deficiência causada por guerra (SOUZA, 2011, p.114).

Logo após, em 1944, a OIT aprovou a recomendação, com o objetivo de incluir países membros a empregar uma quantidade razoável de portadores de deficiência não combatentes (SOUZA apud PASTORE, 2011, p.114).

Com isso a maioria dos países que adotaram o sistema de cotas exigia que os empregadores contratassem um percentual mínimo de trabalhadores com deficiência. Entretanto, apesar dessa exigência, os sistemas de cotas desses países se diferenciavam particularmente quanto à forma de cumprimento, à obrigatoriedade, às características e à eficácia das sanções, em caso de um empregador não cumprir com a cota exigida.

Na França o sistema de cotas está estabelecido pelo Código do Trabalho (*Codu du Travail*), estipulando a obrigatoriedade, a todo empregador, de contratar por tempo integral ou tempo parcial deficientes na proporção de seis por cento do efetivo total dos empregados superior a vinte. Essa lei é flexível, pois possibilita a empresa cumprir o percentual quando se está contratando trabalhadores diretamente ou em qualquer outra modalidade, como em casa, por exemplo.

Já na Itália (SOUZA apud VILLATORE, 2011, p.115) o funcionamento de cotas é determinado pela Lei nº 68, de 12 de Março de 1999, estabelecendo aos empregados públicos e privados contratar pessoas com deficiência na seguinte proporção: sete por cento do numero de trabalhadores no caso de empresas com mais de 50 trabalhadores. Dois trabalhadores no caso de empresas com 36 a 50 trabalhadores e um trabalhador se possuir entre 15 a 35 trabalhadores, nesse caso somente exigido para uma nova contratação.



Em Portugal, segundo Souza (2011), a legislação do sistema de cotas de emprego (ou reservas de postos de trabalho) na Administração Pública, refere-se ao Decreto – Lei nº 29, de 3 de Fevereiro de 2001, com um percentual obrigatório de cinco por cento nos concursos externos de ingresso na função pública em que o número de vagas seja igual ou superior a 10 vagas.

Entretanto, na Espanha a Lei nº 13/82 de 7 de Abril, referente à integração social das pessoas com deficiência é considerada como lei pioneira que se preocupou em reservar às pessoas com deficiência, nas empresas públicas e privadas. (NERES, 2002, p.117). As empresas públicas e privadas que empregarem mais de 50 trabalhadores, estão obrigadas a reservar pelo menos dois por cento das vagas para pessoas com deficiência. Contudo, vem constantemente sendo atualizada e complementada por outras leis e decretos.

Há também, segundo o mesmo autor (2002), algumas nações latinas americanas que estipulam, em seus ordenamentos jurídicos, o sistema de cotas de acesso ao mercado de trabalho para pessoas com deficiência.

No Brasil, (SOUZA apud LORENTZ, 2011, p.121), o sistema de cotas foi introduzido no ordenamento jurídico mediante o advento da Lei nº 3807 de 26 de Agosto de 1960, em seu artigo 55, posteriormente modificado pelo artigo 93 da Lei nº 8213/91.

O sistema de cotas surgiu com o propósito de possibilitar o reconhecimento das desigualdades sociais por meio do respeito à igualdade de oportunidades, a fim de facilitar o acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho.

Sistema de Cotas

A Lei 8.213/91 que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social, em seu artigo 93 determina que, empresas com 100 (cem) ou mais empregadas devem preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento)



dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, nos seguintes percentuais:

I – Até 200 empregados: 2%

II – De 201 a 500: 3%

III – De 501 a 1000: 4%

IV – De 1001 em diante: 5%.

Também a Lei 8.112/90 que trata do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, em seu artigo 5º § 2º, dispõe que:

Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Contudo, a lei ordinária definiu os contornos constitucionais ditados pelo artigo 37, inciso VIII, que assegura aos portadores de deficiência o direito a um percentual de vagas em serviço público.

Percebe-se que o sistema legal de cotas está em concordância com objetivos primordiais oriundos da Constituição, atendendo o princípio constitucional da igualdade.

Essa atuação positiva do poder público dá ênfase às ações afirmativas que atualmente fazem parte de um novo conceito de igualdade, cuja característica principal é ter um caráter integrador.

Rocha, no que se refere às ações afirmativas e suas finalidades, na garantia de emprego às pessoas com deficiência, menciona que:

A norma de ação afirmativa garantindo emprego as pessoas com deficiências visa implementar esse direito social fundamental, o Direito ao trabalho, trabalho digno respeitável. Se é verdade que não se tem conseguido obter o pleno emprego, o que coloca o Estado em débito com grande parte da população, mais verdade ainda será o fato de que, nessa guerra pela sobrevivência, as pessoas com deficiência desde o início já se colocam em desvantagem, cuja compensação se faz pelo dirigismo contratual em foco. Trata de se lhes assegurar essa patrimonialidade mínima que lhes tem sido negada com mais intensidade, visto que todas as condições de exclusão social nelas se intensificam, como se verificará. O Estado,



destarte, corrige a desigualdade e promove a justiça compensatória, como determina o art.3º da Constituição do Brasil (1996,p. 87).

Das Ações Afirmativas e das Reservas de Vagas

As ações afirmativas, segundo Rocha (1996), são formas de reduzir disparidades e fazer valer o sentido do Estado democrático de Direito, atendendo aquilo que se espera deste tipo de ordenamento. O que se pretende é que haja ação na proteção das minorias e populações subalternizadas, promovendo a sua igualdade. No caso das pessoas com deficiência, bem como nas demais ações de equiparação, o que se busca é o respaldo da igualdade.

As ações afirmativas são uma espécie de instrumento para a promoção da igualdade real, tomando como ponto de partida as necessidades gerais pontuadas pelo contexto da sociedade. A sua existência, ainda que amenize e possa trazer condições mais amplas para que a igualdade prevaleça e não desvie o Estado de desenvolver políticas e ações mais abrangentes e extensivas também garante que a isonomia seja preservada, de modo material. São ações tomadas mediante desigualdade urgente, que precisa ser combatida e esta é a forma possível de fazê-lo.

Fruto do Direito estadunidense, ainda segundo Rocha (1996), tais ações voltam-se à redução de disparidades e preconceitos socialmente arraigados, fazendo a isonomia. São medidas no cenário privado ou público para integrar pessoas ou grupos segmentados, em que se incluem os portadores de deficiência. Trata-se de colocar no direito uma ação eficiente para a idealizada equiparação.

O ponto de partida que visou promover a equalização das oportunidades e situações gerais das populações brasileiras foram às cotas em universidades oferecidas às afrodescendentes e pessoas carentes, sendo adotados sistemas de cotas em Universidades Públicas para indivíduos; para essas pessoas, o que abriu caminho para a consideração de possibilidades sobre a adoção de ações afirmativas para maior igualdade no que tocava à



parcela populacional com deficiência, algo já albergado pela Constituição Federativa de 1988.

No caso das pessoas com deficiência (ROCHA, 1996), a expectativa de ações positivas, no caso brasileiro e conforme o que dispõe a Constituição Federal (Art. 23, II), é de todos os entes federados. A expectativa tem a ver com o atendimento das mais diversas dificuldades presentes e na promoção do acesso a direitos consolidados e natos de sua condição humana: a educação, a locomoção, a saúde e, dentre outros, o trabalho. O compartilhamento de responsabilidades ocorre considerando que a normatização é competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, cabendo aos municípios atuar na legislação e trabalho local de interesses, suplementando as lacunas e buscando atender ao quesito de proteção dado pelas legislações gerais e, especialmente, a Constituição.

No ano de 1988, com o advento da nova Constituição Federal, chamou-se o olhar para o Art. 7º, Inciso XXXI, que vedava distinções de qualquer natureza, inclusive salariais, na admissão no mundo do trabalho de pessoas com deficiência. Em ação exemplar, abriu o resguardo legal para que fossem reservados cargos para que estas pessoas pudessem ter acesso garantido ao mercado produtivo (Art. 37, Inciso VIII). Ao Direito do Trabalho importa, na temática, a dialogia entre deficiência e capacidade no mercado de trabalho, tendo como frente o interesse da integração social.

Apenas um ano após a sua promulgação, em 1989, o dispositivo constitucional foi alimentado por uma norma editada pela União, para dar maiores diretrizes sobre a equiparação e igualdade da pessoa com deficiência. Era a Lei 7853/1989, que agia na proteção e garantia de direitos individuais para as pessoas com deficiência e contemplava a sua integração social.

A respeito do direito ao trabalho, segundo Cruz (2009), e de suas condições específicas, a lei pontuou a necessidade de ação do Poder Público na garantia da qualidade da formação profissional e de políticas de capacitação para o trabalho dessa parcela da população e o empenho para a abertura e



manutenção dos cargos, até mesmo em regimes de horário como meio período, para que o acesso ao trabalho seja permitido, agindo para o estímulo das contratações públicas e privadas.

A Lei 8213/1991 agiu para a abertura e acolhida no mercado de trabalho privado das pessoas com deficiência, visando aumentar o contingente produtivo. Contemplando a realidade das assertivas para a não inclusão girando em torno da acessibilidade e de questões estruturais, a lei age sobre empresas que tenham quadro funcional superior a cem colaboradores. Nesses casos, deve-se reservar de 2% a 5% das vagas disponíveis para pessoas com deficiência, conforme adiante: de 100 a 200 colaboradores, 2% de reserva; de 201 a 500 colaboradores, 3% de reserva; de 501 a 1000 colaboradores, 4% de reserva; mais de 1.001 trabalhadores, reserva legal de vagas de 5%.

Já na década de noventa, reconhecida pelos compromissos inclusivos entrou em ação no cenário legal o Decreto 914/1993, também conhecido como Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Novamente, uma das questões trazidas à tona foi necessidade da reserva de vagas no setor público e privado para estas pessoas, mas sem ainda ser muito específico nessa condição. Mas a principal contribuição desse dispositivo residiu no chamamento para a ação positiva e a capacitação das pessoas com deficiência.

Outra ação positiva foi adotada tornando mais efetivo o cumprimento do dispositivo acima. Foi quando por meio do Decreto 3298/1999 o Ministério do Trabalho ganhou a incumbência de fiscalizar a reserva de vagas pretendida. Essa fiscalização ocorre primeiro pela verificação do cumprimento ou descumprimento da lei e, caso ocorra a última situação, fixação de termo de ajuste de conduta.

No “*vacatio legis*” a respeito sobre como deveria ser feito o assento das vagas, tema em que parece pesar parte considerável das ações afirmativas, a maioria dos entendimentos segue no sentido de que não se trata de aplicar um cálculo de reserva ao número de candidatos aprovados, mas sim, conforme



clareia o Mandado de Segurança n. 11.983 DF, do Superior Tribunal de Justiça, garantir que a reserva legal de vagas seja calculada conforme o número de vagas disponíveis.

Mas é possível encontrar interpretações que sigam no sentido inverso, como o Mandado de Segurança 25.074, que toma como partido de cálculo o quadro funcional em que o cargo se insere, considerando o total de cargos e empregos. Ainda que não seja regra, esta situação cabe mencionar que cada ente tem a discricionariedade de interpretar o texto, desde que o faça para garantir a inserção e acesso ao trabalho por parte da pessoa com deficiência, dentro do princípio da isonomia.

Em 2007, (BRASIL, 2008) na cidade de Nova Iorque, houve a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, informando a condição das pessoas que apresentam impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Os portadores de deficiência são pessoas que avançaram da total exclusão para a integração, cuja participação social, educação e oportunidades, inclusive de trabalho, quando possível, integram sua cidadania e acesso a direitos fundamentais reconhecidos.

Porém, sua inclusão no mercado laboral, segundo Fonseca (2006:228 - 229), reflete em uma série de dúvidas a respeito da efetivação dessa parte fundamental de sua inserção social, que colabora não apenas para a autonomia destas pessoas, mas para a consolidação do princípio da isonomia entre estes cidadãos. Contudo, o que se procura com a reserva das vagas e políticas de inserção é a conquista da isonomia dos portadores de deficiência em geral.



ANÁLISE ESTATÍSTICA

Em 1872 houve o primeiro levantamento censitário brasileiro (IBGE, acesso em 2014) referente ao assunto deficiência. Esse tema esteve presente também nos Censos Demográficos de 1890, 1900, 1920, 1940, retornando em 1991 e 2000, havendo mudanças nos conceitos ou formulação das perguntas.

Conforme Souza (2011), fazendo um comparativo com a RAIS (Relação Anual de Informações Sociais) registrou em 2009 um total de 41, 2 milhões de vínculos ativos, sendo que 288,6 mil foram declarados como pessoas com deficiência, representando 0,7% do total de vínculos empregatícios.

Foi verificado que nesse período houve uma redução no número de trabalhadores com deficiência registrados com vínculos laborais comparados ao ano anterior.

TABELA 1: RAIS – Acesso ao Mercado de Trabalho das pessoas com deficiência em 2008 no Brasil

Tipos de deficiência	Total (%)
Deficiência física	55,24
Deficiência auditiva	24,65
Deficiência visual	3,86
Deficiência mental	3,37
Deficiência múltipla	1,09
Reabilitados	11,78

Fonte: RAIS/2008 - MTE

No que se refere ao gênero, os dados da RAIS de 2009 sinalizam a permanência do tradicionalismo que sempre reinou no mercado de trabalho tanto nacional quanto internacional, ou seja, ocorreu a predominância tanto da mão de obra masculina sobre a feminina. (SOUZA, 2011, p.137).

Mais especificamente ao que tange o Brasil, no referido ano o público masculino obteve uma maior participação em todos os tipos de deficiência, comparado ao feminino, registrando um aumento no percentual com 65,57% em média, comparado ao ocorrido em 2008, cujo percentual ficou em 64,32%.



TABELA 2: RAIS – Acesso ao Mercado de Trabalho das pessoas com deficiência em 2009 no Brasil

Tipos de deficiência	Total (%)
Deficiência física	54,68
Deficiência auditiva	22,74
Deficiência visual	4,99
Deficiência mental	4,55
Deficiência múltipla	1,21
Reabilitados	11,84

Fonte: RAIS/2009 - MTE

Na Tabela 3 nota-se a participação masculina e feminina (em percentual) referente aos tipos de deficiências.

TABELA 3 RAIS – Acesso ao Mercado de Trabalho das pessoas com deficiência em 2009 quanto ao gênero no Brasil

Tipos de deficiência	Masculino (%)	Feminino (%)
Deficiência física	63,91	36,09
Deficiência auditiva	66,78	33,22
Deficiência visual	65,21	34,79
Deficiência mental	72,86	27,14
Deficiência múltipla	69,74	30,26

Fonte: RAIS/2009 - MTE

As Tabelas 4 e 5 demonstram o total de empregados e a remuneração média realizando um comparativo entre 2008 e 2009 por tipo de deficiência e gênero no Brasil.

No Censo Demográfico realizado em 2010 identificaram-se os seguintes tipos de deficiência: visual, auditiva, motora e mental/ intelectual e, para as três primeiras, também verificou o grau de severidade, onde os resultados revelavam que, no Brasil, quase ¼ da população (23,9%) tinha algum tipo de deficiência, o que significa 45,6 milhões de pessoas.



TABELA 4: RAIS – Total de empregos e remuneração média (R\$) em 2008 e 2009 por tipo de deficiência e gênero no Brasil

TIPOS DE DEFICIÊNCIA (Público Masculino)	Vínculo Laboral 2008	Remuneração (2008)	Vínculo Laboral 2009	Remuneração (2009)
Deficiência física	109.058	1.782,98	100.855	1.847,91
Deficiência auditiva	53.682	2.476,64	43.819	2.048,25
Deficiência visual	8.278	1.68,61	9.384	1.774,23
Deficiência mental	8.027	705,94	9.536	739,74
Deficiência múltipla	2.478	1.397,47	2.445	1.386,66
Reabilitado	25.699	1.73,14	23.187	1.995,39
Total de deficientes	207.897	1.911,15	189.226	1.846,37
Não deficientes	23.027.084	1.606,58	23.945.799	1.716,37
Total	23.234.981	1.609,26	24.135.025	1.717,66

Fonte: RAIS/2008-2009 - MTE

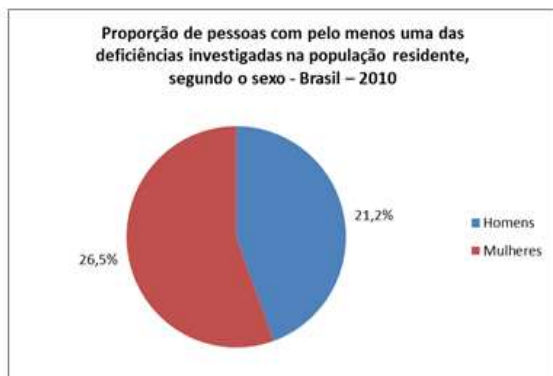
TABELA 5: RAIS – Total de empregos e remuneração média (R\$) em 2008 e 2009 por tipo de deficiência e gênero no Brasil

TIPOS DE DEFICIÊNCIA (Público Feminino)	Vínculo Laboral 2008	Remuneração (2008)	Vínculo Laboral 2009	Remuneração (2009)
Deficiência física	68.776	1.339,55	56.950	1.382,69
Deficiência auditiva	22.665	1.507,48	21.794	1.194,03
Deficiência visual	4.150	1.276,88	5.007	1.389,90
Deficiência mental	2.837	645,07	3.584	644,73
Deficiência múltipla	1.039	994,78	1.061	1.119,59
Reabilitado	12.217	1.427,41	10.971	1.585,03
Total de deficientes	115.313	1.366,88	99.367	1.331,50
Não deficientes	16.091.272	1.330,60	16.973.154	1.423,51
Total	16.206.585	1.330,86	17.072.521	1.382,69

Fonte: RAIS/2008-2009 - MTE

No Gráfico 1, notou-se que 26,5% dos portadores de deficiência eram mulheres (25,8 milhões) e 21,2% eram homens (19,8 milhões), de acordo como Censo demográfico de 2010. Já a avaliação por idade, demonstrada no Gráfico 2, destaca-se que 67,7% das pessoas com 65 anos ou mais apresentam algum tipo de deficiência (9.537.624).

GRÁFICO 1:



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

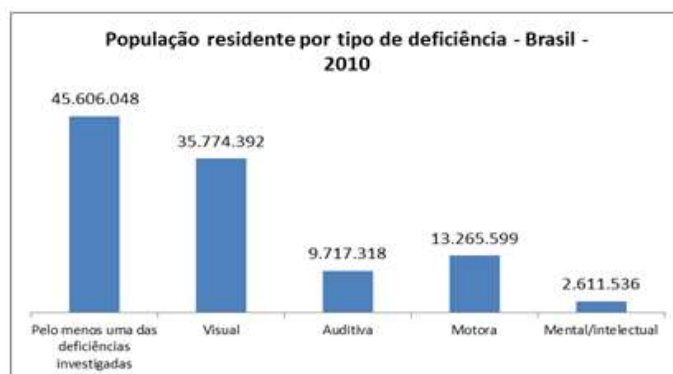
GRÁFICO 2:



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Entretanto no Gráfico 3, percebe-se que a deficiência visual atinja 35.774.392 de pessoas; 9.717.318 apresentavam algum grau de deficiência auditiva; 13.265.599 possuíam deficiência motora e 2.611.536 eram portadores de deficiência mental/ intelectual.

GRÁFICO 3

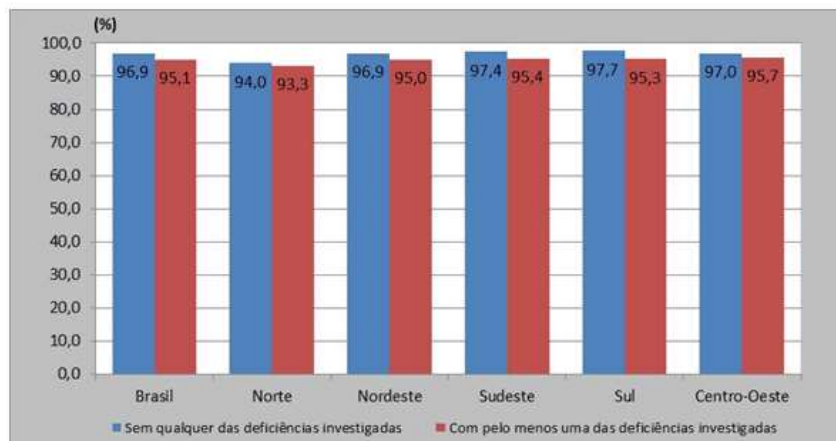


Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010

De acordo com o Gráfico 4, verifica-se que 95,1% das pessoas de 6 a 14 anos de idade no Brasil que possui algum tipo de deficiência frequentavam a escola.



GRÁFICO 4: Taxa de escolarização das pessoas de 6 a 14 anos de idade, por existência de pelo menos uma das deficiências investigadas, segundo as Grandes Regiões - 2010



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Quanto aos adultos, os trabalhadores com deficiência, segundo o IBGE, representam 23,6% do total de ocupados, sendo que 40,2% desses trabalhadores possuem carteira assinada.

De 2010 a 2014 não foi atualizado o Censo Demográfico para verificar o grau de evolução dos dados acima mencionados.

A Inclusão no município de Ponta Porã

No município de Ponta Porã, de acordo com a OSCIP (Organização de Serviço Civil de Interesse Público); constou-se que em 2014 existiam o total de 25.000 pessoas com deficiência na cidade, mediante o total de 65.000 habitantes.

No entanto, apenas 400 pessoas com deficiência estão no mercado de trabalho formalmente, mediante dados informados pela OSCIP, mostrando que a inclusão social destas pessoas em nossa cidade é muito pequena e precisa ser ampliada, devendo haver uma conscientização por parte dos empregadores tanto do setor privado quanto do público.



Houve nos últimos anos, uma queda de pessoas com deficiência no mercado de trabalho segundo relato do Presidente da OSCIP (Organização de Serviço Civil de Interesse Público), de pessoas com deficiências físicas no mercado de trabalho, sendo uma das causas desse impacto causado pelo LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social), que é um benefício Federal que a pessoa com deficiência recebe para prover o seu sustento e a falta de incentivo fiscais para os empregadores no setor privado. Diante desse benefício, muitas pessoas com deficiência, tendo receio de perder o benefício não buscam engajar-se no mercado de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve a preocupação de abordar um assunto que possui relevância no âmbito jurídico nacional e internacional que se trata do sistema de cotas de acesso ao setor público e privado no mercado de trabalho para pessoas com deficiência.

Para o desenvolvimento teórico do Conceito de Deficiência para o Direito, foi realizado um estudo de grande importância para a História brasileira e mundial sobre o Conceito de Direito do Trabalho desde o período da colonização do Brasil até os dias atuais, além da evolução no mundo, demonstrando o avanço das Leis, Tratados e Convenções tanto no Direito Constitucional, como no Direito do Trabalho.

Mediante o Princípio da Isonomia, adotado em vários países, surge a preocupação da igualdade da pessoa humana tanto em sua vida pessoal ou profissional, independente do gênero, classe social ou cultural.

Diante das mudanças após as Revoluções, em especial a Revolução Industrial, demonstra-se maiores estudos sobre as pessoas com deficiência e seus direitos, aprimorando as Leis, os Tratados, as convenções e os sistemas de cotas tanto nos setores públicos como privados para garantir que a pessoa com deficiência tenha condições melhores de trabalho para manter uma vida profissional e social mais digna.



O Conceito de Deficiência para o Direito apresentou as diversas modalidades de deficiência, sendo essas: físicas, auditivas, motoras e multifuncionais, realizando uma breve abordagem do cotidiano das pessoas com deficiência no mundo e sua evolução no mercado de trabalho.

Diante disso, surge o sistema de cotas de pessoas com deficiência tanto no sistema de cotas do setor público como privado, onde demonstra as diferenças entre as nações como a Itália, Espanha, nações latino-americanas e sua influência no Brasil.

Percebe-se que o sistema legal de cotas está de acordo com objetivos primordiais advindos da Constituição, dando oportunidade para pessoas com deficiência se engajarem no mercado de trabalho.

Essa atuação positiva do poder público dá ênfase às ações afirmativas que atualmente fazem parte de um novo conceito de igualdade, cuja característica principal é ter um caráter integrador entre o empregador e o empregado.

Além disso, as ações afirmativas garantem o ponto de partida às necessidades gerais pontuadas pelo contexto da sociedade. A sua existência, ainda que suavize e possa trazer condições mais amplas para que a igualdade permaneça e não desvie o Estado de desenvolver políticas e ações mais abrangentes e extensivas também garante que a isonomia seja preservada, de modo material.

Depois de verificadas as cotas e as ações afirmativas que assegurem que prevaleça o Princípio da Isonomia de forma fundamental verificou-se na prática, mediante dados, como está o engajamento de pessoas com deficiência nas instituições, mediante dados obtidos do último Censo Demográfico do IBGE de 2010 e análise do RAIS (Relação Anual de Informações Sociais).

Ainda existem preconceitos nos quais impedem a maior parte das pessoas com deficiência de usufruírem seus direitos constitucionais democráticos preestabelecidos.



Dessa forma, esse trabalho procurou contribuir para que a sociedade reflita, se sensibilize e lute em prol da mudança para por fim ao processo de exclusão social das pessoas com deficiências que ainda insiste em perdurar, vitimando uma grande parte desse público alvo que busca uma oportunidade no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubens Valtecidos. **Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador**. São Paulo: LTr, 1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenação Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

BRASIL. Corde. **A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília: Corde, 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.742**, de 7 de dezembro de 1993 - DOU de 08/12/93. Lei Orgânica da Assistência Social. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: Distrito Federal, 1993.

BRASIL, Presidência da República, Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n 5296**, de 2 de dezembro de 2004. Brasília: Distrito Federal, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 0191/2000**, Tribunal Pleno do TJSE, Rel. Des. Roberto Eugenio da F. Porto. TJSE: Sergipe, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3ª ed., Belo Horizonte: Arraes, 2009.



FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa.** 1ª Ed. São Paulo: LTr, 2006.

IBGE. **Dia Internacional das pessoas com deficiência.** Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/voce-sabia/calendario-7a12/event/57-dia-internacional-das-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em: 14 Dez. 2014.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Recomendação OIT n.º 99**, de 25 de junho de 1955. Sobre princípios e métodos de orientação vocacional e treinamento profissional, meios de aumentar oportunidades de emprego para os portadores de deficiência, emprego protegido, disposições especiais para crianças e jovens portadores de deficiência. OIT: Genebra, 1955.

ONU. Resolução ONU nº 2542. **Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência.** ONU, 1975.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho.** 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NERI, Marcelo, *et al.* **Política de cotas e inclusão trabalhista das pessoas com deficiência.** Rio de Janeiro : FGV,EPGE, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996.

SOUZA, Ariolino Neres Junior. **O sistema de cota de acesso ao mercado de trabalho para pessoas com deficiência.** 1 ed. Brasília: Consulex,2011.

TOLEDO, Juliana Amaral; LOPES, Laís. **O papel do Direito como Indutor de Práticas Empresariais Inclusivas.** Artigo publicado no sítio da Internet da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID. Disponível em: <<http://www.ampid.org.br/v1/?cat=9>>. Acesso em: 10 Dez. 2014.



ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

LYSIAN CAROLINA VALDES

Coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ponta Porã FIP/Magsul na cidade de Ponta Porã/MS. Graduada em Direito pela Socigran em 1998. Especialista em Direito Constitucional pela Unigran em 2002. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá-CESUMAR em 2010. Professora da Disciplina de Direito Penal e Direitos Humanos do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ponta Porã FIP/Magsul. Advogada desde 1999. Conciliadora junto ao Juizado Especial Adjunto Cível do Tribunal de Justiça de MS na Comarca de Ponta Porã/MS.

RESUMO

O texto a seguir fará uma abordagem acerca do Princípio da Dignidade Humana bem como a análise, elevando-o à condição de fundamento da *ressocialização* do apenado, mormente porque segundo, a atual ideologia do Direito Penal moderno, a função primordial da pena deixou ser meramente punitiva/retributiva passando à função de *reintegração/ressocialização* social do detento. Referida *ressocialização*, para efetivamente ser concretizada, demanda uma série de mudanças, tanto de ordem social, econômica, política e cultural, pois não basta a Lei de Execução Penal, considerada uma das melhores do mundo, estabelecer condições dignas para o cumprimento da reprimenda penal, há a necessidade de efetivamente tais condições serem materializadas.

INTRODUÇÃO

O texto a seguir fará uma abordagem acerca do Princípio da Dignidade Humana, considerado como princípio constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentir, o princípio dos princípios, que é a dignidade humana trás consigo mandamentos de ordem humanizadora, as quais visam garantir ao ser humano o mínimo necessário à uma existência digna, seja, fora ou dentro dos estabelecimentos penais.



A ressocialização tem como função o resgate do criminoso, de modo que possa ser “devolvido” ao convívio social. No entanto, a forma como a pena foi cumprida, em meio à condições desumanas, desrespeito a toda e qualquer dignidade, convivendo com a criminalidade, sofrendo de todo tipo de violência e de violação, é fácil concluir que ele não irá se *ressocializar*. Na verdade, o que se “devolve” à sociedade é um indivíduo desumano e revoltado com o meio.

Assim, sob esse aspecto que o presente trabalho se assenta: expor a importância do princípio da dignidade humana como fundamento essencial da execução penal.

Sob esse prisma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ocupa um papel primordial na ressocialização do apenado, pois não há como tratar a questão da criminalidade, e conseqüentemente das penas, sem mexer nas estruturas sociais e econômicas responsáveis pelas disparidades sociais existentes no Brasil.

Quanto à efetivação das condições intrínsecas contidas nesse princípio, cabe ao Estado, detentor do *jus puniendi* e administrador da justiça, o dever de promover as medidas necessárias ao cumprimento da Lei de Execução Penal, na forma como esta se apresenta, proporcionando ao apenado um tratamento mais humanitário e digno. Vale mencionar, ainda, que se trata do cumprimento de um princípio constitucional fundamental e que deve embasar todas as relações sociais, jurídicas e a atuação do Estado como garantidor da Justiça Social.

O Princípio da Dignidade Humana eleva o homem ao centro de todo o sistema jurídico, sendo o fim do próprio Estado, de modo que qualquer ato atentatório à sua dignidade por parte de outras pessoas e principalmente dos poderes públicos merece a repulsa imediata.

No que tange ao cumprimento da sentença penal, importante ressaltar que o apenado, apesar de ter violado as regras de conduta ao praticar um ilícito penal é um ser humano, e sendo reconhecido como pessoa, é detentor



de direitos, dentre eles os da personalidade sistematizados no Código Civil, os quais são adquiridos com a sua própria existência, dentre eles cite-se o da integridade física e moral.

Assim, sendo reconhecido como pessoa e estando sob a tutela do Estado, merece ser submetido a um tratamento condizente com sua condição humana, ainda que tenha violado as regras de convivência pacífica. Trata-se do desafio maior do processo de ressocialização, no entanto, entendemos que o respeito ao princípio da dignidade humana com fundamento maior, contribuirá para a efetiva ressocialização do apenado, reduzindo-se a reincidência na medida em que o detento possa voltar ao convívio social mais humanizado e consciente do papel que ocupa na construção de uma sociedade mais justa e humana.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Muitos doutrinadores defendem a ideia de que o Princípio da Isonomia é a principal garantia constitucional do homem, apesar de ter sua importância, neste trabalho se sustentará que o princípio mais relevante e garantidor de todos os direitos fundamentais é o Princípio da Dignidade Humana, mormente por se tratar do fundamento do Estado Democrático de Direito.

É através do respeito a esse princípio que a vontade do legislador constitucionalista no sentido da construção de uma sociedade mais justa se concretizará. Trata-se do princípio maior, o princípio dos princípios dentro do texto constitucional, nesse sentido Willis Santiago Guerra Filho assevera que “Dentre os princípios fundamentais gerais, enunciados no art. 1º da Constituição de 88, merece destaque especial aquele que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana”.

No Brasil, país cuja história das constituições foi bastante conturbada e cuja realidade política esteve sempre sob o jugo de períodos ditatoriais, o ideal de proteção da dignidade da pessoa humana somente foi reconhecido formalmente na ordem positiva com a promulgação da Carta Política de 1988.



Trata-se do fundamento principal de todo o sistema constitucional, e arcabouço da guarda dos direitos individuais. Seu destaque no prisma constitucional é tamanho que se encontra positivada já no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

Apesar de ser possível sua constatação nas constituições mais antigas que já resguardavam as liberdades fundamentais, a expressa posituação desse princípio é bastante recente, se afirmando no constitucionalismo do pós a Segunda Guerra Mundial. Não em por menos que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra, traz em seu artigo de abertura que “A dignidade da pessoa humana é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

Os jusnaturalistas e positivistas se referiam à dignidade humana como direitos humanos. Com algumas exceções, somente após sua consagração na Declaração Universal da ONU de 1948 é que o princípio foi expressamente reconhecido na maioria das Constituições.

Historicamente o surgimento da dignidade humana pode ser atribuído ao mérito de duas correntes, a tradição cristã e a filosofia de Immanuel Kant. Foi o cristianismo o responsável pelo surgimento da noção de dignidade humana no mundo ocidental na medida em que pregava que o homem era imagem e semelhança de seu criador e, tratava a pessoa como o ser dotado de dignidade. Assim, por ser uma criação divina, o homem era detentor de dignidade humana.

Posteriormente, com a superação do paradigma do fundamento do direito natural, o direito de divino para a ser racional, baseado na experiência e razão humanas. Ganha espaço aqui o movimento chamado de Iluminismo, substituindo a religião pelo homem, colocando-o no centro de todo o sistema. Nesse contexto, surge o idealismo alemão de Immanuel Kant que concebia o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão.



É na filosofia kantiana que todos os seres humanos, de forma igual, são dignos de respeito, sendo este um traço distintivo do homem como ser racional, existindo como um fim em si mesmo. Diante desse traço que o caracteriza como ser racional, é que o homem passa a ser chamado de pessoa humana, dotada de um valor intrínseco, um valor próprio da sua essência. Referido valor intrínseco seria superior não possuindo valoração, sendo este a sua dignidade absoluta, que se consubstancia na qualidade essencial daquele da pessoa humana.

Mas o que vem a ser dignidade? Trata-se na verdade de um conceito elaborado no decorrer da história, sendo considerada hoje como um valor supremo, absoluto. O vocábulo vem do latim *dignitas* que significa “mérito”, “valor intrínseco”, “mérito”. Na verdade, sua conceituação não alcançou uma definição universal e uniforme, porém extraí-se que existem duas referências sempre presentes: como noção autônoma ou como conjunto de valores e bens indispensáveis ao ser humano.

Dignidade é algo inerente à pessoa, nasce com ela, lhe é inata, trata-se da sua essência. Todo ser humano, independente da sua qualidade social possui dignidade humana, e a detém pelo simples fato de existir.

Nesse aspecto, Rizzatto Nunes¹enumera os componentes da dignidade humana.

Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou, como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade -, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.

Após o seu reconhecimento como valor moral, foi atribuído valor jurídico à dignidade da pessoa humana, passando do âmbito da consciência coletiva para o âmbito jurídico. A dignidade da pessoa humana passou a ser entendida

¹ NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade Humana. Pg. 49



como o atributo imanente ao ser humano para exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável, razão pela qual passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda humanidade, vinculando governos, instituições e indivíduos.

Nas lições de Elimar Szaniawski²

A ideia de que todo ser humano é possuidor de dignidade é anterior ao direito, não necessitando, por conseguinte, ser reconhecida juridicamente para existir. Sua existência e eficácia prescinde de legitimação, mediante reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico. No entanto, dada a importância da dignidade, como princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito, esta vem sendo reconhecida, de longa data, pelo ordenamento jurídico dos povos civilizados e democráticos, como um princípio jurídico fundamental, como valor unificador dos demais direitos fundamentais, inserido nas Constituições, como um princípio jurídico fundamental.

Assim, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada como um direito obtido somente através do ordenamento jurídico. Trata-se de um atributo inerente a todo ser humano, independente de sua posição social, sexo, raça, religião etc..

O fato da dignidade humana ocupar local privilegiado no corpo da constituição não induz ao respeito por parte apenas do Estado, mas de toda a coletividade. Nesse sentido importante trazer à tona o pensamento de Rizzatto Nunes³

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Doutro turno, inegável é o vínculo existente entre a dignidade humana e os direitos fundamentais. Existe na verdade uma relação de dependência

² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da Personalidade e sua tutela, pg. 141

³ NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade Humana, pg. 50



entre eles, na medida em que os direitos fundamentais surgiram como exigência da dignidade humana com a finalidade de possibilitar um pleno desenvolvimento da pessoa enquanto ser humano. Somente através da existência desses direitos fundamentais é que a dignidade humana poderá ser concretizada e respeitada.

Diante disso pode-se afirmar serenamente que “a exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana”⁴

Os direitos fundamentais são nesse sentido: “os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”⁵

Portanto, a relevância que os direitos fundamentais adquirem com relação aos direitos fundamentais é o fato de serem necessários à proteção da dignidade humana, servindo como mecanismo de concretização desse princípio.

Uma das características do atual constitucionalismo é a colocação do homem no centro e fim do ordenamento jurídico. A sua dignidade é um valor indispensável e característico do Estado Democrático de Direito, e, a pessoa, não pode ser vista ou tratada de forma institucionalizada, ou como um reflexo da ordem normativa, mas sim como o objetivo maior do Estado, vez que “O Estado existe para o homem; não o homem para o Estado”⁶.

Há que se considerar que dentre todos os princípios que ocupam o texto constitucional, o da dignidade humana, sem sombra de dúvidas, é o que ocupa papel mais relevante, ocupando um grau mais elevado que aqueles. Não se trata de superioridade normativa com capacidade de invalidar outros princípios em caso de colisão, trata-se na verdade de um norte a ser utilizado

⁴ NOVELINO, Marcelo. Da Dignidade da Pessoa Humana, pg. 26

⁵ ANDRADE, J.C. Vieira de. *Apud* NOVELINO, Marcelo. Da Dignidade da Pessoa Humana, pg. 26

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pg. 225



na interpretação de outras normas do sistema. Além do que, o princípio da dignidade humana possui duplo caráter normativo, vez que funciona tanto como princípio, tanto como norma, advindo disso a sua relevância normativa.

Derradeiramente há que se aquilatar que a dignidade humana é composta por um mínimo existencial, consubstanciado em um conjunto de bens e utilidades básicas, cite-se, saúde, alimentação, educação, moradia, necessários à uma existência digna. E para sua materialização cabe ao Estado o dever de adotar as políticas necessárias, possibilitando a todos os homem esse mínimo necessário à uma vida digna.

3. DIGNIDADE HUMANA E A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

3.1 O APENADO COMO SUJEITO DE DIREITO

Conforme já constatado, no início do século XX, as concepções jurídico-penais com relação ao preso eram muito diferentes das atuais. Hoje graças a vários movimentos de humanização, e a uma verdadeira tomada de consciência que iniciou na época do iluminismo, o apenado deixa de ser um mero objeto do direito penal para tornar-se pessoa do direito penal.

No entanto, apesar do homem ter passado a ocupar o centro de todo o ordenamento jurídico, apesar da nossa atual Constituição ter como fundamento a dignidade da pessoa humana, dia a dia presenciamos as arbitrariedades praticadas contra os apenados que se aglutinam nas celas dos nossos estabelecimentos penais.

Em pleno Estado Democrático de Direito, onde o país se funda em uma Carta cidadã, cujo teor traz princípios fundamentais, assegurados a todos os indivíduos, seja apenado ou não, os abusos são noticiados dia a dia, os direitos dos apenados se vêem desrespeitados e as autoridades assistem a tudo isso de forma passiva.



Nas exatas palavras de Luis Garrido Guzman⁷

O interesse atual pelos direitos do preso é, de certa forma, um reflexo do movimento geral de defesa dos direitos da pessoa humana. Ninguém ignora que os presos, em todos os tempos e lugares, sempre foram vítimas de excessos e discriminações quando submetidos aos cuidados de guardas ou carcereiros de presídios, violando-se assim aqueles direitos englobados na rubrica de “direitos humanos”. Definem-se estes como os direitos que naturalmente correspondem a cada pessoa pelo simples fato de serem seres humanos e em razão da dignidade a tal condição e às de liberdade, segurança, igualdade, justiça e paz em que toda pessoa deve viver e atuar.

Conforme ressaltado, o Estado Democrático de Direito enumera como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, já no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, devendo o Estado, por essa razão, tratar o apenado, como sujeito de direitos, com a dignidade que faz jus na qualidade de ser humano.

Portanto, o apenado, é sujeito de direitos, sendo o centro do ordenamento jurídico, devendo receber por parte das autoridades que detém a sua custódia, o tratamento que o legislador constituindo lhe reservou.

No campo do direito penal, principalmente no que tange ao cumprimento da reprimenda judicial, o condenado se torna sujeito de direitos no sentido de lhe serem assegurados todas as garantias constitucionais e aquelas postas na legislação infraconstitucional, cite-se, por exemplo, a própria Lei de Execuções Penais, a elenca um rol de garantias com o fito de proporcionar ao apenado as condições dignas para o cumprimento da sanção penal.

Nesse sentido, importante destacar as palavras de René Ariel Dotti⁸ o qual reforçando a idéia de que o sistema prisional deve conter as condições favoráveis para a integração do apenado, não se confundindo “com qualquer sistema de `tratamento` que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado”.

⁷ GUZMAN, Luis Garrido. *Apud* Julio Fabbrini Mirabete, Execução Penal, pg. 113

⁸ DOTTI, René Ariel. O Novo Sistema Penal de Penas. Reforma Penal, pg. 99



Assim, o preso como ser humano, deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, por isso as autoridades constituídas deverão manter todos os seus direitos fundamentais que não foram lesados pela cassação da sua liberdade, em caso de cumprimento de pena privativa, pois a pena é privativa da liberdade e não da dignidade, do respeito e de outro direito inerentes a pessoa humana.

O preso continua sendo uma pessoa, o que muda é seu *status*, o qual passa a ser o de preso, situação esta reconhecida pelo sistema positivado como de alguém passível de direitos e deveres. Assim, a relação que se estabelece entre o condenado e o Estado, é a mesma para com as pessoas livres, com exceção da privação da liberdade decorrente da sentença condenatória. Nesse sentido precisas são as palavras de Yolanda Catão e Elisabeth Sussekind⁹ “a prisão não constitui território no qual as normas constitucionais não tenham validade”

Compulsando o disposto no artigo 38 do Código Penal constatamos: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito á sua integridade física e moral”. Além disso a Lei de Execução Penal, de forma paralela, sistematiza os direitos e deveres do apenado, ambos trazendo consigo o objetivo maior de proporcionar ao apenado os direitos que lhe são resguardados independente da sua condição de violador da norma penal.

Nesse sentido o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete¹⁰ assevera:

A Lei de Execução Penal, impedindo o excesso ou o desvio da execução que possa comprometer a dignidade e a humanidade da execução, torna expressa a extensão de direitos constitucionais aos presos e internos. Por outro lado, assegura também condições para que os mesmos, em decorrência de sua situação particular, possam desenvolver-se no sentido da reinserção social com o afastamento de inúmeros problemas surgidos com o encarceramento”.

⁹ CATÃO Yolanda e SUSSEKIND Elisabeth *apud* Julio Fabbrini Mirabete, Execução Penal, pg. 38

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal, pg. 39



Assim, o apenado como sujeito de direito, possui todos os seus direitos preservados, eliminados alguns decorrentes da sentença condenatória, e, a execução de sua pena deve ser procedida nos limites exatos de sua condenação, sendo que a inobservância desses direitos se traduz na imposição de uma pena não prevista em lei.

Na verdade, deve o Estado, propiciar condições dignas para o cumprimento da pena imposta pelo juiz criminal de forma que o seu retorno ao convívio social possa ser o mais pacífico possível, no entanto, de acordo com a atual realidade do sistema carcerário, tal objetivo está fadado ao insucesso.

Apenas a título de ilustração, vez que tais fatos são de conhecimento de todos, as celas que compõem o sistema penitenciário nacional são verdadeiros depósitos humanos, cujos ocupantes sofrem todos os tipos de violações, morais e físicas, sendo diariamente ofendidos em sua dignidade humana. Tratam-se de locais com celas abarrotadas, insalubres, sem qualquer higiene, traduzem-se em verdadeiros calabouços.

É nesse ambiente sombrio que os presos são obrigados a renunciar à sua dignidade humana, na medida em que sofrem com todos os tipos de afrontas, desde a falta de alimentação adequada, espaço físico dentro das celas, lesões à sua integridade física, moral, falta de respeito para com sua intimidade etc..

O tratamento dispensado aos presos em hipótese alguma poderá proporcionar condições de ressocialização, caracterizando-se a mais cristalina afronta aos fundamentos constitucionais da execução penal.

O apenado, enquanto sujeito de direitos invioláveis, deve receber por parte do Estado a atenção necessária, mesmo que se encontre com sua liberdade cassada temporariamente, e, conforme já ressaltado em tópico próprio, o homem possui dignidade desde o seu nascimento, não sendo crível que receba uma dupla sanção, além daquela privativa de liberdade, qual seja, a cassação da sua dignidade humana.



3.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE DO APENADO

Conforme já ressaltado acima, o apenado, como qualquer ser humano, é sujeito de direitos, sendo que o fato de estar privado de sua liberdade por certo período de tempo em razão de uma sentença penal condenatória, não habilita o Estado a cassar também sua dignidade humana.

No presente tópico buscará se demonstrar que os direitos da personalidade do apenado, os quais em razão do encarceramento, estão sendo violados em clara afronta aos dispositivos constitucionais e civis que tratam desses direitos.

Personalidade é inerente à pessoa, estando ligada a ela de forma indissociável, acompanhando-a desde o seu nascimento até a sua morte, podendo até mesmo em determinadas situações prevalecer até mesmo após o fim de sua vida.

O vocábulo personalidade significa “caráter ou qualidade do que é pessoal; personalidade; o que determina a individualidade de uma pessoa moral; o elemento estável da conduta de uma pessoa; sua maneira habitual de ser; aquilo que a distingue de outra”¹¹.

Segundo Pontes de Miranda:¹²

“[...] a personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida, contemplando-os e querendo-os, ou afastando-se de si; o ser sujeito de direito é entrar no suporte fático e viver nas relações jurídicas, como um dos termos delas”.

Temos que a personalidade é uma característica do homem. Trata-se na verdade de um conjunto de caracteres que o individualizam em sociedade, atribuindo-o estigma próprio e subjetividade.

¹¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *apud* REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. *Revista jurídica CESUMAR*, Maringá, v. 1, n. 1, p. 6, dez. 2001.

¹² Miranda, P. de. *Tratado de Direito Privado, Parte Geral*, tomo I, Rio de Janeiro/RJ, Editora Borsoi, 1954, p. 154



De Plácido e Silva¹³ assinala que:

Do latim *personalitas, de persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro. Assim, opondo-se à aceção de generalidade, traz consigo o sentido de individualismo, particularidade e singularidade, exprimindo o conceito de uma relação abstrata de existência, ou seja, do próprio ego concreto da pessoa natural. É a qualidade de pessoa. Nesta razão, a personalidade, tomada neste sentido, não pode ser mais que uma, porque somente uma é a individualidade, que dela se deriva.

É justamente a personalidade que irá diferenciar uma pessoa dos demais componentes da coletividade, vez que cada uma possui um estigma próprio, uma característica própria diferente dos demais.

Trata-se de um componente natural da pessoa, o qual existe antes mesmo do direito e sua codificação, pois cada ser humano nasce com uma característica própria que lhe é peculiar e que o seguirá até mesmo após sua morte.

Dada a sua importância, ela recebe um tratamento todo especial, inserido-se até mesmo dentro dos direitos e garantias fundamentais sistematizados no artigo 5º da nossa Constituição Federal.

No entendimento do mestre Caio Mário da Silva Pereira¹⁴:

A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica.

Certo é que a doutrina faz um elo entre a pessoa humana e a sua personalidade, considerando-a como apta a contrair direitos e obrigações, situação que recebeu uma maior importância a partir do surgimento da Teoria dos Direitos da Personalidade.

¹³ Silva, De P. e. Vocabulário Jurídico, vol III, 12 edição, Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense, 1993, p. 360

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. p. 198



O Código Civil dedicou um capítulo próprio vindo a atender ao mandamento constitucional que previa um tratamento mais robusto visando a proteção da personalidade bem como a cessação de eventuais violações.

Como é cediço, nas prisões os direitos da personalidade dos presos são agredidos dia a dia, exemplifique-se os casos de violação à sua integridade física, moral, ao tratamento desumano recebido por aquele que os detém sob sua custódia.

Direitos da personalidade do preso podem ser consubstanciados em direitos de receber um tratamento digno, de ter sua integridade física preservada, direito de ter sua moral e honra respeitados, direito de ser chamado pelo nome etc...

Veja-se que a realidade carcerária se tornou um local propício à essas violações, celas superlotadas comprometendo a integridade física dos reclusos, as constantes rebeliões em cujas ocorrências comprometem a própria vida do preso.

No tocante à integridade psíquica do preso, valem os ensinamentos de Ervin Goffman¹⁵

As indignidades de fala e ação exigidas do internado correspondem 'as indignidades de tratamento que outros lhe dão. Os exemplos padronizados são aqui as profanações verbais ou gestos: pessoas, equipe, dirigente ou outros internados dão aos indivíduos nomes obscenos, podem xingá-lo, indicar suas qualidades negativas, 'gozá-lo', ou falar à respeito com outros internados como se não estivesse presente.

Sendo certo que os direitos da personalidade são indisponíveis e irrenunciáveis, como por exemplo, o direito à vida, integridade física e moral, uso do nome, não podem ser desconsiderados dentro dos muros das prisões.

¹⁵ GOFFMAN, Erving. *apud* KLOCH Henrique e BARRETO, Wanderlei de Paula. Os direitos da personalidade e a integridade dos detentos nas penitenciárias do Estado de Santa Catarina. Revista jurídica CESUMAR, Maringá, v. 7, n. 1, p. 6, jan./jun. 2007, pg. 262



Veja-se que a violação desses direitos não ocorre em razão da reprovação estatal diante do cometimento de um ilícito, mas sim em decorrência do cumprimento dessa sanção.

É justamente na fase da execução penal que os direitos da personalidade do preso são violados e desconsiderados, agindo os violadores como se as paredes das penitenciárias fossem imunes aos preceitos legais que resguardam os direitos dos apenados.

Portanto, o preso tem o direito de ser respeitado em sua integridade física, psicológica, direito de ser chamado pelo nome, não sofrer tortura física e psicológica, enfim, trata-se de lhe serem resguardadas condições de cumprimento digno da pena, fator essencial no processo de ressocialização.

3.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA EXECUÇÃO PENAL

Os princípios, consoante já abordado em tópico próprio, constituem dentro do ordenamento jurídico, o norte para uma correta aplicação do Direito, é dos princípios que devem derivar as demais normas, e o julgador, ao decidir o caso concreto, não deve prescindir de uma visão principiológica, fundada, essencialmente, na Constituição Federal.

Por essas razões, a Constituição e seu corpo de princípios devem ser os fundamentos a serem utilizados nas lides postas à solução, seja na seara do direito civil, seja na seara do direito penal.

Apesar disso e apesar de todo arcabouço filosófico, moral e jurídico para a proteção da pessoa humana, o curso da história demonstrou já desde a Antiguidade oriental até os tempos atuais, que nem o ser humano ocupou a posição prioritária em relação a outros interesses.

Na execução penal tal desprivilegio fica claramene demonstrado, pois o que se observa é a aplicação da lei penal desprovida de uma filtragem constitucional que resguarde a dignidade humana, apesar desta ser o



fundamento do ordenamento positivado.

Em razão da Constituição Federal de 1988 ter introduzido no ordenamento jurídico novos princípios e uma caráter mais humanista, alçando o princípio da dignidade humana a um patamar de destaque, deve o direito penal e as normas que tratam da execução penal se adequarem a esse novo paradigma.

Ficou para o passado o modelo arcaico, positivado há décadas, hoje o sistema penal deve ter como foco principal a pessoa humana e sua dignidade, devendo o princípio atinente servir como parâmetro para materialização dos anseios do constituinte de 1988.

Em se tratando do confronto existente entre o *jus puniendi* do Estado o *jus libertatis* do indivíduo, ganha importância a diretriz inserida no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja, a "dignidade da pessoa humana".

Em razão da posição relevante ocupada pelo princípio da dignidade humana na Carta Magna, imperioso se faz concluir que surgem dois mandamentos: a imposição de respeito à dignidade da pessoa humana, e, a determinação, dirigida aos poderes públicos, de proteção e de promoção do acesso aos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida com dignidade.

O Estado, em razão dos poderes que detém, traz consigo dois aspectos; o de ser o mais susceptível de cometer violações à dignidade humana e o mais indicado a salvaguardá-las. Trata-se do principal destinatário dos deveres de respeito, promoção, proteção e consolidação.

Em sede de dever de promoção, com relação ao apenado, enquanto ser humano deve o Estado criar condições necessárias ao cumprimento da sanção, de forma que lhe sejam assegurados todos os direitos intrínsecos e irrenunciáveis na qualidade de pessoa. Deve, portanto, em cumprimento à vontade constitucional e em obediência ao "princípio dos princípios" criar as condições necessárias para o exercício dos direitos decorrentes de sua



dignidade.

Nesse aspecto, a humanização da execução penal é sem dúvida um dos caminhos a serem trilhados para que o princípio constitucional possa ser efetivado. Nesse sentido as palavras Carlos Garcia Valdes¹⁶

A afirmação de que é possível, mediante cárcere, castigar o delinquente, neutralizando-o por meio de um sistema de segurança e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo com tratamento já não se sustenta, exigindo-se a escolha d novos caminhos para a execução das penas, principalmente no que tange às privativas de liberdade. Assim, tem-se entendido que à ideia central da ressocialização há de unir-se, necessariamente, o postulado da progressiva humanização e liberação da execução penitenciária, de tal maneira, que asseguradas medidas como permissões de saída, o trabalho externo e os regimes abertos, tenha ela maior eficácia.

Aos poderes públicos, impõe-se o dever de respeitar a dignidade humana, além de protegê-la e promover os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis ao cumprimento da pena de forma digna e humana, aliás, o princípio, conforme sua própria nomenclatura, nos conduz à essas expressões; dignidade e humanidade.

A Constituição Federal ao prever o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, determina que todos os ramos do direito a utilizem como pólo orientador a idéia de respeito à dignidade da pessoa humana, independente da posição que ela ocupe no processo, seja como vítima, indiciado, réu ou sentenciado.

Se a pessoa humana é o centro de todo o ordenamento jurídico pátrio, ela deve ser o sujeito do processo e não seu objeto. A reprimenda estatal em razão do ilícito praticado deve ter como parâmetro o princípio da dignidade humana, derivando daí a adoção de todas as medidas necessárias à sua promoção.

Porém, a realidade mostra justamente o inverso, apesar do avanço doutrinário das ciências criminológicas e penitenciárias, o que ocorre, na verdade nos estabelecimentos prisionais, são multidões amontoadas de

¹⁶ VALDES, Carlos Garcia *apud* Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit. pg. 23



excluídos sociais, miseráveis condenados também ao desrespeito á sua dignidade enquanto seres humanos, mantidos em condições subumanas, vivendo literalmente como animais amontoados em currais.

A doutrina é maciça em afirmar que a saída está na humanização do sistema prisional. O investimento deve ser na melhora do sistema prisional e na ressocialização do preso como exigência do Estado de Direito, vez que é inadmissível o acréscimo de sofrimento no cumprimento da pena. A degradação do apenado como ser humano é uma característica do sistema prisional não só do Brasil mas também de outros estabelecimentos do mundo, nada justifica essa afronta dos direitos humanos, cuja preservação é sempre de caráter imperativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante constatado buscou-se no presente texto demonstrar a importância que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa no sistema de ressocialização do apenado, notadamente porque este se situa na base de todos os direitos constitucionais consagrados, quer aos seres humanos livres ou aprisionados por decisão condenatória.

Referido princípio, a partir da Constituição de 1988, cuja visão antropocêntrica trouxe o homem para o centro do ordenamento jurídico, passou a constituir a viga mestra do arcabouço jurídico.

No entanto, apesar da visão vanguardista do poder legislativo bem como pelo avanço da ciência criminológica, a realidade vividas nos presídios do país é alarmante e vai de encontro com todo o conjunto de direitos assegurados pela Constituição Federal e Lei de Execução Penal. O que se constata é a constante agressão aos direitos humanos dos encarcerados bem como violação dos direitos da personalidade dentre eles cite-se o direito à vida, integridade física e moral, honra, direito ao nome etc...



O que se deve efetivamente realizar é a concretização dos direitos humanos do preso, na medida em que, através de uma maior humanização do sistema penitenciário, a ressocialização possa efetivamente ser alcançada.

Não se trata de utopia, mas sim um fundamento a ser respeitado pois é função do Estado, enquanto detentor do *jus puniendi*, a adoção de medidas que venham a materializar de forma plena o respeito aos direitos fundamentais do apenado.

Não se justifica o sofrimento infligido ao apenado pelo sistema prisional, deve-se sim investir na humanização, na melhora das condições de cumprimento da pena, de modo que a degradação do ser humano não se perpetue como se esse fato fosse aceitável e natural dentro das prisões.

Na verdade, a criminalização e o rigor no tratamento penitenciário não são saídas para a criminalidade que assola o país, é cediço que as causas desta desenfreada criminalidade são complexas e exigem ação por parte do Estado antes mesmo que o crime aconteça, não depois, com o envio de presos à verdadeiras escolas do crime, cujo resultado é o aumento do grau de periculosidade e revolta para com a sociedade que o marginalizou.

Os tratamentos dispensados aos encarcerados, tais como, maus tratos, violação de seus direitos fundamentais, a ocorrência constante de rebeliões e fugas, em hipótese alguma poderão contribuir para a socialização do apenado, muito pelo inverso.

Respeitar a dignidade humana do apenado é um dos deveres do Estado, somente assim, com condições dignas se pode alcançar a ressocialização, de modo que a pena efetivamente possa alcançar sua função social. Por derradeiro insta se afirmar que a dignidade humana é um dever positivo e deve ser tutelado sem nenhuma exceção.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Enéa de Stutz, **Direitos e Garantias Fundamentais**, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição á aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo; Malheiros Editores, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense universitária, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **A Proteção da dignidade da pessoa humana com fundamentação constitucional do sistema penal**. Jusnavegandi.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 13ª, Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2005



BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização dos textos por Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama, 1ª ed. Russel Editores, São Paulo, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. III ed. São Paulo, Saraiva, 2003

DOTTI, René Ariel. **A Crise do Sistema Penal**. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, ano 88, v. 768, 1999

_____. **O Novo Sistema Penal de Penas. Reforma Penal**. Saraiva, São Paulo, 1985.

ESPÍNDOLA, Ruy Samoel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: RT, 1999

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2a. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, **Direitos Humanos Fundamentais**, 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002

FILHO, Willis Santiago Guerra, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 3ª ed., São Paulo, Editora Celso Bastos, 2003

FRANCO, Afonso Arinos de Mello, *apud* MORAES Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 4ª ed. Atlas, São Paulo, 2002

GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A Importância dos Princípios Jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTR, 2003.

KLOCH Henrique e BARRETO, Wanderlei de Paula. **Os direitos da personalidade e a integridade dos detentos nas penitenciárias do Estado de Santa Catarina**. Revista jurídica CESUMAR, Maringá: v. 7, n. 1, p. 6, jan./jun. 2007



MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge, *apud* MORAES Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 4ª ed. Atlas, São Paulo, 2002

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 4ª ed. Atlas, São Paulo, 2002

NOGUEIRA, Paulo Lucio, **Comentários à Lei de Execução Penal**, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996

NOVELINO, Marcelo. **Da Dignidade da Pessoa Humana**. Ano VII, n. 77, Revista Prática Jurídica, São Paulo; Editora Consulex, 31 de agosto de 2008.

NUNES, Rizzato, **O Princípio Constitucional da Dignidade Humana**, Saraiva, São Paulo, 2002

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitucion**. 5ª. Ed, Madrid, Tecnos, 1995

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1998,

Revista jurídica CESUMAR Mestrado. Maringá: Centro Universitário de Maringá, V. 7, n. 1, jan.jun.2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1989 v. III

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1993



ZAFARONI, Eugenio Raúl. Em **busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001

ZNANIASKI, Elimar, **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo, RT, 2005.



PAGAMENTO OU PARCELAMENTO DO TRIBUTO COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

ARQUIMEDES ALEZ JARA

Possui graduação em direito pelo Centro Universitario da Grande Dourados (2005). Especialista em Direito Tributário. Atualmente é docente - Faculdades Magsul e assessor de juiz - Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito

RESUMO

O presente artigo pesquisa e analisa acerca da extinção da punibilidade nos crimes tributários mediante o pagamento ou parcelamento do tributo. Apresentando um estudo sistemático acerca da extinção da punibilidade, abordando a noção das causas extintivas da punibilidade, as causas previstas em lei e os efeitos da extinção da punibilidade. O destaque maior se dá em relação aos crimes tributários, bem como as controvérsias existentes acerca do tema proposto, colacionando os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Diante das abordagens acima expostas, conseguiu-se adentrar nas consequências que podem ser acarretadas com a extinção da punibilidade nos delitos tributários através do pagamento ou parcelamento do crédito tributário.

Palavras-chave: Pagamento. Parcelamento. Tributo. Extinção. Punibilidade.

INTRODUÇÃO

O parcelamento ou pagamento do tributo como causa de exclusão da punibilidade é tema bastante controvertido na doutrina e na jurisprudência, tanto que o ordenamento jurídico pátrio já admitiu em alguns períodos e em outros não.

Assim, o assunto na doutrina e jurisprudência passa a ser de interesse relevante.

Deste modo, com rica e detalhada fundamentação, aprofundamos o assunto e demonstramos, com base na legislação vigente, quais os delitos tributários que admitem o pagamento como causa de exclusão da punibilidade.



Este trabalho desenvolveu-se através de pesquisas doutrinárias, decisões dos tribunais, em artigos publicados na rede mundial de computadores (internet), tudo na busca incessante de demonstrar a importância da divergência acerca de determinado assunto, pois, sabe-se que é através de estudos, entendimentos contrários, que nossos legisladores podem ser influenciados no momento da atividade legislativa a elaborarem diplomas legais capazes de alterarem a atual conjuntura política, social, econômica, etc..

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Noção Geral de Extinção da Punibilidade

Com a prática de delito ou contravenção penal, surge para o Estado o *Jus Puniendi* - direito de punir, entretanto, esse referido direito pode ser restringido ou limitado diante do acontecimento de determinadas circunstâncias chamadas de causas extintivas da punibilidade.

Neste sentido, preconiza Celso Delmanto Júnior ao prelecionar que:

“(...) quando ocorre efetiva violação da lei penal – pela prática de crime ou de contravenção – aquele poder-dever concretiza-se, havendo a liberação da coação estatal. a aplicação da sanção ao infrator da lei penal, todavia, só poderá concretizar-se após o trânsito em julgado da condenação, proferida após o desenrolar do devido processo penal (...). Essa possibilidade jurídica de impor pena ao violador da lei penal é chamada punibilidade. Não é, portanto, a punibilidade requisito do crime, mas usa consequência. Podem, porém, surgir fatos ou atos jurídicos que impeçam o direito de punir do Estado, isto é, extingam a punibilidade. Por isso, diz-se que causas de extinção da punibilidade são aqueles fatos ou atos jurídicos que impedem o Estado de exercer seu direito de punir os infratores da lei penal”.¹⁷

Sendo assim, a extinção da punibilidade fere de morte o direito de punir do Estado.

¹⁷ DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 7. ed. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



O Código Penal brasileiro enumera as causas de exclusão da punibilidade. Neste sentido vejamos o art. 107 do CP:

“Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

I- pela morte do agente;

II- pela anistia, graça ou indulto;

III- pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV- pela prescrição, decadência ou preempção;

V- pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI- pela retração do agente, nos casos em que a lei admite;

VII- pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII- pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;

IX- pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

O rol de causas extintivas da punibilidade contidas no dispositivo legal acima citado é meramente exemplificativo, pois podem ser encontradas outras formas de extinção da punibilidade na legislação penal extravagante.

Julio Fabbrini Mirabete esclarece que:

“As causas extintivas da punibilidade são mencionadas no art. 107, que não é taxativo, prevendo-se outras além dessas, como o ressarcimento do dano no peculato culposo, a conciliação nos crimes contra a honra, a morte do ofendido no adultério, a anulação do primeiro casamento no caso de bigamia, o decurso do prazo do sursis e do livramento condicional do processo sem revogação nos crimes de competência do Juizado Especial Criminal, o pagamento do tributo ou contribuição social em determinados crimes de sonegação fiscal.”¹⁸

Efeitos da extinção da punibilidade

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal comentado. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2005. pág. 772.



A extinção do direito de punir do Estado pode ocorrer em dois momentos distintos.

Se ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal retira do Estado o poder de punir, atingindo o próprio *jus puniendi*, deixando de existir qualquer efeito penal ou até mesmo extrapenal decorrentes do processo.

Contudo, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, extingue-se apenas o título penal executório ou alguns efeitos dele decorrentes.

Assim, vislumbramos que no tocante aos efeitos da extinção da punibilidade, eles podem ocorrer em momentos distintos, no entanto, em todos eles revelam-se de suma importância, pois, no mundo dos fatos os efeitos podem produzir resultados diferenciados.

CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS.

1. Pagamento Integral do Tributo

Com a entrada em vigor da Lei n. 10.684/03, que trata do parcelamento de débitos tributários junto à Secretaria da Receita Federal, o legislador ordinário alterou o posicionamento tradicional de nosso ordenamento jurídico, passando a considerar que o pagamento integral do débito, mesmo após o recebimento da denúncia, é causa extintiva da punibilidade do autor do delito contra a ordem tributária.

Esta é a determinação constante do artigo 9º, § 2º, da referida Lei n. 10.684/03, nos seguintes termos:

“§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”



Assim, de acordo com o art. 9º da Lei nº 10.684/2003, o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, extingue a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal.

Os delitos supracitados comportam a extinção da punibilidade, através do pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais.

Logo, o agente que cometer um ilícito penal daquela natureza, poderá ter extinta a sua punibilidade, desde que realize o pagamento relativo ao tributo ou contribuição social e qualquer acessório que suprimiu ou reduziu.

2. Parcelamento do Tributo.

Encontramos três leis importantes que disciplinam a matéria referente à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo.

A Lei n. 9.249/95 dispõe em seu art. 34 que quando o agente promover o pagamento do tributo e acessórios antes do recebimento da denúncia, haverá a extinção da punibilidade.

Posteriormente, a Lei n. 9.964/2000, que criou o Plano de Recuperação Fiscal (REFIS) e estabeleceu no art. 15, § 3º, que é extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Esta disposição legal possibilita dizer que o pagamento do tributo é causa extintiva da punibilidade e uma vez realizado o parcelamento do débito fiscal, fica suspenso o processo e a prescrição penal, desde que o parcelamento ou pagamento integral seja feito antes do recebimento da denúncia.

Registre-se, ainda, que a Lei n. 10.684/2003, instituiu o parcelamento especial (PAES) e superou a discussão acerca do momento em que pode ser



parcelado o débito tributário, mantendo o pagamento com causa de extinção da punibilidade, bem como dispôs acerca dos efeitos do parcelamento.

Por fim, destaca-se que o art. 83 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, foi alterado pela Lei n. 12.382/2011 e passou a disciplinar em seus parágrafos 1º e 2º que:

§ 1º. Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

Portanto, podemos concluir que a nova sistemática acerca da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, consubstancia na possibilidade da suspensão da pretensão punitiva do Estado e da prescrição quando for efetuado o parcelamento, possibilidade de extinção da punibilidade após a quitação integral do débito fiscal, bem como que o parcelamento pode ser realizado a qualquer momento, ou seja, é possível após o recebimento da denúncia.

POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Tanto o posicionamento de Supremo Tribunal Federal, como do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido da admissão da extinção da punibilidade nos delitos tributários pelo pagamento, mesmo após o recebimento da denúncia.

Neste sentido:

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Aplicação do princípio da insignificância. Tese não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento pela Suprema Corte. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento do writ. Requerimento



incidental de extinção da punibilidade do paciente pelo pagamento integral do débito tributário constituído. Possibilidade. Precedente. Ordem concedida de ofício. 1. Não tendo sido analisada pelo Superior Tribunal de Justiça defesa fundada no princípio da insignificância, é inviável a análise originária desse pedido pela Suprema Corte, sob pena de supressão de instância, em afronta às normas constitucionais de competência. 2. Não se conhece do habeas corpus. 3. O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos - empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio. Precedente. 4. Entendimento pessoal externado por ocasião do julgamento, em 9/5/13, da AP nº 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, no sentido de que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo. 5. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente. (**STF**, HC 116828/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. J. 13/08/2013).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. APLICAÇÃO DO ART. 9.º, § 2.º, DA LEI N.º 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. O pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento dos tributos extingue a punibilidade do crime tipificado no art. 168-A do Código Penal, por força do art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 10.684/03, de eficácia retroativa por força do art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal. (**STJ**, 5ª Turma, REsp 950648/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, J. 12-02-2008, DJ, 03-03-2008. pág. 01).

Desta maneira, o posicionamento de nossas mais altas cortes de Justiça de nosso país acerca da extinção da punibilidade nos delitos tributários pelo pagamento do tributo devido, está em consonância com o que dispõe a Lei nº 10.684/03.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando-se o tema sob uma ótica geral percebemos uma evolução positiva, tendo-se em vista que tal possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento poderia vir a exercer forte influência em outros delitos, não de natureza fiscal, pois, indubitavelmente, poderia descongestionar o sistema penitenciário brasileiro, além do que o agente infrator poderia refletir acerca da



prática de crimes, vez que poderia sentir repressão de forma pecuniária, abalando o seu patrimônio.

Procuramos contribuir para a pacificação do assunto, mas sabemos que a divergência ainda irá prolongar-se no tempo, porém, a ciência do direito já caminha a passos largos, visto que já existem posicionamentos que, além de admitir o pagamento como causa de extinção da punibilidade, prevê as demais causas de extinção do crédito tributário previsto no Código Tributário Nacional, como causa de exclusão do direito de punir do Estado nos crimes tributários.

Finalmente, pode-se concluir que a divergência acerca do tema pode contribuir na atividade do Estado-Juiz, que utilizando os meios existentes possa garantir vida digna a todos, sem, contudo, contribuir de forma indesejada para o aumento da criminalidade, da marginalização, da sonegação, fraude e tantas outras figuras típicas comumente conhecidas.

REFERÊNCIAS

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 7. ed. Atual. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo : Malheiros Editores Ltda. 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2005.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8ª Ed. Ver. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2006.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito tributário**. 8ª ed. São Paulo: Premier Máxima, 2005.



O CONTROLE SOCIAL JURISDICIONAL DO ESTADO SOBRE AS SOCIEDADES PLURALISTAS CONTEMPORÂNEAS

MARKO EDGARD VALDEZ

Mestre em Processo Civil e Cidadania, Especialista em Direito Constitucional. Advogado e Professor de Processo Civil e Direito Empresarial nas Faculdades FIP-Magsul. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da mesma Instituição

RESUMO

Na medida em que o Estado Judiciário não obedece aos princípios da celeridade e razoável duração do processo, por ele mesmo instituídos, corre o risco de perder o controle sobre o seu jurisdicionado. A perda de controle sobre o jurisdicionado caracteriza-se por outros meios de tutela, como atos de abuso das próprias razões, ou atos de desobediência civil como forma equitativa de garantirem-se direitos em meio a uma sociedade complexa e pluralista. O presente estudo permite concluir que em tempos de protestos e manifestações das mais diversas ordens, o Poder Judiciário responsabiliza-se em única instância pela resolução dos conflitos sociais, originados, sobretudo pela falta de efetividade, ou mesmo pela total omissão das prestações oriundas dos poderes legislativo e executivo. No âmbito de sua atuação, o judiciário não poderá, portanto, faltar às expectativas sociais, pois se as prestações legislativas e administrativas são falhas, cabe unicamente ao judiciário sanar essas falhas, de modo efetivo. O presente estudo considera também que o conceito de efetividade jurisdicional está ligado ao fator tempo, pois de nada adianta haver na esfera das atribuições dos poderes, uma instância judicial de resolução dos conflitos, se as tutelas pretendidas não são tempestivamente concedidas. Portanto, surgem duas consequências analisadas no trabalho, como fruto dessa intempestividade, que é o já mencionado perigo descontrole social, materializado na tentativa de resolução dos conflitos à margem do judiciário, numa verdadeira justiça privada, bem como surge também a responsabilidade civil do Estado em indenizar àquele que obteve danos e prejuízos pela falta de tempestividade do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade Pluralistas; Controle Social; Sumarização do Processo.

INTRODUÇÃO

Após o processo de democratização com o fim do regime militar no início dos anos de 1980 e a promulgação da Constituição Federal em 1988, o Brasil ingressou



na era da modernidade constitucional, com o Poder Judiciário ser alvo de novos litígios oriundos das novas garantias instituídas pela “Carta Cidadã”.

Ocorre que o aparato judicial não acompanhou a evolução da sociedade, que se tornou complexa e exigente. Essa evolução deu início a uma crise institucional e judiciária, consistente basicamente na intempestividade da prestação jurisdicional, que vem a ser o desrespeito à garantia constitucional de razoável duração do processo e celeridade processual prevista no inciso nº LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal. A consequência da intempestividade jurisdicional pode originar a falta de controle sobre os litígios do jurisdicionado.

O problema é agravado ainda pelo caráter social adotado pelo Estado brasileiro, cujas políticas públicas afastaram-se do modelo liberal para deixar a cargo do Poder Público uma extensa política assistencialista de proteção às camadas sociais economicamente mais vulneráveis.

O tema da sumarização do processo como instrumento de controle das sociedades pluralistas contemporâneas e sua relação com a garantia constitucional da tempestividade jurisdicional encerra em si três aspectos que aparecem interligados entre si. 1º - o controle social: entendido este como decorrência do princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional como fórmula jurídica de pacificação social. 2º - a sumarização do processo: entendida como uma medida instrumental para a celeridade do processo. 3º - a garantia constitucional da tempestividade jurisdicional: entendida esta garantia como o princípio constitucional norteador da atividade judiciária.

A interligação desses elementos processuais justifica-se no seu fim maior que é o direito do jurisdicionado de receber do Estado um processo mais eficaz e menos burocratizado. A abrangência desses aspectos encontra sua justificativa quando são postos em conjunto, com o objetivo de salientar a necessidade da adoção de meios mais simplificados e instrumentais na condução do processo. Por meio da sumarização do processo, os processos adquirem brevidade. A consequência da brevidade será a satisfação do jurisdicionado e, por conseguinte um eficaz controle social do Estado.

SOCIEDADES PLURALISTAS CONTEMPORANEAS E CONTROLE SOCIAL



A contemporaneidade pode ser descrita como o processo de comportamentos sociais amplos que repercutem e transformam os campos da política, dos costumes, da economia, das relações de trabalho, das ciências em geral, implicando num aperfeiçoamento histórico e consecutório da ordem estatal anterior.

Diversos elementos podem definir o conceito de contemporaneidade. No aspecto sociológico, Manuel Castells (1999) preconiza o impacto dos novos movimentos sociais, ao lado da tecnologia da comunicação e informação e da crise do capitalismo, como um elemento que desestabiliza as estruturas patriarcais vigentes e assim denotam um estado de contemporaneidade. Para isso cita os exemplos das lutas do movimento feminista e dos homossexuais, que geram transformações históricas no âmbito da família e nas considerações sobre a personalidade humana.

Igualmente, na obra específica sobre movimentos sociais de Celso Fernandes Campilongo (2012), já em seu prefácio escrito por José Eduardo Faria, cita-se um novo paradigma dos movimentos sociais a partir dos anos de 1980 do século XX, formado por códigos de condutas não convencionais, como o feminismo, ecologia, pacifismo, emancipação cultural, liberdades sexuais e direitos humanos que passam a denotar um estado de contemporaneidade.

Para José Eduardo Faria (2011, p. 33), “uma das principais características do mundo contemporâneo é a pluralização dos tempos de poder”. Assim como os governos passam por curto prazo exercendo o poder, devido às eleições cíclicas, caracteriza-se a contemporaneidade também pelo “tempo médio das mobilizações sociais e o tempo mais longo das transformações da sociedade”.

O Estado contemporâneo, preocupado com suas demandas sociais, também se caracteriza pela interpretação do ordenamento jurídico de forma mais favorável às classes desprivilegiadas, “na procura de nivelar as desigualdades sócio-econômicas entre as partes, acentuada também pela reiterada práxis histórica do Poder Judiciário no sentido da defesa dos interesses patrimoniais da classe dominante” (APOSTOLOVA, 1998, p. 188).

Os movimentos sociais que surgem ao longo desses processos históricos possuem papel preponderante nas transformações sociopolíticas do Estado. “Um bom exemplo disso são as ações do MST. Os trabalhadores sem-terra não podiam permanecer inertes vendo tanta terra em tão poucas mãos” (MOREIRA e LAUREANO, 2008, p.126).



Para Norberto Bobbio, os novos direitos humanos não são criados à luz das novas constituições, “os direitos da mulher, da criança, do idoso, dos deficientes etc.” são aperfeiçoamentos de processos históricos, como “especificações de um núcleo essencial, que dialeticamente vai se adensando e se expandindo em sempre renovadas concretizações históricas” (BOBBIO, 1992, p. 62-63).

Em específica obra de Filosofia Política Contemporânea, Will Kymlicka (2006, p. 305), cita exemplos da evolução do Estado contemporâneo, que passou a tratar a mulher no mesmo plano dos homens. Sobre a suposta inaptidão para atividades políticas e econômicas fora do lar, diz o filósofo, “os teóricos contemporâneos abandonaram progressivamente esta suposição de inferioridade natural das mulheres”.

Outro interessante dado sobre a atual evolução do Estado social brasileiro é a política de amparo aos refugiados estrangeiros em solo nacional. Segundo Danielle Annoni e Lysian Carolina Valdes (2013, p. 146), o Brasil, “inspirado em por razões humanitárias, decidiu por desenvolver a política de reassentamento no ano de 1999, assinado com o Acnur¹⁹ o Acordo Marco para Reassentamento de Refugiados”. Nesse contexto, verifica-se que o caráter assistencialista brasileiro não se estende apenas aos naturais, mas também a estrangeiros residentes no país.

Destarte, devemos inicialmente nos ater ao fato de que a contemporaneidade, no campo sociológico, está ligada às novas relações sociais complexas, que surgem como processos históricos, que não nascem de imediato e não são consequências de uma ruptura sociopolítica.

Sobre essas transformações históricas e a influência da realidade social sobre a evolução do Direito, Reinaldo Dias (2009, p. 225), assim se manifestou:

O Direito, assim como outros aspectos da realidade social, sofre enorme influencia do momento histórico vivido atualmente pela humanidade, o qual pode ser caracterizado, sem dúvida, como de grandes transformações que não têm igual em toda a sua historia, tanto por sua extensão quanto pela velocidade em que ocorrem.

Não sendo fruto de rupturas sociopolíticas ou revoluções, mas de evolução histórica, paradoxalmente, os movimentos sociais são mais complexos do que esses eventos conflituosos, conforme as palavras de Campilongo (2012, p. 10):

¹⁹ ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, “foi criado pela Assembleia Geral da ONU em 14.12.1950 para proteger as vítimas e assistir a elas de perseguição, da violência e da intolerância” (ANNONI, VALDES, 2013, p. 131).



“Conceitualmente, os movimentos sociais são mais específicos do que a genérica noção de conflito e mais complexos do que a transformação revolucionária”.

Pelo vértice legal, a contemporaneidade de nossa experiência constitucional revela-se não apenas pelos compromissos sociais estabelecidos em lei, mas, sobretudo, pelo desenvolvimento progressivo das instituições públicas que tutelam as sociedades pluralistas emergentes, onde a sociedade adquire uma estabilização normativa dos comportamentos, justamente pelo controle efetivo exercido por essas instituições públicas.

Nesse contexto, Jurgen Habermas (1997) visualizou a evolução das sociedades altamente complexas com a multiplicação de formas de vidas e visões de mundo, devendo o direito moderno cumprir com as exigências da pluralidade social e complexa por meio da “estabilização de expectativas de comportamento”, congregando todos os sujeitos que interagem socialmente, sempre sob os regulamentos do Estado Democrático de Direito.

A pluralidade social do povo brasileiro, ou a coletividade de segmentos sociais revelados a partir da Constituição Federal de 1988, têm em comum o foco da valorização e segurança, ao menos legal, das garantias provenientes dos Direitos Humanos, pois estes são a fonte legal das garantias constitucionais expressas na nova Carta.

Dessa forma, contemporaneamente, a dignidade humana do povo brasileiro, bem como o Estado Democrático de Direito restabelecido na metade dos anos 80, “emergem como estruturas paradigmáticas, jurídica e politicamente institucionalizadas pela Constituição brasileira de 1988. Assim o discurso dos direitos humanos desponta como estrutura das práticas discursivas que configuram a sociedade brasileira contemporânea” (ARCELO, 2008, p. 25).

Essa prática discursiva, que se concretiza no exercício do direito material, fica condicionada, porém, ao grau de abertura interpretativa do texto da Carta de 1988, significando dizer que o nível de pluralidade alcançado pela sociedade contemporânea influencia nessa prática discursiva.

Tal constatação encontra supedâneo na lição de Peter Haberle (1999, p. 13): “Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. Em outras palavras a democracia participativa da



sociedade é essencial para a amplitude do discurso e a para a efetivação das garantias constitucionais.

Nesse aspecto, Haberle considerou a prática da interpretação da Constituição um elemento da “sociedade aberta”, em cujo seio as potencias públicas do processo social se envolvem para resultar num tipo de sociedade específica. “Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potencias públicas mencionadas” (HABERLE, 1999, p. 14).

Podemos emparelhar o sentido dado por Haberle às “sociedades abertas dos intérpretes constitucionais”, ao sentido de norma constitucional ordenadora e conformadora dada por Gilmar Mendes, considerando que o texto constitucional é a um só tempo, pela perspectiva normativa, uma norma instrumental protetora e pela perspectiva sociopolítica, um elemento de formação e conformação do agir social:

Nessa perspectiva, a Constituição não é um simples instrumento de proteção das relações existentes, mas a norma fundamental em que se projeta e se realiza uma sociedade em devir e transformação, uma lei superior onde se indicam as mudanças e se definem os processos de conformação do sistema político, das relações sociais e da própria ordem jurídica (MENDES et al, 2009, p. 8).

A projeção de uma sociedade moderna feita nos ditames constitucionais guarda sentido com as expectativas da pós-modernidade, onde se aguarda que as instituições públicas atendam às exigências das relações complexas que vão surgindo ao longo do processo de conformação social.

No Brasil contemporâneo, essa expectativa vem sendo recepcionada pelas leis confeccionadas posteriormente à Constituição de 1988, onde “a temática pós-moderna vai aparecer preferencialmente no plano teórico como uma projeção de utopias e desejos de mudanças decorrentes da crítica da modernidade”. Já no plano prático das instituições jurídicas, a realidade “está longe de corresponder às idéias contemporâneas de funcionamento das instituições” (APOSTOLOVA, 1998, p. 36).

As expectativas e exigências das novas relações sociais forçam o Estado a multiplicar sua tarefa, na mesma proporção em que a sociedade se multiplica. Segundo Aloísio Krohling *in*: AMEIDA, Enéa Stutz e (Org.), após a promulgação da Constituição de 1988, “o Brasil presenciou o surgimento de inúmeras instâncias e mecanismos de participação popular e defesa da cidadania, como os conselhos de



saúde, educação, criança e adolescente, direitos humanos, segurança pública, planejamento urbano e outros” (2006, p. 106).

Campilongo (2011, p. 54), porém, com visão crítica observou que algumas expectativas da suposta modernidade da ordem jurídica brasileira não vêm sendo correspondidas pelo fato da Constituição, não regulamentada, tem sua eficácia contida. “Direitos sociais suspensos por falta de recursos para sua implementação reforçam o quadro”.

Muitas consequências surgem daí, conforme observou o professor: “A ordem constitucional, apesar de seu espírito igualitarista, não é capaz de reverter o contexto de iniquidade social e nem sequer de criar as condições políticas para a inclusão de setores expressivos da população nos quadros de cidadania formalmente regulada” (CAMPILONGO, 2011, p. 54).

Na experiência brasileira, a abertura democratizante associada à complexidade das relações, oriundas do crescimento demográfico, ainda impulsionou a criação de entidades jurídicas, órgãos representativos de categorias sociais, mas sem a devida correspondência às expectativas da modernidade:

Assim, criam-se juizados especiais, alteram-se ritos processuais, criam-se favores legais para esvaziar as cadeias etc..., mas a população continua crescendo, a complexidade das relações sociais aumenta no mesmo diapasão, mas os espaços físicos das cadeias, dos tribunais, o número de juízes e de funcionário da Justiça, as verbas destinadas a essa instituição, tudo continua na mesma, de sorte que a solução buscada pelo legislador não encontra campo fértil para produzir os seus efeitos desejados (ARAÚJO, 1997, p.10).

O modelo social contemporâneo inaugurado com a Constituição de 1988 obriga o Estado a efetivar as garantias fundamentais por meio da multiplicação dos mecanismos asseguradores desses direitos. Porém, segundo Soares (2011, p. 330), essa Constituição “perdeu sua força normativa”, pois os programas de ação social não foram capazes de conciliar as políticas de inclusão social e de desenvolvimento nacional.

O período da passagem dos anos finais da década de 1970 para os anos iniciais de 1980 já preconizava a transformação institucional, política e social que surgiria no Brasil, porém seus efeitos e magnitudes eram, como não poderiam deixar de ser, totalmente inimagináveis.



Atualmente, as tendências sociais do regime estatal brasileiro concretizaram-se na concepção oficial de um Estado Democrático de Direito, que concede aos poderes públicos a capacidade de adoção de instrumentos específicos para a tutela de interesses também específicos, e, sobretudo, complexos.

Como se pode ver, a contemporaneidade é o tempo presente que coleta e catalisa eventos históricos de cunho econômico, social, cultural e político, e passa a exigir mecanismos jurídicos que acolham as exigências das novas relações sociais que surgem ao longo da história, e que são diretamente influenciadas por tais eventos.

DA NECESSÁRIA MODERNIZAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO RESPOSTA À MODERNIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

O debate sociopolítico da ineficácia da prestação jurisdicional e o consequente desrespeito aos direitos fundamentais constitucionais é impulsionado pela percepção de que há uma manifesta crise em torno do Judiciário. Fatores como a liberdade de expressão e, sobretudo, o atual nível de acesso à informação da sociedade colaboram para o crescente descontentamento e manifestações críticas do jurisdicionado.

Para evitar essas manifestações negativas, que com razão fazem-se repercutir, bem como evitar-se o mal maior, que como vimos pode eclodir em descontrole social, é necessário que se modernize o aparato jurisdicional como um todo, englobado nessa modernização o próprio Poder Judiciário enquanto instituição pública, bem como os procedimentos formais da função jurisdicional, seus ritos, seus dogmas e seus princípios.

Especificamente em relação aos procedimentos, Athos Gusmão Carneiro (2006, p. 11) traz à memória, mais uma vez, a necessidade de adoção técnicas menos complexas, na mesma medida em que se evidencia o direito material, se o nosso processo civil “aspira à modernidade e eficiência”. A modernização do Judiciário deve ser feita na mesma medida em que a sociedade se moderniza.

Nas palavras de Décio Alonso Gomes, atualmente há uma “percepção generalizada de crise do sistema judicial no seu conjunto”. Situação que gera as crescentes ondas de críticas e manifestações de desagrado da sociedade, e que é dramatizada, segundo o doutrinador, “pela crescente visibilidade social dos tribunais



nos meios nos meios de comunicação de massa. E sua repercussão na chamada opinião pública gera consequências inquestionáveis” (GOMES, 2007, p. 2).

Desse modo, o papel exercido pelo magistrado na atualidade, nunca esteve tão visível e propenso às críticas manifestadas pela opinião pública. Nesse prisma, José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 12), já afirmava que “se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social”.

Essa é uma das razões pelas quais, a sociedade, atenta ao exercício da jurisdição, não se dá por satisfeita diante da falta de efetividade das tutelas que obrigatoriamente passam pelo crivo cognitivo dos representantes do Poder Judiciário.

Setores vigilantes, dentre esses, os operadores do direito defendem uma mudança no paradigma que orienta grande parte dos magistrados no exercício de suas funções, qual seja, o arraigado costume de apego à dogmática processual e dilações temporais desnecessárias, situação seriamente piorada pela defasada “função meramente subsuntiva, totalmente desproblematizada, num cenário em que o juiz se apresenta como verdadeiro funcionário público preso à burocracia do sistema, sem qualquer poder de *imperium*” (NUNES, 2010, p. 195).

As modernas tendências de hermenêutica jurídica, oriundas de princípios de valorização dos direitos humanos e a releitura do sistema processual à luz do neoconstitucionalismo vêm gerando uma profunda mudança no paradigma do direito positivado e dogmático, afastando a mera função de “declarador da vontade da lei” como outrora se classificava a função do juiz.

Nessa esteira de pensamento, a modernização do Poder Judiciário, passa, sem dúvida nenhuma, pela mudança de paradigma da função do magistrado, que deverá afastar-se da tendência de ordem meramente técnica e positivada da antiquada ordem processualística, como aquela descrita por Nunes (2010, p. 195):

O juiz não deveria se preocupar com os conflitos sociais surgidos entre pessoas de carne e osso, porque todas as questões que lhe eram apresentadas, de imediato, eram transformadas em meras abstrações jurídicas, ‘coisificando’, à luz da dogmática, todas as relações jurídicas.

Há uma incongruência entre a moderna interpretação das normas jurídicas e o resultado final concedido pelos Tribunais. Paradoxalmente, o Brasil ingressou na era



da pós-modernidade sem, no entanto, prover de modernidade seus institutos infraconstitucionais. Quase uma década após a promulgação da Constituição de 1988, José Rogério Cruz e Tucci já afirmava, ao seu tempo²⁰, que: “A época contemporânea é, na verdade, gizada pelo advento de rápida evolução e irrefreado desenvolvimento que as estruturas judiciárias não acompanharam com a mesma presteza” (1997, p. 108).

Não cabe apenas aos membros da Magistratura o dever de mudança da mentalidade dogmática e positivista que se contrapõe aos avanços da sociedade. Quanto aos juízes, há uma crescente preocupação quanto aos seus poderes instrutórios. “Quer na direção do processo, quer na formação material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade” (BEDAQUE, 2001, p. 59).

Na opinião de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2007, p. 218), a mudança de mentalidade deve ser acompanhada de uma mudança na formação técnica dos operadores do direito em geral:

Ao lado disto, impõe-se a mudança de mentalidade e de formação técnica dos operadores práticos do direito (juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público), que precisam enxergar o processo como metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais, vale dizer, compreendê-lo como processo constitucionalizado e não como simples instrumento técnico da jurisdição ou mero calhamaço de papéis no qual o juiz profere sentença após a prática desordenada de atos pelos sujeitos processuais, como vem ocorrendo, de forma caótica, na maioria das vezes.

A necessária modernização do judiciário também alberga as mudanças procedimentais, tais quais as que eclodiram em grande quantidade a partir do ano de 2000 em diante, como a Lei 11.187 de 19/10/2005, que instituiu mudanças na sistemática recursal; Lei 11.232 de 22/12/2005, que instituiu a nova modalidade de execução dos títulos judiciais; Lei 11.382 de 6/12/2006, que instituiu mudanças no processo de execução; Lei 11.672, de 08/05/2008, sobre o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, acrescentando o art. 543-C ao

²⁰ Já na década posterior à promulgação da Constituição Federal, nos anos 90, parte da doutrina jurídica reconhecia que a disseminação da ideia de cidadania pela nova Constituição traria crescentes problemas à estrutura judiciária, que não se modernizava.



Código de Processo Civil; Lei 12.322 de 9/09/2010 que alterou os artigos 475-O, 544, 545 e 736 do Código de Processo Civil, entre tantas outras.

Lopes (2001, p. 20) afirma, outrossim, que as reformas processuais são necessárias, mas também é necessária um redimensionamento da máquina judiciária e a modernização da infraestrutura do Poder Judiciário.

As recentes reformas processuais na legislação brasileira apenas abrandaram o problema e não podem ser consideradas como grandes avanços sociais, pois proporcionaram apenas uma segurança jurídica provisória e não efetiva.

José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 48), manifestou-se nesse sentido: “A demora exagerada dos processos torna imprescindíveis as medidas urgentes, que, por sua vez, geram efeitos provisórios – o que também não contribui para a segurança das relações jurídicas”.

O processo de modernização da atividade jurisdicional passa pelas reformas processuais e por reformas na estrutura dos órgãos jurisdicionais, “com número de juízes em proporção adequada à população que atendem e ao número de processos neles em curso, dotando-lhes de recursos materiais suficientes e de pessoal treinado e tecnicamente qualificado” (DIAS, 2007, p. 218).

Essas necessárias mudanças acontecem em tempos quem que, segundo Alessandro Severino V. Zenni (2006, p. 15), “o aparato jurídico prioriza os bens externos em detrimento do bem ético”. Nesse contexto, o aparato jurídico acaba por mitigar a necessária dialética dos sentidos do princípio do acesso à justiça, “massificando a humanidade”, e servindo quase que exclusivamente a um “pequeno grupo que, monopolizando as fórmulas do saber, exercem, de fato, o poder, envolvendo o direito nesse aporte de controle, utilizando-o para manutenção do *status quo* através das sanções legais positivadas”.

Portanto, a notoriedade da expansão dos litígios, e a conseqüente expansão da necessidade de modernização da máquina judiciária torna-se ponto pacífico. E nesse ambiente, “de um lado, dá-se a crise regulatória do direito estatal, frequentemente acusado de não garantir expectativas de direitos e de não se ajustar ao aumento das possibilidades de ação e escolha geradas pela revolução tecnológica” (CAMPILONGO, 2011, p. 140).



A atividade jurisdicional precisa ser aprimorada continuamente. A necessidade de modernização nada mais é do que o aprimoramento dos institutos jurídicos existentes, e não uma ‘desconstrução’ dos mesmos como muitos juristas com ideais revolucionários podem vir a entender.

Nesse contexto, Araken de Assis, prefaciando o Curso de Direito Processual Civil Coletivo do professor Luiz Manoel Gomes Júnior (2005, p. IX), assim manifestou-se: “as vertiginosas transformações políticas, econômicas e culturais não passaram ao largo da dogmática jurídica. Também nessa esfera se alude à ‘desconstrução’ de todos os conceitos e noções como um imperativo da pós-modernidade”. Há que se levar em conta, no entanto, continua Araken de Assis, que “basta lembrar que alguns valores são universais e permanentes para demonstrarem que eventuais mudanças sempre exigirão rigorosa avaliação crítica e se depararão com limites”.

As formas de proteção emanadas do processo civil coletivo são, dessa forma, aprimoramentos e modernização dos institutos processuais, que passam a agasalhar direitos materiais já existentes, como os difusos e coletivos, instituídos na Constituição Federal de 1988. “Vale a pena anotar, ainda, que a adequação do processo à realidade da sociedade de massas fez surgir um sofisticado sistema de tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos” (MARINONI, 1994, p. 9).

Considerando a proteção à coletividade como um aprimoramento do sistema jurídico, trazemos a opinião de Gomes Júnior (2005, p. 3-4) aduzindo que nesse contexto insere-se “o *sistema processual* do novo século, com o tema emblemático da *coletivização dos direitos*. visando a dar efetividade a esse ‘processo coletivo’ surgem inúmeros institutos jurídicos. No mesmo passo, cuida-se do resgate daqueles oriundos do direito processual civil ortodoxo”.

Ainda tecendo comentários sobre as ações coletivas como um instituto modernizante do direito brasileiro, Marinoni assevera que “é indispensável a concepção de uma nova forma de assistência judiciária, apta a propiciar a assistência não só aos pobres enquanto classe, mas também ao público em geral”. E ao final, faz evidente elucidativa crítica: “Não há razão para um processo coletivo, ou mesmo para as concepções de direito difuso e coletivo, sem a conscientização e a organização comunitárias” (MARINONI, 1994, p. 9).

Flavia de Almeida Montingelli Zanferdini (2004, p. 12), elucida, sob uma ótica financeira que o processo de modernização exige, contudo, investimento e



compromisso orçamentário com as estruturas judiciárias: “Organizar o sistema jurídico implica em dar condições de aparelhamento ao Poder Judiciário, repassando-lhe a parte devida no orçamento, garantindo assim a sua autonomia financeira, pois com quieras não será possível reverter a anacrônica organização judiciária, tampouco fornecer justiça rápida e eficiente”.

Sejam os pontos a serem modernizados, a organização judiciária, sua infraestrutura, os institutos processuais, ou a capacidade cognitiva dos magistrados, a constitucionalidade deve ser o foco para onde convergem as mudanças, pois de nada adianta haver modernização se esse processo de transformação não é feito à luz das garantias constitucionais da sociedade.

DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INTEMPESTIVIDADE JURISDICIONAL

Pelo Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional, o Estado avocou para si o monopólio da pacificação social por meio do processo, no bojo do qual a força atuante e imperativa para a pacificação social é o poder jurisdicional. O exercício exclusivo da jurisdição, como vimos, impende ao Poder Judiciário a concessão de amplo acesso à justiça ao seu jurisdicionado.

Pois a jurisdição, nas palavras de Chiovenda (2002, p. 56), é o poder que “consiste na atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição da atividade alheia pela dos órgãos públicos”. Nesse conceito reside a lógica que justifica o controle social do Estado, pois este, ao monopolizar as resoluções litigiosas, substituiu as resoluções particulares por suas próprias, impõe um poder-dever obrigacional a si próprio.

Na órbita da função jurisdicional, os encargos decorrentes da responsabilidade civil objetiva do Estado²¹ são os mesmos que defluem da responsabilidade do Estado na órbita executiva e legislativa, ou seja, o dever que uma pessoa possui de “reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (DINIZ, 1999, p. 34).

²¹ O termo “responsabilidade civil objetiva do Estado” também é usualmente substituído pelo termo “Responsabilidade extracontratual da Administração Pública”, quando se referir às relações não originadas em contrato do ente público com terceiros.



Na mesma esteira de pensamento, Hely Lopes Meirelles (2003, p. 621) afirma que a responsabilidade civil do Estado é “a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

Apesar dos encargos da responsabilidade objetiva do Estado serem os mesmos para as diversas funções – judiciária, executiva e legislativa – que exerce, e encontrarem previsão no artigo 37, § 6^o²² da Constituição Federal, no campo da responsabilidade judiciária, a responsabilidade do Estado deve ser analisada pela ótica do princípio do acesso à justiça. “Neste contexto, analisar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais à luz do direito fundamental de acesso à justiça é imperioso para se entender os novos limites e alcances da proteção dos direitos humanos no mundo hoje” (ANNONI, 2009, p. 15).

O imperativo da nova ordem constitucional de fazer com que o acesso à justiça não se dê apenas no plano formal, mas que se consolide como princípio materializador do direito pressupõe uma responsabilidade ao Estado, já que este detém com exclusividade o poder jurisdicional. “Se o Estado é que detém o monopólio da jurisdição, ele deve impulsionar toda a sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir que, ao final, ocorra a prestação de uma tutela inócua” (NUNES, 2010, p. 149).

A responsabilidade civil do Estado em indenizar o jurisdicionado pela morosidade ou intempestividade da prestação jurisdicional, malgrado não existir dispositivo legal específico a esse respeito, emerge pela teoria substancial geral prevista na Constituição Federal. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 111), afirmou que “a responsabilidade do Estado aplica-se indistintamente a quaisquer funções públicas, não estando restrita a danos provenientes de atos administrativos”.

Dessa forma, a responsabilidade objetiva do Estado abarca quaisquer funções públicas, incluindo-se nesse contexto a função jurisdicional, com o “direito de regresso contra o agente responsável nos casos de dolo ou culpa”, e também “em hipóteses

²² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

6^o As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.



nas quais inexista dolo ou culpa” (MELLO, 2003, p. 111), consagrando-se nessa última hipótese (desvinculação de dolo ou culpa), a aplicabilidade da responsabilidade objetiva do Estado.

O poder público, em qualquer função prestada, e na qualidade de pessoa jurídica sujeito de direito, possui direitos e também obrigações. Especificamente em relação a essas obrigações, Mello (2003, p. 852), esclarece que essa obrigação é aquele “que incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Segundo Meirelles (2003, p. 623), a legislação pátria encontrou na Teoria do risco administrativo a tese aplicável para a responsabilidade do Estado, e seu dever de indenizar, “não se cogita as culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação e omissão do Poder Público”.

A teoria do risco administrativo difere das demais encontradas na doutrina, quais sejam, a teoria da culpa administrativa²³ e a teoria do risco integral²⁴ por englobar o risco e a solidariedade como suporte, que “por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva” (MEIRELLES, 2003, p. 623-624).

De forma controversa, existe uma corrente doutrinária que entende o mal ou incorreto serviço público, ou mesmo a omissão do Estado implica em responsabilidade subjetiva, e não objetiva. Assim é a opinião de Maria Sylvia Zanella di Pietro (1999, p. 508), que aduz que “neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*)”.

²³ A Teoria da culpa administrativa “representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo” (MEIRELLES, 2003, p. 623). Nesta teoria, para obter a indenização, a vítima deve provar a culpa e a falta de serviço da Administração Pública.

²⁴ “A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada, na prática por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”. (MEIRELLES, 2003, p. 624).



A teoria da omissão como culpa do serviço público encontra em Mello (2003, p. 872) pragmática e simples lição: “Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano”.

Sustentando-se a tese de que a morosidade na prestação jurisdicional, ou a falta de tempestividade da mesma é ocasionada por uma omissão estatal, e não por um ato comissivo objetivo, acabaríamos por não adotar o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, para sim adotar a previsão do artigo 186²⁵ do Código Civil, que trata da culpa subjetiva. Para Di Pietro (1999, p. 508), a omissão do Estado “é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público”.

Se fosse exigível a prova da intempestividade jurisdicional (morosidade ou duração não razoável do processo), perante a teoria da omissão do estado, cumpriria pesado encargo ao jurisdicionado: provar “a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo” (MELLO, 2003, p. 872).

De qualquer forma, sendo objetiva por ato comissivo, ou subjetiva, por ato omissivo, emerge cristalina a responsabilidade do Estado, mais, é verdade, pelo agasalho constitucional que prevê literalmente a figura do ente público estatal como aquele que deve reparar o prejuízo causado a outrem, razão pela qual escolhemos a filiação pura e simples da responsabilidade civil objetiva prevista na Constituição Federal.

Em específica obra sobre a responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo ANNONI (2009, p. 20), também se filia ao agasalho constitucional, simplificando a questão do dever reparatório do Estado: “No âmbito da responsabilidade civil, o que se intenta é a reparação do dano, seja pelo restabelecimento da situação ao seu estado anterior, seja pela indenização devida. Busca-se a salvaguarda de um direito individual (no sentido não-coletivo)”.

²⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.



José Rogério Cruz e Tucci (1997) adotou a interessante figura de linguagem “consumidores de justiça”, já usada por Mauro Capelletti (1989, p. 91), para chamar o jurisdicionado como a parcela da sociedade que recorre ao judiciário para receber a devida prestação jurisdicional. Sobre essa “relação de consumo” da justiça, assim se manifestou Mauro Capelletti:

Trata-se do movimento no sentido de ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – concepção oficial dos que criam o direito, governam, julgam e administram –, mas, sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça”.

Tal expressão não poderia ser mais feliz, porque se harmoniza com a responsabilidade estatal, que detentora do monopólio da jurisdição, somente e unicamente ela, poderia prestar tal serviço ao jurisdicionado e, por outro lado, reconhecer o “consumo em massa” da justiça, “resgata o aspecto positivo da massificação do Direito”, isso porque a crescente demanda judicial “obriga o Judiciário a um razoável grau de abertura e sensibilidade para com a sociedade e os indivíduos que a integram, e cujo serviço exclusivo se encontra no sistema judiciário” (NALINI, 1994, p. 54).

Assim, reconhecer no judiciário o monopólio do produto “justiça”, faz nascer por consequência, responsabilidades pela falta de efetividade – e nesse contexto está inserida a intempestividade dos atos judiciais – na prestação jurisdicional, como um “produto” que deva ser prestado em razoável espaço de tempo e não o foi.

Pacificado, portanto, o fato do Estado como um todo pode ser francamente responsabilizado pela ineficácia de suas políticas públicas. No mesmo passo que o Judiciário é responsável pela falta de efetividade do processo advinda de sua morosidade, os demais poderes também são responsáveis pela falta de efetividade das suas respectivas prestações públicas.

Interessante, e infelizmente, não raro exemplo dessa responsabilidade estatal é trazido por Gustavo Henrique Schneider Nunes (2010, p. 150):

Se um cidadão necessita de urgente tratamento médico a ser prestado pelo Sistema Único de Saúde – SUS e não o recebe tempestivamente, não há como negar que o Estado está por descumprir a obrigação assumida no art. 196 da Constituição Federal, o que se traduz na prática de uma violência institucionalizada, agravada ainda mais pelos efeitos malévolos proporcionados pelo sistema capitalista.



Para que o processo se materialize em satisfação ao jurisdicionado, é dever do Estado fazer com que o exercício da jurisdição transcorra em razoável espaço de tempo, por meio de um procedimento célere e eficaz.

Sendo um poder-dever, a celeridade processual e o razoável decurso de tempo atribui ao próprio Estado a responsabilidade pela não tempestividade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, Gabrielle Cristina M. de Abreu (2008, p. 111), evidencia que “é em relação ao próprio Estado que as consequências derivadas da condição fundamental da garantia à duração razoável do processo são evidenciadas”. O dever da tempestividade é uma finalidade obrigacional para o Poder Judiciário, “(...) haja vista que mais do que limite negativo de suas ações, o preceito abordado constitui uma finalidade a ser alcançada pela atuação positiva do Poder Público”.

Pela responsabilidade objetiva, o Poder Público somente se exime de indenizar ao lesado “se faltar o nexo entre o seu comportamento comissivo e o dano. Isso é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano” (MELLO, 2003, p. 882).

O grande volume de processos distribuídos no Judiciário – e aqui reportamos novamente à “explosão de demandas” após a Constituição de 1988 – pode “escusar os juízes e tribunais de toda a responsabilidade pessoal decorrente do atraso no proferimento das decisões, mas não suprime a responsabilidade objetiva do Estado pelo anormal funcionamento do serviço judiciário” (TUCCI, 1997, p. 139).

Nesse sentido, Mello (2003, p.), esclarece que os magistrados, “que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes do Estado”, a princípio não são afetados pela responsabilidade estatal de indenizar.

Na mesma toada, Nalini (1994, p. 77), reconhece que em virtude da perduração do processo no tempo, a “demanda abriga carga autônoma de aflição”, por isso, “cumprir ao juiz interessado na consecução do bem da vida que é também virtude – a Justiça – não permitir que tal situação se protraia no tempo, além da inevitabilidade natural dos prazos processuais”. Há de se reconhecer, porém, que os inevitáveis atrasos nos prazos processuais não afetam civilmente os juízes de forma pessoal.



Conforme Annoni (2009, p.125), “há de se convir que a demora , para ser reputada, realmente inaceitável, há de decorrer da inércia, pura e simples, do órgão judicante, ou ainda, de dolo ou culpa do magistrado, caso em que ao Estado caberá a ação regressiva nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal”.

Superadas as devidas separações das responsabilidades do ato do Poder Judiciário e da pessoa do magistrado, Meirelles (2003, p. 630-631) lembra que nada impede seja o juiz “individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133²⁶ do CPC”, Por outro lado, o “ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado”.

Por força do princípio constitucional da tempestividade jurisdicional, “aduzar-se que no Brasil de nossos dias o Judiciário o tem, também, o dever de zelar pelo término do processo dentro de um lapso temporal razoável, isto é, sem que haja paralisação determinada pelo inadequado funcionamento da máquina judiciária” (TUCCI, 1997, p. 141).

Se cabe ao Estado Judiciário, o exercício exclusivo da jurisdição e a aplicabilidade efetiva do acesso à justiça, “o excesso de trabalho, o infindável número de processos, a falta de estrutura, de funcionários ou de juízes, não podem ser considerados como justificativa para a lentidão da tutela jurisdicional” (ANNONI, 2009, p. 126).

No mesmo sentido, Marinoni (2008, p. 223), afirma que “serão analisadas as possíveis causas de exclusão da própria responsabilidade do Estado, nos casos de demora no julgamento por culpa das partes e complexidade do caso. Obviamente, não se entende por demora injustificada a falta de estrutura, de meios e magistrados”.

A decisão judicial é, *prima facie*, o ato buscado pelo jurisdicionado, sendo cabal o fato de que “quanto mais distante da ocasião propícia for proferida a sentença, mais fraca e ilusória será sua eficácia, e em corolário, também mais frágil e utópico será o direito reconhecido” (ANNONI, 2009, p. 122).

²⁶ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providencia que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.



Em relação à amplitude da indenização devida ao jurisdicionado são “perfeitamente indenizáveis os danos material e moral originados da excessiva duração do processo, desde que o diagnóstico da morosidade tenha como causa primordial o anormal funcionamento da administração da justiça” (TUCCI, 1997, p. 141-142).

De forma genérica, o *quantum* indenizatório contra o Estado “deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração” (MEIRELLES, 2003, p. 631). Incluindo-se nessa “perda” valores relativos aos danos morais, quanto a esses, porém “a dificuldade se apresenta na quantificação do montante a ser pago à vítima ou aos seus responsáveis” (MEIRELLES, 2003, p. 632).

Essa dificuldade de se calcular um dano moral, se apresenta, por exemplo, na frustração de busca de bens penhoráveis do devedor pela lentidão da máquina judiciária. Marco Félix Jobim (2012, p. 104), esclarece nessa questão que “não há dano moral no caso de o devedor não ter bens e o processo for arquivado, sem efetividade”. Mas se ficar provado que “o tempo transcorrido do processo no Poder Judiciário foi tamanho que se no decorrer da tramitação o devedor estiolou seu patrimônio e nada tem o credor a fazer para ver o seu direito material satisfeito, responde o Estado pela indenização”.

Em casos como esses, há de se cumprir os prazos processuais existentes, com as devidas certificações públicas que impediram a realização do ato judiciário, seja esse ato judiciário como gênero “que deve distinguir-se da atividade jurisdicional propriamente dita” (ANNONI, 2009, p. 102), ou *stricto sensu*, que é a “atividade jurisdicional e a não jurisdicional, entendida esta como a atividade de caráter administrativo, exercida pelo magistrado quando não está no exercício da *jurisdição*, com fins à *prestação jurisdicional*” (ANNONI, 2009, p. 103).

Porém é preciso cautela quanto à fixação de prazos para o findar de um processo. Por uma questão de profilaxia, não deveria o Estado estabelecer prazos comuns para tipos de processos comuns, devido à imprevisível dinâmica das causas que podem sofrer retardamento ou aceleração a depender de inúmeros fatores. Nesse sentido, citamos o interessante questionamento de Jobim (2012, p. 103).

Digamos que, futuramente, a doutrina e a jurisprudência firmem o posicionamento, para fins de direito indenizatório contra o Estado, de



que todo e qualquer processo judicial que tramitar mais de cinco anos deve ser considerado intempestivo. Se um processo qualquer for efetivado em cinco anos e seis meses, ele não será efetivo, pois intempestivo?

Evidentemente, cabe ao jurisdicionado o bom senso na análise das causas que provocaram o atraso na prestação jurisdicional, analisar os fatores do retardamento em conjuntura e “afastar, ainda, a ideia simplista (ou maldosa) de que o juiz é o culpado pela demora no processo, ou mesmo pela falta de qualidade do seu serviço” (MARINONI, 1994, p. 2).

A questão da intempestividade da prestação jurisdicional é muito mais profunda do que a falta de agilidade dos juízes ou dos servidores do Poder Judiciário. Essa questão, como vimos, passa por fatores históricos, estruturais, procedimentais, e também, obviamente por fatores humanos. A justa e devida indenização ao jurisdicionado lesado em seu direito de tempestividade na prestação da tutela jurisdicional dependerá da conjuntura desses fatores, objetivamente analisados, sob a égide das garantias constitucionais de direitos humanos.

RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A SUMARIZAÇÃO DO PROCESSO E CONTROLE SOCIAL JURISDICIONAL

A certeza de que um processo sumarizado, mais do que um direito abstrato, materializado num processo formal célere e tempestivo, é exigência dos tempos modernos, onde não há mais espaço para delongas processuais inúteis. Essas características tornam o processo dinâmico, tal qual a sociedade moderna, pluralista e conflituosa, se apresenta.

Segundo Campilongo (2012, p. 87), “o direito desempenha papel fundamental na articulação entre movimentos sociais e conflito”. Nessa ordem de ideias, o direito deverá consubstanciar-se em instrumento apaziguador das sociedades, neutralizando os conflitos e as divergências típicas das sociedades modernas.

Ocorre que esse apaziguamento social só será efetivo se os instrumentos jurídicos – elo entre os movimentos sociais e o conflito – durassem razoável espaço de tempo, ou seja, não fossem morosos. “O direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos” (MARINONI, 1994, p. 7), essa preordenação deve consistir em métodos mais céleres e efetivos de prestação jurisdicional.



O Estado contemporâneo, portanto, deve ser dotado do dinamismo suficiente para aplacar as contingências da vida moderna. O instrumento, invariavelmente, é o processo, pelas vias judiciárias, que deve ser plural, tal qual a sociedade. Isso porque “quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade das escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o seu processo decisório” (CAMPILONGO, 2011, p. 79). Deflui disso que o processo decisório também será contingente.

Se o processo decisório torna-se contingente, ou seja, torna-se plural e imprevisível, amoldando-se aos conflitos sociais que possuem essa mesma característica – contingência, deverá ser tempestivo o suficiente para não despertar a descrença na jurisdição estatal. Essa descrença, que relega a um plano secundário o papel principal do Poder Judiciário como apaziguador das lides, é uma das consequências extrínsecas anotadas por Tucci (1997, p. 110):

Inexiste dúvida, por outro lado, de que o prejuízo é sempre enorme. Atendo-se, uma vez mais, a dados empíricos colhidos na praxe forense e na literatura especializada, seria aceitável admitir que a intempestividade da prestação jurisdicional acarreta sobretudo consequências prejudiciais de ordem endoprocessual e, ainda outras, que se projetam extrinsecamente, vale dizer, vão além do processo judicial.

Dessa forma, as consequências negativas pela intempestividade jurisdicional citadas pelo professor Tucci, são amplas e variadas. Para as partes no processo, a intempestividade faz com que esses atores “sofrem diretamente os sérios riscos advindos dessa inescandível possibilidade”. Segue o professor destacando que “a intolerável duração do *iter* processual” (TUCCI, 1997, p. 111), constitui fonte de desigualdades e injustiça social.

O Poder Judiciário legou para si próprio a exclusividade da jurisdição, não há outra via para resolução dos conflitos quando impossível a composição amigável ou voluntária. Segundo Figueira Júnior (1996, p. 39), os conflitos intersubjetivos “importam numa disfunção patológica das relações sociais pela lesão ao direito subjetivo, resultando na desarmonia social que, não raras vezes, exigem uma pronta e efetiva resposta do Judiciário”.

É inaceitável, portanto, que se quis o Estado Judiciário ser o detentor do monopólio da jurisdição, preste essa função com falhas, o que significa a “frustração integral da pretensão articulada pelo postulante”, fato que gera o descrédito do



Judiciário e dos seus representantes, os juízes: “Para os juízes, a consequência primordial da lentidão do processo produz notório descrédito e desgaste ao Poder Judiciário, cuja imagem a cada momento, fica mais desprestigiada” (TUCCI, 1997, p. 110).

O modelo de estado democrático de direito assenta suas bases no respeito à dignidade da sociedade. Na visão de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 27) “o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados”.

Dessa forma, prestação jurisdicional precisa ser efetiva e concreta, e não simplesmente respeitar um ritual técnico, sob pena de o Estado perder as rédeas sobre uma sociedade em constante transformação. Essa questão é tão grave que pode conduzir ao que Joel Dias Figueira Júnior (1996, p. 43), chamou de renúncia “à estabilização do direito e à paz social”.

No momento em que o Judiciário se tornar enfraquecido e desestruturado ao ponto de influenciar indiretamente no espírito de seus jurisdicionados a renúncia do direito, resultando na dificuldade de acesso aos tribunais por múltiplos fatores de ordem interna e externa, estará, antes de mais nada, renunciando a si mesmo, à estabilização do Estado de Direito e à paz social.

Em termos constitucionais o fator “tempo” já está explicitamente valorizado, em função das mudanças introduzidas no artigo 5º da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Pouco antes da introdução do princípio da tempestividade jurisdicional à Constituição, Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 15), já associava a tempestividade ao controle social:

É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão.

A sumarização temporal do processo é importante instrumento de respeito à dignidade do jurisdicionado. Não há demasia em observar que o procedimento de cognição a ser adotado pelo julgador deverá partir da premissa básica do respeito à dignidade do ser humano.

Ao proporcionarem grandes atrasos nos processos, os procedimentos tradicionais, técnicos e delongados, estariam desrespeitando esse elemento básico da



personalidade humana, que é a ânsia por justiça. Nas palavras de Marinoni (1994, p. 4), “a proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massas, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelo procedimento ordinário”.

Nesse último aspecto, qual seja, o do procedimento ordinário, “como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível” (MARINONI, 1994, p. 4). Isso porque o procedimento ordinário – como é da sua essência – possui um excesso de formalismo técnico, e, por conseguinte cria um retardamento desnecessário nos processos, gerando por consequência insatisfação social.

Desacreditado o direito pelo jurisdicionado, o Estado perde eficácia no seu controle social. Previsível então, que as pessoas “atribuam um papel secundário também às estruturas do Judiciário” (CAMPILONGO, 2011, p. 63).

Sumarizando o processo e simplificando o ato de prestar uma tutela, obtém-se por via imediata uma eficácia maior nessa prestação jurisdicional, resgatando o valor imperioso e necessário que o direito possui nas sociedades modernas.

Nesse sentido, Tucci (1997, p. 15-16), acrescenta que a ineficácia temporal da prestação jurisdicional seria o mesmo que negar-se a justiça à sociedade: “Desnecessário repetir que o fator tempo, que permeia a noção de processo judicial, constitui, desde há muito tempo, a mola propulsora do principal motivo da crise na justiça”, uma vez que a “excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito a um processo sem atrasos injustificados, acabando por ocasionar uma série gravíssima de inconvenientes para todos os integrantes do processo”. (TUCCI, 1997, p. 110). Nesse sentido, salienta que a Justiça tardia corresponde à verdadeira denegação de justiça.

Nessa mesma trilha, surge a necessidade de encurtamento do caminho entre o jurisdicionado e a justiça. Nesse passo, o processo civil, sumarizando sua função jurisdicional, sempre sob os ditames da Constituição Federal, proporcionará ao Estado um controle social efetivo e concreto, disciplinando as relações humanas, também proporciona um avanço social.

Assim, devemos nos lembrar a todo instante de que, mais quem um simples sistema de controle social, um direito eficaz tem uma missão mais ampla, que implica



no próprio avanço social de um povo, nas exatas palavras de Paulo Nader (1995, p. 32):

No presente, o direito não representa somente instrumento de disciplinamento social. A sua missão não é, como no passado, apenas a de garantir a segurança do homem, a sua vida, liberdade e patrimônio. A sua meta é mais ampla, é a de promover o bem comum, que implica justiça, segurança, bem-estar e progresso. O direito, na atualidade, é um fator decisivo para o avanço social. Além de garantir o homem, favorece o desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da produção das riquezas, o progresso das comunicações, a elevação do nível cultural do povo, promovendo ainda a formação de uma consciência nacional.

Nesse aspecto, mencionando também os avanços sociais, professor Jônatas Luiz Moreira de Paula lembra que os fins sociais do Estado, num contexto difuso, universalizam os benefícios oriundos de suas políticas públicas: “O governo sob a justiça social é um governo de todos para todos, e não apenas para uma camada específica da sociedade, como os burgueses no liberalismo ou como o proletariado no socialismo. É a ideia da universalização dos fins sociais” (PAULA, 2011. p. 25).

Nessa conjuntura, podemos, de forma paralela, colocar a sumarização do processo como fórmula de abreviação dos procedimentos e efetividade temporal como um dos fins sociais mencionados por Paulo Nader e Jônatas de Paula.

Sumarizar é simplificar a técnica de prestação das tutelas, encurtar o caminho que o jurisdicionado deve percorrer até alcançar o bem jurídico pretendido. Ou seja, tornar mais célere o processo, que transcorrerá em menos tempo. Nesse ponto, destaca-se a importância da sumarização no atendimento aos princípios da celeridade e razoável duração do processo, tornando efetivo o disposto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Como o fim maior do processo é a concessão da tutela de direito, pois se presta “como instrumento de exercício do direito à jurisdição” (TUCCI, 1997, p. 87), quanto mais rápida essa tutela for concedida – com o devido respeito ao devido processo legal – mais legitimidade no controle sobre os conflitos sociais o Estado terá, pois dessa forma, o seu agir ajustar-se-á aos ditames constitucionais de tempestividade jurisdicional, ao mesmo tempo em que apazigua eficazmente um conflito social que se manifesta.



De fato, atendendo-se aos princípios constitucionais da tempestividade da prestação jurisdicional, obtém o Estado, por consequência, o eficaz e imperioso controle social que o direito deve exercer sobre a sociedade, aliviando as tensões e os conflitos sociais. Nesse sentido, citamos:

O direito é sem dúvida a mais importante e eficaz forma dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição de modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios. (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2005, p. 19).

Diante disso, pode-se dizer que a atividade jurisdicional do Estado é elemento necessário para que se atinja uma eficaz pacificação social. Nessa toada, além do óbvio objetivo de paz social, PAULA, (2011, p. 103) afirma que a justiça também é um “elemento de agregação social”. Interpretamos essa afirmação sob a luz da justiça social, que permite a convivência mútua entre os indivíduos em sociedade. “Nesta perspectiva, o Estado e o direito surgem como mecanismos capazes de vocalizar e tornar possível a justiça” (PAULA, 2011, p. 103).

A justiça, como fator de pacificação social e agregação social não prescinde do uso de instrumentos pragmáticos para atingir esses fins. A técnica da sumarização emerge como uma das possibilidades, baseada nos princípios fundamentais constitucionais do devido processo legal, com respeito ao contraditório e ampla defesa, estar-se-ia impondo a técnica de conhecimento sumarizada do julgador como legítimo instrumento de controle social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa, na sua fundamentação histórica, constatou-se que a experiência constitucional brasileira moldou as instituições públicas num papel pouco acessível a uma vasta parcela da população, que é chamada de minoria no sentido de sua segmentação social, multicultural e multiétnica.

Ao segmentar parcelas sociais ou movimentos sociais – conforme o termo que adotou-se na pesquisa – do ponto de vista jurídico, reduz-se as pessoas em classes sociais cujas expectativas quanto à prestação jurisdicional parecem, a princípio, diversificadas e desconexas uma das outras, mas que ao final, todos, igualmente clamam, a priori pelo reconhecimento de seus direitos, e em última e mais importante



instância, pela efetividade e concretização de seus pleitos no âmbito dos processos judiciais.

Com isso, as “minorias” aguardam que suas expectativas de direito sejam reconhecidas e efetivadas pelo Poder Judiciário, cujo âmbito de atuação, o da jurisdicionalidade, é em única e necessária instância o polo para onde confluem as mais variadas expectativas dos “sem-teto”, dos “sem-terra”, dos favelados e moradores de rua desabrigados, dos doentes que aguardam atendimento nas filas do SUS, dos portadores de deficiências física e mental, dos indígenas, dos pretos, das mulheres, dos idosos, dos homossexuais, dos refugiados estrangeiros, dos idosos, das crianças e dos adolescentes, dos que lutam pela preservação do patrimônio público e do meio ambiente [...] o rol é vasto!

Entretanto, quando essas minorias são postas em um único conjunto – segmento socialmente vulnerável – compõe, paradoxalmente, a própria maioria populacional da nação brasileira. Fato que nos leva a concluir, preliminarmente, que grande parcela, ou maioria da população brasileira encontra-se em situação de carência quanto à prestatividade dos serviços estatais de forma genérica.

A constitucionalidade do direito lança suas luzes para todos os campos jurídicos, essa é a moderna tendência que, mais do que simplesmente forçar ditames constitucionais no campo material e processual, uniformiza entendimentos e dá unidade e corpo à legislação brasileira.

O Processo Civil não seria uma exceção, porque a segurança jurídica e o ideal de justiça são atingidos por meio do processo. Mas esse processo precisa ser satisfatório, breve e célere para colimar seu fim constitucional.

Dessa forma justificou-se a abordagem constitucionalizada do tema processual “sumarização do processo”, pois um processo mais compacto, flexível e tempestivo, que respeite as últimas imposições constitucionais como as garantias de celeridade e razoável duração do processo, é mais do que simples direito, é uma necessidade premente dos tempos modernos.

A Emenda Constitucional nº. 45 de 08 de dezembro de 2004, que instituiu o inciso nº. LXXVIII no rol dos direitos fundamentais constitucionais deixou clara a necessidade de se evitar uma justiça tardia, que não mais poderia interessar ao jurisdicionado. Porém, caberá ao próprio sistema adaptar-se às fórmulas que atendam



a esses princípios constitucionais, posto que a Constituição Federal não é o local para se programar tipos processuais.

Dessa forma, a técnica da sumarização processual é a fórmula que melhor atende à proclamação constitucional de celeridade e razoável duração do processo, servindo de instrumento hábil à efetivação dessas garantias constitucionais, que possuem reflexos diretos no controle social do jurisdicionado.

Buscar resultados mais efetivos, por meio de alternativas instrumentalizadas em soluções que cada vez mais se afastem da arraigada tendência técnica do processo, fundamentalmente instituída sobre bases positivistas e científicas, constitui uma garantia de cumprimento dos direitos fundamentais da razoável duração do processo e dos meios que garantam sua celeridade, previstos na Carta Magna.

De fato, como se viu, o constitucionalismo lança suas influências na esfera procedimental, alimentando-o com termos vagos, cláusulas gerais e princípios que são tormentosos para a doutrina conceituar.

Há que se levar em conta, portanto, que as técnicas processuais são os meios responsáveis pela concentração axiológica, no campo doutrinário, e pelo exato ajustamento da conduta jurisdicional, no campo prático, para que da adoção dessas técnicas, extraia-se o real valor e a aplicabilidade efetiva dos ditames constitucionais.

No entanto, é preciso coragem para que os procedimentos, ainda sobriamente influenciados pela tendência fechada e ritualística da dogmática ordinária, abram-se para os influxos das alternativas sumarizadoras. Essas alternativas, no Estado moderno, estão impregnadas pelo desejo de rapidez, pelo desejo de celeridade, e sobretudo, pelo desejo de justiça.

Restou claro que o ato de sumarizar o processo não significa transgredir regras, nem mesmo impor um caráter revolucionário ao processo de conhecimento das causas, para o fim de racionalizar e encurtar caminhos processuais a qualquer custo.

Sumarizar o processo, antes de tudo é reconhecer os óbices que atrapalham a eficácia da prestação jurisdicional, e assim abrir perspectivas aos influxos alternativos em suas diversas fontes: legais, jurisprudenciais, analógicas, doutrinárias ou mesmo fontes advindas da experiência pessoal do julgador. Enfim, para que não haja riscos nessa adoção, é necessário diagnosticar os obstáculos à plena realização da



celeridade e eficácia do processo na própria conjuntura do nosso ordenamento jurídico.

Diante do exposto, devem-se analisar os aspectos do controle social, sumarização do processo e tempestividade jurisdicional dentro de um único ciclo de causa e efeito. O ideal de justiça e luta pelos direitos do homem devem ser atingidos por mecanismos que façam esses três aspectos se harmonizarem, como causa e resultado um do outro: a sumarização do processo causa uma tempestividade jurisdicional, que causa um controle social lícito e soberano.

Assim sendo, a arquitetura jurídica ímpar da ação, jurisdição e processo precisa distanciar-se dos conceitos meramente científicos e técnicos do processo civil, para adotar meios efetivos de prestação das tutelas. Esses institutos necessitam adaptar-se à nova dinâmica social da abertura democrática brasileira, pois lidam com um dos sentimentos humanos mais sensíveis, que é o sentimento de justiça.

Certamente há de não se considerar e não se dar créditos ao discurso daqueles que dizem que o povo brasileiro aceita tudo passivamente e não luta pelos seus direitos. Esse discurso, funesto, porquanto propaga e quer fazer aceitar uma realidade que na prática não existe, pertence àqueles que detém o poder, àqueles que pertencem a uma esfera de classes dominantes que insistem em continuar a alimentar um ordenamento jurídico iníquo e injusto, que atenta contra as garantias constitucionais mais básicas.

Há de se quebrar esse círculo vicioso da iniquidade jurisdicional, acelerando a prestação jurisdicional, seja ela transcorrida no rito ordinário, em ritos especiais ou em ritos sumarizados. A atual intempestividade da prestação jurisdicional se transformará, no futuro, como exemplo para as medidas de profilaxia institucionais do Judiciário, que aprenderá com os seus tropeços passados.

Houve, e ainda há muitos tropeços, obviamente, porém a história do constitucionalismo brasileiro e de suas formas procedimentais não pode, de forma alguma, ser interpretada mais pelos seus erros do que pelos seus acertos. A historiografia oficial nunca exaltou a real vocação brasileira da criatividade, do invento, da tomada de posturas alternativas e criativas na aplicabilidade do seu Direito. Há sempre uma irritante corrente dominante que subverte a realidade nacional e nega a positividade do processo evolutivo constitucional brasileiro no decorrer da história.



A concepção de um ordenamento jurídico que tutele os direitos da massa social de forma célere e efetiva não é um evento instantâneo, como uma batalha de uma guerra. O aperfeiçoamento do ofício da prestação jurisdicional é um lento processo de interpretação criativa dos erros e dos acertos passados, que forma uma massa crítica, formada por juristas, doutrinadores, magistrados, advogados, sociólogos, estudantes e operadores do direito em geral.

E essa consciência crítica formada num processo histórico, se consubstancia nos degraus por onde o cidadão brasileiro sobe, imbuído no nobre e fundamental desejo de alcançar a justiça por meio do processo pátrio.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A Duração Razoável do Processo como Elemento Constitutivo de Acesso à justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ABREU, Pedro Manoel, **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela Não Duração Razoável do Processo**. Curitiba: Juruá, 2009.

ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian. **O Direito Internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: Do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARCELO, Adalberto Antonio Batista. **A história dos sistemas de pensamento e as condições de possibilidade do discurso dos direitos humanos no Brasil hoje**. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes e DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org), **Cidadania e Inclusão Social, Estudos em Homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.



_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes, **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **O direito na sociedade complexa**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPELLETTI, **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTELLS, Manuel, **Fim de Milênio**. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**, tradução o original italiano por Paolo Capitanio, vol III, 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Candido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As Reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional. in: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Ogs.). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Reinaldo, **Sociologia do Direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social**. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, **O novo procedimento sumário: Lei 9.245 de 26.12.95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.



GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criativa do juiz**. Brasília: Livraria e Editora Jurídica, 1996.

GOMES, Décio Alonso, **(Des)Aceleração Processual, Abordagens sobre Dromologia na Busca do Tempo Razoável do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HABERLE, Peter, **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

KROHLING, Aloísio. **Democracia do acesso à justiça através da criação das Ouvidorias Comunitárias**. In: AMEIDA, Enéa Stutz e (Org.), **Direitos e Garantias Fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**, tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

JOBIM, Marco Félix, **O Direito à Duração Razoável do Processo. Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOPES, João Batista, **O Paradoxo que a todos intriga**. São Paulo: Tribuna do Direito, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. vol I, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

_____. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5ª. ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.



MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, C. de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Gilvander Luís; LAUREANO, Delze dos Santos. **Novos desafios dos movimentos sociais**. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes e DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org), **Cidadania e Inclusão Social, Estudos em Homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NADER, Paulo, **Introdução ao Estudo do Direito**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria Política do Processo Civil: A Objetividade da Justiça Social**. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica e Editora, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão, **Teoria do Estado – Novos Paradigmas em face da Globalização**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e, **Tempo e Processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli, **O Processo Civil no 3º Milênio e os Principais Obstáculos ao Alcance de sua Efetividade: Morosidade da Justiça, Insuficiência de Poderes de imperium do Magistrado e as Deficiências da Execução Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade.**
Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.