Maria Aparecida Gugel
Waldir Macieira da Costa Filho
Lauro Luiz Gomes Ribeiro
(organização)

DEFICIÊNCIA NO BRASIL

UMA ABORDAGEM INTEGRAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

EDITORA Obra Jurídica

Copyright © 2007, by Maria Aparecida Gugel, Waldir Macieira da Costa Filho e Lauro Luiz Gomes Ribeiro

Capa e projeto gráfico
Fábio Brüggemann

Ilustração da capa

Revisão

Editoração e preparação de originais
Estúdio Letras Contemporâneas

Conselho editorial
Edson Ubaldo
Fábio Brüggemann
Péricles Prade

Ficha Catalográfica elaborada pelo
Bibliotecário Alzemi Machado – CRB 14 – 677

D313 Deficiência no Brasil : uma abordagem integral dos direitos com pessoas com deficiência / Organização de Maria Aparecida Gugel, Waldir Macieira da Costa Filho, Lauro Luiz Gomes Ribeiro _ . _ Florianópolis : Obra Jurídica, 2007.
544 p. : 16 x 23 cm

ISBN 978-85-86145-46-7

1. Direito – Portadores de Deficiência . 2. Direitos Civis. I. Gugel, Maria Aparecida. II. Costa Filho, Waldir Macieira da. III.Ribeiro, Lauro Luiz Gomes

CDD 344.01-087

Todos os direitos desta edição reservados a

LETRAS CONTEMPORÂNEAS - OFICINA EDITORIAL LTDA.
Rua Hermann Blumenau, 134/5
Florianópolis, SC - 88.020-020
www.letrascontemporaneas.com.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7
APRESENTAÇÃO 9

SEÇÃO I – CONCEITUAÇÃO DE DEFICIÊNCIA 11
EM BUSCA DE UM CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Luiz Alberto David Araújo 11

SEÇAO II – DIREITO À IGUALDADE 25
O DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM DEFICIÊNCIA E À AUTONOMIA
Lauro Luiz Gomes Ribeiro 25

SEÇÃO III – NORMAS INTERNACIONAIS 41
CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ONU
Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes 41
DEFINIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO
Eugênia Augusta Gonzaga Fávero 67
DIREITO A UMA EDUCAÇÃO INCLUSIVA
Eugênia Augusta Gonzaga Fávero 89
A DEFESA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
Vânia Maria Ruffini Penteado Balera e Eduardo Dias de Souza Ferreira 111

SEÇÃO IV – EDUCAÇÃO 139
EDUCAÇAO INCLUSIVA
Patrícia Albino Galvão Pontes 139

SEÇÃO V – SAÚDE E REABILITAÇÃO 169
A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À SAÚDE
Lenildo Queiroz Bezerra 169
MEDICINA DE REABILITAÇÃO - REABILITAÇÃO E O MODELO DA CIF
Linamara Rizzo Battistella 181

SEÇÃO VI – BENEFÍCIO ASSISTENCIAL 193
O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A PREPONDERÂNCIA DOS CRITÉRIOS SUBJETIVOS NA ANÁLISE CONTEXTUAL
Cláudio Drewes José de Siqueira 193

SEÇÃO VII - CONCURSO PÚBLICO E TRABALHO 211
DIREITO CONSTITUCIONAL DE TER RESERVA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS EM CONCURSOS PÚBLICOS
Maria Aparecida Gugel 211
CONSTITUIÇÃO e PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Manoel Jorge e Silva Neto 229
OS DIREITOS HUMANOS E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO
Ricardo Tadeu Marques da Fonseca 247

A INTERDIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - EFEITOS DA CURATELA NO CONTRATO DE TRABALHO
Maria Aparecida Gugel 259

SEÇÃO VIII – ACESSIBILIDADE 273
A ACESSIBILIDADE COMO CONDIÇÃO DE CIDADANIA
Rebecca Monte Nunes Bezerra 273
AJUDAS TÉCNICAS: INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA COMO ESTRATÉGIA DE INCLUSÃO
Carolina A. Moreira Sanchez e Gabriela Rodrigues Veloso Costa 297
SER ACESSÍVEL É LEGAL
Maria Elisabete Lopes 313

SEÇÃO IX – TRANSPORTE 325
DIREITO AO TRANSPORTE, LOCOMOÇÃO E LIBERDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Sonia Maria Demeda Groisman Piardi 325

SEÇÃO X – ESPORTE, LAZER, CULTURA E TURISMO 343
LAZER, CULTURA E TURISMO
Naide Maria Pinheiro 343
A SINERGIA ENTRE A PSICOLOGIA NO ESPORTE ADAPTADO E OS QUATRO PILARES DA EDUCAÇÃO
Eliane Lemos 363
ESPORTE TRANSFORMANDO VIDAS
Steven Dubner e Elisabeth Fernandes 377

SEÇÃO XI – BIOÉTICA E CÉLULAS-TRONCO 391
PESSOA COM DEFICIÊNCIA, BIOÉTICA E CÉLULAS-TRONCO
Waldir Macieira da Costa Filho 391

SEÇÃO XII – DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO; DA DEFENSORIA PÚBLICA; DOS CONSELHOS DE DIREITOS
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Hugo Nigro Mazzilli 405
A DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFENSORIA PÚBLICA E CONSELHOS DE DIREITOS
Paulo Roberto Barbosa Ramos 421

SEÇÃO XIII – CONSUMIDOR E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS 441
A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR
Alexandre de Matos Guedes 441
A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO GARANTISTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
Cláudio Drewes José de Siqueira 463

SEÇÃO XIV – DOS CRIMES 477
CRIMES CONTRA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE
Alexandre de Matos Guedes 477
CRIMES CONTRA OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
Patrícia Albino Galvão Pontes 495

INTRODUÇAO

Esta obra, *Deficiência no Brasil: Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência*, inaugura o selo Edições Inclusivas, idealizado pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID), para a difusão de criações que tratam dos direitos humanos e a divulgação de temáticas relacionadas à inclusão social, ampliando o debate sobre estes temas que têm cada vez mais reconhecida sua importância na agenda mundial.

A idéia da AMPID de organizar um livro multidisciplinar sobre os direitos das pessoas com deficiência nasce da constatação de que a produção jurídica nessa área é mínima. Por isso, é preciso escrever e levar o conhecimento da existência do direito e do sujeito do direito, no caso focado exclusivamente na pessoa com deficiência, aos operadores do direito (advogados, defensores, promotores e procuradores públicos e juízes), aos próprios cidadãos com deficiência, e à sociedade brasileira em geral.

Reunir numa só produção jurídica escritores de renome nacional e de atuação comprovada nas diferentes áreas da vida das pessoas com deficiência facilitou as tarefas da Comissão Editorial, tanto que, em curto tempo, obtivemos a adesão de membros do Ministério Público do Brasil associados da AMPID e dos convidados especialistas em diferentes áreas (fisiatra, psicólogo, professor, arquiteto, gestor público). Com êxito, finalizamos o livro com todos os textos reunidos.

Optamos por utilizar a designação "pessoa com deficiência", termo que reflete a vontade do movimento social de pessoas com deficiência, resguardando somente as citações *literris* da Constituição e Leis de "pessoa portadora de deficiência".

A obra tem como pilar a dignidade da pessoa humana e como objetivo lançar luzes de holofote sobre a pessoa com deficiência e seu direito à educação, saúde e reabilitação, trabalho, esporte, lazer, cultura, turismo, transporte, acessibilidade física dos ambientes, de informação e, quando necessário, assistencial.

Os conteúdos dos artigos que compõem a obra, distribuídos em diversas seções, de inteira responsabilidade de seus autores, seguem os fundamentos constitucionais dirigidos às pessoas com deficiência, com a discussão exaustiva das leis e regulamentos vigentes.

Os autores são unânimes: o Estado brasileiro e a sociedade brasileira têm o dever de fazer, de implementar o direito de a pessoa com deficiência ser igual.

As quatorze seções que abordam a conceituação de deficiência; direito à igualdade; normas internacionais; educação; saúde e reabilitação; benefício assistencial; concurso público e trabalho; acessibilidade; transporte; esporte, lazer, cultura e turismo; bioética e células tronco; defesa dos direitos das pessoas com deficiência: atribuições do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Conselhos de Direitos; consumidor e isenções tributárias e, crimes, demonstram à saciedade o direito em tese e a prática implementada, com enfoques próprios de efetividade (ou não) da previsão legal.

Foram trazidos para o conteúdo da obra temas polêmicos no âmbito das relações sociais e jurídicas:

> a interdição da pessoa com deficiência e os efeitos da curatela enfocando a necessidade de se resguardar os direitos civis e de trabalhar;
>
> o direito de acesso da pessoa com deficiência aos resultados da ciência no campo da bioética e células tronco;
>
> o direito do consumidor com deficiência e,
>
> a tipificação de condutas penais, preconizadas na Lei nº 7.853/89.

Ao tratar sobre a gama de direitos das pessoas com deficiência, os autores fazem sugestões de eventuais melhorias na legislação pautadas nas atuais propostas de mudanças legislativas do Projeto de Lei nº 7.669/06, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em discussão junto ao Congresso Nacional.

A análise da grande maioria dos textos descortina os marcos das normas internacionais e, principalmente da recente conquista mundial das pessoas com deficiência com a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, da Organização das Nações Unidas – ONU, assinada pelo Brasil e que passará pelo processo de ratificação.

A leitura da obra, tem-se a convicção, será um deleite para todos que buscam o conhecimento. A aspiração da Comissão Editorial é que a partir desse conhecimento adquirido, o leitor não mais seja o mesmo, e alie-se a todos que buscam a implementação dos direitos para a conquista efetiva da cidadania da pessoa com deficiência!

Os organizadores

APRESENTAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, tem sido um importante marco normativo no cenário dos modernos Estados Nacionais. Poucas Constituições, depois da II Guerra Mundial, contêm um complexo normativo tão amplo, capaz não somente de incorporar comandos sobre a estrutura do Estado, declaração de direitos, bem como instituições e institutos de defesa dos direitos em caso de lesões por ações ou omissões do Estado ou daqueles que compõem a sociedade civil.

Nesse arcabouço, o Ministério Público possui um local de destaque, porquanto ao mesmo tempo em que é responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui a obrigação de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Mesmo com esse novo perfil, os integrantes do Ministério Público não passaram a desempenhar suas atribuições instantaneamente e da maneira mais adequada. Passou e ainda está passando por um processo de aprendizagem. O Ministério Público integra o cenário brasileiro. Muito embora a Constituição determine aos seus Membros novas posturas, as quais devem estar comprometidas com a probidade, moralidade, garantia dos direitos fundamentais, muitas forças internas a essa própria instituição ainda impedem a aceleração desse processo, o que não quer dizer que muitos integrantes do Ministério Público não estejam fazendo um extraordinário esforço no sentido de romper essas barreiras.

Os textos que integram esta coletânea são a prova de um sincero esforço pela construção de um meio ambiente no Brasil capaz de assegurar a efetividade das normas constitucionais.

A consciência das desigualdades, bem como da finalidade da Constituição no sentido de eliminá-las, é marcante. Nesse processo, novas estratégias de relacionamento entre as autoridades e os cidadãos são apontadas, as quais, diga-se de passagem, encontram-se devidamente gravadas na Constituição.

O exercício do poder impõe responsabilidade e fiscalização continua e responsável dos cidadãos e das próprias agências estatais incumbidas da fiscali-

zação de outras instâncias do Estado, responsáveis pela execução das ações pela efetivação de direitos, não somente sociais, culturais e econômicos, como também políticos e civis. Essa é uma tarefa intrínseca do Ministério Público.

Conduzir o Brasil para a trilha do civilizatório, ou seja, do respeito a uma Constituição que reconhece e diz inaugurar um estado Democrático de Direito, implica enquadrar as atuações do Estado e dos cidadãos dentro das balizas impostas pelo estatuto Constitucional.

Sendo assim, educar autoridades e cidadãos parece ser a principal tarefa do Ministério Público. Esse processo educativo processa-se por meio de vários mecanismos. Denunciando-se autoridades irresponsáveis e desonestas, celebrando-se termos de compromisso de ajustamento de conduta, recomendando-se posturas compatíveis com a Constituição ou mesmo publicando textos, cujos conteúdos indicam como a Constituição deve ser entendida.

Este livro cumpre uma tarefa educativa essencial para o aprimoramento do correto entendimento dos direitos constitucionais das pessoas com deficiência, para utilizar a terminologia inaugurada com a recente Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, a primeira convenção do século XIX.

Todos os colaboradores desta obra, integrantes da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID, e convidados especialistas, estão comprometidos com a dignidade da pessoa humana.

É por isso que *Deficiência no Brasil: uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência* – contribuirá seminalmente para a compreensão dos direitos fundamentais, da realidade das pessoas com deficiência e afirmação dos direitos desse segmento.

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Promotor de Justiça Titular da Promotoria do Idoso de São Luís,da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID e do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso - CNDI

EM BUSCA DE UM CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA[1]

Luiz Alberto David Araujo

Resumo: O trabalho analisa as possibilidades e formas de se conceituar pessoa com deficiência a partir dos vetores constitucionais. Confronta as vantagens de um texto com perspectiva aberta e as dificuldades de sua aplicação, procurando mostrar que o texto fechado traria dificuldades de ampliação dos conceitos, impedindo a aplicação da proposta inclusiva constitucional. O texto propõe um temperamento das duas correntes, com o entendimento de que uma análise mais fechada serviria apenas como rol exemplificativo da questão, remanescendo a discussão aberta como regra a ser obedecida e como válvula de integração de novos grupos.

Palavras-chave: pessoa com deficiência, pessoa portadora de deficiência, Convenção Internacional – ONU, definição de deficiência, texto aberto, texto fechado, princípios constitucionais.

Abstract: *This work intends to analyse the ways and possibilities to find the conception of person with disability, according to constitutional principles. The text mentions the advantages of an open-mind text and, at the same time, shows the difficulties of its application, trying to show how an "closed" text would hinder the ampliation of concepts, so, impeding the application of the including constitutional proposal. The text propose a combination of both doctrines, with the understanding that a "closer" analyse would just be useful as list of examples for the matter, still leaving open the discussion about rules to be followed and a way of integration of new groups.*

Key-words: *Person with disability, International Convention (UN), Definition of disability, Closed text, Open text, Constitutional principles.*

1. Introdução

A questão da inclusão das minorias tomou relevo nos documentos internacionais e nacionais recentes. A história da inclusão convive com os movimentos democráticos e com a preocupação com a pluralidade de interesses da sociedade contemporânea. Questões recentes como minorias étnicas, culturais, de gênero, revelam uma aparente segmentação do movimento de inclusão, que pleiteia, no fundo, através de vários grupos, uma inclusão dos grupos vulneráveis na sociedade. Os grupos e interesses se revelam, cabendo ao Estado a harmonização de sua tutela, buscando a inclusão social de todos. No Brasil, o movimento de inclusão vem caminhando a passadas nem sempre uniformes e nem sempre dentro da velocidade desejada. O papel da inclusão e da análise de seus obstáculos ou de formas para sua facilitação é uma das abordagens desse trabalho. Não se trata de discutir o tema de forma ampla mas, a partir da idéia de uma conceituação, tentar identificar caminhos para a efetivação da inclusão social das pessoas com deficiência.

O comando constitucional principiológico, constante do Art. 3º, inciso IV, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação, hoje deveria reger a Administração Pública, o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e as ações dos particulares.

No entanto, verificamos ainda uma forte exclusão, quer com origem na pobreza, na falta de educação básica, no estabelecimento do preconceito, muitas vezes, ratificado pelos comportamentos da sociedade.

O tema da pessoa com deficiência não foge desse quadro. Os problemas são estruturais e revelam uma dificuldade extra em relação a outros grupos: a multiplicidade de deficiências e suas origens, o que causa uma dificuldade de implementação de uma ação conjunta de proteção ao grupo. Os problemas pessoas com deficiência de audição são totalmente distintos daqueles com deficiência de visão, por exemplo. De toda forma, o Estado deve procurar, contornando as dificuldades, tratar de ajustar o temário para promover o bem de todos, dando seguimento ao comando constitucional principiológico do Art. 3º.

Nesse estudo vamos procurar mostrar a evolução da proteção das pessoas com deficiência nos textos constitucionais, centrando nossa preocupação nos mais recentes e, a partir da previsão constitucional de 1.988, procurar encontrar uma definição, pelo sistema constitucional brasileiro, de pessoa com deficiência.

2. As Constituições brasileiras e a pessoa com deficiência

Com exceção do princípio formal da igualdade, que estava presente nas Constituições Brasileiras, a questão da pessoa com deficiência ganha relevo na Constituição de 1.967.

Já encontrávamos na Constituição Brasileira de 1.934 alguma preocupação com a pessoa com deficiência. O Art. 138 determinava que a União, Estados e Municípios respeitadas as leis respectivas, assegurassem amparo aos desvalidos, estimulasse a educação eugênica, protegesse a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual e adotassem medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis.

Na Constituição de 1.937, encontramos, no Art. 127, norma próxima da Constituição anterior, mantendo-se o critério programático da prestação constitucional[2].

A Constituição de 1.946 menciona rapidamente a questão do trabalhador que se tornar inválido (Art. 157, inciso XVI).

Na Constituição de 1.967, além da igualdade que estava presente em todas as constituições anteriores, traz o Art. 175, falando de educação de excepcionais, em seu parágrafo quarto. Talvez seja a primeira menção explícita da condição de pessoas com deficiência, tratando-se das pessoas com deficiência mental que recebia a expressão "excepcional". O maior avanço, no entanto, deu-se com a Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1.978, que cuidou do tema:

> Artigo único: É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:
>
> I- educação especial e gratuita;
>
> II- assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;
>
> III- proibição de discriminação, inclusive quanto á admissão no trabalho ou ao serviço púbico e a salários;
>
> IV- possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

É inegável o avanço da Emenda Constitucional nº 12. Hoje, certamente, ela seria objeto de críticas se tivéssemos em mente o quadro atual da evolução, que criticaria fortemente o ensino segregado. Mesmo a terminologia "deficiente" já deixou de ser utilizada. No entanto, para 1.978 o avanço foi grande. O tema veio a lume constitucional e o debate começou a se instalar, revelando que a matéria exigia tratamento constitucional específico. Talvez o grande mérito da Emenda Constitucional nº 12 tenha sido o de sistematizar, em uma só Emenda, o rol de direitos específicos desse grupo de pessoas.

O quadro se modifica sensivelmente em 1.988. O tratamento da pessoa com deficiência se altera, passando a um enfoque muito mais preocupado com a inclusão social. São reforçadas as regras que proíbem a discriminação, que

impedem o acesso aos serviços públicos e transportes. Na verdade, nada além do que o princípio da igualdade já reservava. O caráter didático da repetição tem força em nossa cultura e tem função própria e autônoma. Repetir significa deixar claro e evitar qualquer tipo de interpretação pouco progressista. Nesse particular, o constituinte de 1.988 tratou de repetir por diversas vezes a questão da igualdade voltada ao emprego, por exemplo. E, em relação à pessoa com deficiência, tratou de ressaltar a proibição de discriminação. No entanto, ainda há a necessidade de leis que implementem tais vetores constitucionais o que, ainda, encontra um certo obstáculo, passados quase vinte anos. A implementação dos valores constitucionais de 1.988 ainda não se efetivou, o que se verifica facilmente pela falta de acesso no ambiente urbano, pela existência ainda de dificuldades na educação inclusiva e, de outra forma, nas relações sociais que acabam dificultando a inclusão do grupo.

Apresentado o quadro atual a partir de uma brevíssima referência constitucional, vamos passar ao conceito de pessoa com deficiência, objeto deste pequeno estudo, assim como a proposta de entendimento entre um critério mais estrito e um mais amplo.

3. A Constituição de 1.988 e sua terminologia

O constituinte de 1.988 cuidou de utilizar a terminologia "pessoa portadora de deficiência". Talvez fosse a forma mais inclusiva conhecida quando da elaboração do texto (já se passaram quase vinte anos!). Hoje haveria outros termos mais adequados como, por exemplo, "pessoas com deficiência", expressão adotada neste trabalho. Já houve quem mencionasse a expressão "pessoas com necessidades especiais". Nesse grupo de necessidades especiais, haveria a inclusão de tantos outros grupos vulneráveis que precisam de apoio e suporte por políticas públicas. Desta forma, a expressão não nos parece adequada.

Como já observamos acima, vamos tratar do tema com a expressão "pessoas com deficiência", ressaltando que a Constituição da República Federativa do Brasil ainda se utiliza da expressão "pessoa portadora de deficiência". A nomenclatura, no entanto, já revela um avanço para o documento da época. A legislação infra-constitucional porém, não deu a efetividade que se imaginava com a clareza e velocidade esperadas. Deixamos, é verdade, a expressão "deficiente" no texto anterior para tratarmos de "pessoas portadoras de deficiência" como está ainda hoje formatada. Mas, em nenhum momento do texto constitucional encontra-se a definição de quem seria pessoa portadora de deficiência. Mesmo sendo um texto minucioso, com tantas repetições, especialmente em relação à igualdade, não entrou no campo específico da definição. Traz, é verdade, algumas diretrizes que podem ajudar na conceituação, vinculando o legislador infra-constitucional. Não

podemos deixar de atentar aos valores constitucionais na hora de fixar os conceitos infra-constitucionais.

Por tal razão, repetimos o princípio constante do Art. 3º, da Constituição, regra hermenêutica de importância para o tema, que será resgatado ao final, como instrumento para compreensão das conceituações propostas. Promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, idade e cor é regra que estará presente na interpretação do tema. Além disso, o princípio que assegura, como fundamento do Estado, a cidadania revela a necessidade de inclusão social. Esses valores devem estar presentes em qualquer definição de pessoa com deficiência, como forma de dirigir o legislador infra-constitucional na tarefa de definir, pois tal atribuição é do legislador ordinário que, como afirmam as constituições dirigentes, não está solto e sem qualquer vetor. Ao tratar do tema, deve-se limitar e aplicar a valoração constitucional constante dos princípios.

Coube à doutrina iniciar a discussão do que se entendia por pessoa portadora de deficiência, pois a Constituição não definiu o grupo. A Lei nº 7.853/89 de caráter genérico não cuidou de definir quem seria pessoa portadora de deficiência. Traça a política para a pessoa com deficiência, cria um órgão para coordenação das ações do Estado de acompanhamento e implementação de políticas públicas do governo federal (CORDE) mas, não define quem é o objeto de tal política.

As primeiras definições são veiculadas por leis que tratam de assuntos específicos, como isenções para aquisição de veículos. Depois, encontramos definições tratadas por decreto regulamentar. O Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1.993, ao regulamentar a Lei nº 7.853/89, tratou de definir quem seria pessoa portadora de deficiência, elencando as hipóteses do enquadramento. Ao definir deixou de fora outros grupos criando um critério fechado, dificultando a expansão do conceito. O referido Decreto foi alterado pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1.999 que, em seu Art. 4º, definia quem seria pessoa portadora de deficiência. Mais uma vez houve a alteração do conceito pelo Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, desta vez regulamentando as Leis nº 10.048 e nº 10.098 de 2000.

O Decreto parte de uma existência legal (definição do critério para isenção tributária da Lei nº 10.690, de 16.6.2003) e passa a definir quem seria pessoa portadora de deficiência, traçando hipóteses que caracterizariam deficiência.

No Decreto nº 5.296/04, são pessoas portadoras de deficiência aquelas que possuem limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadrarem nas seguintes categorias (Art. 5º, § 1º e incisos):

a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho;

e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências;

O Decreto regulamentar, pelo nosso entendimento, não poderia ter definido quem é pessoa portadora de deficiência, ou seja, quem está enquadrado pelo benefício constitucional da proteção. No caso, somente a lei poderia criar direitos e obrigações. O Decreto teria apenas a função de operacionalizar a lei.

Tanto os Decretos anteriores quanto o atual tratam de criar direitos, dizendo quem se enquadra ou não no benefício. O Administrador poderia imaginar que as hipóteses do Decreto são exaustivas e indeferir a inscrição de alguém que, não se incluindo no Decreto tivesse deficiência como previsto pela Constituição, dentro da valoração lá constante. A Administração Pública, no entanto, vem tratando de aplicar de forma singela a regra do Decreto, como se fosse um instrumento criador de direitos e obrigações. Como o enquadramento da pessoa implicará uma série de conseqüências (desde o direito a inscrever-se em vaga especial de concurso público como para requerer determinados benefícios previdenciários), a fixação de critério restritivo por Decreto em nada colabora para a inclusão do cidadão.

A melhor interpretação, portanto, é que quem está albergado pelo Decreto certamente se enquadra na prestação, o que não quer dizer que outras tantas situações não estariam enquadradas na condição de pessoa com deficiência.

Quer dizer que o Decreto regulamentar traria apenas uma parte dos enquadrados no conceito, ficando outros tantos com direito a tal inclusão.

Desta forma, o Decreto regulamentar foi além de sua tarefa precípua, qual seja, tornar operacionalizável a lei. Ele foi adiante e definiu quem é pessoa com deficiência, o que a lei genérica (não a de escopo próprio, cuidando de tema específico) não fez, diga-se de passagem. Ao assim agir, ultrapassou os limites da legalidade, criando hipótese que contemplou direitos e obrigações por Decreto, sendo que o tema é reservado à lei.

Ocorre que o Brasil é signatário da Convenção da Guatemala para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, assinada em 1.999, ratificada, por manifestação do Poder Legislativo, e promulgada pelo Decreto nº 3.956, de outubro de 2001.

Trata-se de norma genérica sem escopo específico, que cuida da questão de forma ampla e sem qualquer finalidade específica. Não cuida apenas de isenção tributária ou de acessibilidade, mas revela o comportamento do Estado brasileiro diante de uma importante tarefa mundial, incorporando, na forma constitucional, o instrumento internacional à legislação ordinária. Isso significa que a norma vigente definidora de quem é pessoa portadora de deficiência é a constante da Convenção da Guatemala, ou seja:

> Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:
>
> 1. Deficiência
>
> O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Não podemos, portanto, desprezar o conceito legal trazido pela Convenção Internacional que tem status de lei ordinária. Como lei ordinária, incorporou-se ao sistema legislativo brasileiro, após a ratificação pelo Congresso Nacional e após a promulgação pelo Presidente da República. Desta forma, o conceito vigente de pessoa com deficiência é aquele adotado pela Convenção que, como se verifica, é genérico, e não é usado para uma determinada finalidade, como dito acima. A norma geral prepondera sobre a especial, razão da predominância do conceito sobre qualquer outro específico.

Mas se o conceito legal é o previsto na Convenção, como assinado com propriedade Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2005, p. 152-174), como explicar um Decreto regulamentar que não tem lei para a sua regulamentação (recordemos que o Decreto vai além dos seus limites, pois cria direitos e obrigações, matéria reservada à lei). Sendo assim, imaginamos que a melhor argumentação seria aquela que fixa o conceito legal na Convenção, como mencionado

acima e cuida do Decreto como uma manifestação da Administração Pública no sentido de reconhecer nos grupos indicados a condição de pessoa com deficiência. A relação, no entanto, é exemplificativa, pois a interpretação só poderia favorecer ao grupo e não restringir o conceito protegido pela Constituição. A lei que trata da isenção de impostos para aquisição de veículo não tem o condão de tratar do tema de inclusão como um todo e atende a uma parte apenas da idéia desta inclusão.

No momento, portanto, há o conceito da Convenção da Guatemala, um conceito específico para aquisição de veículos e um conceito determinado pelo Decreto nº 5.296/04 (que não regulamenta e lei da isenção mas, regulamenta as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00 que cuidam da acessibilidade).

4. O Estatuto da Pessoa com Deficiência - Projeto de Lei do Senado nº 6 (substitutivo) de 2003

O Senado Federal, em tempo muito curto comparado com o andamento de outros projetos de lei, acaba de aprovar o Projeto de Lei nº 6, denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência. A aprovação do Projeto provocou a preocupação da comunidade, que esperava debater o tema com mais amplitude. De qualquer forma, a matéria já está aprovada no Senado Federal.

O conceito de pessoa com deficiência aparece no Art. 2º:

> Considera-se deficiência toda restrição física, intelectual ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, dificultando sua inclusão social, enquadrada em uma das seguintes categorias:
>
> I – Deficiência Física:
>
> a) alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros ou face com deformidade congênita ou adquirida;
>
> b) lesão cerebral traumática: compreendida como uma lesão adquirida, causada por força física externa, resultando em deficiência funcional total ou parcial ou deficiência psicomotora, ou ambas, e que comprometem o desenvolvimento e/ou desempenho social da pessoa, podendo ocorrer em qualquer faixa etária, com prejuízos para as capacidades do indivíduo e seu meio ambiente;
>
> II – Deficiência Auditiva:
>
> a) perda unilateral total;

b) perda bilateral, parcial ou total média de 41 dB (quarenta e um decibéis) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III – Deficiência Visual:

a) visão monocular;

b) cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,5 e 0,05 no melhor olho e com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; a ocorrência simultânea de qualquer uma das condições anteriores;

IV – Deficiência Intelectual: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação no período de desenvolvimento cognitivo antes dos 18 (dezoito anos) e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; h) trabalho.

V – Surdocegueira: compreende a perda concomitante da audição e da visão, cuja combinação causa dificuldades severas de comunicação e compreensão das informações, prejudicando as atividades educacionais, vocacionais, sociais e de lazer, necessitando de atendimentos específicos, distintos de iniciativas organizadas para pessoas com surdez ou cegueira;

VI – Autismo: comprometimento global do desenvolvimento, que se manifesta tipicamente antes dos três anos, acarretando dificuldades de comunicação e de comportamento, caracterizando-se freqüentemente por ausência de relação, movimentos estereotipados, atividades repetitivas, respostas mecânicas, resistência a mudanças nas rotinas diárias ou no ambiente e a experiências sensoriais;

VII – Condutas Típicas: comprometimento psicosocial, com características específicas ou combinadas, de síndromes e quadros psicológicos, neurológicos e/ou psiquiátricos, que causam atrasos no desenvolvimento e prejuízos no relacionamento social, em grau que requeira atenção e cuidados específicos em qualquer fase da vida;

VIII – Deficiência Múltipla: associação de duas ou mais deficiências, cuja combinação acarreta comprometimentos no desenvolvimento global e desempenho funcional da pessoa e que não podem ser atendidas em uma só área de deficiência.

§ 1º Considera-se também deficiência a incapacidade conceituada e tipificada pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF.

§ 2º Entende-se como deficiência permanente aquela definida em uma das categorias dos incisos ou do parágrafo 1º deste artigo e que se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

> § 3º As categorias e suas definições expressas nos incisos e parágrafo 1º não excluem outras decorrentes de normas regulamentares a serem estabelecidas pelo Poder Executivo, ouvido o Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência.

Primeiramente, o texto merece algum reparo formal. O § 3º permite ao Poder Executivo, ouvido o Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência, incluir outras deficiências decorrentes de normas regulamentares a serem estabelecidas pelo Poder Executivo. Ou seja, volta-se à idéia de que o Poder Executivo por regulamento, possa criar direitos e obrigações. A regra do § 3º não merece ser acolhida porque apresenta possibilidade não contemplada pelo sistema constitucional. O poder regulamentar não pode chegar a ponto de criar obrigações ou direitos. Na forma como está, voltamos ao critério antes expendido e censurado de deixar o decreto regulamentar fazer o papel da lei.

Se aprovado o Estatuto, como norma geral, irá modificar o critério previsto na Convenção da Guatemala, passando a ser o novo regente da questão. Verifica-se que o Projeto de Estatuto trabalha com algumas aberturas, como a inclusão de deficiência e incapacidade conceituadas e tipificadas pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF. No entanto, estamos diante de um texto predominantemente fechado, onde não se pode admitir outros tipos de deficiência. A questão da fixação por um rol determinado favorece a aplicação clara da norma, mas colabora com o fechamento do sistema, dificultando a sua aplicação para outros grupos que poderiam estar incluídos no conceito.

5. A Declaração da ONU ou Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência

Corroborando com a tendência de se manter a nomenclatura atual, o Brasil assinou a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência. O texto está aguardando ratificação pelo Congresso Nacional e, uma vez aprovado, deverá ser submetido ao Presidente da República para promulgação. Poderá, inclusive, ser votado na forma como prescreve o Art. 5º, III, da Constituição, ou seja, terá força de emenda à Constituição, porque se trata de um Tratado de Direitos Humanos.

Dentro dessa perspectiva, temos uma regra que hoje pode ser genérica (definição da Convenção); temos um projeto de lei já aprovado pelo Senado Federal, que especifica os motivos das deficiências, criando um modelo mais fechado, mas, no entanto, de mais fácil aplicação (apesar das restrições conceituais, impedindo que grupos não contemplados nas hipóteses fechadas sejam considerados pessoas com deficiência). E, aguardando votação, um documento internacional assinado pelo Brasil.

A Convenção da ONU assim define deficiência:

> Artigo 1
>
> [...]
>
> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Trata-se de documento aberto, permeável, que certamente permitiria a compreensão mais ampla do conceito definido pelo Estatuto. Ou seja, prevalecendo a Convenção da ONU, teremos um texto mais aberto e mais democrático. Importante, no entanto, afirmar que a aplicação seria um pouco mais difícil, porque os exemplos são fluídos e permitiriam uma análise mais genérica (o que pode ser interessante, porque mais abrangente) da questão da deficiência.

6. Norma fechada ou norma aberta?

Estaremos, certamente, diante de um conflito de leis no tempo, caso haja a aprovação do Projeto de Lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência depois da aprovação da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, dentro dos limites constitucionais. Prevalecerá o Estatuto da Pessoa com Deficiência, porque é norma genérica posterior. Ou, ao contrário, o Congresso Nacional se esforça para aprovar o Estatuto e o país, por sua representação internacional, assina A Convenção que depois de ratificada substituirá o Estatuto na parte do conceito. Logo se vê que há, no mínimo, uma tarefa complementar a ser elaborada, diante dos trâmites dos dois instrumentos.

O objeto do trabalho não seria o de discutir qual seria a melhor definição, a contida no Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a da Convenção da ONU. A idéia é tentar verificar qual é o critério mais adequado para o Brasil: uma aplicação genérica de um princípio ou uma cláusula mais fechada, com hipóteses mais determinadas?

Ao escolher a prevalência do projeto de Estatuto (que segue, em linhas gerais, os modelos constantes dos Decretos regulamentares, com algumas nuances), estamos diante da escolha de um modelo fechado, de mais fácil aplicação.

Ao escolher a Convenção da ONU (que segue hoje o modelo da vigente Convenção da Guatemala) estamos diante de um modelo mais permeável, mais aberto, permitindo a agregação de outras tantas deficiências que não estão contempladas.

Inegável que a Administração Pública sentir-se-ia muito mais confortável com a aplicação de um modelo fechado, com cláusulas determinadas e, se possí-

vel, bem arrematadas de maneira a não se poder acrescentar. De outro lado, teríamos a certeza de que – presente hipótese de subsunção –, a pessoa com deficiência estaria facilmente contemplada. Num sistema de muita insegurança jurídica como o nosso poderia fornecer, para um país continental, roteiro seguro de aplicação da norma. Não são todos os Estados brasileiros que estão bem aparelhados para a aplicação dos conteúdos, sendo que são milhares de pessoas de direito público que fazem seus concursos públicos e, para tanto, devem ter clara a idéia de quem é pessoa com deficiência para o efeito da vaga reservada, por exemplo.

Ou, diante do grande número de pessoas com deficiência excluídas, desejamos um critério útil e de fácil aplicação para resolver a questão. Esse critério pode ser encontrado – apesar de fechado – na aplicação de uma listagem do que seria causa para enquadramento na situação de deficiência. No entanto, estaríamos dificultando o ingresso de outros grupos, o que impediria o Estado de cumprir o papel que lhe foi determinado pelo Art. 3º, da Constituição, qual seja, promover o bem de todos.

O modelo aberto exigiria uma cultura da Administração Pública mais permeável, com possibilidade de o administrador público decidir caso a caso, a partir de determinados parâmetros. Haveria necessidade de uma construção jurisprudencial mais forte. E, a partir da abertura normativa, o Poder Judiciário e a Administração poderiam cumprir o seu papel de efetivar os comandos constitucionais.

Ao permitir a inclusão de novos grupos há o reconhecimento de que o Estado tem um papel de não exclusão e sim inclusão. O modelo aberto permite a permanente análise de portas de inclusão para o sistema. Os excluídos encontrariam na norma infra-constitucional abertura suficiente para pleitear a inclusão e fugir do estigma apontado por Baumann (2005).

O ideal seria a conjunção dos dois tipos de normas, servindo a idéia geral como princípio a ser aplicado (dentro de um sub-sistema legal da pessoa com deficiência) e outra mais específica, como uma das formas a definir pessoa com deficiência, sem, no entanto, entender a questão como taxativa.

As idéias se complementariam, formando um sub-sistema que parte do genérico (conteúdo das declarações internacionais) para chegar no específico-exemplificativo, ou seja, nas regras do Estatuto (como hoje deveriam ser interpretadas as questões dos Decretos regulamentares).

Compostas as duas idéias, formando o sub-sistema, teríamos a abertura das Convenções Internacionais, tão importante pela permeabilidade dos conceitos, autorizando a interpretação mais efetiva dos valores constitucionais bra-

sileiros; e, ao lado, teríamos a regra mais fechada, concretizando (mas não exaurindo) as hipóteses, servindo, de guia efetivador dos direitos mas, não impedindo que outras situações fossem contempladas diante de seu caráter exemplificativo e didático.

A realidade da Administração Pública estaria contemplada, com um guia seguro para a aplicação da norma, desde que tivéssemos clareza de que o rol de pessoas com deficiência é exemplificativo. Ao mesmo tempo, teríamos a abertura para uma interpretação mais favorável e inclusiva de novos grupos com a regra genérica dos vetores internacionais.

Notas

[1] A organização da obra escolheu a terminologia pessoa com deficiência para referência. No entanto, continuamos acompanhando a terminologia da Constituição, pessoa portadora de deficiência. Para uniformização da temática, utilizaremos o termo escolhido pelos organizadores.

[2] Artigo 127, da Constituição Federal de 1937. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas assegurar-lhes condições física s e morais de vida são e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

Bibliografia

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção das pessoas portadoras de deficiência*, 3a. edição, Corde, Brasília, 2001. na internet: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/corde/protecao_const1.asp

ARAUJO, Luiz Alberto David (organizador). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

BAUMANN, Sigmund. Vidas Desperdiçadas, Jorge Zahar, 2005.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direito das Pessoas com Deficiência*, Garantia de igualdade na diversidade, WVA, Rio de Janeiro, 2004.

O DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM DEFICIÊNCIA E À AUTONOMIA

Lauro Luiz Gomes Ribeiro

Resumo: Alguns temas, já bastante tratados na doutrina tradicional, merecem maior atenção quando direcionados às pessoas com deficiência, exigindo uma reflexão sobre as mudanças por que passa o mundo e a irreversível inclusão social deste segmento. Dentre eles, selecionamos para discorrer no presente texto, a igualdade no ponto de partida, que remete à igualdade de oportunidade e de condições reais de vida, a dignidade da pessoa humana, como valor intrínseco e distintivo de cada ser humano e que deve ser invocada em todas as ações judiciais e a autonomia, esta última voltada à real compreensão do conceito de acessibilidade.

Palavras-chave: igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia, acessibilidade, pessoa com deficiência.

Abstract: *Several subjects analyzed by the national doctrine deserve more attention when related to person with disability, demanding reflection on actual changes the world has passing through and on the promotion of social inclusion of this class. Regarding those subjects, we chose to be the object of this present study, the equally on the beginning, which mens equality on opportunities and on real life conditions, human dignity, as intrinsic and distinguish value of each human being, that should be invoked on all judicial claims and autonomy, regardin to the real meaning of acessibility.*

Keywords: *equally, human dignity, liberty, autonomy, acessibility, person with disability.*

1. Introdução

O propósito deste estudo, dentro dos limites de espaço de que dispomos, é chamar atenção sobre alguns pontos que entendemos mais relevantes dentro de temas que são por demais conhecidos por todos. Parafraseando Montesquieu, o que queremos é mais do que fazer ler, é fazer pensar.

Reconhecemos que erramos ao imaginar que no momento em que vivemos é mais importante abandonar um pouco o discurso para seguir com uma ação mais efetiva, concreta; as duas coisas devem seguir, sempre, em paralelo, com a mesma relevância, ainda que uma ou outra mereça maior energia aqui ou ali.

Nossa sociedade, infelizmente, ainda não está preparada para incorporar tantas novidades (para ela e não para nós que lidamos, vivenciamos e estudamos isto, quase diariamente) ou avanços nesta área.

Desta constatação nos vem à mente duas lições importantes, para reflexão: a primeira é de Max Weber sobre a "ética da convicção", traduzida em uma linguagem simples como: "cumpro com minhas obrigações e as conseqüências decorrentes de minha ação, se não favoráveis, são de responsabilidade do mundo, da tolice dos homens ou até mesmo da vontade de Deus e não minha" e a "ética da responsabilidade" que, diferentemente, obriga a respondermos pelas previsíveis conseqüências de nossos atos[1]. Certamente, muitos adotam a primeira, o que não deixa de ser um avanço, mas dão de ombros com as conseqüências negativas que ocorrem no mundo, dentre as quais pode estar inserida a exclusão social das pessoas com deficiência. Melhor seria, portanto, a segunda, cada qual engajado em assumir sua parcela de responsabilidade com o que acontece a seu lado, em sua casa, na escola, no trabalho, na cidade, no mundo; em qual nos encaixamos, neste momento?

Outra reflexão é sobre o nosso papel de contribuinte, como cultores do direito, para a formação de uma consciência sobre a responsabilidade social. Explicando melhor, diz Celso Antonio Bandeira de Mello (1981, p. 57-58) que um importante mecanismo garantidor da eficácia das normas constitucionais é a formação de uma consciência social (ao lado de uma consciência jurídica nacional) sobre a obrigatoriedade do cumprimento das disposições constitucionais. Afirma Bandeira de Mello que o direito não se aplica pela força e sim pela coercibilidade, ou seja, a possibilidade de coação ou, em outras palavras, ele se aplica, via de regra, pela convicção das pessoas de que aquelas regras devem ser cumpridas. Não basta que estejam escritas em um diploma legal, necessitando a criação de uma consciência social da sua obrigatoriedade, o que faz emergir a relevância do trabalho de todos aqueles que estão, de alguma forma, en-

volvidos com o tema das pessoas com deficiência, expondo idéias e discutindo questões relevantes, fazendo a interface entre o mundo do ser e o mundo do dever ser. Também aqui é um chamamento a todos para exporem idéias, dúvidas, receios, colaborando para a formação da sobredita consciência social.

2. Igualdade no ponto de partida

Muito já foi escrito sobre o consagrado princípio da igualdade, com suas vertentes da igualdade material e formal, resumidamente explicitadas em nosso sistema jurídico como sendo:

a) igualdade formal, aquela que ilumina o Art. 5º da Constituição, ou seja, direitos fundamentais reconhecidos a todos, em igualdade de condições; a exigência de igualdade na aplicação do direito ou, como sintetiza Canotilho, execução das leis sem olhar às pessoas (Canotilho : 1998, p. 399), valorizado no limiar das Revoluções Americana (1776) e Francesa (e respectiva Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789), como reflexo da exigência da garantia da liberdade e de um Estado-Mínimo, em substituição do Absolutismo e à sociedade estamental, mas que foi criticado, com o passar dos tempos, por considerar o indivíduo como uma abstração, não levando em conta sua singularidade e,

b) igualdade material, consubstanciada na exigência de uma sociedade livre, justa e solidária, que promova o bem de todos, sem preconceitos e discriminações de quaisquer espécies (Art. 3º da Constituição), quer dizer, igualdade dirigida ao legislador, que precisa criar um direito igual para todos – para os indivíduos com as mesmas características deve-se prever, através da lei, igual situação jurídica, mas sem limitar-se à universalização, que pode ser discriminatória, no sentido da tentativa de redução das perspectivas de uns em benefício de outros: toda pessoa com deficiência deve estudar em escola só para elas – ou seja, a igualdade perante a lei será insuficiente se não vier acompanhada da igualdade na própria lei, que considera o indivíduo em concreto, com suas particularidades[2].

A dificuldade, todos sabemos, é identificar quem é igual e quem é diferente, o que requer valoração ligada a momentos históricos, fatores culturais e, principalmente, valores sociais previstos na Constituição, havendo vários mecanismos apontados na doutrina, que têm como critério basilar a proibição do arbítrio[3], é dizer, haverá violação ao princípio da igualdade quando a desigualdade de tratamento for arbitrária. Por todos, mostra-se suficiente o critério de identificação de discriminação violadora do princípio da igualdade o apontado por Celso Antonio Bandeira de Mello, na obra Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, de leitura obrigatória e que, em apertada síntese, pode ser assim

resumido: deve ser levado em consideração o critério adotado como fator de desigualação (indagar-se: é razoável?) e a correlação lógica entre este fator de desigualação e a disparidade de tratamento, respeitados os valores constitucionalmente protegidos. Respondidas positivamente as indagações e a discriminação, em tese, será aceita e legal.

Sabemos que haverá situações especiais, que exigirão análise especial, motivo pelo qual, o mais correto é avaliar caso a caso, segundo os critérios referidos.

Queremos apontar aqui outra abordagem, lembrada por Canotilho (1998, p. 402-403), que é da igualdade de oportunidades e de condições reais de vida, pilar do Estado de direito democrático social. Não é idéia nova, mas está em evidência em razão da conflituosidade global em que está inserida a sociedade na atualidade – e que se caracteriza como sendo uma grande competição por bens escassos – e significa a aplicação da regra de justiça social diante de uma situação onde se encontram várias pessoas em competição para a obtenção de um objetivo único.

É explicada por Bobbio (2000, p. 30-31) nos seguintes termos:

> o princípio da igualdade de oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente significativo, a partir de posições iguais.

Esta idéia é relevante no ambiente das pessoas com deficiência para eliminar o estigma de se ter a deficiência como sinônimo de ineficiência, de doença, de incapacidade total.

O que se apresenta aos nossos olhos é a exigência de garantia, real e efetiva[4], de todos nos pontos de partida, uma igualdade de oportunidades "sustentável", para utilizar um conceito da moda, cabendo a cada qual limitar seu ponto de chegada e, neste aspecto, permitimo-nos lembrar marcante passagem da obra "Emílio", de Rousseau (1999, p. 45), que na metade do Século XVIII já advertia:

> Conhecemos, pois, ou podemos conhecer o primeiro ponto de onde cada um de nós parte para chegar ao grau comum de entendimento: mas quem conhece a outra extremidade? Cada qual avança mais ou menos segundo seu gênio, seu gosto, suas necessidades, seus talentos, seu zelo e as oportunidades que tem para se entregar a ele. Que eu saiba, nenhum filósofo até agora foi suficientemente ousado para dizer: eis o termo aonde o homem pode chegar e que não seria capaz de ultrapassar. Ignoramos o que nossa natureza nos permite ser; nenhum de nós mediu a distância que pode haver entre um homem e outro homem. Qual é a alma baixa que esta idéia nunca excitou e que alguma vez não disse para si mesma em seu orgulho: quantos já passei! Quantos ainda posso atingir! Por que meu igual iria mais longe do que eu?

É triste constatar como nossa civilização está perdendo ao esquecer todas as lições do passado, pois tudo o que discutimos hoje já foi tratado, de forma tão ou mais aprofundada pelos grandes intelectuais e filósofos da antiguidade.

A partir da estrutura que sustenta o princípio da igualdade é desenvolvida a idéia de políticas sociais de apoio e promoção de grupos socialmente desprivilegiados, ou seja, são adotadas medidas tendentes à concretização da igualdade material, dentre elas as ações afirmativas ou discriminações positivas (de que é espécie o sistema de cotas), concebidas pioneiramente pelo direito americano e que são entendidas como políticas públicas e privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, idade, origem nacional e compleição física e que também apresentam um conteúdo pedagógico de transformação cultural e social relevantes, demonstrando a utilidade e necessidade de observância do pluralismo e diversidade no convívio humano[5].

3. Dignidade da pessoa humana com deficiência

Para tratar da dignidade da pessoa humana é imperiosa uma referência, ainda que rápida, aos direitos humanos, expressão aqui adotada como aquelas posições jurídicas que se reconhecem a todo ser Humano como tal, sem uma preocupação em relacioná-los com determinada ordem constitucional sendo, por isto mesmo, de validade universal, de caráter trans e supra-nacional, para todos os indivíduos e todos os povos, via de regra atrelados a documentos próprios de direito internacional.

Como anotamos em outro estudo[6], a noção de direitos inerentes à pessoa humana tem fronteiras em momentos históricos diferentes, pela matiz da formulação jurídica, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU (dada sua vocação eminentemente universal, apesar dos demais documentos internacionais já conhecidos, como o *Bill of Rights* da Revolução Inglesa, de 1689, a Magna Carta de 1215, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) e pelas raízes do entendimento da proteção internacional dos direitos humanos, hipótese em que retroagimos a vários e vários séculos, em companhia de movimentos sociais, políticos, correntes filosóficas distintos[7].

Conseqüentemente, é correto afirmar que as idéias sobre os direitos humanos são tão antigas quanto a própria história da civilização e estão atreladas à dignidade da pessoa humana e à luta contra todas as formas de dominação, exclusão, opressão e discriminação e, mais recentemente, fruto das dramáticas conseqüências da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), com a concepção de bem comum que pressupõe a emancipação de todo o ser humano e em todas as suas facetas, independentemente da cultura ou do ambiente físico em que se encontre, o que se convencionou

denominar de a "universalidade" dos direitos humanos, é dizer, "inerente a todo ser humano, em meio à diversidade cultural" (Trindade, 1997, p. 19).

Afirma o sofista Protágoras que "o homem é a medida de todas as coisas", de maneira que deve ocupar a posição mais proeminente no mundo dos fatos e para o mundo do direito deve ser o valor supremo da ordem jurídica, preexistindo até mesmo a uma criação constitucional.

Fábio Konder Comparato (1999, p. 1-4) explica esta proeminência a partir de três vertentes: no campo religioso através da afirmação da fé monoteísta, com a criatura humana ocupando posição de destaque na ordem da criação, com poderes sobre "os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra (*Gênesis* 1,26)"; no campo filosófico, cuja principal indagação é: "quem é o homem?" e cuja formulação já aponta para singularidade deste ser, "capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão" e, por fim, a justificativa científica apegada à descoberta do processo de evolução dos seres vivos, tendo o ser humano como "o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas. A própria dinâmica da evolução vital se organiza em função do homem".

No âmbito das pessoas com deficiência, não custa lembrar, tais pessoas receberam tratamento diverso, que foi da exclusão social total ao atual patamar da proposta de inclusão, passando por períodos de institucionalização e de integração (a deficiência é tida como um problema da própria pessoa que a possui e por isso cabe unicamente a ela capacitar-se para viver em sociedade).

O pós-Segunda Guerra aqui também foi um marco, especialmente pela legião de mutilados que ela produziu. Com a era da produção industrial e do consumo as pessoas com deficiência conviveram com as concepções de pessoas "úteis" e "inúteis" e com as idéias de habilitação/reabilitação, de paciente/doente, de incapaz e dependente de cuidados de terceiros (como é comum a uma pessoa "doente").

A partir dos anos oitenta há um avanço qualitativo no trato internacional deste tema, especialmente pelas Nações Unidas e suas agências, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial de Saúde, despertando as pessoas com deficiência para uma reivindicação mais vigorosa de seu papel de cidadão, em igualdade de condições com seus pares[8].

No Brasil, o marco está fincado na Constituição de 1988, seguindo-lhe a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, define crimes e dá outras providências e, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, embora em 1978 tenha sido editada a Emenda Constitucional nº 12, assegurando alguma melhoria de condição social e econômica a este segmento.

Tratando da dignidade da pessoa humana, vale lembrar o poeta John Donne que no século XVII ensinava: "homem algum é uma ilha completa em si mesma, todo homem é um fragmento do continente, uma parte do oceano" ou seja, para se chegar à completude é preciso a presença de todos seres humanos, posto o homem não consegue viver isoladamente, uma vez que depende dos outros. Todos os homens devem receber tratamento igualitário, sem distinção em razão de qualquer característica física ou psíquica, pelo simples fato de ser humano.

Luis Garcia San Miguel, citado por Maria Cristina de Souza Alvin afirma, em síntese, que todo homem tem dignidade, porque possui um valor intrínseco ao seu ser, pelo simples e único fato de ser homem; o que tem um preço pode ser substituído por alguma coisa equivalente; já a dignidade, por ser superior a todo preço, não permite nenhuma equivalência:

> dignidad de la persona quiere decir que ésta tiene valor en sí misma, independientemente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de sua raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, etc.; y también independientemente de su conducta, bueno o mala, heroica o delictiva. (ALVIN, p. 70)

É a dignidade da pessoa humana que insere o indivíduo no centro das preocupações do universo, como anota Giovanni Pico Della Mirandola, no início de sua obra, ao afirmar categoricamente que "nada via de mais admirável do que o homem". Mirandola (2001, p. 49 e 53) também contempla a dignidade como possibilidade de livre arbítrio do ser humano, porque, ao homem o Pai teria dito: "não constrangido por nenhuma limitação, determina-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei".

Neste passo, vale transcrever interessante conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62):

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

Portanto, é correto afirmar, em apertadíssima síntese, que da idéia de dignidade da pessoa decorre uma gama de direitos fundamentais que podem ser classificados em civis, políticos e sociais (Matteucci, 2000, p. 354), atrelados ao homem:

a) como pessoa humana, temos as liberdades clássicas: pessoal, de pensamento, de religião etc. e que obrigam o Estado a uma atitude de não-intervenção, de abstenção;

b) como pessoa política, envolve a liberdade de participação, de associação nos partidos, de direitos eleitorais, implicando numa liberdade ativa de participação na definição dos objetivos políticos do Estado, dentro do âmbito da democracia;

c) como homem social, temos as liberdades positivas ou concretas: direitos econômicos e sociais (direito ao trabalho, à assistência, à educação, à saúde, dentre outros), o que resulta na exigência de uma ação ativa do Estado ao garantir ao cidadão estas condições mínimas para uma vida digna, quer dizer, uma vida que valha a pena ser vivida.

Para Sarlet (2007, p. 86-87),

> Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de conseqüência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa

e conclui:

> a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que 'atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais', exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

É exatamente esta a posição da pessoa com deficiência, pela simples condição de "pessoa". Insistimos nesta abordagem porque acreditamos que essa idéia da dignidade da pessoa humana, como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (Art.1º, III, da Constituição), deva sempre dar arrimo às postulações judiciais. Isso irá suplantar as corriqueiras alegações fazendárias de insuficiência de orçamento, discricionariedade administrativa e outras tantas conhecidas, além de sua base constitucional, que permite maior diálogo com as instâncias superiores.

E mais, será também a dignidade da pessoa humana um bom argumento para sustentar-se a aplicação, nesta área, do princípio da "proibição de retrocesso social". Explicamos melhor: tem a doutrina constitucional européia, especialmente a portuguesa, pelas mãos de Canotilho, tem sustentado que o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso social, ou seja, aqueles direitos sociais adquiridos pela comunidade – a exemplo da prestação de saúde, do subsídio de desemprego – não podem ser mais eliminados, sem sua substituição por outro de igual eficácia, pena de caracterizar violação ao princípio da proteção da confiança, consectário do princípio do Estado

de Direito. Conseqüentemente, haverá inconstitucionalidade de todas as medidas inequivocamente ameaçadoras do padrão de prestação estatal já alcançado. É um limite jurídico do legislador e uma obrigação ao administrador público de continuação de uma política congruente com estes direitos assegurados.

Diz Canotilho (1998, p. 326-327), a respeito:

> O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei de segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') devem considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.

Entre nós, Luis Roberto Barroso (2003, p. 158-159) chama a atenção para esta idéia, que começa a ganhar força na doutrina constitucional brasileira, afirmando:

> Por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

De notar que este argumento pode ser bastante útil e forte para uma providência administrativa (por exemplo, Inquérito Civil) ou judicial, quando há mudança legislativa em desfavor das pessoas com deficiência, por exemplo quando elimina programas de transporte ou de saúde que estavam atendendo a contento este segmento, por questões meramente políticas, no sentido negativo do termo.

E para aqueles interessados em discussões mais acadêmicas, o pós-positivismo aponta para o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais erguida sobre o fundamento da dignidade humana. Esse pós-positivismo é marco filosófico de uma transformação pelo qual passa o constitucionalismo contemporâneo, que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo, e que traz a reboque a questão da constitucionalização do direito (os valores, os comportamentos, os fins públicos adotados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido a ser empregado nas disposições do direito infraconstitucionais, por exemplo no Direito Civil, no Direito Penal etc.)[9].

4- Autonomia da pessoa com deficiência

Neste tópico trataremos, basicamente, da noção de autonomia como elemento de extrema importância para a garantia de liberdade, igualdade e dignidade das pessoas com deficiência[10] e os reflexos que daí decorrem sobre o conceito legal de acessibilidade, conforme o Art. 2º, I, da Lei nº 10.098/00:

> – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Preocupa-nos e estimula a reflexão o motivo que levou o Poder Executivo – Presidência da República –, por meio do Decreto nº 5.296/04, a alterar tal conceito, no Art. 8º:

> Art.8º – Para os fins de acessibilidade, considera-se:
>
> I – acessibilidade: condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços ...

O que está por trás desta sutileza? Seriam bons propósitos? Era necessária a regulamentação da Lei nº 10.098/00, que continha elementos necessários e suficientes para sua aplicação e cujo texto não a exigia (Art. 27 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.)?

A Lei nº 10.048/00 a requeria, mas por ser anterior àquela e não específica sobre acessibilidade, como é a Lei nº 10.098/00, não deve prevalecer sobre esta (critérios cronológico e especialidade).

O primeiro aspecto a considerar é a própria concepção de autonomia, no contexto jurídico, que pode não corresponder ao não-jurídico, da engenharia ou arquitetura, mas que deve prevalecer numa tarefa interpretativa. O que queremos referir é que um conceito exógeno (a exemplo da engenharia), ao ser introduzido no texto legislativo, deve ser interpretado no sentido que adquire por força de sua inserção no sistema legal.

A palavra autonomia deriva do grego *autos* = si mesmo e *nomos* = lei, modelo a seguir, sendo entendida como a capacidade de auto-determinação ou, na versão dos dicionaristas, a "faculdade de se governar por si mesmo (...) Propriedade pela qual o homem pretende poder escolher as leis que regem sua conduta"[11].

Este sentido é exaltado por Kant, que o insere como integrante da concepção de liberdade, esta última, para ele, um valor supremo do homem e que o coloca acima do mundo dos fenômenos, como anota Vicente Ráo (1958, p. 75): "O homem é livre, enquanto ele próprio se determina de conformidade com a lei moral, que consiste em um princípio absoluto, implícito em seu próprio ser".

É a vontade não heterodeterminada e sim autodeterminada a que alude Norberto Bobbio (2000, p. 51) ao discorrer sobre a liberdade positiva:

> a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros. Essa forma de liberdade é também chamada de *autodeterminação* ou, ainda mais propriamente, de *autonomia* (...) indica, ao contrário, a presença de algo, ou seja, de um atributo específico de meu querer, que é precisamente a capacidade de se mover para uma finalidade sem ser movido (...) quando se diz que autodeterminar-se significa não ser determinado por outros, ou não depender dos outros para as próprias decisões, ou determinar-se sem ser, por sua vez, determinado[12].

Para Maria Garcia (2004, p. 21) a autonomia está presa à concepção de dignidade da pessoa humana, quando define esta última como correspondente "à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente"[13].

Portanto, para o mundo do direito, a autonomia está presa à idéia de liberdade e de dignidade humana, valores absolutos, constitucionalmente protegidos (Arts.1º, III; 3º, I; 5º, *caput*, inciso XV, dentre outros).

E dentro de uma concepção sistêmica que caracteriza o nosso ordenamento jurídico, lembrando a lição de Eros Grau[14] de que não se interpreta o direito ou qualquer texto normativo em pedaços, em tiras e, sim, no seu todo, para a interpretação do direito à autonomia devem ser levadas em conta, dentre outros diplomas legais, as diretrizes estabelecidas na Lei nº 7.853/89.

Na aplicação e interpretação da referida lei, observar em caráter prioritário, os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar (Arts. 1º e 2º), o que está reforçado pelas disposições do Decreto nº 3.298/99, que definem como princípios da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos, dentre outros: o desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil para a inclusão; o estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais para assegurar o exercício pleno e efetivo dos direitos básicos que propiciem o bem-estar pessoal, social e econômico e o respeito às pessoas com deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade, sem privilégios ou paternalismo (Art.5º).

Também a Convenção da Guatemala impõe o trabalho prioritário dos Estados Partes na capacitação das pessoas com deficiência de molde a "garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida", além da exigência de adaptação dos edifícios, veículos e instalações (Art. III, itens 2.b e 1.b, respecti-

vamente), tudo com vistas a reduzir a discriminação, definida como toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir, anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais (Art. I.2).

Nesta senda, a autonomia deve ser interpretada como o domínio absoluto do espaço físico e/ou dos sistemas e meios de comunicação, com independência, liberdade de escolha e dignidade, o que se antagoniza com qualquer pretensão reducionista a esta "liberdade com dignidade", como por exemplo o usuário de cadeira de rodas sujeitar-se (ou depositar toda confiança) de ser descolado (carregado) escada acima/abaixo por funcionários de uma repartição pública (alguém estranho), porque o local tem barreiras arquitetônicas de difícil superação, com todos os riscos que uma queda pode ocasionar (isto sem se esquecer dos prejuízos à integridade física do funcionário que carrega a pessoa e a cadeira de rodas – reflexos ao seu meio ambiente de trabalho); transporte coletivo adaptado com sistema de elevador operado por terceiro (motorista/cobrador); pessoa cega conduzida pelo braço por estranhos em espaços de uso público.

E quando os funcionários faltam ao trabalho ou estão temporariamente ausentes de seus postos pelos motivos os mais variados? E quando o "elevador" do ônibus está quebrado ou o trânsito do local for muito intenso, inviabilizando a parada por alguns minutos para a operação do elevador? Às favas a liberdade e a dignidade da pessoa com deficiência? As situações excepcionais (devemos admitir que existem), assim devem ser tratadas e bem justificadas e nunca como regra; o provisório que se transforma em definitivo.

A tecnologia está posta para permitir a autonomia (liberdade com dignidade), na perspectiva do princípio do desenho universal, através de ônibus de piso baixo, elevadores que substituem os funcionários "carregadores". Por isso, a legislação prevê as ajudas técnicas[15] (qualquer elemento que facilite a autonomia pessoal ou possibilite o acesso e o uso de meio físico – Art. 2º, VI, da Lei nº 10.098/00). A este respeito, remetemos o leitor ao texto da arquiteta Maria Elisabete Lopes, que também integra esta obra, onde é melhor analisada a proposta de desenho universal e de onde destacamos o seguinte trecho:

> Afinal, não basta fazer 'rampinha'. É preciso pensar como, por quem serão usadas, e como o meio físico pode limitar o acesso a elas. Uma adequação mal feita é pior do que a sua inexistência, uma vez que pode se tornar uma referência equivocada, ampliando riscos, multiplicando e perpetuando erros.

Este é o sentido que devemos extrair do texto normativo e pelo qual devemos continuar combatendo na luta pela inserção das pessoas com defici-

ência na sociedade, afastando o sentimento de incapacidade, de dependência de terceiros (associação entre deficiência e doença) ou de ineficiência que costuma acompanhar a vida dessas pessoas.

Foi assim também que decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar recurso em Mandado de Segurança impetrado pela deputada estadual Célia Leão (usuária de cadeira de rodas), contra ato do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e que a certa altura afirma que se há impossibilidade arquitetônica absoluta de acesso da impetrante à tribuna da Assembléia, que seja designado, como local de tribuna, outro espaço acessível a ela e aos demais parlamentares[16].

Não bastasse tudo isto, cabe ainda destacar, sem maior aprofundamento, para não fugirmos de nossa proposta inicial, a ilegalidade de tal medida. Com efeito, sabemos que o Decreto nº 5.296/04 em causa, como regulamento executivo, é expedido para que se dê fiel observância das leis e, como conseqüência, deve seguir fielmente os limites estabelecidos no ato legislativo que explicita, estando preso como a sombra ao corpo, ao texto da lei (Lei nº 10.098/00).

A lição de Vicente Ráo (1958, p. 354) põe pá de cal na questão:

> Ao exercer a função regulamentar, não deve, pois, o Executivo, criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações constantes de lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proíbe; facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei; extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos ou diversos; alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir um ato; atingir, alterando-o por qualquer modo, o texto ou o espírito da lei.

Ou seja, não pode o Decreto alterar o conceito legal de acessibilidade[17], com isto modificando substancialmente seu significado e o espírito da lei regulamentada.

Desta forma, voltando à indagação inicial, temos que é absolutamente incompatível a associação feita pelo Decreto nº 5.296/04 de autonomia TOTAL OU ASSISTIDA, é dizer, assistência, aqui, é contraditória ao conceito legal de autonomia e, sabemos nós, que essa assistência poderá representar, exatamente, as situações que referimos alhures: rampas inadequadas, mas com auxílio de um funcionário; falta de piso podotátil, substituído por um funcionário-guia; sistemas motorizados conduzidos por terceiros substituindo elevadores, plataformas elevatórias, etc..

Estes são os pontos sobre os quais incitamos os leitores interessados a refletir e debater.

Concluímos reproduzindo, e reconhecemos a absoluta falta de criatividade, trecho final de outro texto que tivemos oportunidade de escrever (Ribeiro, p. 97) que reflete bem nosso sentimento: É tempo de mudanças e somos obrigados a reconhecer que apesar de já se ter avançado muito na efetivação dos

direitos das pessoas com deficiência, resultado do aprimoramento legislativo e do trabalho hercúleo de vários segmentos sociais, precisamos criar a consciência de que estamos no século XXI e que é muito mais agradável e bonito assistir a um desfile de carnaval, que prima pela diversidade, pela igualdade entre todos quando pisam na avenida, que a uma monótona parada militar, uniforme e hierarquizada, que a diversidade é a ordem do dia e que somos todos muito mais que paulistas, cariocas, baianos, brasileiros, pois somos cidadãos do mundo e como tais devemos afastar os fantasmas do preconceito e da discriminação negativa para reverenciar a igualdade e não a uniformidade ("somos o mesmo, mas não os mesmos" já disse o líder das "Novas Vozes Africanas", Shafil Abu-Tahir); a tolerância sem conivência; a solidariedade sem paternalismo e a diversidade sem desigualdade, na busca pela paz e a felicidade.

Notas

[1] São as palavras de Weber: "O partidário da ética da convicção só se sentirá 'responsável' pela necessidade de velar em favor da chama da doutrina pura, a fim de que ela não se extinga, de velar, por exemplo, para que se mantenha a chama que anima o protesto contra a injustiça social", ao passo que o partidário da ética da responsabilidade "contará com as fraquezas comuns do homem (pois, como dizia procedentemente Fichte, não temos o direito de pressupor a bondade e a perfeição do homem) e entenderá que não pode lançar a ombros alheios as conseqüências previsíveis de sua própria ação" (Ciência e Política, Duas Vocações, p.113/114).

[2] A sempre citada idéia de Aristóteles, afirmada por Rui Barbosa, na Oração aos Moços, de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam, para atingir a igualdade.

[3] A proibição do arbítrio deve vir presa a critérios objetivos: haverá violação arbitrária quando a disciplina jurídica não se basear: a) em fundamento sério; b) não tiver sentido legítimo: c) estabelecer diferenciação jurídica sem fundamento razoável.

[4] Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, com suporte em Arion Sayão Romita (O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade, Revista Gênesis, nº15), trabalha a idéia de igualdade real, um avanço à idéia de igualdade material, "calca um passo adiante rumo à especificidade da dignidade humana, especificidade que se corporifica na atenção às minorias, uma vez que a lei da maioria, formalmente justa, transmudou-se em substancialmente injusta, por excluir do conceito de maioria a infindável diversidade humana" (O Trabalho da Pessoa com Deficiência – Lapidação dos Direitos Humanos: O Direito do Trabalho, Uma Ação Afirmativa, p.148).

[5] A este respeito ver Joaquim Barbosa Gomes, Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, Renovar, Rio de Janeiro.

[6] Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa Com Deficiência, Revista de Direito Social, nº21, RS: Notadez.

[7] Neste sentido ver Antonio Augusto Cançado Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, p.17.

[8] Dentre os principais documentos internacionais produzidos a partir de encontros, eventos de pessoas com deficiência e de organismos nacionais e internacionais

de defesa desse segmento e que têm orientado as políticas públicas brasileiras nesta área, podem ser citados a Declaração dos Direitos do Impedido – 1975; a Carta dos anos 80; o Programa de Ação das Nações Unidas de 1982; as Normas Internacionais do Trabalho sobre a Readaptação Profissional – 1984; a Declaração de Cartagena das Índias sobre as Políticas Integrais para as pessoas portadoras de deficiência, na região Ibero-Americana – 1992; a Declaração de Manágua – 1993; a Primeira Conferência Internacional de Ministros responsáveis pela atenção de pessoas portadoras de deficiência – 1992; Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as pessoas portadoras de deficiência (ONU – 1993); a Declaração de Salamanca e Marco das Ações sobre Necessidades Educativas Especiais; Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala – 1999) e a recente Convenção Sobre os Direitos da Pessoa Com Deficiência (em fase de ratificação) - cf Maria de Lourdes Canziani, *in Direitos Humanos e os Novos Paradigmas das Pessoas com Deficiência, in Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência,* coord. Luiz Alberto David Araújo, p. 252.

[9] A esse respeito ver Luis Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, Revista de Direito Constitucional e Internacional, IBDC, vol .58, p.129/173.

[10] Interessante notar que a autonomia também é motivo de preocupação dos civilistas, p.ex. quando comentam as virtudes da lei nº11.441/07, que altera a sistemática do inventário, separação e divórcio e permite, observadas algumas exigências, a formalização por meio de escritura pública. Assim ocorreu com Rodrigo da Cunha Pereira ("...Afinal, já está passando da hora de o Estado respeitar a autonomia privada"), Maria Berenice Dias ("...A dispensa da intervenção estatal, mesmo no âmbito do Direito de Família, empresta importância à vontade das partes") e Luiz Edson Fachin (...do reconhecimento das pessoas nas relações familiares como sujeitos de seu próprio destino que conjuga liberdade e responsabilidade") – cf. Boletim IBDFAM nº42, jan/fev 2007, p.03.

[11] Novo Dicionário Aurélio, Nova Fronteira, verbete "autonomia".

[12]A liberdade negativa consiste em fazer ou não fazer tudo o que as leis permitem ou na proíbem, é a liberdade clássica, do homem enquanto pessoa humana.

[13]No mesmo sentido, Alexandre de Moraes: A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (Constituição do Brasil interpretada, p.128/129).

[14]"A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum", Ensaio e Discurso sobre ta Interpretação/Aplicação do Direito, Malheiros, 2ªed.,p.40.

[15] Assim prevê a NBR 9050 ao dispor sobre tecnologia assistiva:conjunto de técnicas, aparelhos e instrumentos, produtos e procedimentos que visam auxiliar a mobilidade, percepção e utilização do meio ambiente e dos elementos por pessoas com deficiência (item 3.40).

[16] RMS nº 9.613 – SP, STJ, Primeira Turma, rel. Min.José Delgado, Rev. STJ : 47-150,

setembro/99.

[17]Especificamente sobre a ilegalidade do Decreto nº 5.296/04, conforme parecer exarado pelo Procurador de Justiça Oswaldo Luiz Palu, nos autos do Protocolado nº 15.218/05, da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo.

Bibliografia

ALVIN, Maria Cristina de Souza. Princípio da dignidade da pessoa humana e o direito constitucional do trabalho. Mestrado em Direito Constitucional. São Paulo: PUC, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira, 7ªed. at., Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 4ª ed. São Paulo : Ediouro, 2000.

CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANZIANI, Maria de Lourdes. Direitos Humanos e os Novos Paradigmas das Pessoas com Deficiência. In Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Coord. Luiz Alberto David Araújo. São Paulo: RT, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

DONNE, John. Meditação, apud Thomas Merton, Homem algum é uma ilha.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Trabalho da Pessoa com Deficiência – Lapidação dos Direitos Humanos: O Direito do Trabalho, Uma Ação Afirmativa. São Paulo : LTr,2006.

GARCIA, Maria. Limites da Ciência – A Dignidade da Pessoa Humana; a Ética da Responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.

MATTEUCCI, Nicola. Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, 5ªed. Trad. Carmen C.Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília : UnB, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Público. São Paulo : nº 57-58, 1981.

_____, Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ªed. São Paulo : Malheiros, 2003.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. Discurso sobre a dignidade do homem. Trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa, Portugal : Edições 70, 2001.

ROUSSEAU, JJ. Emílio ou Da Educação. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MENTON, Thomas. Homem algum é uma ilha. Trad. Timóteo Amoroso Anastácio. Campinas : Versus Editora, 2003.

MORAES, Alexandre de.Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo : Atlas, 2002.

RÁO,Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. São Paulo : Max Limonada, 1958.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa com Deficiência, Revista de Direito Social . São Paulo : Fonte do Direito, nº21, jan/mar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, 5ª ed. rev. e at. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, São Paulo : Porto Alegre : Sergio Fabris, 1997.

WEBER, Max. Ciência e Política, Duas Vocações, Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo : Cultrix, 2004.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ONU

Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo Lopes

Resumo: Análise do processo de construção da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, desde os antecedentes históricos normativos relacionados a pessoas com deficiência até a mudança de paradigma conceitual.

Palavras chave: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, pessoas com deficiência.

Abstract: *Analysis of the construction process of the UN Convention on the Rights of the Persons with Disabilities, from normative historical antecedents regarding people with disabilities to the change of conceptual paradigm.*

Keywords: *Convention on the Rights of the Persons with Deficiency of the UN, persons with disabilities.*

1. Antecedentes históricos dos direitos das pessoas com deficiência

A discriminação de pessoas com deficiência já teve lastro em lei, desde as civilizações antigas até bem pouco tempo. Com a positivação da dignidade humana como valor jurídico a ser protegido, ocorrida após o fim da Segunda Guerra Mundial, o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre 1945 e 1948, a comunidade internacional passou a buscar respostas aos horrores produzidos pelas Grandes Guerras, criando e fortalecendo um sistema global de proteção aos direitos humanos.

Desde então, todas as pessoas passaram a ser reconhecidas como sujeitos titulares de direitos em primeiro lugar, independentemente de sexo, raça, origem, idade, classe social, religião ou quaisquer outras condições físicas, sensoriais ou intelectuais. A deficiência é, pois, uma das características parte da diversidade humana. O grande desafio é justamente construir e consolidar o novo paradigma social com base no respeito à diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da humanidade.

Esta nova visão foi positivada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, específico para as pessoas com deficiência e que define direitos e obrigações de todos os seres humanos. A Convenção nasce como resultado da mobilização das organizações da sociedade civil "de" e "para" pessoas com deficiência, ativistas de direitos humanos, agências internacionais, além de Estados que encamparam a causa. Em 2001 a ONU criou um Comitê *ad hoc* para avaliar propostas, discutir e elaborar o seu texto. Cinco anos depois o tratado foi aprovado na 61ª Assembléia Geral da ONU, em 13 de dezembro de 2006.

Avaliaremos no presente ensaio, o processo de construção desta Convenção, desde os antecedentes históricos normativos relacionados a pessoas com deficiência até a mudança de paradigma conceitual – dentro do consenso possível - encontrada no texto final.

1.1 Idade Antiga

Nos primórdios da história, a deficiência era considerada expressão de inferioridade em relação aos demais seres humanos, sendo muitas vezes dita como castigo divino. A criança com deficiência era rejeitada desde o nascimento e recolhida em casa como se tivesse uma doença contagiosa e vergonhosa. Não tinha direitos como as demais crianças.

Na Grécia antiga e em Roma, o corpo belo era cultuado como presente dos deuses. Com essa dicotomia entre a idéia de que a aparência boa era a do corpo

perfeito e a ruim era a do corpo imperfeito, os antigos criavam leis que legitimavam práticas de exclusão e segregação em relação às pessoas com deficiência. Existiam leis que autorizavam que as crianças *imperfeitas* não tivessem direito à vida. A Lei das XII Tábuas (451 a.C.) de Roma dizia que o filho nascido *monstruoso* deveria ser morto imediatamente. A regra olho por olho, dente por dente, reforçava a idéia de que deficiência era algo mal, que acometia a quem merecia.

No Código de Hamurabi (1.800 a.C.) a deficiência era imposta como sanção legal. Havia castigos que determinavam a mutilação de infratores. A cada ilícito cometido, proporcionalmente era aplicada uma pena de natureza semelhante. A língua do filho que renegou os pais deveria ser cortada. O olho do filho adotivo que reconheceu a casa do pai natural deveria ser decepado.

No Código de Manu (1.500 a.C.), (Assis, 1992, p. 27-29), as pessoas com deficiência tinham proibição sucessória, sendo determinado em seu Art. 612 que os eunucos, os homens degradados, os cegos, surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados, não serão admitidos a herdar. A proteção da propriedade privada expressamente limitava as pessoas com deficiência como sujeitos de direitos.

1.2 Idade Média a Moderna

Na Europa feudal e medieval, muitas pessoas com deficiência passaram a ser aceitas como parte de grupos para trabalhar nas terras ou nas casas de famílias. Mas sempre quando tinha alguma praga, elas eram as culpadas pelo mal social. Como reação, milhares de pessoas com deficiência vagavam em penitência para pagar as chagas ocasionadas na sociedade. Alguns acreditavam que com isso conseguiriam apagar a sua característica. Predominava o horror de ser diferente pois poderiam ser acusados de males com os quais não tinham nenhuma relação, dentre os quais a magia negra e a bruxaria - práticas que os protestantes categorizaram e abominavam.

No século XV, Lutero, fundador do protestantismo, recomendava fortemente que crianças com deficiência devessem ser jogadas no rio. No século XVI, os leprosos holandeses tiveram todos os seus bens confiscados pelo Estado para sustentar as boas almas que não foram castigadas pela lepra. Não bastasse a enfermidade, as pessoas ainda eram penalizadas pelo preconceito de que fizeram algum mal para merecê-la.

Com a Revolução Industrial e o avanço dos conhecimentos técnico-científicos, o mundo passou a pregar a razão acima de tudo operando nova lógica sobre o corpo humano. Ainda assim, para as pessoas com deficiência, racionalmente não havia oportunidades de trabalho nem de convívio social com os demais. A segregação já institucionalizada passou a ser fundamentada por argu-

mentos científicos. Para otimizar o trabalho, as pessoas deveriam ser fisicamente uniformes como as máquinas recém descobertas. Aqueles que não se apresentassem com a melhor performance logo eram aposentados ou considerados mais fracos e esquecidos em instituições projetadas para que as pessoas com deficiência vivessem perpetuamente sendo cuidadas de maneira especial. Dessa forma, as pessoas com deficiência ficavam dependentes de profissionais que buscavam sua cura, tratamentos e/ou benefícios. Na sociedade não tinham chances de serem incluídas, rotuladas pela aparência e total desconhecimento de potencialidades humanas do ser diferente.

No fim do século XIX, um grande número de cientistas, escritores e políticos começaram a interpretar as teorias de Darwin sobre evolução e seleção natural para seus próprios fins. Esses eugenistas acreditavam que poderiam melhorar a qualidade da raça humana selecionando os melhores genes. Diziam que as pessoas com deficiência, especialmente as com deficiências congênitas, enfraqueciam a raça e ainda poderiam comprometer a competitividade do povo. Esse argumento permitia o isolamento perpétuo das pessoas com deficiência em instituições que só admitiam pessoas de um único sexo e/ou a sua esterilização.

Muitas escolas especiais surgiram nesta época para ofertar atendimento especializado para as crianças com deficiência, tendo também como pano de fundo poupar o convívio recíproco entre as pessoas normais e as ditas pessoas inferiores.

1.3 Século XX

Em um célebre Congresso Internacional de Educação para Surdos em Milão (1881), representantes de 54 países definiram que a forma de educação de pessoas com deficiência auditiva era o oralismo, ou seja, a expressão verbal proibida a utilização de sinais. Durante 100 anos, a língua de sinais foi coibida nas escolas e em espaços públicos em diversas partes do mundo. Amarravam as mãos das crianças que se comunicam por sinais. A despeito da proibição, a língua de sinais foi transmitida entre gerações e só no fim do século XX e que voltou a ser permitida[1].

Entre os anos 20 e 30, em 37 estados nos EUA havia lei que obrigava a esterilização de mulheres nascidas com deficiência auditiva ou qualquer um que tivesse um teste de QI abaixo da média até os 70 anos. Nos anos 80, 17 países ainda mantinham essa lei em vigor.

Na Inglaterra, foi criada em 1913 uma lei sobre deficiência mental que classificava as pessoas em *idiotas*, aquelas que são incapazes de se preservar de perigos físicos comuns; *imbecis*, aquelas que, não atingindo o estado de idiotia, é ainda considerada por ser incapaz de controlar seus atos ou de ser ensinadas a fazer algo; e *defeituoso moral*, aquelas que têm propensão a vícios

ou a crimes e que requerem o cuidado, a supervisão e o controle para a proteção de outra. Sob esta lei, 50.000 crianças com limitações sensoriais e físicas, além de mais de 500.000 adultos, foram encarcerados em instituições na primeira metade do século XX, muitos deles só tendo sido liberados nos anos 80. As crianças com dificuldades de aprendizagem significativas foram julgadas ineducáveis e aquelas com dificuldade de aprendizagem mais ou menos significativa foram às escolas especiais sub-normais até 1973[2].

O marco das Grandes Guerras - mais especificamente após a 2ª Guerra Mundial - é um ponto de reflexão e mudança na história do mundo. Pela primeira vez as questões dos direitos do homem passam da esfera local para a esfera global, envolvendo todos os povos[3]. O reconhecimento de direitos humanos como um conjunto de direitos fundamentais de todos os seres humanos e a necessidade de sua proteção é conseqüência do processo de horror enfrentado.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi positivado um núcleo inderrogável de direitos inerentes a todo e qualquer ser humano independente de sua nacionalidade, sexo, idade, raça, credo ou condição pessoal e social. Com a proclamação universal da dignidade humana como valor, começaram a serem verbalizadas as críticas a este modelo de isolamento e segregação das pessoas com deficiência. Os estudiosos e defensores dos direitos humanos passaram a se preocupar com as pessoas com deficiência, seu convívio em comunidades e a necessidade de afirmação dos seus direitos. Além disso, os mutilados pela guerra que voltaram a suas casas como heróis exigiram serviços de reabilitação, infra-estrutura e acessibilidade das cidades para sua reintegração. Assim, ocorreram mudanças no tratamento, mas o mundo não tratou de se adequar e prover os equipamentos necessários.

A partir dos anos 50, a Assembléia Geral e o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas começaram a aprovar resoluções sobre prevenção e reabilitação. A Organização Mundial do Trabalho (OIT), em 1955, lançou a recomendação nº 99 sobre a Reabilitação de Pessoas Portadoras de Deficiência. Nos anos 70, o movimento pelo reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito pelo critério dos *direitos* e não pelo critério da *atenção* começou a ganhar corpo. Em 1971, a Assembléia Geral da ONU aprovou a resolução Declaração dos Direitos do Retardado Mental (Resolução 28/56). Em particular, além de afirmar que as pessoas com deficiência mental devem gozar dos mesmos direitos dos demais seres humanos, essa Declaração adverte que a mera incapacidade do exercício pleno dos direitos não pode ser considerada carta branca para a supressão completa de seus direitos.

Em 1975, a Assembléia aprovou outra resolução relacionada à Declaração dos Direitos dos Impedidos (Resolução 34/47), afirmando que as pessoas

com deficiência têm os mesmos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais que os demais seres humanos. Além do mais, enfatiza, que as pessoas com deficiência têm direito a medidas destinadas a permiti-las alcançar a maior autonomia possível.

Na década de 80, vários acontecimentos na pauta internacional marcaram a nova concepção das pessoas com deficiência sustentada pela abordagem dos direitos humanos. O ano de 1981 foi proclamado o Ano Internacional das Pessoas Deficientes (Resolução 31/123) pela Assembléia Geral das Nações Unidas com o tema Participação e Igualdade, com ênfase na prevenção, reabilitação e equiparação de oportunidades. Outros objetivos da resolução incluíam o aumento da consciência pública, entendimento e aceitação, encorajando pessoas com deficiência e suas organizações a expressarem suas vozes e visões, promovendo ações para melhorar sua situação de vida. A maior lição, conforme registrado nas Nações Unidas, foi que a imagem das pessoas com deficiência depende da extensão das atitudes sociais[4].

Em 1982, a Assembléia também aprovou o Plano de Ação Mundial relativo às Pessoas com Deficiência (Resolução 37/52), cujos objetivos gerais seguiam o tripé do Ano Internacional: prevenção, reabilitação e equiparação de oportunidades. Os dois primeiros objetivos configuravam no modelo existente de assistência, enquanto que o terceiro denotava a evolução do modelo baseado em direitos. Nesse documento, pela primeira vez, definiu-se a deficiência em função da sua interação com o entorno.

Nessa época, foi declarado o decênio entre 1983 e 1992 como a Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência, que visava à execução das ações do Plano de Ação Mundial. Em 1987, na metade da década internacional das pessoas com deficiência, em Estocolmo, ocorreu a Reunião Mundial de Peritos para examinar o andamento da execução do Programa Mundial de Ação relativo às Pessoas com Deficiência. Constatou-se a necessidade de elaborar uma doutrina orientadora que indicasse as prioridades de ação no futuro, reconhecendo os direitos das pessoas com deficiência com mais força. Como resultado desta reunião, recomendou-se à Assembléia Geral que fosse feita uma conferência especial para redação de uma convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência para ser ratificada pelos Estados ao finalizar a década. A delegação da Itália preparou um primeiro esboço da Convenção e o apresentou a 42ª Assembléia Geral, em 1987. A delegação da Suécia apresentou nova proposta na 44ª Assembléia Geral, em 1989. Mas não havia um consenso sobre a necessidade de elaboração de uma Convenção específica. Para muitos países, os documentos de direitos humanos já existentes poderiam garantir as pessoas com deficiência

o exercício de direitos na mesma proporção que todos os outros seres humanos. Além disso, os progressos do decênio não podiam ser sentidos ainda, haja vista que apesar de reconhecidas boas iniciativas de alguns países, não havia suficientes esforços para que os resultados fossem considerados significativos.

Em maio de 1990, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas autorizou a Comissão de Desenvolvimento Social a estabelecer um grupo especial de trabalho de peritos governamentais, de composição aberta, financiado por contribuições voluntárias, para elaborar regras gerais sobre a igualdade de oportunidades das crianças, jovens e adultos com deficiência, em estreita colaboração com os organismos especializados do sistema das Nações Unidas e outras entidades intergovernamentais e não governamentais, em especial as formadas por pessoas com deficiência. A discussão não estando tão amadurecida para a Convenção, deu lugar para que em 1993 fosse aprovada a histórica resolução fruto do trabalho de 1990 intitulada de Normas Uniformes para Equiparação de Oportunidades das Pessoas com Deficiência (Resolução 44/70). Era uma resposta intermediária à pressão da comunidade internacional para que a ONU firmasse posição acerca das pessoas com deficiência.

As Normas Uniformes são um conjunto de recomendações das Nações Unidas sobre o tema, não constituindo um tratado formal com efeito vinculante, tendo eficácia limitada. No entanto, pelo teor de seu conteúdo e o uso reiterado - como discurso e prática - e pela inovação de previsão de mecanismo de supervisão (relator especial), as Normas Uniformes se destacaram das demais resoluções da ONU na área da deficiência e tiveram uma importância significativa na história normativa dos direitos do seu público beneficiário, tanto no âmbito internacional, como regional e local. A linguagem dos direitos descritos apresentou-se mais concisa e alinhada com o paradigma social fundamentado nos direitos humanos. Entre as normas, há as endereçadas aos Estados indicando suas responsabilidades, solicitando, em linhas gerais, que se eliminem as barreiras que impedem a igualdade de participação das pessoas com deficiência. Também menciona que os Estados devem permitir e facilitar o trabalho de organizações não governamentais que atuam com pessoas com deficiência no desenvolvimento de políticas públicas relacionadas. Especial atenção foi dada aos grupos vulneráveis, tais como mulheres, crianças, jovens, negros, índios e pobres com deficiência. Entre os seus artigos, destacam-se os referentes as medidas de execução, que recomenda a aposição do critério deficiência em estatísticas e políticas públicas gerais, além de determinar que se deve ter como base jurídica uma legislação nacional. Essas recomendações serviram de parâmetro para práticas, políticas e leis mundo afora[5].

Em 1994, Bengt Lindqvist (Suécia) foi designado o primeiro relator especial em deficiência[6] (Special Rapporteur on Disability) pela Comissão de Desenvolvimento Social das Nações Unidas para auxiliar no monitoramento das Normas Uniformes e estabelecer diálogos entre Estados membros e ONGs para a implementação destas regras. O seu mandato de três anos foi prorrogado duas vezes, de 1997 a 1999, e 2000 a 2002. Sheikha Hessa Khalifa bin Ahmed al-Thani (Catar) foi a sucessora com mandato de 2003 a 2006. Um excelente apoio para o trabalho do relator são os especialistas representantes de organizações internacionais de pessoas com deficiência com caráter consultivo na ONU. Para citar um exemplo do resultado do trabalho realizado, cujos temas apontados foram objetos de discussão da Convenção Internacional, destaca-se trecho de um relatório que analisava aspectos que deveriam ser atualizados nas Normas Uniformes:

> No se han tratado lo suficiente algunos aspectos de la política sobre discapacidad, por ejemplo, en lo tocante a los niños con discapacidades, la cuestión de género y determinados grupos, principalmente las personas con discapacidades psiquiátricas y de desarrollo. [...] También se ha omitido la cuestión de los discapacitados en condiciones de refugiados o situaciones de regencia [...] [No] se ha hecho referencia alguna al ámbito de la vivienda. Entre otras cosas, ello significa que no existe ninguna orientación con respecto a la gestión de las instituciones, en que un gran numero de personas con discapacidades todavía pasan su vida entera e condiciones lamentables [...] (Quinn : 2002, p.29).

Em 1999, a Convenção Americana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência[7] foi adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo sido considerada um exemplo de ação na esfera regional. Define pessoa com deficiência, com base no modelo social de direitos humanos, considerando a interação com o meio econômico e social como causadora ou agravante.

Nesse meio tempo, a Secretaria das Nações Unidas organizou uma série de seminários anuais com especialistas em deficiência. Na Reunião realizada em 2000, em Estocolmo (Suécia), foram discutidos muitos mecanismos de vigilância dos direitos das pessoas com deficiência, com participação das ONG´s. Neste ano, foi realizada também uma Conferência Mundial de ONG´s sobre a Deficiência, na qual aprovou-se a Declaração de Beijing sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Novo Século. Este encontro histórico da sociedade civil uniu organizações internacionais que firmaram posição em envidar esforços para apoiar a elaboração e a adoção de uma convenção temática. Organizações regionais e locais também começam a pressionar comprometendo-se a lutar pela sua consecução. A idéia da Convenção Internacional foi

ficando cada vez mais forte e bem argumentada pelas organizações internacionais e nacionais dedicadas à deficiência.

Em 2001, numa Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo em Durban, na África do Sul, o presidente do México Vicente Fox, solicitou que na Declaração de Durban fosse incluído um parágrafo sobre a necessidade de elaboração de uma Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência. No final do mesmo ano a Resolução 56/168 foi aprovada pela 56ª Assembléia Geral da ONU e com ela a criação do Comitê *ad hoc* que deveria contar com a participação de todos os Estados Membros e os observadores das Nações Unidas para que se examinassem propostas relativas à Convenção avaliando questões de desenvolvimento social, direitos humanos e não-discriminação, e levando em consideração recomendações da Comissão de Direitos Humanos e da Comissão de Desenvolvimento Social. O Comitê foi instaurado no ano seguinte, presidido por Luis Gallegos (Equador) que permaneceu como *chairman* até a 3ª Reunião. Don Mckay (Nova Zelândia) assumiu então o posto e literalmente com muita diplomacia liderou o processo até o fim, em 2006, tendo sido fundamental para que a Convenção tivesse sido feita em prazo recorde de 5 (cinco) anos.

2. O processo da elaboração da Convenção

Em agosto de 2002 foi realizada a primeira sessão de trabalhos do Comitê Ad Hoc criado pela ONU para elaborar a Convenção Internacional Ampla e Integral de Proteção e Promoção dos Direitos e da Dignidade das Pessoas com Deficiência. Desde então, o Comitê se reuniu em junho de 2003 (2ª Sessão), maio de 2004 (3ª Sessão), agosto de 2004 (4ª Sessão), janeiro de 2005 (5ª Sessão), agosto de 2005 (6ª Sessão), janeiro de 2006 (7ª Sessão) e agosto de 2006 (8ª Sessão).

Na 1ª Reunião do Comitê, o slogan *Nothing about us without us* (Nada sobre nós sem nós) torna-se logo lema do processo. Estiveram presentes 80 (oitenta) países, com participação das ONG's representativas e de pessoas com deficiência. As organizações se constituíram em uma aliança internacional em rede denominada de IDC (International Disability Caucus). Essa sessão foi marcada pela presença de muitos especialistas que participaram do debate polêmico sobre a necessidade ou não de se fazer a Convenção. Terminou a sessão com o compromisso de realização de seminários regionais, realizados em abril de 2003, no Quito (Equador), em Bruxelas (Holanda), em Johannesburgo (África do Sul), em Bangkok (Thailândia) e em Beirute (Líbano).

Na 2ª Reunião do Comitê, haviam mais Estados e ONG's participantes. Nesta sessão o México desenvolveu uma proposta de Convenção com base nas

discussões dos seminários regionais e foi criado um Grupo de Trabalho para elaborar o *draft* da Convenção.

Na 3ª Reunião continuava crescendo o número de representantes de Estados e ONG´s no processo. O trabalho foi realizado tendo por base uma minuta oficial; Grupo africano pediu que as ONG's não participassem; A primeira leitura avançou muito lentamente; Coordenador dos trabalhos: D. Mc Kay; A reunião resultou pouco substantiva.

Na 4ª Reunião foi feita a conclusão da primeira leitura da minuta inicial, considerando o título, a estrutura, parte do preâmbulo, definições (Artigo 3) e monitoramento (Artigo 25). Revisão dos Artigos 1 ao 15 e 24 bis.

Na 5ª Reunião a leitura avançou dos Artigos 7, § 5º até 15 e Introdução. Foram feitas proposta de novos artigos. Não houve muita participação das ONG's. Do Brasil foi enviada especialista técnica da Coordenadoria Geral para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), órgão do Governo Federal ligado à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, com subsídios escritos também para a participação do país.

Na 6ª Reunião do Comitê, foram discutidos os Artigos 15, 15A, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 24A. Faltou a reanálise do Artigo 3 que trata das definições no Preâmbulo. Pela primeira vez uma organização não governamental brasileira esteve presente para observar e intervir no processo: Instituto Paradigma. Como resultado desta sessão, em outubro de 2005 o *Chairman* elaborou nova minuta contemplando as discussões anteriores das duas leituras realizadas, retirando as inúmeras notas de rodapé que foram se acumulando ao longo das outras sessões.

No Brasil, entre a 6ª e a 7ª sessões, foi realizado um seminário sobre a Convenção sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, capitaneado pelo Instituto Paradigma com apoio da CORDE, do Banco Mundial e do CVI (Centro de Vida Independente). O evento reuniu as lideranças de pessoas com deficiência e estudiosos da área específica e de direitos humanos. Com uma metodologia que permitia aos participantes trabalhar os textos dos artigos em blocos agrupados por assuntos, as 12 oficinas realizadas foram compiladas em um único Relatório que serviu de base para a próxima sessão.

Da mesma forma feita no Brasil, em outras regiões do mundo ocorreram debates com o intuito de preparar propostas para serem levadas à discussão. Com o novo texto em mãos, as delegações dos países e as organizações não-governamentais puderam se preparar para discussões de forma extremamente objetiva, com intervenções concentradas na essência do texto proposto.

Outro elemento que auxiliou o avanço dos trabalhos foi o mandato da Assembléia Geral da ONU que determinou que a reunião fosse realizada em

três semanas para leitura integral do texto da Convenção. Na 7ª Reunião do Comitê, a reunião foi mais extensa, sendo sua duração de 3 (três) semanas, ao invés das 2 (duas) tradicionais. A agenda estrategicamente formulada foi cumprida. As questões mais polêmicas foram programadas para a última semana, com o intuito de que os países tivessem mais tempo para, em paralelo, avaliar com profundidade as propostas e negociá-las. Os facilitadores dos Artigos fizeram várias reuniões de trabalho para apresentar em plenária a redação que fosse mais consensual. Ao final da reunião o *Chairman* publicou relatório para situar o estágio das negociações, onde consta a análise de que os Artigos poderão ser enquadrados em três categorias, quais sejam: a maioria que não tem questões remanescentes ao permanecer no texto; alguns que ainda tem questões a serem resolvidas e, os poucos com questões mais difíceis, dadas as divergências de opiniões entre os países. As duas últimas categorias constituem, em princípio, os temas que deveriam ser tratados na próxima sessão. No relatório também havia menção expressa para que na sessão seguinte não houvesse mais propostas de aprimoramentos lingüísticos e que as pessoas viessem preparadas para discutir os pontos ressaltados com entendimentos claros, tanto do ponto de vista técnico, quanto político.

A sociedade civil internacional teve uma participação significativa durante todo o processo, tendo articulado em todos os momentos de maneira organizada por meio do IDC. A divisão norte e sul do mundo também pôde ser sentida nas salas da ONU. As primeiras organizações eram as oriundas de países desenvolvidos do norte do hemisfério. A partir da 7ª sessão, uma presença mais expressiva de pessoas com deficiência do hemisfério sul capacitadas para a intervenção, com participação financiada pelo *Proyecto Sur*. Muitas questões relacionadas às realidades de países em desenvolvimento foram colocadas e os consensos passaram a ter, além dos embates culturais naturais, pitadas de conflitos por contextos sócio-econômicos muitos diversos. Essa experiência ensinou e uniu os integrantes da sociedade civil, que afinal de contas, lutavam pela mesma razão de estar ali: a positivação e garantia de eficácia dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Disse, Julio Fretes, um advogado com deficiência visual do Paraguai, que *la Convencion tiene el sabor de sur*!

Entre as 7ª e a 8ª sessões, o governo brasileiro, por meio da CORDE, protagonizou em Brasília-DF uma Câmara Técnica para discutir os temas remanescentes polêmicos anunciados pelo *Chairman* com pessoas já envolvidas no processo, membros destacados do governo, representantes de diversos Ministérios, especialistas das várias áreas da deficiência, do direito e da sociedade civil. A presença do Brasil ficou mais forte e visível nestes últimos dois anos do

processo, pela participação das organizações não governamentais e maior presença de técnicos do seu governo, além do representante diplomático que já apresentava conhecimento acumulado na área de direitos humanos mas que foi cada vez mais se familiarizando com as políticas, leis e práticas do Brasil em relação às pessoas com deficiência. Todos esses ingredientes geraram uma posição ímpar de cooperação estreita entre os diversos atores participantes do Comitê *ad hoc*. Chamada a apoiar várias propostas, a delegação do Brasil tinha o mérito adicional de ter trabalhado o texto previamente na origem com profundidade sugerindo redação aprimorada para alguns artigos propostos.

Na 8ª e última sessão do Comitê, as duas semanas de trabalho realizadas foram marcadas por sessões tensas pelo deadline proposto. O *Chairman* foi particularmente rígido com o prazo do processo, suspendendo sessões oficiais para que dessem lugar as oficiosas que deveriam discutir assuntos específicos. Os temas mais difíceis de resolver foram a definição de pessoa com deficiência, capacidade legal e mecanismos de monitoramento, como adiante se verá. No último dia, a sessão histórica precisou ser transferida para outra sala para que existissem recursos técnicos para votação. Os EUA não queriam que tivesse qualquer menção no texto a proteção de pessoas com deficiência em situações de conflito armado e ocupação estrangeira ou territórios ocupados. Por 102 votos a favor, 5 contra e 8 abstenções, venceu a maioria que queria que o texto contemplasse a redação proposta. Os países que votaram contra foram Estados Unidos, Israel, Canadá, Austrália e Japão. Em meio a muita emoção os presentes na sala 2, do prédio sede da ONU, em Nova Iorque, assistiram a aclamação do cumprimento do trabalho de elaboração da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, no dia 25 de agosto de 2006.

O texto passou por um *Drafting Group* que garantiu a uniformidade da terminologia utilizada, harmonizando as versões nas 6 (seis) línguas oficiais da ONU, quais sejam, inglês, francês, espanhol, árabe, chinês e russo. Os resultados foram apresentados pelo Comitê *ad hoc* na 61ª Assembléia Geral da ONU que aprovou o texto final da Convenção e do Protocolo no dia 13 de dezembro de 2006.

O processo ensinou a todos os envolvidos, tendo mudado conceitos e atitudes. O Comitê *ad hoc* designado na ONU para elaborar a Convenção experimentou algumas das mudanças que terão que ser feitas em cada parte do planeta quando as pessoas com deficiência passarem a ser efetivamente consideradas como sujeitos de direitos: o material distribuído em papel deveria ter igual versão em braille, em tempo real para negociação; as pessoas deveriam falar pausadamente para que os intérpretes traduzissem para as respectivas

línguas, incluindo a língua de sinais; o prédio da ONU tornou-se acessível para recepcionar as pessoas com deficiência, entre outros aprendizados.

3. Por que uma Convenção específica?

Outros tratados de direitos humanos não específicos para pessoas com deficiência são instrumentos aplicáveis para a defesa de seus direitos. Na ONU, os órgãos de vigilância dos tratados de direitos humanos recebem orientações para levar em conta os direitos das pessoas com deficiência. Assim, para a defesa de seus direitos, já se tem a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratos e Penas Cruéis, Inumanas ou Degradantes (1984), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989). Porque então ter uma Convenção específica para as pessoas com deficiência?

Prefaciando a obra de Noberto Bobbio a Era dos Direitos, Celso Lafer resume diálogo do filósofo com Gregório Peces-Barba no qual apontou e distinguiu em matéria de direitos humanos, etapas na construção do Estado Democrático de Direito. A primeira etapa seria a da positivação, ou seja, da conversão em direito positivo do valor da dignidade humana, legitimando a lente *ex parte populi*. A segunda é a da generalização, traduzida pelo princípio da igualdade e sua máxima de não discriminação. A terceira é a internacionalização, que advém do reconhecimento que a tutela dos direitos humanos dependem do apoio da comunidade internacional e das normas de Direito Internacional Público. Por fim, a quarta fase é a especificação, na qual há um aprofundamento da tutela, que deixa de levar em conta apenas os destinatários genéricos – o ser humano, o cidadão – e passa a cuidar do ser em situação, seja o negro, a mulher, a criança ou a pessoa com deficiência. Por essas etapas, os direitos humanos deixam gradualmente de serem direitos dos homens genéricos para serem direitos da pessoa humana específica.

Nessa linha de raciocínio, foram positivados valores universais para todos os seres humanos, fundamentando bens, direitos e prestação a públicos beneficiários, dentro de um sistema internacional e um sistema especial de proteção aos direitos humanos, que coexistem e se complementam. Ter uma convenção específica para pessoas com deficiência, é também reconhecer, pois, que este coletivo constitui uma minoria com contexto peculiar, o que requer proteção *específica* para acesso ao pleno usufruto dos direitos, que não é provido pela descrição *genérica* dos direitos contidos nos demais tratados existentes.

Como comprovação do alegado anteriormente, vejamos a experiência de aplicação dos demais tratados para as pessoas com deficiência. No caso dos direitos civis, por exemplo, a característica principal é de proteger e promover a dignidade humana e a autonomia, requerendo e ajudando a preservar uma divisão clara entre o Poder Público e a esfera privada. Protegem então de abusos de poder e abrem espaço para a satisfação de aspirações pessoais na sociedade civil. Particularmente estamos tratando do direito à vida, à proibição da tortura e tratos desumanos e degradantes, direito à liberdade, direito à associação e direito à igualdade. No caso das pessoas com deficiência, muitas vezes esses direitos não são nem considerados, tendo em vista que ainda existe em determinados países legislações que autorizam o aborto e a eutanásia em casos de deficiência, justificando as seleções que fazem alguns médicos e familiares. Muitas instituições que mantém pessoas com deficiência mental e distúrbios psicosociais mundo afora ainda praticam abusos e maus tratos nos tratamentos, sendo que as vítimas das violações geralmente são impossibilitadas de denunciar por estarem constantemente dopadas por medicações fortes e com efeitos colaterais sérios, sendo afrontadas também em seu direito de liberdade[8].

Quanto aos direitos políticos, pode-se dizer que estes visam a garantia do exercício da cidadania ativa e o acesso ao poder, que se pressupõe democrático. A idéia é de quanto mais acesso os cidadãos tiverem ao poder, mais respeito aos seus direitos eles terão. Também é importante para a participação política a liberdade de expressão e o direito a votar e ser votado. Ocorre que, de modo geral, o exercício desses direitos pelas pessoas com deficiência não são respeitados. A invisibilidade que impera muitas vezes permite que as políticas sejam formuladas sem que sequer seja considerada esta população. Mesmo que garantido por lei, os direitos eleitorais genéricos podem ser anulados para este público quando não há acessibilidade na comunicação das campanhas, nos transporte de acesso e tão pouco nos espaços físicos de votação.

Se pensarmos nos direitos econômicos, sociais e culturais, estes constituem a base do sistema de liberdades fundamentais para os direitos civis e políticos. Essencialmente, estamos diante do direito à educação, à formação profissional, ao trabalho, a saúde, a moradia, ao transporte entre outros. No entanto, no cotidiano das pessoas com deficiência, na maioria das vezes, esses direitos não são respeitados. Crianças com deficiência muitas vezes não são levadas a escola. Quando são, boa parte das famílias prefere matricular em escolas especiais, isolando-as do convívio com outras crianças. Isso também ocorre pela forma como o sistema de ensino esta estruturado. Apresentando baixo grau de escolaridade, tem dificuldades de emprego e são discriminadas no mercado de trabalho, que não se prepara para receber. Na saúde, são discriminadas por convêni-

os de planos de saúde que, ou denegam a sua admissão, ou cobram mais caro por ela. Os conjuntos habitacionais normalmente são inacessíveis, e pouco se preocupam também que o ambiente seja visitável, confinando pessoas com deficiência dentro de suas próprias casas. Esse ciclo vicioso também tem fulcro na falta de transporte acessível para o deslocamento. Enfrentando dificuldades de acesso e de atitudes durante toda a sua existência, as pessoas com deficiência fazem parte de um ciclo de invisibilidade que as afastam de seus direitos desde seu nascimento ou quando adquirem a deficiência.

A base conceitual desta Convenção é a mudança de paradigma da perspectiva médica e assistencial para a visão social dos direitos humanos. Segundo o modelo médico, a deficiência é um incidente isolado e do indivíduo, uma experiência do corpo a ser "combatida" com tratamentos como diz Cláudia Werneck (2005, p. 25). Para o modelo social, a deficiência é a resultante de uma equação que tem duas variáveis, quais sejam, as limitações funcionais do corpo humano e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo. Assim sendo, a deficiência em si não "descapacita" o indivíduo mas, associa uma característica do corpo humano com o ambiente inserido. É a própria sociedade que coletivamente cria a "descapacidade".

Isto significa também que as pessoas não devem ser definidas como objetos por funcionalidade ou utilidade na sociedade, senão reconhecidas como sujeitos de direitos por valores que embasam o sistema de direitos humanos: a dignidade humana, a autonomia, a equiparação de oportunidades e a solidariedade. Parafraseando Bobbio sobre as lentes *ex part principi* e *ex part populi*, na deficiência podemos dizer que o que se quer é a positivação da mudança de enfoque conceitual, passando da lente modelo médico e assistencial para a lente modelo social de direitos humanos.

A Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência como instrumento de proteção aos seus direitos humanos específicos faz parte do projeto de visibilidade do público-beneficiário. É preciso incorporar as pessoas com deficiência na pauta internacional de direitos humanos e garantir o reconhecimento de que as pessoas com deficiência têm lugar na sociedade e que a independência e autonomia delas estão diretamente ligadas ao acesso e a equiparação de oportunidades para exercício da igualdade nas mesmas bases e condições.

Flávia Piovesan (2006. P. 177-178) explica, segundo Bobbio, que o processo de

> multiplicação de direitos que envolveu não apenas o aumento dos bens merecedores de tutela, mediante a ampliação dos direitos à prestação [...]

> como também a extensão da titularidade de direitos, com o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito [...]. Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delineia-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concretude de suas diversas relações. Sobre o sistema especial de proteção continua dizendo que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente considerado, com as particularidades de suas relações sociais, afirmando-se o reconhecimento de sua identidade própria. [...] Ao lado do direito a igualdade, nasce o direito a diferença.

Além disso, é muito difícil obrigar os Estados a cumprirem com suas responsabilidades de promoção do respeito aos direitos das pessoas com deficiência se não há um instrumento de força jurídica coercitiva. A idéia da Convenção também é clarificar as obrigações dos Estados-Parte e os direitos das pessoas com deficiência, consideradas suas peculiaridades específicas, com regras de monitoramento visando à eficácia da sua aplicação. As Normas Uniformes tem a característica de não serem vinculantes e por isso não são exigíveis dos Estados.

Tratados de direitos humanos também têm função educativa e podem auxiliar as organizações que trabalham na pauta dos direitos humanos das pessoas com deficiência a influenciarem a legislação, as políticas públicas e práticas locais, incluindo a opinião pública. A convenção temática aprofunda conhecimentos teóricos e práticos sobre os direitos humanos de pessoas com deficiência e atende suas demandas mais específicas, podendo servir de referência positiva para os demais órgãos de monitoramento dos outros tratados.

Contrários alegavam que a adoção de uma convenção específica perpetuaria o estereótipo e preconceito sobre a deficiência. Se isto não aconteceu na adoção de convenções específicas sobre raça, mulher e criança, porque haveria de ser com as pessoas com deficiência? Argumentavam que a existência de outros instrumentos de proteção aos direitos humanos era suficiente pois estes já poderiam abranger o coletivo em questão. E como forma de proteção específica já existiam as Normas Uniformes de 1993, o que dispensaria outro instrumento. Somados aos demais, funcionários das Nações Unidas também levantam a questão do alto custo do processo de elaboração de uma Convenção tendo em vista o deslocamento das delegações dos Estados e sua permanência em Nova Iorque durante o período de sessões, acrescidos de custos posteriores de monitoramento no decorrer da aplicação do tratado. Por fim, havia posição dos EUA que alegavam que o custo de implementação da Convenção nos países em desenvolvimento seria transferido para países desenvolvidos. Diziam que, a seu exemplo, legislações nacionais poderiam ser criadas para que os direitos fossem implantados, sem necessidade de uma Convenção Internacional.

4. Público-beneficiário: quem são as pessoas com deficiência?

A ONU estima que existem 650 milhões de pessoas com deficiência no mundo, o que equivale a 10% da população mundial. 80% deste público se encontra em países em desenvolvimento. Este número apresenta variações conforme o enquadramento da deficiência na legislação de cada país.

Entre os assuntos mais polêmicos estava o artigo das definições (Art. 2). Grandes discussões tomaram lugar na plenária em torno da manutenção ou não da definição de deficiência e/ou de pessoa com deficiência. A maior preocupação é que estes conceitos identificam os beneficiários da Convenção. Para chegar a um consenso os países tiveram que ser flexíveis.

Os integrantes do GRULAC (Grupo de países da América Latina e Caribe) sugeriram que a definição de deficiência fosse tal como a da Convenção Interamericana, segundo a qual o termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. Esta definição pauta o ambiente social como fator de limitação pessoal.

Outros países não queriam que houvesse menção expressa a essa interação social e econômica, argumentando que o termo "deficiência" especificamente não deveria ser definido, de modo que cada país pudesse adaptar suas legislações, utilizando-se da Convenção como base jurídica de referência.

A proposta do Brasil era de pessoa com deficiência "cujas limitações físicas, mentais ou sensoriais, associadas a variáveis ambientais, sociais, econômicas e culturais tem sua autonomia, inclusão e participação plena e efetiva na sociedade estivessem impedidas ou restringidas". A idéia era enfatizar a combinação entre os aspectos descritivos da deficiência, com os efeitos das características sociais, culturais e econômicas em que se encontra cada indivíduo. O adequado equacionamento dessas variáveis e combinações pode proporcionar, restringir ou impedir o exercício e gozo de direitos. Daí a importância da opção por definir pessoa com deficiência ao invés de focar a definição na deficiência em suas características, era o que dizia o relatório oficial emitido pela Câmara Técnica do Brasil realizada para formações de subsídios e propostas para a última sessão.

No Brasil, a nossa legislação ainda categoriza a deficiência segundo critérios médicos, sendo a divisão feita em deficiência física, sensorial (visual e auditiva) e mental. O Decreto nº 5.296/04 atualizou o conceito de nossa legislação conforme aposto abaixo:

> (...) § 1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto:

> I – pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei 10.69º de 16 de junho de 2003 a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:
>
> a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;
>
> b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;
>
> c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;
>
> d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:
>
> 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho;
>
> e) deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

A sociedade civil pleiteou a substituição da palavra mental para intelectual, incluindo também o termo psico-social. Para nosso país, concordar com a inclusão de distúrbios psico-sociais como uma das hipóteses de deficiência, era um problema que poderia dificultar o processo de ratificação da Convenção, já que tratamos como públicos distintos em nossa legislação. No final, aceitando um meio termo, garantindo a redação segundo o modelo social de direitos humanos e que positivasse apenas a deficiência permanente e não a temporária, a definição ficou da seguinte forma:

> Persons with *disabilities* include those who have long-term physical, mental, intellectual, or sensory *impairments* which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.
>
> Las personas con *discapacidad* incluyen a aquellas que tengan *deficiencias* físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

> Pessoas com deficiência incluem aquelas que têm limitações permanentes, física, mental, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com várias barreiras podem obstacularizar a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com outros (tradução livre).

Ocorre que a palavra deficiência não é a mais adequada para definir a resultante da equação social. Vejamos.

"No domínio da saúde, deficiência representa qualquer perda ou anormalidade da estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatómica" (OMS, 1980: 35).

Antes da definição da ONU internacionalmente utiliza-se como parâmetro a definição da CIF (Classificação Internacional de Funcionalidades) da OMS (Organização Mundial de Saúde). Os três principais termos apostos na classificação são deficiência, incapacidade e desvantagem.

Vale ressaltar que o debate sobre os direitos das pessoas com deficiência não se limita ao fato de que elas devam desfrutar direitos específicos, mas que as mesmas têm o direito de desfrutá-los em igualdade de condições com todos os direitos humanos, sem discriminação.

5. Alguns direitos definidos na Convenção

A Convenção contempla artigos que tratam de direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, além de direitos específicos de grupos duplamente vulneráveis tais como mulheres com deficiência e crianças com deficiência; fazendo menção à última hora aos indígenas com deficiência entre outras minorias no preâmbulo. A aplicação pois desses artigos será tanto de forma imediata no caso dos primeiros, quanto de forma progressiva no segundo, seguindo as teorias de direitos humanos que versam sobre a matéria. Assim, trata-se de um tratado complexo, que carrega em si diferentes conceitos para conformar a moldura dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

Dentre os seus vários artigos podemos citar igualdade e não-discriminação; acessibilidade; direito à vida; situações de risco e emergências humanitárias; reconhecimento igual como pessoa perante a lei; acesso à justiça; liberdade e segurança da pessoa; liberdade de expressão e opinião e acesso à informação; respeito para com o lar e a família; educação; saúde; habilitação e reabilitação; trabalho e emprego, participação na vida pública e política; participação na vida cultural, recreação, lazer e esporte; dados e estatísticas; cooperação internacional; monitoramento; entre outros. São 50 ao total.

O artigo referente à educação (Art. 24) é um dos emblemáticos que simbolizam a mudança de paradigma tão falada pelas delegações dos Estados e pela sociedade civil, reforçando a idéia de a educação deve ser inclusiva por princípio, sendo reservada à escola especial um papel residual complementar e nunca excludente.

Quanto aos artigos referentes às mulheres com deficiência e crianças com deficiência (Arts. 6 e 7), considerando que tanto as mulheres quanto as crianças têm convenções específicas na ONU, muitos países alegaram inicialmente que não isso seria preciso. No entanto, ao final, houve consenso sobre a necessidade de especificação de questões de gênero e idade na Convenção.

No artigo sobre cooperação internacional (Art. 32) o texto recebeu contribuições expressivas dos países em desenvolvimento que incluíram diferentes formas de cooperação para além da possibilidade de aportes financeiros. A transversalidade do tema da deficiência foi exigida desde o primeiro parágrafo do artigo que determina que os Estados Partes devem garantir que a cooperação internacional, incluindo o desenvolvimento de programas internacionais, devem ser inclusivos e acessíveis a pessoas com deficiência. Também determina o artigo que os estados deverão facilitar e suportar o desenvolvimento de capacidades e estruturas, por meio de intercâmbio e troca de informações, experiências, programas de treinamento e boas práticas. Em seguida, há a obrigação de facilitar a cooperação em pesquisa e acesso ao conhecimento científico e tecnológico, terminando o listado com o dever de prover assistência técnica e econômica, como apropriado, incluindo a facilitação do acesso e o compartilhamento de tecnologias assistivas acessíveis, e por meio de transferências de tecnologias.

Na categoria dos artigos mais difíceis de chegar ao consenso, está a capacidade jurídica das pessoas com deficiência (Art. 12) que na última plenária ganhou uma nota de rodapé que está sendo alvo de muitas discussões no *Drafiting Group*, por provocação da incansável sociedade civil. A nota diz que em árabe, chinês e russo (metade das línguas oficiais da ONU) o termo capacidade legal se refere a capacidade legal para direitos, ao invés de capacidade legal para agir[9]. A discussão está centrada no modelo proposto pelo movimento dos sobreviventes psiquiátricos, entre outros, que solicita que no texto conste que as pessoas com deficiência são titulares do exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com outros. Alguns concordam que existem graus de tutelas necessárias como apoio, mas não houve consenso sobre a representação pessoal. A solução intermediária foi ainda mencionar as salva-guardas que poderão ter as pessoas com deficiência e que deverão ser proporcionais as medidas que afetem os direitos e os interesses das pessoas.

Um passo importante também foi a positivação de que os Estados Partes deverão garantir o igual direito das pessoas com deficiência a possuir ou herdar propriedades, controlar seus assuntos financeiros e ter igual acesso a contas bancárias, empréstimos, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, por meio de todas as medidas apropriadas e efetivas, garantindo ainda que

as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente desprovidas de seus pertences[10].

O monitoramento internacional (Art. 34) foi um dos artigos mais nevrálgicos. Um grupo liderado por Egito, Sudão (líder dos países árabes), China e outros países do sudeste asiático bloqueou a negociação alegando que não queriam que tivesse Comitê de monitoramento pois o recém criado Conselho de Direitos Humanos da ONU estava estudando uma solução para a unificação do sistema de monitoramento dos tratados. Por outro lado, países como Costa Rica, México, Brasil, Liechtenstein e Finlândia (em nome da União Européia), advogavam por criar mecanismos mais progressivos de monitoramento. Ao final, os blocos tão extremos chegaram a um consenso que resultou na existência de um Comitê que começará com 12 membros assim que a Convenção entrar em vigor e contará com 6 membros mais após 6 ratificações adicionais, totalizando 18 membros. Uma conquista importante é que o Comitê deverá considerar na sua composição distribuição geográfica eqüitativa, representação de diferentes formas de civilização e de sistemas de princípios jurídicos, balanço de gênero e participação de especialistas com deficiência. Esta última característica foi mérito do IDC que lutou até o último minuto para ver as pessoas com deficiência sendo contempladas no monitoramento de sua própria Convenção.

Dentre os mecanismos de monitoramento, permaneceram no corpo da Convenção os Relatórios que deverão ser enviados pelos Estados Partes e as Conferências que entre eles deverão ser realizadas. Para o Protocolo Facultativo, que foi negociado e deverá ser aprovado em conjunto na 61ª Assembléia Geral da ONU ficaram as comunicações individuais que poderão ser apresentadas ao Comitê e os procedimentos de inquérito, cuja condução será de competência do Comitê.

A proposta da sociedade civil de ter um *Ombudsman* internacional não foi alcançada mas o relator especial da deficiência responsável pelas Normas Uniformes continuará exercendo seu mandato. Ombudsman deste tratado seremos todos nós!

6. Entrada em vigor na ONU e ratificação na legislação brasileira (EC 45/04)

Em 30 de março de 2007 houve na ONU uma cerimônia que abriu o texto para as assinaturas. 84 (oitenta e quatro) países firmaram o texto da Convenção e 44 (quarenta e quatro) do Protocolo Facultativo. O Brasil firmou tanto a Convenção quanto o Protocolo. Para que os dois instrumentos entrem em vigor, são necessários 20 (vinte) depósitos legais na ONU de ratificações de Estados Par-

tes. A Jamaica foi o único país signatário que já o fez quando da assinatura, pois o seu sistema jurídico nacional assim permite. Os demais países, em sua maioria, terão que passar por um processo de ratificação semelhante ao brasileiro, que prescinde de aprovação do Poder Legislativo e Executivo.

A divergência existente de interpretação sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos em relação à legislação nacional brasileira não terá lugar no caso da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência se esta for aprovada no Congresso Nacional com o quorum qualificado de 3/5 (três quintos). Isto porque a Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu no ordenamento jurídico regra que determina que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos terão *status* de norma constitucional desde que sejam aprovados por quorum específico no Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros.

A possibilidade de que o texto da Convenção seja formalmente incorporado à Constituição coloca o tema em alta relevância na agenda da inclusão das pessoas com deficiência na sociedade brasileira, orientando as demais normas de como deverão ser seus dispositivos. Desta forma, o projeto de lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência deverá seguir os princípios e regras dispostos no tratado internacional.

7. Conclusões

As pessoas com deficiência têm uma herança histórica de invisibilidade fática e institucionalizada que era tida como existente desde sempre. Este início de século XXI sela a construção de direitos iniciada em 1945 no pós-guerra e inaugura uma nova Era de Direitos Inclusivos.

A principal contribuição deste tratado internacional é a positivação da mudança do paradigma da visão da deficiência no mundo, que passa do modelo médico e assistencialista, no qual a deficiência é tratada como um problema de saúde, para o modelo social de direitos humanos, no qual a deficiência é resultante da equação de interação da limitação funcional com o meio. Esta transformação deve mudar o planejamento das políticas públicas do mundo inteiro.

Ademais, esta Convenção servirá como importante ferramenta de transformação social, empoderando pessoas com deficiência, suas famílias e suas organizações representativas para buscarem a concretização de seus direitos, interagindo em igualdade de condições com os demais atores sociais, organismos governamentais e internacionais, além das organizações de direitos humanos.

A sociedade inclusiva não é só um desejo social mas um direito de todos os seus membros. Havia - como ainda hoje há em diferentes proporções - muitas lições a aprender. A força do sistema internacional de proteção dos direitos huma-

nos permitirá fortalecer o poder de argumentação por uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva. A semente plantada nas Nações Unidas florescerá e gerará frutos inimagináveis, desde que, entendida como potente ferramenta, seja amplamente utilizada por nós humanos, operadores do direito ou não.

Notas

[1] No Brasil, a Lei 10.436/02, regulamentada pelo Decreto 5.626/05, reconhece a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) como meio legal de comunicação e expressão, com estrutura gramatical própria.

[2] Histórias disponíveis em http://www.bfi.org.uk/education/teaching/disability/thinking/ Acesso em 17/08/2006.

[3] BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 2004. 2ª. ed. P. 65.

[4] Disponível em http://www.un.org/esa/socdev/enable/disiydp.htm. Acesso em 31/08/06.

[5] No Brasil, o Decreto nº 3.298/99, regulamentador da Lei nº 7.853/89 que define a Política da Integração Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência, foi feito com base nas Normas Uniformes também.

[6] Disponível em http://www.un.org/esa/socdev/enable/rapporteur.htm
Acesso em 31/08/2006.

[7] Esta convenção foi ratificada pelo governo brasileiro por meio do Decreto nº 3.956, de 08 de Outubro de 2001.

[8] Para as pessoas com deficiência, a concepção de liberdade deve considerar a acessibilidade para garantia do direito de ir e vir no entorno arquitetônico e na utilização dos canais de comunicação.

[9] 1. In Arabic, Chinese and Russian, the term "legal capacity" refers to "legal capacity for rights", rather than "legal capacity to act".

[10] 5. Subject to the provisions of this article States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.

Bibliografia

ALVES, José Augusto Lindgren. A Arquitetura Internacional dos direitos Humanos São Paulo: FTD, 1997.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Pessoa Portadora de Deficiência 3 – Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência, 3ª ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2002.

ASSIS, Olney Queiroz e Lafaiete Pussoli. Pessoa Deficiente – Direitos e Garantias (constitucionais, civis, trabalhistas, eleitorais, tributários e previdenciários),1ª ed. São Paulo: Edipro, 1992.

BOBBIO, Norberto, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 2004. 2ª ed.

CENTRO PARA LA REHABILITACIÓN INTERNACIONAL (CIR). International Disabilty Rights Monitor (IDRM) o Monitoreo de los Derechos de las Personas com Discapacidad – Informe Regional de las Américas, 2004.

COHEN, Regina. Estratégias para a Promoção dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. In Direitos Humanos no Séc. XXI (Parte II). Brasília: Senado Federal, 1999.

Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE). Diretrizes para criação de Conselhos estaduais e municipais dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. 1ª ed. Brasília: CORDE, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são Direitos da Pessoa. São Paulo: Brasiliense, 1981.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência – Garantia de igualdade na diversidade. 1ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. Pessoa Portadora de Deficiência 2 – Direitos Humanos e Proteção Jurídica da Pessoa Portadora de Deficiência – Normas constitucionais de acesso a efetivação da cidadania à luz da Constituição Federal de 1988. Série Legislação em Direitos Humanos. 1ª ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2002.

FERREIRA, Windyz Brazão e Save the Children Suécia. Aprendendo Sobre os Direitos da Criança e do Adolescente com Deficiência. 1ª ed. Rio de Janeiro: Walprint, 2003.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coordenador) e Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Direitos da pessoa portadora de deficiência. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos. 1ª ed. São Paulo: LTR, 2006.

GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público: Reserva de Cargos e Empregos Públicos, Administração Pública Direta e Indireta. Goiânia : Ed. da UCG, 2006.

LIMA, Niusarete Margarida. Pessoa Portadora de Deficiência 1 – Legislação Federal Básica. Série Legislação em Direitos Humanos. 1ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. São Paulo: Max Limonad, 2002. 2ª ed.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Normas internacionais do trabalho sobre a reabilitação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência. Tradução de Edílson Alkmin Cunha. 2ª ed. Brasília: CORDE, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional Internacional. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUINN, Gerard y Theresia Degener. Derechos Humanos y Discapacidad – uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Nueva York y Ginebra: Oficina do Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1995.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos,' Fundamentos Jurídicos e lnstrumentos Básicos, São Paulo: Saraiva, 1991.

_____ A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil, Brasília: UNB, 1998.

VERÍSSIMO, Maria Amélia Elisabeth Carneiro (coordenadora). Normas e

recomendações internacionais sobre deficiência. Tradução de Edílson Alkmin da Cunha. 2ª ed. Brasília: CORDE, 2001.

WERNECK, Cláudia, Escola de Gente e Banco Mundial. Manual sobre Desenvolvimento Inclusivo – para mídia e profissionais de comunicação. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2005.

DEFINIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Eugênia Augusta Gonzaga Fávero

Resumo: Analise da definição de discriminação da Convenção sobre Direitos de Pessoas com Deficiência da ONU, a partir de um cotejo entre as várias definições de discriminação constantes dos mais diversos tratados internacionais. Demonstra o quanto já se avançou na seara da não-discriminação, o que impede interpretações da nova Convenção mais restritivas ao acesso a direitos e garantias. Identifica as contribuições trazidas pela definição de discriminação da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência ao estudo do direito de todos os seres humanos à não-discriminação, somando seus elementos aos que podem ser extraídos das demais convenções do gênero.

Palavras chave: Convenções, deficiência, inclusão, igualdade, discriminação, tratamento desigual, discrímen, razoabilidade, adaptação razoável.

Abstract: *Analysis of the definition of discrimination on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, from a comparison among a variety of definitions from international treaties. This new definition shows the advancements already achieved in the area of non-discrimination, which hinders more restrictive interpretations of the new Convention to access to rights and guarantees. It identifies the contributions brought by the definition of discrimination from the Convention on Rights of the Persons with Disabilities to the study of rights of all human beings to non-discrimination, adding elements to those extracted from other conventions.*

Keywords: *Conventions, disabilities, inclusion, equal opportunity, discrimination, uneven treatment, discrímen, reasonability, reasonable adaptation.*

1. Introdução

A definição de discriminação da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência consta de seu Artigo 2, nos seguintes termos:

> Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural, civil ou qualquer outra. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Como a Convenção se refere ao termo "adaptação razoável", também traz a sua definição logo em seguida:

> Ajustamento razoável significa a modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido, quando necessários em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam desfrutar ou exercitar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência seguiu a mesma técnica utilizada em outras convenções do gênero, ou seja, de sempre trazer, em seus artigos introdutórios, a definição de discriminação com a finalidade de oferecer elementos para garantir a não-discriminação.

Uma de suas inovações foi a menção à adaptação ou ajustamento razoável, que tomaremos como sinônimos.

Neste trabalho, vamos fazer um cotejo entre as várias definições de discriminação constantes dos mais diversos tratados internacionais para que possamos saber quais as contribuições trazidas pela definição de discriminação da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência ao estudo do direito de todos os seres humanos à não-discriminação.

2. Os tratados e convenções internacionais que tratam do direito à não-discriminação, sua relevância e os elementos que podem ser deles extraídos

Os documentos dessa natureza celebrados no âmbito da ONU e de outros organismos como a OEA, por exemplo, são de extrema importância independentemente até mesmo de sua adesão por um número significativo de países. É "o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais" (COMPARATO, 2005, p. 1).

Nosso interesse pelos tratados que definem o que é discriminação decorre do fato de que são eles que nos ajudam a resolver o dilema da aplicação do

princípio da igualdade, do alcance da "igualdade justa". Os demais tratados contêm basicamente proclamações sobre esse direito, apontando medidas para o combate à discriminação e alcance da igualdade plena, mas trazem poucos elementos que auxiliam o intérprete na aplicação do princípio da igualdade e, conseqüentemente, na garantia do direito à não-discriminação.

Se o objetivo do Direito é o alcance da Justiça, ou, de acordo com os jurisconsultos romanos, "dar a cada um o seu", o princípio da igualdade, aplicado de forma eficaz, sem discriminações, é o caminho para a realização desse nobre escopo.

O grande dilema, insistimos, está nesta aplicação eficaz do princípio da igualdade. Está em saber em qual hipótese "tratar igualmente o igual e desigualmente o desigual", fórmula proposta também na Antigüidade, por Aristóteles, para o alcance da Justiça, mas que não eliminou o problema para se chegar a uma "igualdade justa", no dizer da doutrina especializada. A utilização da fórmula aristotélica, pura e simplesmente, já demonstrou que, em certos casos, ela pode deixar de levar à Justiça e passar a configurar uma conduta discriminatória. Logo, em razão de sua sapiência, ela jamais foi alterada, mas vem sendo constantemente lapidada.

A doutrina e jurisprudência existentes, ainda que com matizes diferentes, oferecem, como solução, o imperativo de tratamento igual para todos, admitindo-se os tratamentos diferenciados apenas como exceção e desde que eles tenham um fundamento razoável para sua adoção.

Mas, infelizmente, mesmo com esses aprimoramentos, a história da humanidade é prova inequívoca de que eles não foram suficientes, pois as situações de exclusão de direitos ainda são muito graves. E não é difícil encontrarmos situações desse tipo que contam com a aprovação de profissionais do Direito, mesmo após valerem-se dos critérios apontados pela doutrina para a aplicação do princípio da igualdade, que se baseiam fundamentalmente na análise da razoabilidade[1] ou não de determinado tratamento diferenciado. O campo dos direitos das pessoas com deficiência, por exemplo, é farto de decisões "razoáveis" para muitos e que, na verdade, negam direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Acreditamos que um dos motivos pelos quais isto ocorre é o de que há uma grande margem de discricionariedade por parte do intérprete, na análise dessa razoabilidade. Isto faz com que muitas pessoas, principalmente as pertencentes às chamadas minorias, tenham seus direitos negados.

Neste cenário, mesmo havendo a constante garantia nas Constituições em geral em relação à igualdade, como é o caso do Brasil, passaram a surgir convenções e tratados internacionais reafirmando o direito de todos os seres huma-

nos à igualdade e dando especial ênfase à proibição de discriminação em virtude de raça, sexo, religião e deficiência.

Tais documentos trouxeram significativos avanços, pois oferecem alternativas para a solução do problema relacionado à aplicação eficaz do princípio da igualdade. Devido a eles, não precisamos mais nos ater, quase exclusivamente, à análise da razoabilidade e proporcionalidade de determinado tratamento diferenciado. Mesmo assim, as convenções e tratados internacionais têm sido pouco explorados pela doutrina e jurisprudência, e o pior, pelas autoridades que deveriam dar cumprimento a eles.

Esperamos com este trabalho tornar o conteúdo da Convenção dos direitos das pessoas com deficiência, especialmente no que diz respeito à discriminação, realmente acessível e, assim, contribuir para a sua implementação.

Passemos então a uma análise mais detalhada dos documentos que lhe antecederam para que possamos compreendê-la melhor.

2.1 As definições de discriminação

Da transcrição dessas definições vamos perceber que há uma constante afirmação, bastante categórica, no sentido de que situações como raça, sexo, religião e deficiência não podem ser tidas como fatores de discrímen, ou seja, de desequiparação.

Tal vedação, a princípio, colide com toda a doutrina. É que os ensinamentos doutrinários, seguidos pela jurisprudência, apesar de também proibirem discriminações com base nos fatores acima apontados, admitem tratamentos desiguais, mesmo aqueles que negam direitos, exigindo apenas que esses tratamentos tenham um fundamento razoável, na concepção do intérprete, e que não firam o texto constitucional.

As definições de discriminação que colacionaremos logo a seguir minimizam essa problemática, pois não apenas inovam em vários pontos, como também nos parecem mais firmes na proibição de discriminações fundadas em qualidades subjetivas, além de serem mais específicas quando da admissão apenas de certos tratamentos desiguais, não deixando a análise de sua razoabilidade na dependência exclusiva do intérprete.

2.1.a Convenção Concernente a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958)

É o primeiro documento que localizamos a trazer uma definição de discriminação, tendo-o feito em seu Artigo 1º:

> Para os fins da presente convenção o termo "discriminação", compreende:

- toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

- qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados (item 1, alíneas, "a" e "b").

Previu, no mesmo artigo, que distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação (item 2).

Em seus Arts. 4 e 5, deu início a uma tradição que seria observada nas demais convenções dessa natureza: especificou as exceções à impossibilidade de tratamentos diferenciados[2] com base em fatores como raça, sexo, religião, etc. Vale transcrevê-los antes de passarmos à próxima convenção:

Artigo 4

Não são consideradas como discriminação quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional.

Artigo 5

1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.

2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não-discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

2.1.b Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino (1960)

Trata-se, como de regra no tocante a documentos internacionais, de documento bastante desconhecido na seara jurídica e raramente invocado como fonte, mas que é de grande relevância na luta ainda existente de certos grupos de pessoas por uma educação, sem exclusões fundadas em condições subjetivas:

Artigo I

Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião publica ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino, e, principalmente:

a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino;

b) limitar a nível inferior a educação de qualquer pessoa ou grupo;

c) sob reserva do disposto no artigo 2 da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos de pessoas; ou

d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.

As reservas a que se refere a alínea c, no tocante à proibição de escolas separadas para pessoas ou grupos de pessoas, dizem respeito apenas às hipóteses de escolas separadas para alunos de sexos diferentes, por motivo de religião ou lingüístico, ou ainda a estabelecimentos privados de ensino. Mesmo tais exceções são admitidas somente quando observados os requisitos e objetivos abaixo especificados:

Artigo II

Quando admitidas pelo Estado, as seguintes situações não são consideradas discriminatórias nos termos do artigo 1 da presente Convenção:

a) a criação ou a manutenção de sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para alunos dos dois sexos, quando estes sistemas ou estabelecimentos oferecerem facilidades equivalentes de acesso ao ensino, dispuserem de um corpo docente igualmente qualificado, assim como locais escolares e equipamentos da mesma qualidade, e permitirem seguir os mesmos programas de estudos ou equivalentes;

b) a criação ou manutenção por motivos de ordem religiosa ou lingüística, de sistemas ou estabelecimentos separados que proporcionem um ensino que corresponda à escolha dos parentes ou tutores legais dos alunos, se a adesão a estes sistemas ou a freqüência desses estabelecimentos for facultativa e se o ensino proporcionado se coadunar com as normas que possam ter sido prescritas ou aprovadas pelas autoridades competentes, particularmente para o ensino do mesmo grau;

c) a criação ou manutenção de estabelecimentos de ensino privados, caso estes estabelecimentos não tenham o objetivo de assegurar a exclusão de qualquer grupo, mas o de aumentar as possibilidades de ensino que ofereçam os poderes públicos, se seu funcionamento corresponder a

> esse fim e se o ensino prestado se coadunar com as normas que possam ter sido prescritas ou aprovadas pelas autoridades competentes, particularmente para o ensino do primeiro grau.

Quanto a eventuais tratamentos preferenciais ou benefícios, dispõe, em seu Artigo III, que não deve ser admitida qualquer ajuda ou facilidade que não seja baseada no mérito ou nas necessidades do aluno (alínea c). Ainda no mesmo artigo, é expressa a obrigação dos Estados de conceder aos estrangeiros que residirem em seu território o mesmo acesso ao ensino que o concedido aos próprios nacionais (alínea e).

A referida convenção, apesar da data, é bastante avançada em seu objetivo de proporcionar a toda criança o direito de acesso à educação, sem discriminações.

2.1.c Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965)

A definição de discriminação consta de seu Artigo 1º, parágrafo 1:

> [...] a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Estabelece, no parágrafo 4, do mesmo artigo, como exceção à total proibição de tratamentos desiguais o seguinte:

> Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

As condições acima referidas configuram vetores a serem observados em caso de adoção de medidas afirmativas, aqui denominadas de especiais.

2. 1.d Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979)

> Art. 1º
>
> [...] a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos políticos, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Observe-se que nesta definição a preferência não foi incluída entre as espécies vedadas de tratamentos desiguais. Além disso, também estabelece exceções a esta vedação:

> Art. 4º, Itens 1 e 2
>
> A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como conseqüência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.
>
> A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.

Esta última ressalva, que visa, em última análise, a proteção do direito à vida do nascituro, deve gerar algumas reflexões, conforme veremos mais adiante.

2.1.e Declaração para a Eliminação de todas as formas de Intolerância e de Discriminação baseada em Religião ou Crença (1982)

> Art. 2º, parágrafo 2:
>
> [...] a expressão "intolerância e discriminação baseada em religião ou crença" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em religião ou crença, tendo como propósito ou efeito a anulação ou prejuízo do reconhecimento, desfrute, ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais em bases iguais.

Faz a mesma proibição relativa a tratamentos que impliquem distinção, exclusão, restrição ou preferência e, diferentemente das definições anteriores, não admite qualquer tipo de exceção, mesmo a título das chamadas "medidas especiais".

2.1.f Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999)

Esta convenção traz a mais completa, até então, das definições de discriminação constantes desses documentos internacionais. Talvez isto tenha ocorrido porque o público formado pelas pessoas com deficiência ainda seja um dos mais afetados pela falta de acesso a direitos, às vezes até mesmo pela boa intenção de alguns em protegê-los de certas situações ou por considerá-los menos aptos para determinadas atividades, principalmente as relacionadas ao trabalho, à educação e ao lazer.

Eis a sua definição:

Artigo I, parágrafo 2, alínea a

> [...] o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

Constata-se que, entre as hipóteses vedadas de tratamentos desiguais, foram contempladas a diferenciação (ou distinção, conforme as convenções anteriores), exclusão ou restrição. Não foi feita referência, nesta parte, à preferência, levando à conclusão de que esta é uma hipótese de tratamento diferenciado ou desigual permitida.

Entre os seus esclarecedores elementos, inovou no tocante à não obrigatoriedade de aceitação sequer dos tratamentos diferenciados permitidos, bem como ao estabelecer as seguintes condições:

Artigo I, parágrafo 2, alínea c

> 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. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

2.2 Análise dos elementos ou requisitos constantes dessas definições

Tais documentos oferecem um rol de elementos para a implementação do princípio da igualdade, com vistas à não-discriminação.

Indicaremos aqueles que consideramos relevantes nessas definições e que podem ser agregados aos tradicionalmente apontados pela doutrina para a implementação do princípio da igualdade. Após, verificaremos se o texto da Convenção da ONU sobre deficiência é compatível ou não com esses requisitos e se traz algum elemento novo.

2.2.a Impossibilidade de tratamento desigual que implique qualquer forma de negação de direitos humanos e liberdades fundamentais

Mesmo que tenhamos a doutrina e jurisprudência no sentido de não admitir discriminações fundadas em atributos do ser humano, as mesmas doutrina e jurisprudência admitem que, em certas situações, após um juízo de razoabilidade, alguns direitos sejam negados a pessoas que apresentam qualidades e atributos muito diferentes da maioria que compõe o cenário ativo do País.

Caso emblemático é, no Brasil, o da não admissão pelo Poder Judiciário de pessoas cegas para exercer a função de magistrado[3].

Logo, é preciso afirmar e reafirmar a impossibilidade de discriminação com base em qualidades intrínsecas do sujeito. É o que têm feito as convenções internacionais citadas.

Portanto, o primeiro ponto entre elas a ser ressaltado é o de que, de maneira geral, todas essas convenções vedam tratamentos que resultem na anulação, impedimento, prejuízo ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de direitos humanos e liberdades fundamentais.

Não se fala aqui em razoabilidade ou correlação lógica. Se o resultado ou objetivo tiver sido a negação de direitos, trata-se de discriminação.

Existem, é verdade, exceções a esta vedação, mas são muito bem delineadas.

A primeira, extraída da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), refere-se à admissão de tratamentos desiguais, mesmo que impliquem negação de direitos, se o objetivo for a proteção do direito à vida, que é tutelada com peculiar ênfase nos tratados e convenções internacionais em geral. Mesmo assim, há de ficar caracterizado, e aí sim entra o critério da razoabilidade, que não há outra forma de se resguardar a vida do indivíduo ou do nascituro, senão a negação de direitos.

A segunda e última exceção é extraída da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação com a Pessoa Portadora de Deficiência. Refere-se à possibilidade de interdição judicial, nos casos em que a legislação do país contemple tal medida. Mesmo assim, trata-se de medida que, diante dos novos termos da Convenção da ONU no tocante à capacidade civil das pessoas com deficiência, deve ser tomada com absoluta reserva e, quando utilizada, é preciso que seja o menos restritiva possível.

Outro ponto comum entre as convenções é o de bastar o resultado para caracterização da conduta discriminatória. Ou seja, é irrelevante se a conduta teve ou não propósito ou objetivo de negar o acesso a direitos. Se ficar caracterizado este resultado, estará configurada a discriminação. Obviamente que a punição desta ocorrerá nos moldes da legislação de cada País. No caso do Brasil, exige-se o dolo ou a culpa para uma responsabilização em âmbito penal (Art. 18, Código Penal), mas no âmbito civil, a responsabilização é plenamente possível quando presente apenas o resultado e o nexo de causalidade com a conduta voluntária (Art. 186, Código Civil).

Apesar de essas convenções tratarem apenas de alguns destinatários, pois as vedações expressas são para tratamentos que tenham por fundamento, direto ou indireto, a raça, sexo, religião, crença ou deficiência, elas podem se aplicar

a quaisquer situações de diferenciações dirigidas a seres humanos e que tenham por base, não apenas os fatores acima apontados, mas também língua, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, filiação ou orientação sexual[4].

Por se tratar de negação de acesso a direitos, não se pode aceitar, fora a hipótese extrema e comprovada de proteção à vida, que isto possa ser feito com base em elementos subjetivos relacionados à pessoa humana, mesmo em situações que alguns consideram razoáveis.

De outro lado, precisamos lembrar que devem ser admitidos tratamentos desiguais que, mesmo acarretando a negação de direitos, são baseados em fatores objetivos e constantes do texto constitucional. Por exemplo: na Constituição brasileira de 1988, consta a proibição do voto para pessoas com menos de 16 (dezesseis) anos e a exigência de 03 (três) anos de experiência para as carreiras jurídicas, entre outras situações.

São diferenciações que levam a exclusões e restrições mas, além de constarem no plano constitucional, refletem condições objetivas, que colhem a todos os cidadãos indistintamente, independentemente do sexo, condição física ou mental, raça, orientação sexual, entre outros fatores que freqüentemente fazem com que a pessoa fique em situação de vulnerabilidade social.

Logo, em qualquer análise relacionada à aplicação do princípio da igualdade se, da identificação do elemento de discrímen ficar caracterizado que este reflete uma condição subjetiva do sujeito, é muito provável que se trate de uma conduta discriminatória.

Dizemos provável, pois o tratamento desigual vedado (distinção, exclusão ou restrição) é aquele que resulta na negação de direitos, ou seja, anulação, impedimento, prejuízo ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício de direitos, em condições de igualdade.

Não havendo negação de direitos, há tratamentos diferenciados que podem ser admitidos. Aliás, é o que já recomendava Aristóteles: tratar desigualmente os desiguais. No entanto, como já sabemos, mesmo esta regra, relacionada ao tratamento desigual benéfico, não pode ser aplicada sem critérios e as convenções nos fornecem estes critérios. Vejamos, então, quais são eles.

2.2.b Possibilidade de discriminação positiva: tratamentos desiguais que não resultam em discriminação

As convenções internacionais que visam eliminar todas as formas de discriminação preocuparam-se em garantir a possibilidade de promoção de condições concretas de igualdade, o que pode feito pela adoção de medidas especiais ou ações afirmativas. São formas de tratamento que dão preferência e prioridade a

certos grupos mais vulneráveis socialmente. Ou seja, enquanto são proibidos os tratamentos desiguais que impliquem negação a direitos em geral, as medidas especiais ou afirmativas são válidas justamente por facilitarem esse acesso.

Isto ocorreu na Convenção concernente a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (1958); na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); e na Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

Entretanto, não é apenas porque determinado tratamento diferenciado facilita o acesso ao direito que ele será admitido. Pensamos que agora tem lugar a análise da razoabilidade desse tratamento para verificar se é real a facilitação alegada. Observe-se que não se trata de usar a razoabilidade como fator final e definitivo para definição sobre a viabilidade ou não de um tratamento diferenciado, mas de utilizá-lo como indicador da plausibilidade de adoção de determinada medida especial, com a única finalidade de se evitar privilégios e novas discriminações sob a roupagem da ajuda.

Outra ressalva no tocante à possibilidade de medidas especiais, ou de discriminação positiva, é a que se pode extrair da Declaração para a Eliminação de todas as formas de Intolerância e de Discriminação baseada em Religião ou Crença (1982). Este documento, ao contrário dos demais da mesma espécie, não admite preferências, dispondo que esta é uma das hipóteses vedadas de tratamentos desiguais e não prevê a possibilidade de adoção de medidas especiais. Isto é perfeitamente explicável pelo próprio caráter do direito que essa Declaração protege, que é a liberdade de religião ou de crença, e pela importância da laicidade dos Estados.

Pelo exposto, a conclusão que emerge é pela admissão de tratamentos diferenciados, ou medidas especiais, ou ainda, de discriminação positiva, que facilitem o acesso a direitos, desde que haja justificativa razoável para a sua adoção e que o motivo da diferenciação não seja a religião ou crença. Contudo, isto ainda não basta. Há outras condições para a admissão da discriminação positiva.

2.2.c Condições para que a diferenciação ou preferência não resulte em discriminação

Feita a ressalva no tocante a religiões e crenças, cuja convenção não admite sequer preferências a esse título, o que se verifica é que as convenções que visam eliminar a discriminação admitem a adoção de medidas especiais fundamentadas, ou ações afirmativas (discriminações positivas). Contudo, mes-

mo em tais casos, há um rol de condições para a admissão dessas medidas especiais. É nessas condições que nos deteremos a partir de agora.

2.2.c.1. Temporariedade das medidas afirmativas

A primeira condição para a validade das medidas especiais, mencionada tanto na convenção sobre discriminação racial, como na convenção que se refere à discriminação contra a mulher, é a temporariedade.

Isto significa que a medida que diferencia para facilitar o acesso a direitos não pode ser utilizada para sempre, pois isto demonstraria que a igualdade não está sendo alcançada. Note-se: apesar da admissão de "tratamento desigual ao desigual", a finalidade é sempre a promoção da igualdade real. Logo, para que possam mesmo ser temporárias, as medidas afirmativas devem vir acompanhadas de políticas que reduzam cada vez mais essa desigualdade, para que o tratamento diferenciado um dia se torne desnecessário[5].

2.2.c.2. A diferenciação ou preferência não pode gerar o exercício de "direitos separados"

Esta é uma condição da mais alta relevância, prevista com ênfase apenas nas convenções internacionais. É neste ponto que começam a se descortinar as garantias, para os grupos minoritários, de que os tratamentos desiguais que terceiros consideram necessários, adequados, razoáveis, facilitadores ou protetórios não acabem redundando em discriminação.

Essa condição, ainda que com dizeres diferentes, é prevista nas convenções que admitem a adoção de medidas afirmativas ou de tratamentos preferenciais, também chamados de especiais. Os dizeres são os seguintes e visam o mesmo objetivo: i) não conduzir à manutenção de direitos separados para diferentes grupos (Convenção relativa à discriminação racial); ii) não ter como conseqüência a manutenção de normas desiguais ou separadas (Convenção relativa à discriminação contra a mulher); iii) não limitar em si mesma o direito à igualdade (Convenção relativa à discriminação contra pessoas com deficiência).

O valor desse requisito reside no fato de que, como temos afirmado, a idéia que admite os tratamentos desiguais que correm "à conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem socioconstitucional"[6], deixa uma grande margem de possibilidade de discriminação. Isto porque resta mantido um vasto campo no qual o que vai prevalecer é o entendimento do intérprete do que é "aceitável" ou não, sem se preocupar com a qualidade ou a maneira como aquele direito acabará sendo exercido.

Ainda há outros requisitos a serem observados. Prossigamos.

2.2.c.3 Não obrigatoriedade de aceitação da diferenciação ou preferência

Esta é a condição final e definitiva para o efetivo cumprimento do princípio da igualdade, pois realmente elimina a problemática sempre apontada em relação às situações em que terceiros decidem o que é melhor ou razoável para aqueles que recebem o tratamento desigual, ainda que tal tratamento, a princípio, seja conferido a título de preferência ou de afirmação.

A referida condição consta da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência (1999), quase nunca citada pela doutrina e, muito menos, pela jurisprudência. Mas o fato é que ela, além de também trazer os esclarecedores elementos já apontados, inovou entre os documentos internacionais que definem discriminação, ao garantir a não obrigatoriedade de aceitação sequer dos tratamentos desiguais considerados possíveis. Vale transcrever novamente:

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" (Artigo I, parágrafo 2, alínea "b", grifos nossos).

Tal requisito reflete bem o lema do movimento internacional das pessoas com deficiência: "Nada sobre Nós Sem Nós". Esta frase tem seu embrião no princípio adotado pela Organização Internacional do Trabalho, em sua Convenção 159, de 1983, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas com Deficiência, a qual exige que as organizações representativas de e para pessoas com deficiência sejam sempre consultadas naquilo que lhes diga respeito[7].

Outra fonte possível para essa exigência de concordância da pessoa interessada com o tratamento desigualador, mesmo benéfico, é a Convenção relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (1989). Ela prevê que as medidas especiais para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente por eles.

Em relação às pessoas com deficiência, destinatários da primeira convenção que deixou expressa tal garantia, essa situação é muito freqüente. São absolutamente comuns os tratamentos desiguais, de questionável finalidade, mas sempre indicados como protetórios, especiais, etc., que não contemplam a possibilidade de os interessados recusarem sem privação do direito usufruído pela maioria.

3. Conjugação dos elementos necessários à não-discriminação já previstos nos tratados e convenções internacionais com a nova Convenção da ONU

A nova Convenção da ONU reforça os elementos já apontados e ainda traz um importante esclarecimento.

Iremos agora identificar cada um desses elementos em seu texto para verificar se eles permanecem válidos, se devem ser alterados ou especificados.

Antes, asseveramos que não há qualquer impropriedade nessa integração que estamos fazendo entre os vários dispositivos constantes de tratados internacionais diversos. Isto ocorre porque essas normas internacionais são principiológicas. Elas se entrelaçam e formam um arcabouço de garantias aos seres humanos[8].

Vamos então à conjugação anunciada neste subtítulo.

3.a Não admissão de tratamentos desiguais, com base direta ou indireta em atributos subjetivos do ser humano (raça, sexo, religião, crença, deficiência, língua, opinião política, origem nacional, filiação, entre outros), que tenham por objetivo ou resultado a anulação, impedimento, prejuízo ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício, de direito humanos e liberdades fundamentais

A Convenção do ONU sobre deficiência confirma esse requisito, mantendo as pessoas com deficiência a salvo de tratamentos dessa natureza, ao reafirmar o seu direito à igualdade e ao definir a discriminação como qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural, civil ou qualquer outra.

3.b Possibilidade de adoção de medidas especiais, desde que não sejam relacionadas a religião ou crença e que visem à facilitação do gozo ou exercício do direito, e não a sua negação

Para este requisito, há um grande número de dispositivos na Convenção da ONU dando-lhe embasamento, mas o principal deles está na própria definição de discriminação. Ela considera como discriminação a mera recusa de adaptação ou ajustamento razoável.

Isto representa um avanço. Além de tratar da recomendável adoção de medidas afirmativas (discriminação positiva), ela inclui o comportamento omissivo na definição de discriminação.

No caso das pessoas com deficiência, são freqüentes as hipóteses em que não há uma recusa direta ao exercício do direito. A recusa fica localizada na promoção das medidas necessárias para garantir que tal direito possa ser exercido de fato. Exemplo típico: - se o senhor (cego) quiser se matricular em nosso curso poderá fazê-lo, mas não nos responsabilizamos pela digitalização do material didático. A pessoa cega requer formalmente a adaptação e a recusa permanece. Nos termos da nova Convenção da ONU, está expresso que isto também é discriminação.

Contudo, vemos algum risco de interpretações açodadas desse dispositivo. É preciso ter cuidado com entendimentos no sentido de que se não for possível a "adaptação razoável" admite-se a negação ao exercício do direito. Tal interpretação seria totalmente equivocada, pois representaria a negação de todo o contexto em que foi traçada a Convenção, ou seja, da insistente proclamação do direito a igualdade e à não-discriminação no acesso aos mesmos bens da vida visados pelos seres humanos em geral. Além disso, seria um passo atrás, vedado pelo princípio do não-retrocesso em se tratando de direitos humanos.

Fizemos questão de colacionar todas as convenções anteriores e suas respectivas definições, extraindo delas seus requisitos, para demonstrar o quanto já se avançou na seara da não-discriminação. Assim, não se pode aceitar que uma frase extremamente importante dessa Convenção, seja tomada de forma a promover uma negação do acesso a direitos.

A definição de adaptação razoável, nos termos do Artigo 2, refere-se à "modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido, quando necessários em cada caso". O que se quer dizer é que é preciso que o ajuste ou adaptação tenha relação com a necessidade efetiva da pessoa com deficiência, que esse ajuste deve ser expressamente requerido e justificado.

O ônus desproporcional ou indevido diz respeito àquelas situações em que é preciso buscar-se uma solução que contemporize problemas concretos insuperáveis e o direito à igualdade de oportunidades. Vamos a um exemplo.

O direito das pessoas com deficiência à acessibilidade arquitetônica exige que os prédios públicos sejam construídos ou reformados de maneira a permitir o seu uso pelas pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas. Isto abrange entrada pela porta da frente, banheiros adaptados, balcões em altura confortável para usuários em cadeira de rodas, faixas táteis no chão para facilitar o percurso de pessoas com deficiência visual, avisos sonoros nos elevadores, entre muitos outros requisitos. Imagine-se, porém, um edifício construído há várias décadas, no qual os degraus que dão acesso à entrada

principal estão assentados justamente sobre as vigas que dão sustentação ao edifício. Quebrar tais degraus comprometeria toda sua estrutura. Como resolver o problema do acesso ao prédio em igualdade de condições?

Entendemos que há várias soluções possíveis, entre elas a abertura de outra entrada, que pode ser usada por pessoas com e sem deficiência, ao nível da garagem, por exemplo. Mas, e se alguma organização exigisse do órgão situado nesse prédio que simplesmente quebrasse os degraus da entrada principal, originária, para permitir o acesso? Entendemos que esta não seria uma "adaptação razoável", pois imporia um ônus desproporcional. É esse tipo de situação que a Convenção quer esclarecer.

Isso não significa que, por poder recusar essa adaptação, a administração daquele local não deva buscar alternativas razoáveis para permitir o acesso das pessoas com deficiência, pois, uma coisa é certa, sem este acesso elas não podem ficar, ainda que tenham que aceitar alguma medida que não possa ser considerada como a solução ótima.

Outro ponto indiscutível é o que decorre da simples leitura do texto: a obrigatoriedade de se promover as adaptações razoáveis. Ou seja, aquelas adaptações freqüentemente solicitadas pelas pessoas com deficiência e que só dependem da conscientização sobre sua importância e pertinência: rampas de acesso, banheiros adaptados, intérpretes de língua de sinais, material digitalizado ou em braile etc.

Portanto, o requisito relativo às medidas especiais, para nós, deveria ser desmembrado, para deixar expresso que uma coisa são as medidas especiais ou ações afirmativas recomendáveis e que, freqüentemente se traduzem em políticas políticas relacionadas a tratamentos prioritários, quotas etc.Outra são medidas que se traduzem em adaptações razoáveis as quais, se solicitadas justificadamente, são obrigatórias.

3.d Necessidade de que as medidas especiais sejam razoáveis, ou proporcionais; que não impliquem manutenção de direitos separados; que a pessoa interessada, ou seu responsável, não esteja obrigada a aceitar tal tratamento diferenciado ou mesmo a preferência; e que sejam temporárias.

Também aqui pensamos que há uma confluência entre as convenções, cabendo apenas o mesmo desdobramento relacionado às ações afirmativas e as adaptações razoáveis.

Pensamos que ambas devem observar o requisito da proporcionalidade, ou seja, devem ser justificadas e não podem acarretar o exercício separado de direitos. A nova Convenção da ONU é clara quanto à impossibilidade de exercí-

cio separado de direitos tanto na definição de discriminação, quanto na definição de ajustamento razoável. Ela sempre repete que garante o exercício de direitos "em igualdade de oportunidades com as demais pessoas". Quanto à proporcionalidade, ela decorre do adjetivo "razoável" e do termo "quando necessários", constantes da definição de ajustamento.

A não obrigatoriedade de aceitação do tratamento diferenciado também é facilmente percebida e decorre do espírito da Convenção que deixa sempre expressa a capacidade das pessoas com deficiência quanto ao poder de decisão naquilo que lhes interessa. O mesmo ocorre em relação aos tratamentos protetórios. Seria outro retrocesso imaginar-se que eles não podem ser recusados. O ajustamento razoável, por sua vez, deve ser requerido[9], logo é faculdade colocada à disposição de quem tem deficiência e a ela cabe dizer qual é a sua necessidade.

Finalmente, entendemos que a exigência de temporariedade é a única que se aplica exclusivamente às medidas afirmativas e não às adaptações razoáveis, pela própria natureza de uma e de outra.

4. Conclusões

A definição de discriminação constante da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência contribuiu significativamente para o estudo dos princípios da igualdade e da não-discriminação.

Suas contribuições somam-se às trazidas pelas demais convenções do mesmo gênero que, desde 1958, vêm aprimorando o conceito de discriminação.

As definições anteriores contêm requisitos que impedem interpretações da nova Convenção que levem a qualquer retrocesso na luta pela garantia dos direitos das pessoas com deficiência.

Do cotejo entre as várias definições de discriminação constantes de documentos internacionais, com as contribuições trazidas pela definição de discriminação constante da nova Convenção da ONU, temos como requisitos para a implementação do princípio da igualdade com vistas à não discriminação:

> · não admissão de tratamentos desiguais, com base direta ou indireta em atributos subjetivos do ser humano (raça, sexo, religião, crença, deficiência, língua, opinião política, origem nacional, filiação, entre outros), que tenham por objetivo ou resultado a anulação, impedimento, prejuízo ou restrição do reconhecimento, gozo ou exercício, de direito humanos e liberdades fundamentais;
>
> · possibilidade de adoção de medidas especiais (adaptações razoáveis ou medidas afirmativas) desde que i) visem à facilitação do gozo ou exercício do direito e não a sua negação, ii) a pessoa interessada, ou seu responsável, não esteja obrigada a aceitar tal tratamento diferenciado ou mesmo a

preferência, bem como iii) que não impliquem manutenção de direitos separados;

· impossibilidade de recusa de adaptações razoáveis necessárias às pessoas com deficiência;

· necessidade de que as medidas afirmativas sejam i) razoáveis ou proporcionais, ii) temporárias e iii) não relacionadas a religião ou crença.

Notas

[1] Não confundir essa menção à "razoabilidade" com a "adaptação razoável" referida na Convenção da ONU sobre deficiência. Esse termo será analisado mais adiante. A "razoabilidade" a que estamos nos referindo neste momento é o argumento freqüentemente utilizado para justificar algum tratamento diferenciado (nem sempre discriminatório) para grupos minoritários.

[2] Tendo em vista que as referidas definições seguem um certo padrão, esclarecemos desde já que, em nossos comentários, vamos tomar os termos diferenciação, tratamento diferenciado ou desigual como gênero (discriminação positiva ou negativa), do qual as convenções estabelecem como espécies qualquer tipo de distinção, exclusão, restrição ou até mesmo preferência, benefícios, etc.

[3] Ver o RE 1000.001-DF, julgado em 29/03/1984.

[4] Enumeração baseada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), na qual acrescentamos a orientação sexual. Este acréscimo pode ser embasado na decisão do Comitê de Direitos Humanos que, no caso Toone versus Austrália, estabeleceu que a referência ao "sexo", no artigo 2, parágrafo 1 (da não-discriminação), e 26 (da igualdade perante a lei), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos deveria ser entendida pela inclusão da questão da orientação sexual (Cfe. http://www.hrea.net/learn/guides/lgbt_pt.html, acesso em 17.11.2005).

[5] Nesse sentido, é importante consultar a obra de Pierucci, Ciladas da diferença, especialmente quando conclui que: "...uma política que hoje queira agir sobre as condições de vida reais dos 'diferentes' devesse preocupar-se também em reconstruir 'o geral' e não se deixar cair presa da essencialização das diferenças com vistas à sua institucionalização e canonização (Rouanet, 1994), que não prometem outra coisa senão pavimentar a avenida e balizar o percurso rumo a um beco sem saída minado de explosivos" (1999, p. 117). V. ainda Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 116)

[6] Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 120.305-6 - RJ, 2ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio.

[7] O lema "Nada Sobre Nós Sem Nós" foi também adotado como tema para o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência em 2004. A este respeito, V. Ainda: www.runic-europe.org/portuguese/ecosoc/disabledday2004sg.html, acesso em 02.02.2006, especialmente a mensagem do Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, por ocasião do Dia Internacional das Pessoas com Deficiência (3 de Dezembro de 2004).

[8] A lição que nos permite essa afirmação é de Cançado Trindade: "Tem-se admitido a possibilidade de que os avanços normativos em um determinado tratado sobre direitos humanos possam ter um impacto direto na aplicação de outros tratados de direitos humanos, no sentido de ampliar ou fortalecer as obrigações dos

Estados-partes e assegurar um maior grau de proteção às supostas vítimas" (1991, p. 50).

[9] A menção na Convenção à impossibilidade de "recusa"pressupõe a necessidade de requerimento.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. Derecho y razón práctica. México: Distribuciones Fonatamara S.A., 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional do transexual. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru,SP: Edipro, 2002.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

_____. A "principialização" da jurisprudência através da Constituição. Revista de Processo, ano 25, n. 98, 2000.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Comentário ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos. In CASTRO, Reginaldo Oscar de (Coord.). Direitos Humanos: conquistas e desafios. Brasília: Letraviva, 1999.

_____. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HERCULANO, Alexandre. Lendas e Narrativas, Tomo I. Amadora/Portugal: Livraria Bertrand, 1980.

KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 1ª edição. São Paulo: Editora RT, 1980.

_____. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª edição, 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da diferença. São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Ed. 34, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. Cronologia e introdução Jacques Roger; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma Nova Crítica do Direito (NCD). In SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. A interação entre o Direito Internacional e o Direito interno na proteção dos direitos humanos. In TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito brasileiro. San José de Costa Rica: IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996.

O DIREITO A UMA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Eugênia Augusta Gonzaga Fávero

Resumo: Analise dos vários dispositivos da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos de Pessoas com Deficiência que têm alguma relação com o direito à educação. Estudo cada um dos itens do Artigo 24, que trata especificamente do direito à educação. Abordagem a partir da localização dos dispositivos da Convenção em aspectos práticos do dia-a-dia da escola e da família atenta ao cumprimento do direito dos alunos com deficiência à educação.

Palavras chave: Deficiência, inclusão, igualdade, discriminação, educação, ensino, ensino comum, escolas, direito indisponível, ensino obrigatório, desenvolvimento, participação, adaptações razoáveis, apoios, medidas específicas de apoio.

Abstract: *Analysis of some provisions of the UN Convention on the Rights of Persons with Deficiency related to the right to education. A study of each item of Article 24 which specifically deals with the right to education. It follows an approach from identifying the provisions of the Convention on practical aspects of school and family daily routine in the attempt to fulfill the rights to education of students with disabilities.*

Keywords: *Disability, inclusion, equal opportunity, discrimination, education, common education, schools, non-disposable rights, compulsory education, development, participation, reasonable adaptations, support, specific support measures.*

1. Introdução

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, coroando a linha progressiva dos documentos que lhe antecederam, abandona de vez o termo "educação especial" e faz referência expressa ao direito à educação inclusiva.

Essa constatação não precisa gerar preocupações por parte daqueles que sempre imaginam os alunos com deficiência em ambientes especializados, totalmente adaptados e até mesmo segregados, se isto for necessário. Ao mesmo tempo em que a Convenção adota o paradigma da total inclusão educacional, garante o direito aos apoios e instrumentos específicos, de forma a não abrir mão da qualidade do ensino e do sucesso escolar para aqueles que necessitam dessas adaptações. A novidade é que garante esses apoios juntamente com o acesso ao mesmo ambiente que os demais alunos freqüentam.

Já na primeira disposição de seu artigo sobre o direito à educação, o de número 24 (vinte e quatro), proclama o reconhecimento do direito das pessoas com deficiência à educação e que:

> Artigo 24
>
> Para realizar este direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes deverão assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis [...].

Isto significa que para a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência não há acesso à educação fora de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Como já dissemos, não é o fim do ensino especializado e segregado, exclusivo para alunos com necessidades educacionais especiais, mas é mais um sinal de que o ensino especializado deve cumprir a obrigação de se reestruturar para que, definitivamente, não seja mais substitutivo do direito de acesso ao ensino comum.

Essa é a linha mestra da Convenção. É a partir dela que analisaremos cada um dos dispositivos que têm alguma relação com o direito à educação, bem como o Artigo 24, que é específico sobre o tema e, portanto, objetivo principal deste trabalho.

Nossa abordagem não será apenas teórica, mas se dará a partir da localização desses dispositivos da Convenção em aspectos práticos do dia-a-dia da escola e da família atenta ao cumprimento do direito à educação. Faremos questão de abordar tais aspectos práticos mesmo correndo o risco de ampliar o foco deste trabalho.

Assim agiremos porque, em se tratando de inclusão escolar de alunos com deficiência, não há dúvidas de que se trata de um direito, de um ideal muito interessante e bem-vindo, mas as dificuldades práticas que muitos vêem continuam impedindo a sua concretização.

Esperamos, com isso, contribuir para que as determinações da Organização das Nações Unidas no tocante ao direito das pessoas com deficiência à educação sejam de fato cumpridas.

2. Dispositivos da Convenção que antecedem o Artigo 24 e que interessam ao direito à educação

Já no preâmbulo da Convenção há uma profusão de citações que proclamam o direito à igualdade de oportunidades, sem qualquer tipo de discriminação. Vejamos inicialmente aqueles que mais se destacam. Depois, analisaremos os artigos que abrem caminho ao estudo do Artigo 24.

2.1 Deficiência: conceito em evolução e resultante de barreiras externas

> [...] que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A afirmação de que a deficiência é um conceito em evolução e que ela resulta também das barreiras externas, já no preâmbulo, é de grande importância para o ambiente escolar.

Ser um conceito em evolução significa o reconhecimento de que ainda estamos descobrindo as capacidades dos indivíduos com algum tipo de limitação. Essa descoberta paulatina e contínua deve-se ao fato de que tais pessoas estão tendo oportunidades nunca antes vividas, o que faz com que tenham condições de demonstrar e de desenvolver cada vez mais seu potencial.

A menção às barreiras externas, por sua vez, significa que quanto mais adaptado for o ambiente e as pessoas que o integram, menor a limitação decorrente da deficiência.

Imagine-se um aluno surdo, que utiliza a Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, chegando a uma escola onde encontra professores e alunos com alguma noção do uso dessa língua; intérpretes e professores que se preocupam em produzir um material escrito mais denso para ele; professores especializados que dão o apoio necessário para o seu total acesso ao conteúdo ministrado a todos os alunos. Numa situação assim, a surdez acaba representando uma limitação muito pouco significativa.

Infelizmente, não é o que ocorre em locais ainda insensíveis à necessidade de adaptação. A alegação de falta de preparo, aliás, é justamente o motivo que usam para continuar recusando a presença de alunos com deficiência, o que nada mais é do que discriminação. Isto não pode mais ser aceito.

Quando se fala para o público em geral em acesso de alunos com deficiência às salas de aula comuns, principalmente no caso de deficiência men-

tal, a reação mais freqüente é de estranhamento, incompreensão e até de contrariedade.

Isto ocorre justamente pela noção que se tem sempre relacionada à deficiência como uma limitação intransponível. A maioria das pessoas sem deficiência não tem ou não teve contato com pessoas com deficiência que freqüentam escolas comuns, que têm acesso a atendimentos especializados voltados para a sua plena inclusão. Assim, não conseguem imaginá-las no mesmo ambiente escolar que os demais alunos.

Outro problema é que o senso comum nunca lembra de que o ambiente preparado apenas para pessoas sem deficiência é um ambiente por si só restritivo e causador de exclusões. Não se percebe que o problema não está no aluno com deficiência. O problema é a escola que não se preocupa em acolher uma diversidade maior de alunos, fazendo com que tantos tenham que ficar de fora de seus quadros.

Contudo, não podemos nos esquecer da preocupação que muitos pais de alunos sem deficiência têm, em relação a uma possível queda na qualidade do ensino em escolas inclusivas. Em escolas que, ao contrário das citadas acima, se preocupam em acolher a todos em suas salas de aula, sem discriminações, especialmente as fundadas em deficiência intelectual. A boa notícia é que tais escolas existem e vêm oferecendo um ensino de qualidade e de respeito para com todos os alunos. São locais em que todas as crianças sentem-se valorizadas, com algum tipo de contribuição a dar. Locais em que os alunos aprendem com base na cooperação mútua e na valorização das diferenças, conceitos que sempre fizeram falta ao ensino tradicional, baseado em turmas homogêneas obtidas graças à exclusão de qualquer um que não "acompanhasse a turma", mesmo tendo limitações para isso.

Nossa expectativa é que a afirmação que acabamos de destacar, constante do preâmbulo da Convenção sirva, em relação ao acesso à educação, para lembrar a todos que: a) pouco se sabe sobre as capacidades de pessoas com deficiência, inclusive a intelectual; b) quanto mais lhes for garantida a igualdade de oportunidades, maior a chance de desenvolverem o seu potencial; c) quanto mais adaptado for o ambiente e as pessoas que o compõem para a interação com as deficiências, menos significativas serão as limitações que delas decorrem.

2.2 A mais incompreendida das bandeiras de direitos humanos da infância

> [...] que as crianças com deficiência devem desfrutar plenamente todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades

> com as outras crianças e relembrando as obrigações assumidas com esse fim pelos Estados Partes na Convenção sobre os Direitos da Criança.

Esta é outra importante afirmação do preâmbulo da Convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência. É importante porque mais uma vez fala em igualdade de oportunidades e relaciona a deficiência com os direitos da infância também proclamados em âmbito internacional.

Ora, se os direitos da infância são indisponíveis (aqueles dos quais não se pode dispor, abrir mão, pois são inalienáveis), todos os direitos das crianças com deficiência, inclusive o seu direito à inclusão nas escolas comuns, também o são.

Não vemos melhor maneira de se garantir a igualdade de oportunidades entre as crianças, senão assegurando às crianças com deficiência o direito de acesso ao mesmo ambiente escolar freqüentado por todas as demais crianças, com as adaptações que forem necessárias, mas sem ensino segregado substitutivo da freqüência ao ambiente comum.

Ao relembrar as obrigações assumidas na Convenção sobre os Direitos da Criança, relembra que as crianças com deficiência têm o direito inalienável de: a) serem ouvidas e de que suas opiniões sejam consideradas; b) que suas relações familiares não sofram ingerências ilegais, o que as coloca a salvo do descumprimento de seus direitos por seus próprios familiares; c) que as decisões de seus pais sempre levem em conta o interesse superior da criança; d) que o ensino primário ou básico seja obrigatório, ou seja, ninguém, nem seus pais, podem abrir mão de sua freqüência ao ambiente escolar; e) que os estabelecimentos de ensino tenham liberdade de escolher seus métodos, desde que respeitem os princípios gerais relacionados ao ensino e as regras mínimas estabelecidas pelo poder público (a não-discriminação está entre esses princípios gerais e regras mínimas).

O direito à educação escolar, como um direito inalienável da infância, é amplamente reconhecido em relação às crianças em geral. Mas isso nem sempre foi assim. Houve tempos em que as meninas, por exemplo, eram tolhidas do seu direito de acesso a uma escola por decisão de seus pais. A batalha pelos direitos humanos da infância levou à compreensão de que isso não poderia ser aceito, pois a educação escolar é um direito da criança, antes de tudo, não cabendo aos seus pais uma decisão em sentido contrário.

Em relação às crianças com deficiência, essa consciência ainda não é muito clara. O seu direito a uma educação inclusiva ainda é visto como uma mera opção. Muitos pais acham que diante de um ambiente educacional comum hostil, despreparado, podem optar por manter seus filhos com deficiência apenas em ambientes especializados, dedicados a alunos com necessidade educacionais especiais. Trata-se de um equívoco. Quando se está diante de uma

escola assim, hostil e despreparada, o caminho é denunciar, procurar outra ou notificar a escola para que promova as adequações necessárias para que o direito da criança seja preservado. O que não se pode admitir é que a criança fique em situação de exclusão, pois a freqüência exclusiva a um ambiente educacional separado não atende o direito inalienável da criança com deficiência de ser incluída.

É claro que há casos de deficiências muito graves, associadas a doenças ou a idade um pouco mais avançada sem qualquer estimulação prévia, que fazem com que essa criança necessite de atendimentos relacionados à saúde e não propriamente à educação básica. Se ela receber esse tratamento, de maneira consciente de que seu lugar educacional é a escola comum e que se trata de situação excepcional, não se pode falar em exclusão. O que ocorre, entretanto, é que afirmações como essa que acabamos de fazer (sobre situações excepcionais) são utilizadas para continuar mantendo alunos apenas com deficiências típicas (cegueira, surdez, deficiência mental e até física) fora das escolas comuns. É essa situação que precisa ser modificada.

Quanto a essa parte do preâmbulo, nossa conclusão é a de que a Convenção, ao relembrar que os direitos das crianças com deficiência estão inseridos nesse âmbito maior, o dos direitos humanos da infância, está afirmando: *todos* os direitos das crianças com deficiência são indisponíveis, inalienáveis e é obrigação da família e do Estado garantir o seu acesso.

A aceitação dessa afirmação não é mesmo fácil. Mas também não era fácil em meados do Século XX para alguns pais entenderem que eles tinham obrigação de dar às suas meninas o mesmo acesso à educação que davam aos seus meninos.

Em se tratando de deficiência, porém, até mesmo os ativistas pelos direitos da infância têm dificuldade de enxergar uma criança com limitações como detentora de potencial para se desenvolver em ambiente comum. Isto ocorre pois o único desenvolvimento que parecem enxergar é o relacionado aos conteúdos curriculares. Tais conteúdos são muito importantes, mas não podem ser considerados como o único objetivo da escola. E ainda: eles devem estar ao alcance de todos, sendo que a grande maioria das crianças, inclusive as que têm as mais variadas deficiências, tem toda condição de apreendê-lo. Há aquelas, entretanto, que não irão aprender toda a matéria, da maneira como é tradicionalmente esperado, mas elas também aprendem, a seu modo. É esse "modo" que, ao invés de gerar exclusão, precisa ser acolhido e valorizado por todos os defensores dos direitos da infância. Para isso, um bom começo é passar a ver as crianças com deficiência como titulares do direito à educação comum, tanto como qualquer outra criança.

A Convenção sobre os direitos de pessoas com deficiência ajuda muito nesse sentido. Daí a nossa felicidade em ver que ela permite expressamente que a inclusão escolar de alunos com deficiência seja mais uma bandeira dos direitos humanos da infância a qual, esperamos, seja cada vez mais aceita e defendida por todos.

2.3 Artigos 3, 7, 8 e 12: uma solução e outros esclarecimentos para os mais resistentes à inclusão

Tais artigos tratam basicamente do respeito pelas capacidades das crianças com deficiência, do seu direito de se expressarem, de terem sua opinião considerada e, é claro, de seu reconhecimento igual perante a lei. Cada um deles merece um trabalho específico, mas não é nosso objetivo esgotá-los aqui. Estamos apenas citando-os, pois estão imbricados com o direito à educação, já que tratam de capacidade, liberdade de expressão e de direito à igualdade. Destacaremos um ponto neste conjunto de artigos que nos parece relevante para clarear cada vez mais o direito à educação inclusiva.

Esses artigos se referem à obrigação dos Estados de promover diversas medidas voltadas para o cumprimento dos direitos das pessoas com deficiência, bem como para promover a conscientização da população sobre as condições das pessoas com deficiência (Artigo 8) e, assim, fomentar o respeito pelos seus direitos e pela sua dignidade.

Como objetivo dessas medidas de conscientização, a Convenção fala expressamente em:

a) combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, inclusive os baseados em sexo e idade, em todas as áreas da vida; e

b) promover a consciência sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência.

Para isso, ela elege como medida de conscientização o seguinte:

> Fomentar em todos os níveis do sistema educacional, incluindo neles todas as crianças desde tenra idade, uma atitude de respeito para com os direitos das pessoas com deficiência.

É este ponto que queríamos destacar: a medida segundo a qual o respeito e a consciência são adquiridos no ambiente escolar, desde a mais tenra idade. Ora, uma das melhores maneiras de se combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas, bem como de promover a consciência sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência, é garantindo a presença das próprias pessoas com deficiência, desde a mais "tenra idade", em todos os níveis do sistema educacional.

Tudo isso reforça que se trata de um dever do Estado e da sociedade promover a inclusão, pois ela é também a solução para que as resistências a ter as pessoas com deficiência como cidadãos de fato, estudando nas escolas comuns de seus bairros, trabalhando, se divertindo, sejam combatidas. A escola para todos continua sendo o melhor caminho.

Apesar dessa clareza, estamos acostumados a escrever sobre esse tema e verificamos que há alguns leitores que sempre guardam uma grande reserva à educação inclusiva. Dessa maneira, fazemos questão de ir refutando todas as dúvidas e questionamentos possíveis. Sabemos que nem sempre conseguimos, pois tal reserva está muito arraigada, mas continuamos nos esforçando já que temos alcançado algum sucesso nessa tarefa.

Portanto, vamos agora tratar da idéia que perpassa esse conjunto de artigos que é a referente ao direito das pessoas com deficiência de se expressarem e de terem suas opiniões consideradas.

Os leitores que mencionamos podem indagar: mas e se nem mesmo a própria pessoa com deficiência quiser ser incluída; se ela quiser ficar estudando a parte do (ou no) sistema educacional comum?

Cremos que não há dúvidas de que, neste caso, uma pessoa com deficiência adulta e já capaz civilmente, pode tomar a decisão que quiser em relação aos seus estudos, como qualquer outra pessoa. Também como para qualquer outra pessoa, o mesmo não ocorre em se tratando de criança com idade de freqüentar a etapa obrigatória do ensino básico, que é o ensino fundamental, ou primário, dependendo do nome dado em cada país.

Tal etapa, além de ser um direito, é também obrigatória, nos termos das mais diversas convenções de direitos humanos e também da que estamos analisando. Logo, assim como em relação a qualquer criança, não há que se falar em abrir mão da freqüência ao ensino obrigatório. Os pais e as próprias crianças podem escolher entre os vários perfis de escolas oficiais, mas não podem frustrar o acesso ao ensino obrigatório.

Os mesmo leitores vão ainda perguntar: mas e se for um ensino fundamental especial ministrado em escolas especiais devidamente reconhecidas pelo Poder Público? O acesso ao ensino obrigatório estaria sendo cumprido?

Bem, por tudo o que se pode ler na Convenção em relação à impossibilidade de tratamentos diferenciados que gerem o exercício separado de direitos; em relação ao direito da criança de ser "incluída", ou seja, de estudar com os demais alunos de sua geração; pensamos que não há lugar para essa prática, pois ela substitui totalmente o acesso às classes comuns. Mas há lugar, e muito, para a prática do ensino especializado, ministrado também em escolas especiais reconhecidas, como apoio e complemento do ensino comum.

Esperamos que essa nova maneira de se fazer o ensino especializado seja percebida por esses corações mais resistentes à inclusão escolar e que a própria inclusão escolar vá quebrando essas resistências, como sugere a Convenção na medida que destacamos neste tópico: a inclusão como solução para a resistência à inclusão.

Finalmente, passemos ao Artigo 24.

3. Artigo 24: um sistema educacional inclusivo como forma de assegurar o direito à educação

Nesta parte de nosso trabalho, cuidaremos de transcrever cada um dos itens desse artigo, comentando-os logo em seguida.

> Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para realizar este direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes deverão assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:
>
> a. O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
>
> b. O desenvolvimento máximo possível da personalidade e dos talentos e criatividade das pessoas com deficiência, assim de suas habilidades físicas e intelectuais;
>
> c. A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

Ratificamos nossa afirmação inicial de que, para a Convenção em estudo, não há cumprimento do direito à educação fora de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Mas como seria esse sistema educacional inclusivo?

Responderemos a essa indagação durante todo esse tópico, que será dividido em subitens. Antes, porém, cumpre assinalar que, além de um sistema educacional inclusivo como forma de acesso à educação, a Convenção ainda menciona o direito ao aprendizado ao longo de toda a vida. A afirmação é bastante ampla. Logo, pensamos que ela se aplica também aos vários cursos livres existentes. Cursos livres são os que podem ser ministrados fora do ambiente formal de ensino, como culinária, expressão oral, fotografia, línguas, artes, direção, entre muitos outros, os quais raramente são organizados de maneira a atender também interessados com algum tipo de deficiência.

Bem, nos manteremos no estudo do sistema educacional inclusivo, pois garantido o acesso a este, as demais oportunidades de aprendizado o acompanharão.

3.1 São vedadas as práticas discriminatórias

Um sistema educacional inclusivo é aquele que proíbe a utilização de práticas discriminatórias e garante igualdade de oportunidades.

As práticas discriminatórias, por sua vez, são aquelas que frustram, negando ou restringindo, o direito de acesso a um direito.

Entre essas práticas estão aquelas notoriamente reconhecidas como discriminatórias e outras ainda toleradas pela sociedade ainda insensível aos direitos dos alunos com deficiência à inclusão.

Não há dúvidas de que quando uma criança com deficiência é deixada de lado, deliberadamente, em atividades simples as quais ela poderia perfeitamente participar, sem necessidade de qualquer adaptação, estamos diante de um caso de discriminação. Ou ainda, se essa mesma criança é taxada insistentemente por apelidos injuriosos, que fazem referência à deficiência.

Nesses casos, há medidas administrativas e judiciais que podem ser buscadas para responsabilizar o autor desses atos de discriminação, dependendo da legislação de cada país. Em regra, as medidas administrativas podem ser pleiteadas perante a própria escola, ou o órgão que autorizou e fiscaliza o seu funcionamento. Já as medidas judiciais são aquelas dirigidas ao Poder Judiciário e podem ir desde um pedido de indenização por dano moral, até a imposição de sanções penais (multa, prisão ou prestação de serviços à comunidade).

No Brasil, por exemplo, a injúria cometida nos termos que mencionamos acima, é prevista pelo Código Penal como crime qualificado. Nesta qualidade, até mesmo uma criança ou adolescente pode ser responsabilizado, de acordo com as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois se trata de ato infracional.

Queremos nos ater agora às práticas veladas de discriminação. Os exemplos são abundantes e seu reconhecimento sempre vai depender da firmeza da própria pessoa com deficiência ou de seu responsável em ser intransigente no reconhecimento de seus direitos.

Citaremos o exemplo da mais recorrente entre essas práticas veladas de discriminação. É o caso da freqüente alegação de escolas comuns no sentido de não estarem preparadas para aceitar ou manter a matrícula de uma criança com deficiência.

Compreendemos que a inclusão escolar, como prática, ainda é recente, mas ela é recente justamente pela resistência em adotá-la. Enquanto essa resistência não for quebrada, estaremos sempre diante da alegação de despreparo.

Já houve um tempo em que entendemos como plausível a recusa responsável de uma escola que nunca lidou com qualquer tipo de deficiência. Mas isso até verificarmos que as escolas que agem assim não estão preparadas e

também não *querem* estar, pois não adotam nenhuma medida nesse sentido. Se passados dois ou três anos e a escola for consultada novamente, a resposta continuará sendo a mesma. Portanto, o que inexiste é a intenção de estar preparada. Trata-se de discurso inaceitável pois, na verdade, estamos diante de um caso de discriminação, já que a conseqüência dessa alegação é fazer com que a criança tenha sua matrícula recusada ou cancelada.

Um sistema inclusivo não é aquele que tem todas as escolas preparadas da noite para o dia, mas é aquele que adota uma postura pela não-exclusão e, a partir daí, busca as medidas necessárias para atender com qualidade e respeito a todos os alunos.

3.2 Garantia de igualdade de oportunidades

Como dissemos, ao lado da vedação das práticas discriminatórias consta a garantia de igualdade de oportunidades.

A igualdade de oportunidades abrange tanto o acesso, como a permanência no ambiente escolar.

Garantir o acesso das pessoas com deficiência é simples, basta que sua matrícula não seja recusada. Garantir a permanência, visando a igualdade de oportunidades, é a grande chave para a inclusão escolar e também o grande desafio.

A permanência de um aluno com deficiência no ambiente escolar exige que tal ambiente e as pessoas que o compõem realizem transformações destinadas à sua adaptação às necessidades específicas de tal aluno, só assim ele terá igualdade real de oportunidades. Por exemplo: um aluno cego que chega a uma escola e não encontra qualquer alternativa de adaptação que o faça ter acesso aos conteúdos escritos veiculados naquele ambiente não está em situação de igualdade de oportunidades juntamente com os demais alunos.

Aqui sim são admitidos os tratamentos diferenciados (as adequações do ambiente), pois eles visam garantir o acesso e efetivo exercício do direito. A própria Convenção arrola uma série dessas medidas nos demais itens do Artigo 24.

Antes de verificar quais são essas medidas, vamos tratar dos objetivos do sistema educacional inclusivo, constantes do item "1", do Artigo 24.

3.3 Objetivos do sistema educacional inclusivo

Esses objetivos estão previstos nas alíneas ("a", "b" e "c") do item "1", do Artigo 24. Eles são exatamente os mesmos objetivos visados para qualquer aluno, especialmente no que se refere ao pleno desenvolvimento do potencial humano, bem como ao respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. São termos freqüentemente invocados como objetivos da educação em relação a qualquer indivíduo.

O que a Convenção fez aqui foi deixar explicitada a questão relativa ao potencial das pessoas com deficiência, da garantia de se desenvolver o "máximo possível", com senso de dignidade e auto-estima. Fez menção também à sua participação efetiva em uma sociedade livre.

É bastante óbvio que todos esses objetivos são perseguidos em relação a qualquer aluno, mas era necessário reafirmá-los, numa constante invocação das capacidades e possibilidades das pessoas com deficiência, com aceitação e acolhimento de suas diferenças, linha que norteia o documento como um todo.

3.3.1 O maior desenvolvimento possível

A afirmação relativa ao direito ao desenvolvimento "máximo possível" como objetivo no âmbito escolar é da maior relevância.

Ela pode ter duas conotações. A primeira, e a que mais deve inspirar as políticas públicas, é aquela que exige que todas as medidas necessárias sejam adotadas para que o nível máximo de desenvolvimento seja buscado. Isto significa que não é porque uma pessoa tem deficiência que não precisaremos estar preocupados em alcançar um nível de excelência em seu aprendizado.

A outra conotação é aquela que determina a aceitação de que limitações existem e o importante é que o desenvolvimento ocorra de maneira individualizada, de acordo com o potencial de cada um.

Freqüentemente as pessoas aceitam a idéia da inclusão escolar desde que as crianças a serem incluídas apresentem o mesmo nível de aprendizado da maioria das crianças. Ora, inclusão escolar não é isso, pois uma criança assim nunca foi impedida de freqüentar escola. Quando falamos em inclusão escolar, estamos tratando dos casos de exclusão justamente de alunos que apresentam diferenças em relação aos demais, e essas diferenças freqüentemente se localizam no aprendizado do conteúdo curricular.

Há ainda crianças que, mais do que dificuldades para o aprendizado do conteúdo curricular, têm dificuldades até mesmo para esboçar uma reação a estímulos externos. O fato é que, ao passarem a receber o estímulo do convívio escolar com outras crianças, começam a esboçar sorrisos e outros sinais de comunicação. Isto também é desenvolvimento a ser considerado e aceito.

Só que esse tipo de consideração e de aceitação ainda é muito complicado para as escolas comuns, pois não sabem muito bem o que considerar e aceitar a não ser respostas tradicionais a perguntas tradicionais. Estamos falando das avaliações e provas realizadas.

Como fazer para garantir o direito à inclusão escolar, sem discriminações, por meio da permanência do aluno na escola, com igualdade de oportunidades, se esse aluno simplesmente não faz as tradicionais provas, não acerta as questões

propostas? Como fazer para que esse aluno siga ano após ano com seus colegas de turma para que seu senso de dignidade e auto-estima não seja abalado?

A pergunta parece intrincada, mas ela não se aplica apenas aos alunos com deficiência. Trata-se de problema diuturno que as escolas vêm enfrentando para driblar a falta de interesse dos alunos em geral, os problemas de saúde e até psicológicos (não estamos falando de deficiências, mas sim de déficit de atenção, depressão, entre outros) que impedem muitos de aprender.

As soluções variam de escola para escola e temos confiança de que elas vencerão o desafio buscando: a) novas maneiras de incentivar os alunos ao aprendizado; b) parcerias com a saúde; e também c) formas mais completas e adequadas de avaliação, bem como de valoração de respostas.

Voltando aos alunos com deficiência. Em primeiro lugar, é preciso que as escolas adotem em relação a eles as mesmas soluções, como as que citamos acima, que forem aplicadas a todos os alunos. Feito isto, garantir-lhes os apoios e atendimentos especializados que porventura necessitem. Após percorrer todos os caminhos que efetivamente têm em vista o máximo desenvolvimento possível, admitir que certos objetivos escolares não se aplicam a alguns alunos. Às vezes, essa não aplicação é só uma questão de tempo, mas, às vezes, certos objetivos podem ser faticamente inatingíveis. Mesmo em tais casos, esses objetivos devem ser colocados à sua disposição, garantindo-lhes o acesso para a equiparação de oportunidades, pois é possível que ocorram agradáveis surpresas. Só que esses objetivos, caso não atingidos, não podem ser tomados como impeditivos para o prosseguimento dos estudos, juntamente com a turma de origem do aluno que não os alcançou porque efetivamente não pôde. Falamos em continuidade dos estudos com a turma de origem, pois esta é, quase sempre, a melhor maneira de garantir uma real inclusão com dignidade e boa auto-estima.

Cumpre esclarecer que não estamos defendendo a conduta do passar de ano sem saber. Estamos defendendo o acolhimento e valorização dos diferentes saberes, por meio de aulas mais abertas baseadas na criatividade do professor e do aluno; no apoio em diferentes tipos de materiais pedagógicos; no olhar de cada matéria sob vários ângulos de forma que as diferentes habilidades sejam contempladas em cada projeto, em cada trabalho.

Assim, a turma sempre será heterogênea e as diferenças não serão motivo de exclusão, mas de enriquecimento das aulas. Não é porque alguém não sabe escrever, por exemplo, que não tenha o que aprender ou contribuição a dar em ciências, português, geografia, matemática, história... Além disso, a criança que não tem limitações, que teve alguma necessidade sua relativa à saúde atendida (medicamento, terapia, etc.), certamente passará de ano sabendo tudo o que é

comumente esperado para aquela etapa escolar. E mais: sabendo acolher e trabalhar com a diversidade, sabendo entender suas próprias dificuldades e com muito maior chance de retenção do aprendizado do conteúdo curricular, graças às diferentes abordagens da matéria e ao trabalho em conjunto.

3.3.2 Participação efetiva em uma sociedade livre: o sistema educacional inclusivo como alicerce da democracia

O objetivo previsto no Artigo 24 referente à participação efetiva em uma sociedade livre invoca o princípio democrático. É este princípio, composto pela idéia da *participação* de todos, que inspira uma sociedade livre.

Uma sociedade livre, por sua vez, não se faz de maneira indiferente à eliminação das desigualdades e este é mais um grande desafio. Não se chega à igualdade apenas por meio de conceitos teóricos e de políticas localizadas. Ela há que ser construída com base na *vivência* em condições de igualdade de oportunidades para que seja internalizada de maneira generalizada. A igualdade de direitos tem que ser *experimentada, sentida* por todos. Só assim podemos falar em uma democracia forte e, conseqüentemente, em uma sociedade livre.

Para o alcance desse objetivo, a Convenção elege como caminho o sistema educacional inclusivo. Isto não ocorre apenas porque será nesse ambiente que uma pessoa com deficiência terá maiores chances de aprender e de se preparar para participar da vida política e social de seu país. É porque o ambiente escolar comum é o espaço privilegiado para a construção da cidadania, pois materializará as condições que refletem a igualdade de direitos, com respeito às diferenças.

A escola é o primeiro ambiente coletivo, após a família, do qual a criança participa. É lá que ela deve ter a oportunidade de participar das decisões que irão influenciar na vida escolar e, assim, aprender o valor de sua presença e de suas opiniões. É na escola que a criança torna-se apta a administrar sua posição e entender a igual posição das demais pessoas numa sociedade livre. Infelizmente, muitas escolas ainda não entenderam o valor de institucionalizar as práticas democráticas que são importantíssimas para os alunos em geral.

Para as crianças com deficiência essa importância não é menor. Se elas são mantidas estudando a parte, como se sentirão *iguais* em direitos? Como estarão aptas a participar de uma sociedade livre e, assim, concretizar o princípio democrático? Como elas serão consideradas pelas demais pessoas se, desde tenra idade, não se viram e não se relacionaram? Numa sociedade livre as pessoas têm igual valor e igual espaço. Nada melhor que o sistema educacional inclusivo para incutir essa compreensão nos alunos com e sem deficiência.

3.4 Maneiras de se garantir o cumprimento do direito à educação

Os demais itens do Artigo 24 podem ser reunidos neste tópico, já que dizem respeito ao modo de garantir o cumprimento do direito à educação.

São dispositivos bastante didáticos e claros, que reforçam nossas ponderações.

3.4.1 Noções gerais para organização de um sistema de educação inclusivo

> 1. Para a realização deste direito, os Estados Partes deverão assegurar que:
>
> a. As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino fundamental gratuito e compulsório, sob a alegação de deficiência;
>
> b. As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino fundamental inclusivo, de qualidade e gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
>
> c. Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
>
> d. As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e
>
> e. Efetivas medidas individualizadas de apoio sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, compatível com a meta de inclusão plena.

As alíneas *a* e *b* referem-se à compulsoriedade da matrícula, ou seja, ao acesso às escolas comuns. As demais alíneas se referem à permanência do aluno com deficiência em tais escolas.

Quanto ao acesso, está ratificado o que foi dito até aqui no tocante ao direito de não ser recusado e no tocante ao fato de que o ensino obrigatório também é direito dos alunos com deficiência. Isto parece bastante óbvio, mas a sua afirmação expressa é uma novidade.

É muito importante que tenha sido escrito em uma Convenção dessa natureza, pois um número bastante considerável de crianças com deficiência continua sem acesso ao ensino formal e obrigatório apenas porque têm algum tipo de deficiência.

Em relação à maneira de se garantir a permanência do aluno com deficiência na escola, a Convenção utiliza-se dos termos: adaptações razoáveis (alínea c), apoio necessário (alínea d) e efetivas medidas individualizadas de apoio (alínea e).

Todos esses tratamentos diferenciados são assegurados sempre com o objetivo de se garantir a inclusão plena.

As adaptações razoáveis são definidas na própria Convenção, no Artigo 2, como sendo, em resumo, as medidas necessárias a garantir a participação da pessoa com deficiência, sem um ônus excessivo para as demais pessoas.

Como exemplo de adaptação razoável, lembraremos a situação relativa aos materiais didáticos distribuídos aos alunos, que podem ser digitalizados para garantir o acesso dos alunos com deficiência visual.

Não queremos confundir esse termo com as conhecidas adaptações curriculares. Quanto a estas, inclusive, temos nossas reservas. As escolas que adotam essa estratégia, freqüentemente pré-julgam e delimitam previamente até onde o aluno com deficiência irá chegar em seu aprendizado, deixando de lhe proporcionar acesso ao mesmo conteúdo ministrado aos demais alunos, o que não se coaduna com a idéia de inclusão e de igualdade de oportunidades.

Quando falamos em adaptações razoáveis, estamos falando em meios de acesso, de consideração de diferentes abordagens para um mesmo tópico, e não de subtração desse tópico, o que comumente ocorre nas adaptações curriculares.

O apoio necessário (alínea d), por sua vez, diz respeito a algo mais do que uma mera adaptação dos mesmos materiais e instrumentos utilizados pelos demais alunos. Trata daquilo que vai complementar o aprendizado de um aluno com deficiência e que não seria necessário para um aluno comum. Exemplo: um professor de Língua Portuguesa como segunda língua para um aluno surdo. Tal profissional terá contribuições fundamentais que apoiarão o aluno surdo em sua trajetória de alfabetização, sem substituir o professor comum. Daí o nome de apoio.

Finalmente, a Convenção assegura as efetivas medidas individualizadas de apoio (alínea e). Essas medidas serão adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, compatível com a meta de inclusão plena. Agora a Convenção resgata os atendimentos específicos, à parte do ambiente comum, mas que tenham sempre em vista a inclusão plena.

Há momentos em que as necessidades específicas dos alunos com deficiência, principalmente a mental, auditiva ou visual, fazem com que certos aprendizados relacionados à limitação gerada pela deficiência tenham que ocorrer de maneira individual e separada dos demais alunos. É importante assegurar essa possibilidade, desde que, como assinalou a Convenção, essa garantia seja feita em prol de sua inclusão e não o contrário. Para que isso ocorra, é preciso que essas medidas individualizadas não sejam substitutivas do acesso ao ambiente comum, ou seja, não sejam ministradas no mesmo horário em que aquele aluno deveria estar freqüentando a sala de aula comum.

A medida específica também é um tipo de apoio, mas os dois termos foram colocados de maneira separada na Convenção, nas alíneas *d* e *e*. Para nós, isto ocorreu pois há uma a diferença entre apoio e medida específica de apoio. O apoio ocorre na mesma sala de aula, de maneira concomitante com o ensino, ou à parte, mas no mesmo contexto do ambiente escolar e tendo em vista o mesmo conteúdo escolar dos demais alunos. Por isso, como exemplo do apoio, citamos o professor de Português como segunda língua para alunos que já sabem utilizar a Língua de Sinais. Ele a utilizará no mesmo o contexto do ambiente escolar. Já as medidas específicas são intervenções mais localizadas e podem até ocorrer em outra escola, numa escola especializada. Elas serão melhor especificadas no item que segue. Repetimos: em caso de criança em idade de freqüentar o ensino obrigatório, esse ensino deve ocorrer no contra turno.

Portanto, acabamos de ver as noções gerais sobre aquilo que precisa ser feito para bem receber o aluno com deficiência. Mas a Convenção não pára por aí.

Ela explicita esses apoios e medidas específicas. Não fez o mesmo sobre as formas de adaptações razoáveis porque elas são as mais diversas e se modificam de aluno para aluno, até mesmo para aqueles que têm iguais deficiências. Elas vão sempre depender do ambiente em que está inserida a escola, a criança e serão definidas em conjunto pelos próprios professores, familiares, alunos e, principalmente, pelos próprios alunos com deficiência interessados.

Outro exemplo de adaptação razoável é a colocação de uma criança com deficiência mental, em turma com uma diferença de idade de até uns dois anos para menos, desde que isso esteja compatível com o desenvolvimento inclusive físico do aluno com deficiência e seja aceito por ele e sua família. Por este exemplo, é possível ter uma idéia do quanto as adaptações razoáveis podem variar. Logo, andou bem a Convenção ao não especificá-las.

Vejamos agora alguns apoios e medidas específicas.

3.4.2 Apoios e medidas específicas de apoio

No subitem anterior já iniciamos a sua análise, tratando da diferença entre essas formas de apoio. Agora a Convenção vai esmiuçá-las. Portanto, há aqui um especial interesse para os profissionais que se dedicam ao atendimento educacional especializado ou à educação especial.

Note-se que esses termos não foram utilizados pela Convenção, nem mesmo nessa explicitação. Isto pode ter ocorrido por dois motivos.

O primeiro motivo é aquele segundo o qual a Convenção preferiu utilizar termos mais genéricos, pois as nomenclaturas de etapas e modalidades de ensino podem variar de país para país. Contudo, esse motivo não nos convence muito já que o termo educação especial, principalmente, é extremamente di-

fundido e tem traduções possíveis e de mesmo significado nas mais diversas línguas. Logo, o segundo motivo, no qual acreditamos, é que, de fato, a Convenção não quis valer-se da terminologia conhecida porque ela dá a idéia de um sistema à parte de ensino. É justamente isso que a Convenção quer eliminar, sem prejuízo da qualidade e do atendimento às necessidades específicas dos alunos com deficiência. Verifiquemos como ela resolveu essa equação.

> 2. Os Estados Partes deverão assegurar às pessoas com deficiência a possibilidade de aprender as habilidades necessárias à vida e ao desenvolvimento social, a fim de facilitar-lhes a plena e igual participação na educação e como membros da comunidade. Para tanto, os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas, incluindo:
>
> a. Facilitação do aprendizado do braile, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;
>
> b. Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda; e
>
> c. Garantia de que a educação de pessoas, inclusive crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados às pessoas e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.
>
> 3. A fim de contribuir para a realização deste direito, os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braile, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Esta capacitação deverá incorporar a conscientização da deficiência e a utilização de apropriados modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

Esses dispositivos são a pedra de fecho do sistema educacional inclusivo, pois eles o arrematam de maneira a contemplar os pleitos e preocupações por parte dos segmentos mais resistentes à inclusão educacional. O Estado Parte que seguir tanto as orientações de caráter geral, quanto essas relativas aos apoios e medidas específicas, estará dando um grande salto de qualidade em relação ao ensino das pessoas com deficiência.

Queremos ressaltar: eles estão em sintonia com o sistema educacional inclusivo, pois a Convenção não pode ser interpretada de maneira a negar a si própria.

Logo, por exemplo, mesmo quando ela garante o ensino nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados, fazendo referência às crianças surdocegas, surdas, entre outras, ela está falando sempre de apoios e de medidas específicas e não de um sistema educacional apartado. Inclusive a

promoção da identidade lingüística da comunidade surda, pode e deve estar assegurada no sistema educacional inclusivo. Isto vai fazer com que não só os surdos a adquiram, mas também com que as demais pessoas tenham noção dela. Dessa maneira, a identidade surda será conhecida, acolhida e respeitada, pois essa diversidade faz parte do mundo em que todos vivem.

Mas como garantir esse tipo de ensino num meio inclusivo sem ônus excessivo aos alunos que não usam naturalmente essas línguas e modos?

Responderemos com exemplos do que já vem ocorrendo em algumas escolas. Há redes que garantem aos alunos surdos, ou surdocegos, desde a mais tenra idade, além das terapias especializadas do âmbito da saúde, o aprendizado de Língua de Sinais ou outros modos de comunicação, com professores especializados. Isto sem prejuízo da freqüência, ao menos em algum período do dia, a ambientes de ensino voltado para crianças que não atingiram a idade de freqüência ao ensino obrigatório. Quando chegam a essa faixa etária, já têm bastante domínio de sua língua e modos de comunicação. O fato de já terem começado a conviver no ensino infantil faz com que outros alunos e professores comuns também comecem a ter noção dessas outras línguas e modos. Logo, no ensino obrigatório, ou fundamental, a comunicação entre eles já não é novidade.

Prosseguindo com o exemplo. No ensino fundamental, a matéria é passada em torno de três vezes com a criança que usa outras línguas e modos de comunicação, em total sintonia entre professores especializados e professores da sala de aula comum.

Num primeiro momento, o professor especialista na língua em questão transmite nessa língua a matéria que será estudada. Após, o aluno vai para a sala de aula comum, na qual a matéria é transmitida na língua comum. Obviamente, que isso pode ocorrer com as adaptações razoáveis e apoios concomitantes (estímulos visuais, táteis, presença de intérprete se necessário, entre outros), e ainda com base no trabalho em conjunto com os demais alunos que devem aprender a se comunicar com o colega, e vice-versa.

Finalmente, em um terceiro momento, a matéria é revisada para o aluno com necessidades especiais pelo professor especialista na língua comum como segunda língua para o aluno que naturalmente utiliza a de Sinais e outros meios. Nesse momento, ele faz a interligação entre o que aprendeu na sua língua natural, com a língua comum, utilizada pelas demais pessoas.

Isto não é uma receita. É apenas uma demonstração de que é possível garantir a promoção da identidade lingüística, bem como que a educação seja ministrada nas línguas e modos próprios de pessoas com certos tipos de deficiência. Tudo sem abrir mão do princípio maior e inspirador da Convenção que é o da educação em um sistema educacional inclusivo.

3.4.3 A garantia de acesso ao ensino superior e a outras modalidades de ensino

> 4. Os Estados Partes deverão assegurar que as pessoas com deficiência possam ter acesso à educação comum nas modalidades de: ensino superior, treinamento profissional, educação de jovens e adultos e aprendizado continuado, sem discriminação e em igualdade de condições com as demais pessoas. Para tanto, os Estados Partes deverão assegurar a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.

Finalmente, a Convenção cita a garantia de acesso ao ensino e a outras modalidades de ensino.

Observe-se que agora a Convenção não fala mais em apoios e medidas específicas de apoio. Fala apenas em adaptações razoáveis.

Conforme exemplificamos antes, os apoios e medidas específicas dizem respeito a aprendizados e suportes garantidores do direito de acesso à educação. Aqui fica claro que tais especificidades são típicas da educação básica. Por quê? Na verdade, o que se espera é que o aluno com deficiência, ao chegar à idade adulta, já tenha total domínio de aprendizados como a Língua Brasileira de Sinais, a sua interligação com o português, o BRAILLE, soroban, entre outros.

Assim, em se tratando de ensino superior e outras modalidades próprias para adultos, não há necessidade de se assegurar outra coisa senão as adaptações razoáveis. Por exemplo: material didático digitalizado; realização de provas com tempo ampliado para quem tem necessidade de apoio de terceiros ou outro tipo (ledores, escribas, braile); presença de intérprete etc.

4. Conclusões

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre direitos de pessoas com deficiência adota o paradigma da total inclusão educacional, bem como garante o direito aos apoios e instrumentos específicos para aqueles que necessitam dessas adaptações.

Ela garante esses apoios de forma a não impedir o acesso dos alunos com deficiência ao mesmo ambiente que os demais alunos freqüentam.

Para essa Convenção a não há acesso à educação fora de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis.

A Convenção permite expressamente que a inclusão escolar de alunos com deficiência seja tomada como mais uma bandeira dos direitos humanos da infância, portanto, um direito inalienável.

Quando a Convenção menciona o direito ao aprendizado ao longo de toda a vida está se referindo também aos vários cursos livres existentes, como culinária, expressão oral, fotografia, línguas, artes, direção, etc.

Um sistema educacional inclusivo é aquele que proíbe a utilização de práticas discriminatórias e garante igualdade de oportunidades.

As práticas discriminatórias abrangem as formas veladas de discriminação, entre elas, a alegação de despreparo associada à falta de iniciativa nesse sentido.

A igualdade de oportunidades abrange tanto o acesso como a permanência no ambiente escolar.

Para garantir a permanência do aluno com deficiência no ambiente escolar comum a Convenção determina que se providencie: as adaptações razoáveis, o apoio necessário e as efetivas medidas individualizadas de apoio.

Mesmo quando garante tais atendimentos, a Convenção não quis valer-se da terminologia mais conhecida, educação especial, porque ela dá a idéia de um sistema à parte de ensino e é justamente isso o que a Convenção quis eliminar.

Bibliografia

ARAUJO, Luiz Alberto David. O Desenvolvimento da Democracia como resultado da efetiva participação do cidadão. *In* GARCIA, Maria (coord.). *Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil.* São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BELISÁRIO FILHO, José Ferreira. Inclusão: uma revolução na saúde. Rio de Janeiro: WVA Editora, 1999.

BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. *In* MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA Editora: 2004.

_____; PANTOJA, Luiza de Marillac e MANTOAN, Maria Teresa Eglér. O acesso de alunos com deficiência às classes e escolas comuns da rede regular. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito,* 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Ser ou estar, eis a questão: explicando o déficit intelectual. Rioa de Janeiro: WVA Editora, 1997.

_____. Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer? São Paulo: Editora Moderna, 2003.

MONTEIRO, Agostinho dos Reis Monteiro. O direito à educação. Lisboa: Ed. Livros Horizonte, 1999.

MORAES, Maria Cândida. Educar na biologia do amor e da solidariedade. Pedtrópolis, RJ: Vozes, 2003.

A DEFESA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Vânia Maria Ruffini Penteado Balera
Eduardo Dias de Souza Ferreira

Resumo: Com o reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é possível pensar nesse sistema como caminho para a exigência de direitos. Os direitos das pessoas com deficiência estão no Protocolo de São Salvador e na Convenção da Guatemala, cujo principal mecanismo de controle é baseado no sistema de relatórios. Quanto ao direito à educação, no entanto, existe possibilidade concreta de controle por meio de petição individual.

Palavras chave: Pessoa com deficiência, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Convenção, Protocolo.

Abstract: *With the recognition by Brazil of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights it becomes viable to consider this system as a proper mean for the demand of fulfillment of rights. The rights of people with disabilities are in the Protocol of San Salvador and in the Guatemala Convention, both of which set the system of reports as basic mechanism of control. In regard to the right to education, nonetheless, there exists a concrete possibility of control by means of individual petition.*

Keywords: *Persons with disabilities, Inter-American Court of Human Rights, Convention, Protocol.*

1. Introdução

A proteção da pessoa humana evoluiu muito a partir da II Guerra Mundial, especialmente no ambiente internacional de proteção com impacto no próprio conceito de soberania[1]. Este texto pretende contribuir para a construção do sistema[2] de defesa da pessoa com deficiência, tanto no âmbito interno, quanto nos instrumentos e procedimentos que garantam a fruição dos direitos decorrentes da condição da pessoa com deficiência, com enfoque no sistema americano de proteção de direitos humanos, mais conhecido por "sistema interamericano", que "difere substancialmente dos sistemas regionais na composição, na forma de operação, no embasamento jurídico, e no tipo de resultados perseguidos" (Alves, 2003, p. 75).

O sistema global da Organização das Nações Unidas – ONU não se acha investido de competência jurisdicional nem tampouco de capacidade compensatória perante casos individuais – salvo as atuações de seus relatores especiais, pois é parte de estrutura política heterogênea –, enquanto que o sistema regional (Alves, 2003, p. 75):

> tem por premissas o geográfico mais reduzido, a maior homogeneidade cultural relativa e a similitude de formas de organização jurídicas-políticas e sócio-econômicas dos paises participantes, como fatores a facilitar o estabelecimento de normas e mecanismos de proteção de impacto mais direto das situações nacionais[3].

No Brasil até a década de oitenta, a defesa da pessoa com deficiência era realizada por intermédio de órgãos internos, principalmente não governamentais, tendo sido assumida pelo Ministério Público nos termos da Constituição (Art. 129), assim como por comissões estaduais e municipais de direitos humanos, estas últimas até certo ponto coordenadas pela atuante Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados (Bicudo, 1997).

Os avanços na proteção da pessoa com deficiência foram alcançados paulatinamente, iniciando-se com a edição da Emenda nº 12 à Constituição de 1967, promulgada em 17 de outubro de 1978, que dispunha de forma concentrada, diferentemente do texto da vigente Constituição, que apresenta a mesma proteção de forma dispersa, contendo dispositivos em capítulos distintos (Araújo, 1994).

Com efeito, desde a Declaração dos Direitos do Homem houve, em cinco décadas, inúmeros avanços, especialmente na área da jurisdicionalização da proteção internacional. Todavia, esse progresso não se dá de modo linear, porque é marcado por avanços significativos, mas, também por retrocessos (Trindade, 1999a). Em relação aos direitos sociais o sistema de controle é baseado em relatórios especializados mas não conta com a amplitude do "direito de petição", o que prejudica a efetividade da proteção ao direito das pessoas com

deficiência. O "direito de petição" existe quando se fala no direito à educação (Art. 13 do Protocolo de São Salvador), direito que tem capacidade de transformar a realidade da população da região, com a melhoria dos indicadores de participação no emprego e no rendimento (IPEA, 2007).

2. Aproximando conceitos

A própria conceituação de pessoa com deficiência, que também já foi designada por pessoa excepcional, pessoa portadora de deficiência, ou pessoa que necessite de atenção especial, é desafio a ser enfrentado por quem pretende analisar o estado atual da discussão em torno do tema (Araújo, 1994).

O texto da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência observa, em seu preâmbulo, que deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta interação entre pessoas com deficiência e as barreiras "atitudinais" e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas[4]. Ao estabelecer o propósito da Convenção, no segundo parágrafo do Artigo 1, fixa que pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

No sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, foi editado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador, de 17 de novembro de 1988, cujo Artigo 18, intitulado "Proteção de deficientes", implicitamente, conceitua como tal, toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais.

Onze anos depois, em 7 de junho de 1999, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, OEA, na Guatemala, editou a convenção setorial[5] denominada Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, que não define a pessoa com deficiência e tampouco detalha, mas conceitua o termo "deficiência" como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Não há definição única sobre o que seja pessoa portadora de deficiência, ou como mais recentemente é denominada: pessoa com deficiência. Assim, a conceituação de pessoa com deficiência, em princípio, decorre de dedução lógica derivada do implemento da condição fixada na norma considerada. No Brasil[6] o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, com a redação alterada pelo Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, conceitua deficiência, especifica a

deficiência permanente e diferencia a incapacidade (Art. 3º) e, logo em seguida, aponta as categorias das pessoas portadoras de deficiência (Art. 4º):

deficiência – 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 (Art. 3º, I);

· deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos (Art. 3º, II); e

· incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida (Art. 3º, III).

· Considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

· deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções (Art. 4º, I);

deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz (Art. 4º, II);

deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores (Art. 4º, III);

deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho (Art. 4º, IV);

deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências (Art. 4º V).

3. Integração de Normas Internacionais de Direitos Humanos

A Constituição de 1988 estabelece a mais precisa e pormenorizada carta de direitos de nossa história e inclui vasta identificação de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, além de preciso conjunto de garantias constitucionais. A Constituição também impõe, ao Estado brasileiro reger-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II, Constituição). Resultado dessa nova diretiva constitucional foi a adesão do Brasil, no início dos anos noventa, aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, às Convenções Americana de Direitos Humanos e contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que se encontram entre os mais importantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

A aplicação dos tratados internacionais na ordem jurídica interna é motivo de discussão, na área do direito constitucional, pois a posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico de cada país é fixada pela respectiva Constituição. No entanto, não se deve esquecer de que essa é uma questão de teoria geral do direito[7].

Esse tópico cuida de conflito de normas. Assim, convém lembrar que essa espécie de conflito não traduz contradição lógica, mas oposição que é superada pela derrogação, ou seja, o acionamento de função normativa que opera em vigor por meio da edição de outra norma. Nenhuma das normas em conflito retira a validade uma da outra, mas a validade de qualquer delas, ou de ambas, somente pode ser abalada por meio de norma derrogatória o que, para a ciência do direito, deve ser resolvido pela via interpretativa (Diniz, 1987, p.13).

A doutrina sobre tratados e acordos faz referência às regras de interpretação e, sobretudo, de integração, as quais cuidam dos demais tratados e acordos, exceto os que traduzem direitos sociais[8]. Nesse sentido não se aplicam, para os tratados de direitos humanos, as regras dos demais acordos internacionais. Dessa forma, as respostas sobre os efeitos normativos de cada tratado, acordo ou convenção, dependem das regras constitucionais de cada país e, também, da matéria que é objeto de tais documentos internacionais. A denominação escolhida para o documento não tem influência sobre sua especificidade, em face da variedade de denominações que tem sido dada aos acordos internacionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem dois dispositivos que tratam da relação entre os tratados e o ordenamento interno, cada qual aplicável a distintos instrumentos. Uma regra para os direitos humanos está contida nos §§ 1º e 2º do Art. 5º; outra, para os demais acordos, está no Art. 102, III, b. A Emenda Constitucional nº 45/2004, por seu turno, inovou sobre a

matéria, conquanto encontre resistência de alguns[9]. Há quem entenda, porém, que se pode estabelecer uma classificação, a partir do novo texto (Lenza, 2005, p. 311):

> · Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação (cf. Art. 60 § 2º, e art. 5, § 3º): equivalem às emendas constitucionais, guardando, desde que observem os "limites do poder de reforma", estrita relação de paridade com as normas constitucionais;
>
> · Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma e desde que não sejam confirmadas pelo quorum qualificado: seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF, guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias[10];
>
> · Tratados e convenções de outra natureza: têm força de lei ordinária.

Afirma-se que, após a edição da EC nº 45/2004 o modelo brasileiro passa a ser monista moderado como regra e monista radical por exceção, no caso agora previsto no § 3º, do Art. 5º, da Constituição. Apenas os Diplomas internacionais que disponham sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo procedimento e quorum previstos no § 2º, do Art. 60, da Constituição terão a mesma hierarquia que as emendas constitucionais[11].

Interessante observar o critério de classificação dos direitos individuais, sustentado por José Afonso da Silva (1999) que afirma existirem, ao lado dos direitos individuais expressos ou implícitos, também os "direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm, ou podem vir a provir, do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização a priori".

O Supremo Tribunal Federal, contudo, ao analisar o mérito de questionamentos sobre a prisão por dívida, escorados no Pacto de São José, igualou os tratados de direitos humanos aos demais tratados, deixando claro que aqueles diplomas se situam no mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias e, como tais, devem enfrentar questões relacionadas com eventual conflito entre normas[12]. Há, inclusive, comparação com os ordenamentos de Argentina, Nicarágua e Bulgária:

> [...] É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas de caráter meramente ordinário, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 58/70 - RTJ 83/809 - ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello).

Este tema deverá ocupar, nos próximos tempos, boa parte da atenção dos acadêmicos e das linhas editoriais, desde a concepção de uma nova organização tributária internacional, até a elaboração de normas de direitos humanos em decorrência dos efeitos do avanço nas telecomunicações, no movimento de interação e relação dos capitais, do cosmopolitismo ético e do comércio entre os capitais de todos os países. Na era da globalização verifica-se, no entanto, inusitado paradoxo para os direitos humanos. Deles se pode dizer: "quanto mais afirmados, mais são negados" (Faria, 1996), assertiva que é confirmada nos países periféricos, onde a sociedade não atingiu o mesmo nível de garantias dos países centrais.[13]

4. O sistema interamericano

Os direitos humanos também se encontram inseridos no conjunto de regras comuns aos continentes, denominado sistema regional[14], cujo objetivo pretende fortalecer os direitos humanos globais, em cada parte do planeta. Assim, podem ser identificados: o sistema europeu[15], o sistema americano, também denominado interamericano, pois se refere a todo o continente americano, o sistema africano[16] e o sistema árabe[17], cada qual com suas declarações, pactos e convenções, a partir dos documentos globais, identificados como sistema global[18].

O desenvolvimento do Sistema Interamericano ocorreu nas últimas décadas[19] e pode ser dividido em cinco etapas, conforme observa Trindade (2000a):

> 1ª) "antecedentes do sistema", marcada pela mescla de instrumentos de conteúdo e de efeitos jurídicos variáveis(convenções e resoluções orientadas a determinas situações ou categorias de direitos);
>
> 2ª) formação do sistema interamericano de proteção, papel solitário e primordial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela expansão gradual da mesma;
>
> 3ª) institucionalização convencional do sistema com a entrada em vigor da Convenção de São José, em meados de 1978;
>
> 4ª) que se iniciou na década de 80 com a consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana com a adoção de dois Protocolos Adicionais: Direitos econômicos, Sociais e Culturais (1988) e sobre a Abolição da Pena de Morte (1990), além das convenções setoriais, desde a prevenção da tortura (1985), até a mais recente[20] Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de deficiência (1999). Por fim, a quinta etapa, merece destaque.

Essa quinta (5ª) etapa pode ser denominada de fase do "fortalecimento" do sistema interamericano de proteção, destacando-se: fixação de regras que evitem acumulações indevidas de cargos, ampliação da estrutura material e humana de trabalho, aproximação entre a Corte (São José da Costa Rica) e a Comissão (Washington DC), de forma a possibilitar reuniões conjuntas com

mais freqüência por parte desses dois órgãos de supervisão da convenção (até 2000 não foram realizadas mais que dez); revisão e melhor definição sobre as hipóteses de admissibilidade ou não, evitando-se a revisão de decisão; admissibilidade de acesso direto da vítima, com a devida assistência judiciária, a toda a tramitação do procedimento (Trindade, 2000a e 2003).

A inserção do Brasil no sistema internacional de direitos humanos, em especial naquele interamericano, ao qual pertence naturalmente, só ocorreu de forma gradual, motivado pelo processo de redemocratização iniciado no final dos anos 70, cujo marco significativo é a anistia, intensificado nas décadas seguintes[21]. Em 1992 o Decreto nº 678, de 6/11/1992, promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica -, que havia sido adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Esse Pacto cria a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Arts. 33/51, 70/73, 79 e 80) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Arts. 33, 52/69, 70/73, 81 e 82), as quais têm estatutos e regimentos próprios.

4.1 Conjunto normativo do Sistema Interamericano

O sistema interamericano[22] é dotado de conjunto de instrumentos básicos que se relacionam com os direitos da infância e da juventude, dos quais destacamos alguns, para análise do sistema de garantias, para o adolescente autor de ato infracional:

a) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) – Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948.

b) Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – (1969) – Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969, adotada pelo Brasil, pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992. Este Pacto cria a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos[23]. O reconhecimento da jurisdição da Corte pelo Brasil ocorreu em novembro de 2002. O Decreto nº/11/2002, declara o reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos;

c) Protocolo de San Salvador – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Assinado em San Salvador, El Salvador, em 17/11/1998, no 18º período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral; promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30/12/1999;

d) Convenção Interamericana para Prevenir a Tortura – Adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral das Organizações dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9 de dezembro de 1985, promulgada pelo Decreto nº 98.386, de 9/11/1989;

e) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, Adotada Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6/6/1994. Ratificada Pelo Brasil em 27/11/1995, e Promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1/8/1996;

f) Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referentes à Abolição da Pena de Morte – Adotado pela Assembléia Geral, aprovado em Assunção, Paraguai, em 8/6/1990;

g) Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México, em 18 de março de 1994, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 15 de agosto de 1997, na forma de seu Art. 33; e, promulgado pelo Decreto nº 2.740, de 20/8/1998;

h) Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de deficiência, adotada na Cidade de Guatemala, Guatemala em 7 de junho de 1999, no vigésimo nono período ordinário de sessões da Assembléia Geral, promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 8/10/2001.

4.2. Sistema de supervisão da Convenção Americana

Os Arts. 33 e seguintes a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica - cuidam dos meios de proteção do sistema, definindo competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte). Esse mecanismo ou sistema de implementação está baseado em duas formas de controle: as petições[24] ou comunicações individuais, e os relatórios.

Os direitos da pessoa com deficiência se encontram catalogados em dois documentos do sistema interamericano: o Protocolo de São Salvador e a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de deficiência. O sistema de petições está presente no Protocolo de São Salvador mas, apenas para o direito de associação e liberdade sindical (Art. 8.1.a) e ao direito à educação (Art. 13).

Assim, a "Proteção de deficientes" (Art. 18 do Protocolo de San Salvador) se encontra amparada pelo mecanismo dos relatórios[25], elaborados pela própria Comissão. Entretanto, como veremos a seu tempo, ao cuidar da educação o Protocolo de São Salvador contemplou o direito à educação especial para a pessoa com deficiência. Destarte, é possível implementar a defesa desse direi-

to pelo sistema de petições.

Já a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de deficiência adotou o sistema de relatórios e criou a Comissão para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência com competência para emitir, reformular e atualizar as diretrizes sobre o conteúdo e a forma dos relatórios a serem apresentados pelos Estados Partes. O certo, porém, é que a própria Convenção estabelece que os Estados devem apresentar seu relatório inicial na primeira sessão da Comissão[26]. Os parâmetros para elaboração deste primeiro relatório estão sendo elaborados no âmbito da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente da OEA.

4.2.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão da Organização dos Estados Americanos incumbido de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização sobre os direitos por ela definidos com relação aos Estados que a integram, direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.

4.2.1.a Composição e formação da Comissão

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é integrada por sete membros, pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos que representarão todos os membros da Organização dos Estados Americanos. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembléia Geral da Organização, a partir de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados membros. Cada Estado pode propor até três candidatos, nacionais ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Se for proposta lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma única vez. Não podem fazer parte da Comissão mais de um nacional do mesmo Estado (Pacto São José, Arts. 34/37).

4.2.1.b Função da Comissão

Para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, a Comissão terá as seguintes funções e atribuições: estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando considerar conveniente para

que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, forem a ela formuladas pelos Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento solicitado; atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção; e apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (Pacto São José, Art. 41).

4.2.1.c Competência

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado Parte desde que no momento do depósito do seu instrumento de ratificação à Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declare que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos na Convenção.

Estas comunicações só podem ser admitidas e examinadas se apresentadas por Estado Parte contra Estado Parte que reconheça a competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração. As comunicações podem ser feitas para que a declaração vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos; e, são depositadas na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia dessas comunicações aos Estados membros da referida Organização (Pacto de São José, Arts. 44 e 45).

4.2.1.d Requisitos da comunicação - Pacto de São José, Arts. 46 e 47

Para que uma petição ou comunicação apresentada seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha

sido notificado da decisão definitiva; salvo se não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou violação dos direitos que são alegados; ou, não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; ou, ainda, se houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos[27].

Além desses dois aspectos, é necessário que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e, no caso da representação feita por pessoa ou grupo, a petição deverá conter o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada sem esses elementos e requisitos, ou não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos pela Convenção; e se pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou, ainda, for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

Nos termos dos Artigos 48 a 51 do Pacto de São José, a comissão adotará medidas de instrução e poderá formular recomendações, e caso estas não sejam acolhidas publicará e dará publicidade de seu relatório, além de encaminhar o caso a Corte Interamericana.

4.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções, em conformidade com as disposições da citada Convenção e de seu Estatuto. Tem a função jurisdicional, regida pelas disposições dos Artigos 61, 62 e 63, da Convenção; e a consultiva, estabelecida no Artigo 64, da Convenção. Está sediada em San José, Costa Rica, mas pode realizar reuniões em qualquer Estado Membro da Organização dos Estados Americanos – OEA.

4.2.2.a Composição da Corte

A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados Membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propu-

ser como candidatos. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade. E serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção, na Assembléia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados; cada um dos Estados Partes pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente (Pacto de São José, Arts. 52 e 53).

4.2.2.b Competência e funções

Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter um determinado caso a decisão da Corte, desde de que esgotadas as possibilidades ao alcance da Comissão (Pacto, Art. 61).

Todo Estado Parte pode, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação da Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da referida Convenção. Essa declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. O instrumento deverá ser apresentado ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. A Corte tem competência, também, para conhecer qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes já tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial (Pacto de São José, Art. 62).

4.2.2.c Decisões reparatórias

Quando decidir que houve violação de qualquer dos direitos ou liberdades protegidos pela Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados; é necessário que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos além de pagamento de indenização justa à parte lesada. Em casos de extrema gravidade e urgência, para evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias pertinentes; e, cautelarmente, ainda que o assunto não tenha sido submetido ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão (Pacto de São José, Art. 63).

Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos e nos demais assuntos de sua competência. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais, poderá, igualmente, submeter à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior; de maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças (Pacto de São José, Arts. 64/65).

A sentença da Corte deve ser fundamentada. Se, eventualmente, não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue a ela o seu voto dissidente ou individual. Tal sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença (Pacto de São José, Arts. 66/67).

Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. Por fim, a sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção (Pacto de São José, Arts. 68/69).

4.4. Reconhecimento da Jurisdição da Corte Interamericana Direitos Humanos

Com a edição do Decreto nº 4.463, de 8/11/2002 acentua-se a relevância da Corte Interamericana de Direitos Humanos na medida em que é reconhecida, pelo Brasil, sua competência em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com Art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (Art. 1º, Decreto nº. 4.463/02).

Dez anos depois, a relevância desses dois órgãos resulta acentuada, pois, o Estado brasileiro, por meio do Decreto nº 4.463/02 declara o reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana[28]. Assim, nos termos deste diploma legal é reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Ameri-

cana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com Art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (Art. 1º, Decreto nº. 4.463/02).

Do final de 2002 até a presente data já foram proferidas duas sentenças relacionadas com o Brasil.[29] A primeira delas, o caso Ximenes Lopes, trata de uma pessoa portadora de transtorno mental falecida em razão de maus tratos que sofreu no Hospital Psiquiátrico Guararapes, situado na cidade de Sobral, no Estado do Ceará. O segundo julgamento – caso Nogueira de Carvalho – diz respeito ao assassinato do advogado defensor dos direitos humanos que, após denunciar assassinatos e torturas cometidas por agentes policiais integrantes do grupo Meninos de Ouro comandados pelo então Secretário Adjunto de Segurança Pública do Rio Grande do Norte.

Além disso, várias medidas cautelares (provisionais) foram proferidas em outros três casos que se encontram em andamento perante a Corte:

§ Medidas Provisionais:

– Corte IDH. Asunto de la Cárcel de Urso Branco . Medidas Provisionales Respecto a Brasil. Resolución de la Corte Versão em português , 21-09-05; Resolución de la Corte Versão em português ,07-07-04(Voto Juez García Ramírez, Voto Juez Cançado Trindade); Resolución de la Corte Versão em português, 22-04-04; Resolución de la Corte Versão em português , 29-08-02; Resolución de la Corte Versão em português,18-06-02.

– Corte IDH. Asunto de las personas privadas de libertad de la Penitenciaria "Dr. Sebastião Martins Silveira" en Araraquara, São Paulo . Medidas Provisionales Respecto a Brasil. Resolución de la Corte Versão em português, 30-09-06 (Voto Juez Cançado Trindade, Voto Juez Cançado Trindade); Resolución de Presidente (Medidas Urgentes) Versão em português, 28-07-06.

– Corte IDH. Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM. Medidas Provisionales Respecto a Brasil. Resolución de la Corte Versão em português, 04-07-06; Resolución de la CorteVersão em português, 30-11-05(Voto Juez García Ramírez, Voto Juez Cançado Trindade); Resolución de la Corte Versão em português, 17-11-05 (Voto Juez Cançado Trindade).

5. A pessoa com deficiência e a implementação dos Direitos Sociais no Sistema Interamericano

Na verdade como já vimos acima, os direitos das pessoas com deficiência aparecem em dois documentos básicos do sistema interamericano: no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador, de 17 de novembro de 1988(art. 18); e na Convenção Interamericana sobre a Elininação

de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999.

A forma de controle desses direitos é operacionalizada por intermédio dos relatórios. Todavia, em face do teor do Artigo 13 do Protocolo de São Salvador, é possível, igualmente, acionar o sistema interamericano por intermédio de petições relativas ao direito à educação.

5.a Protocolo de São Salvador

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi assinado em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1998, no 18º período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30/12/1999. O artigo 18 do Protocolo contempla a "Proteção de deficientes" – toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a: a) executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais; b) proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; c) incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo; d) promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.

Nesse Protocolo também há referência à pessoa com deficiência no Artigo 13 que cuida do Direito à educação. Inicialmente o Protocolo de San Salvador fixa que "toda pessoa tem direito à educação", educação essa que deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, que a educação capacite todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista de forma a propiciar subsistência digna com favorecimento da compreensão, da tolerância e da amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promoção das atividades em prol da manutenção da paz. (Pacto São Salvador, Art. 13, §§1º e 2º).

Prossegue o instrumento internacional no parágrafo 3º, do Art. 13, afirmando que os Estados Partes deste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação, entre outros elementos: alínea e "deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental."

A expressão instrução especial poderá levar o leitor desavisado apontar como necessário o regime de escola especial. Porém, no entendimento mais dinâmico do próprio conceito de educação e considerando a qualidade que não pode ser desatrelada, temos que a escola deve ser para todos, como diz o §1□, do Artigo 13, com programa que contemple metodologia e recursos necessários para a educação de pessoas com deficiência, e não necessariamente uma escola própria, isolada e segregada[30].

O Pacto de São Salvador, pautado no princípio da subsidiariedade e da autonomia de vontade, preserva tanto a opção dos pais pela opção do ensino, como a livre iniciativa para atuar na educação, desde que respeitados os princípios do próprio pacto e da legislação interna do país, que também deve pautar-se pelo disposto neste protocolo de São Salvador[31].

5.b Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de deficiência

A Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de deficiência foi adotada na Guatemala, na cidade do mesmo nome, em 7 de junho de 1999, no 29º período ordinário de sessões da Assembléia Geral e, promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, cujo objeto e objetivo principal é prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade (Art.2º).

O texto da convenção fixa duas discriminações: a primeira que vem a ser de natureza negativa, associada ao preconceito que deve ser combatida (discriminação propriamente dita); e a segunda que decorre de ações afirmativas que devem ser estimuladas ("diferenciação ou preferência" – discriminação positiva). Considera-se discriminação toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais (Art. 1, §2, a).

Não se caracteriza 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. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação (Art. 1, §2, b).

Desta forma, os Estados Partes comprometem-se a: tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, apresentando rol exemplificativo[32] em seu Artigo 3.

Nos termos da Convenção da Guatemala, o trabalho prioritário deve ocorrer na área da saúde, na preparação das pessoas com deficiência para vida mais autônoma possível e na eliminação do preconceito presente no seio da sociedade (Art. 3□, §2□, alíneas a, b, c): prevenção de todas as formas de deficiência[33]; detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas com deficiência; e, sensibilização da população, por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas serem iguais, permitindo desta forma o respeito e a convivência entre as pessoas com deficiência.

6. Conclusão. Exercício do direito à educação e o sistema interamericano: educar a pessoa com deficiência é dever de todos

No plano legal, o Brasil já tem observado esses preceitos, em especial após a Constituição de 1988[34] com edição de Leis importantes destacando-se a Lei nº 7.853/89 que fixa as diretrizes de garantias nas áreas da educação, saúde, formação profissional, trabalho, edificações e criminalização do preconceito.

A Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida que estabelece o conceito de barreiras[35] e especialmente a "barreiras nas comunicações: qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos meios ou sistemas de comunicação, sejam ou não de massa"; há também normas específicas para a linguagem de libras (Lei nos 10.048, de 8 de novembro de 2000 e Lei 10.436, de 24 de abril de 2002). Assim, do ponto de vista legislativo há avanços significativos (CERIS, 2006).

Segundo avaliação do IPEA ao considerar participação na escola, no trabalho e rendimentos, há indicadores que apontam o atendimento escolar insuficiente para as pessoas com deficiência e com implicações diretas no grau de ocupação e renda dessa população que, em muitas situações, torna-se dependente dos benefícios sociais[36].

Por outro lado, mesmo diante de todo esse arcabouço legislativo, vez por outra há surpresas como a de se entender que os dispositivos constitucionais e legais estão voltados apenas e tão somente para os estabelecimentos do pode público, não vinculando particulares que oferecem serviços educacionais, o que tem de ser rechaçado com veemência (Balera e Pinho, 2006).

O direito à educação diferenciada para a pessoa com deficiência pode ser exigido perante o Sistema Interamericano, através de petição. É que, como salienta o Art. 13 do Protocolo de São Salvador, toda pessoa tem direito à educação e, no âmbito dos Estados Partes deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental (Art. 13, §3, e).

Em nosso ordenamento jurídico a educação é direito fundamental e, por conseguinte, dever do Estado, não excluindo de nenhum modo a iniciativa privada do processo educacional. O sistema constitucional prevê a coexistência de escolas públicas e privadas (Balera e Pinho, 2006).

No sistema interamericano o direito à educação da pessoa com deficiência foi destacado e mereceu proteção específica, tanto que não está situado no artigo 18 do Protocolo de São Salvador, que cuida da proteção de deficientes mas, sim no tópico destinado ao direito à educação (Art. 13), em plena consonância com o disposto no Art. 208, III, da Constituição de 1988. O que se busca é a educação de boa qualidade para todos, idéia básica de inclusão. Para tanto, imprescindível a instituição de programa diferenciado e não um sistema ou nível de ensino distinto, pois este programa deve estar disponível para o ensino fundamental, ensino de segundo grau (médio) e para o ensino superior (Protocolo de São José, Art. 13).

Nos termos do Artigo 13 do Protocolo de São Salvador o programa de ensino diferenciado deve ter conteúdo e objetivos perseguidos pela educação como um todo, ou seja: orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, que a educação capacite todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, de forma a garantir subsistência digna, com favorecimento da com-

preensão, da tolerância e da amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos além de promoção de atividades em prol da manutenção da paz.

Na hipótese de inexistirem programas de ensino diferenciado para as pessoas com deficiência, a fim de proporcionar instrução especial e formação de pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental e essa situação decorra da "ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo", poderá haver mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais[37].

Notas

[1]A doutrina de direitos humanos protegidos internacionalmente oferece uma das mais vigorosas críticas da soberania do modo como é atualmente constituída, e as práticas da legislação de direitos humanos e as políticas externas de direitos humanos fornecem exemplos concretos da mudança na compreensão dos limites da soberania (Sikkink, 2006).

[2]Considerando que a noção elementar de sistema é a de conjunto de peças que compõe o todo, parece-nos adequado examinar cada peça isoladamente e no conjunto dentro no qual a mesma se encaixa (Balera, 2006).

[3]Assim, há uma interação entre o sistema global e o regional por isso se aceita "atualmente a idéia da comutatividade: os sistemas regionais e o sistema global podem e devem atuar simultaneamente para reforçar o controle internacional sobre violações de direitos humanos. E isto é válido precisamente em função das distintas naturezas de cada um" (Alves, 2003, p.75).

[4] Letra "e" do Preâmbulo. In, Indexação do protocolo facultativo desenvolvido pelo CAO-CIVEL-MPSP, a partir do texto apresentado no http://www.mj.gov.br/mpsicorde/arquivos/publicacao/714/Images/714_1.doc.

[5] termo utilizado ao referir-se sobre a ampliação do corpo normativo, Convenções interamericanas setoriais de proteção (Trindade 2000a., p. 137).

[6] RIBEIRO, p. 89: "conceituação legal de pessoa com deficiência prevista no art. 4º do Decreto n. 3.298/99 (que regulamenta a Lei nº 7.853/89), com a nova redação atribuída pelo Decreto n. 5.296/04 (que regulamenta as Leis nºs 10.048 e 10.098, de 2000"); e, Ampla pesquisa sobre o conceito em vários diplomas normativos nacionais e internacionais em BOUCINHAS FILHO, p. 501/503..

[7] A lição propedêutica de Geraldo Ataliba, na seara do Direito Tributário, é válida para outros ramos do estudo do direito: "Exemplificando com o nosso curso, o maior número de questões discutidas girará em torno da Teoria Geral do Direito, e não do Direito Tributário. Pode-se verificar que 80% das discussões não serão sobre teoria geral do direito" (Ataliba, 1978, p.13).

[8] "Pelo que se observa, um critério classificatório das normas jurídicas, que desprezasse a contundente realidade da existência das normas de Direito Social, seria não apenas inatural, como irresponsável" (Vasconcelos, 1996, p. 223).

[9] IESKI CALMON de PASSOS, Jorge. "Direitos Humanos na reforma do Judiciário." In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Reforma do Judiciário; Primeiros

ensaios críticos sobre a ECA n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. "O teor do § 3. doa art. 5º é de todo inconstitucional, pois viola o disposto no § 4º, IV, ao Art. 60 da Constituição, atentando contra cláusulas pétreas."

[10] Há, pelo autor, a ressalva de sua divergência com esse entendimento; além disso, cita, em sua nota 79-c, os entendimentos de Flávia Piovesan e de José Carlos Francisco, propondo que esses tratados têm caráter constitucional. O último inclusive, aponta que, quando o constituinte quis afastar a recepção automática com caráter de norma constitucional, manifestou-se expressamente, como o fez com as súmulas preexistentes, nos termos do art. 8º da EC n. 45.

[11]Com a edição da EC no 45/2004, que introduziu o § 3o ao art 5º da CR, houve uma clara opção do ordenamento constitucional brasileiro pela supremacia constitucional de seu texto originário em relação às normas internacionais, verbis: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Logo, são possíveis as seguintes conclusões: 1) qualquer documento internacional tem nível hierárquico inferior ao texto constitucional originário; 2) apenas os documentos internacionais que disponham sobre direitos humanos e tenham sido aprovados pelo mesmo procedimento e quorum previstos no § 2o do art. 60 da CR têm a mesma hierarquia das emendas; 3) os demais documentos internacionais, de qualquer outro conteúdo ou que tratem de direitos humanos mas não tenham sido aprovados na forma do § 2o do art. 60 da CR, têm a mesma hierarquia das leis ordinárias; 4) tudo isso sem alterar o modo como tais normas adquirem validade e eficácia no ordenamento nacional, ou seja, mediante o modelo de execução. Com isso, o modelo brasileiro passa a ser monista moderado como regra e monista radical por exceção, no caso agora previsto no § 3º, do Art. 5º, da CR. (Jeveux, p. 96).

[12] R.E. n. 269.661-7 – SP. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 9/5/2000. In: DJU – Diário da Justiça, seção 1, n. 112-E, segunda-feira, 12 de junho de 2000, p. 50-51. No mesmo sentido: HC n. 77.631-SC, STF, rel. Min. Celso de Melo, 3/8/1998, DJU de 19/8/1998, Info. STF n. 124, de 21/9/1998 (In: Arquivos de Direitos Humanos, 1999. p.217-222).

[13] NEVES, Marcelo. "Crise do estado: da modernidade central à modernidade periférica – anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão." In: Revista Trimestral de Direito Público. Vol.5. São Paulo, s/d.

[14] TRINDADE, Antonio A. Cançado. Op. cit., 1991. TRINDADE, Antonio A. Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. (1948-1997): as primeiras cinco décadas. 2a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 12ªed. Vol.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (orgs.). Direitos Humanos: coletânea de legislação. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2003. LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto; GORENSTEIN, Fabiana; HIDAKA, Leonardo Jun (orgs.). Manual de direitos humanos internacionais: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002. NIKKEN, Pedro. La proteccion internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo. Madri: Instituto interamericano de dedrechos humanos; Editorial Civitas S.A., 1987. NORRIS, Robert E.; BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah. La protecion de los derechos humanos en las Americas. Madri: Instituto interamericano de derechos humanos; Editorial Civitas S.A., 1994.

[15] Estatuto do Conselho da Europa – Adotado em Londres, a 5 de maio de 1949. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de agosto de 1949. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais tal como Emendada pelo Protocolo n. 11. Protocolo n. 1 Adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Protocolo n. 2 que Confere ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Competência para Emitir Opiniões Consultivas. Protocolo n. 4 em que se Reconhecem Certos Direitos e Liberdades alem dos que já Figuram na Convenção e no Protocolo Adicional à Convenção – Estrasburgos, 16.9.1963 – Series de Tratados Europeus/ 46. Protocolo n. 6 à Convenção para a Proteção dos Direitos do homem e das Liberdades Fundamentais Relativo á Abolição da Pena de Morte. Protocolo n. 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Carta Social Européia Revista. Adotada em Estrasburgos, a 3 de maio de 1996. Entra em vigor na Ordem Internacional: 1 de junho de 1999. Protocolo Adicional à Carta Social Européia prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas. Adotado em Estrasburgos, a 9 de novembro de 1995. Entrada em vigor na ordem internacional: 1 de julho de 1998.

[16] Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Convenção que rege os aspectos específicos dos Refugiados na África. – CARTA DE BANJUL. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) EM Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairobi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Convenção da OUA – Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África. Adotada pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo quando da Sexta Sessão Ordinária (Adis-Abeda, 10 de setembro de 1969) – Entrada em vigor: 20 de junho de 1974, de acordo com artigo XI – Texto: Nações Unidas, Recolha de Tratados n. 146.981.

[17] TRINDADE, Antonio A. Cançado. Op. cit., 1991. p.503. Esta obra já trazia o "Projeto de Carta dos Direitos Humanos e dos Povos no Mundo Árabe", de 1971. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. A autora observa que a Carta Árabe de Direitos Humanos foi aprovada em setembro de 1994, mas ainda não entrou em vigor.

[18] Carta Geral das Nações Unidas (1945). Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) – Adotada pela Resolução nº 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991. Assinado pelo Brasil em 24 de Janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24.2.1992. Promulgado pelo Decreto n. 591, de 6.7.1992. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) – Adotado pela Resolução nº 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991. Retificado pelo Brasil em 24 de Janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24.4.1992. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6.7.1992. Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – Aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Em vigor em 23 de março de 1976. Segundo Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e

Políticos, Destinado a Abolir a Pena de Morte. Adotada e Proclamada pela Resolução n. 44/128 da Assembléia das Nações Unidas, de 15 de dezembro de 1989. Existe, ainda, o sistema humanitário, que procura proteger pessoas em situação de conflito armado, cujas bases são das Convenções de Genebra.

[19] SIKKINK: "a expansão da legislação e da política de direitos humanos no período pós-guerra representou uma tentativa consciente de modificar os entendimentos e práticas compartilhadas de soberania".

[20] Os documentos estão arrolados logo abaixo.

[21] Especialmente, sobre a produção dos documentos que pautaram a política externa brasileira, na área de direitos humanos, conferir em MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de(org.). Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty - Antonio Cançado Trindade, Vol. VIII(1985-19990).

[22] PRONER, Carol. Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo - FAPESP, 2001. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

[23]Parte I – Direitos e Deveres protegidos; e, Parte II – Meios de Proteção. Capitulo VI – Órgãos Competentes. Capitulo VII – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Seção 1 – Organização. Seção 2 – Funções. Seção 3 – Competência. Seção 4 – Processo. Capitulo VIII – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Seção 1 – Organização. Seção 2 – Competência e Funções. Seção 3 – Processo.Capitulo IX – Disposições Comuns. (...) Capitulo XI – Disposições Transitórias. Seção 1 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Seção 2 – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[24] "El Sistema Interamericano es único en cuanto que todos los Estados Miembros de la OEA están sujetos al derecho de petición, ya sea como estados Partes de La Convención, ya a través del sistema fundado en la Carta. La reclamaciones interestatales no están previstas expresamente tratándose de Estados que no son Partes de la Convención; en el caso de los que sí lo son, las reclamaciones interestatales son optativas" (NORRIS, Robert E.; BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, pág. 262).

[25] "o protocolo teria sido mais positivo se tivesse sido estendido o direito de petição individual igualmente aos outros direitos protegidos. Propiciar-se-ia , assim, o desenvolvimento de uma jurisprudência também neste domínio, e reduzir-se-ia a disparidade de procedimentos de supervisão entre, por um lado, os direitos civis e políticos, e, por outro, os direitos econômicos e culturais" (Trindade, 2000 a , p. 139).

[26] "ao ratificar a Convenção, cada Estado se compromete, em virtude do artigo VI 3, a apresentar um relatório ao Secretário-Geral da Organização para que este o encaminhe à Comissão para ser analisado e estudado. A alínea 4 indica que os relatórios deverão incluir as medidas que os Estados membros tiverem adotado na aplicação desta Convenção e qualquer progresso que tiverem alcançado na eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Os relatórios também conterão todas as circunstâncias ou dificuldades que afetarem o grau de cumprimento derivado desta Convenção" (OEA/SER.G-CP/CAJP-2420/06 rev.4-19 janeiro 2007).

[27] Sobre este aspecto a Opinião Consultiva OC-11/90, de 10.08.1990, dispensa no caso de inexistir defensor para o caso, por inexistência do serviço de assistência, ou por medo de represálias os defensores existentes não assumirem a defesa do caso. E GARCIA ELORRIO

[28]Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.

[29] http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7– consulta em 6/4/2007 15:16

[30] DUK aponta para a experiência de inclusão regional desenvolvido na região de Chimbarongo, VI Região do Chile: "As escolas que participam desse projeto regional têm muito claro o papel represenado pela família na aprendizagem de seus filhos, em especial no que se refere a crianças com maior nível de dificuldade. Assim, dentre outras atividades, realizam reuniões mensais com os pais das crianças incluídas, por meio das quais estes se mantêm informados quanto aos progressos de seus filhos na aprendizagem, além de obter um *feedback* e orientações pra que possam ajudá-los em casa, comprometendo, assim, sua participação no processo educacional. De igual modo, essas escolas estabelecem relações de cooperação com um Centro de educação Especial da localidade, o qual lhes presta serviços de apoio especializado. No caso, profissionais de apoio visitam regularmente as escolas e colaboram com os docentes na preparação das adaptações curriculares, no preparo da de metodologias de atendimento à diversidade, assim como no acompanhamento e apoio à aprendizagem dos alunos(a)s com necessidades educacionais especiais. "(pág.164)

[31] "de acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima." "Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes." (Pacto São Salvador art. 13, §§ 3.e 4.)

[32]Artigo 3., §1.: a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração; b) medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência; c) medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência; d) medidas para assegurar que as pessoas encarregadas de aplicar esta Convenção e a legislação interna sobre esta matéria estejam capacitadas a fazê-lo.

[33] IPEA: "Outro desafio é a prevenção. A deficiência atinge 1 ,5% da população e é contingência que muitas vezes pode ser prevenida. Deveria, por isto, merecer o mesmo empenho que a política previdenciária. Na saúde a prevenção tem menor custo/benefício que a política curativa, e o mesmo vale para a deficiência, cuja prevenção deve ocorrer nas áreas alimentar, de saúde, de transportes, de segurança pública e do trabalho."

[34] Constituiçao de 1988, arts. 7º, XXI; 37, § VIII; 203, IV e V; 208, III; 227, II, §2º; 244.

[35] Art. 2º, II,(...) "barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas"

[36] IPEA: "Em relação aos aspectos de participação na escola, no trabalho e rendimentos, freqüentavam a escola 3,2 milhões de pessoas com deficiência ou 13% delas, percentual bastante inferior ao das pessoas sem nenhum tipo de deficiência, cuja freqüência à escola era de 3,7%, dado que sugere que o atendimento escolar às pessoas com deficiência é insuficiente, porque indisponível para os demandantes potenciais. Das pessoas com 10 anos ou mais de idade, 23,5 milhões tinham alguma deficiência e sua taxa de ocupação era em torno de 11% inferior à das pessoas sem nenhum tipo de deficiência e seu rendimento também era menor. Dos ocupados, 5,6 milhões eram homens e 3,5 milhões eram mulheres. Entre os homens, 8,9% desempenhavam trabalho não-remunerado ou recebiam pagamento em benefícios, enquanto entre as mulheres este percentual chegava a 13,3%, situação mais acentuada que a observada entre as pessoas que não apresentam deficiência, cujos percentuais de ausência de remuneração pelo trabalho desenvolvido eram de respectivamente 7,0% e 8,7%. Entre a população sem deficiência acima de dez anos, ,5% não auferia rendimentos, percentual bastante superior ao da população com deficiência, de 31%. Provavelmente, o Benefício de Prestação Continuada e a Renda Mensal Vitalícia influenciem, em alguma medida, este resultado, pois 1,5 milhão de pessoas com deficiência recebe esses benefícios de Assistência Social. No entanto, entre as pessoas com deficiência predominavam os menores rendimentos. A proporção de pessoas com até 1 salário mínimo de rendimento entre as pessoas com deficiências (31,9%) era o dobro do que a existente entre as demais pessoas (15%). Acima de cinco salários a situação se invertia, com percentuais de 9, % e 11,6%, respectivamente."

[37] Protocolo de São Salvador, art. 19, § 6. 6. Caso os direitos estabelecidos na alínea "a" do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Bibliografia

ALVES, José Augusto Lindgren. Os direitos humanos como tema global. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ANNONI, Danielle. Dirietos humanos & acesso à justiça no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David.. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: CORDE(Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), 1994.

ATALIBA, Geraldo 1978 Propedêutica jurídica. In: ATALIBA, Geraldo (Coord.) Elementos de direito tributário: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BALERA, Wagner. Sistema de seguridade social, 4ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

BICUDO, Hélio. Direitos humanos e sua proteção – São Paulo : FTD,1997. – (

Coleção juristas da atualidade/ coordenação Helio Bicudo)
CANTOR, Ernesto Rey e ANAYA, Ângela Margarita Rey. Medidas Provisionais y medidas cautelares em el sistema interamericano de derechos humanos. Bogotá: Editorial Themis, 2005.
CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional).2002. Os direitos Humanos no sistema interamericano: compilação de instrumentos. Rio de Janeiro:CEJIL, 2002. Bibliografia ISBN 85-89407-01-2.
CERIS. Direitos Humanos no Brasil: diagnóstico e perspectivas, olhar dos parceiros de Misereor. Organizado por Cláudio Moser e Daniel Rech. Coletânea CERIS (Centro de estatística Religiosa e Investigações Sociais). Ano1, n.1(2003). Rio de Janeiro:CERIS/MAUAD, 2003.
CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey – 2ª ed., 2005.
FARIA, José Eduardo (Org.) 1996 Direito e globalização econômica; implicações e perspectivas. São Paulo : Malheiros. Cap.5- Democracia e governabilidade: Os direitos humanos à luz da globalização econômica.
FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. LIBERDADE ASSISTIDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direitos Difusos e Coletivos, 2006.
GARCIA ELORRIO, Aurélio F. Agotamento de los recrusos internos een el caso de los crimenes contra la infância. Córdoba:Advocatus, 2004.
GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia(coord). 2000. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
HANASHIRO, Olaya Silvia Machado Portella. 2001. O sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: FAPESP.
IPEA- Boletim de Políticas Sociais - Acompanhamento e Análise nº 13, edição especial nº 13, Edição Especial 2007
JAYME, Fernando G. Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
JEVEAUX, Geovany Cardoso. Os efeitos das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais - Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, p. 85:98 - http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_172/R172-07.pdf, acesso em 16.04.07.
LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto(Org.);GORENSTEIN, Fabiana, HIDAKA, Leonardo Jun. Manual de direitos humanos internacionais:acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
LINHARES, Paulo Afonso. Direitos fundamentais e qualidade de vida; prefácio Gilmar Mendes Ferreira Mendes. São Paulo: Iglu, 2002.
MARZAL, Antonio(Org. – et al.). Derechos humanos Del incapacitado, Del extranjero, Del delincuente y complejidad Del sujeto. Barcelona: ESADE Facultad de derecho: J.M. Bosch Editor, 1997 [RIVERO, Francisco; FREIXES, Teresa; PECES-BARBA, Gregório; TORRES-DULCE, Eduardo; DOÑATE, Antonio; CAÑLELAS, Anton; GAY, Eugeni].
MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de(org.). Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty- Antonio Cançado Trindade, Vol. VIII(1985-19990). Brasília: Senado federal, 2004-9v(Coleção Brasil 500 anos).

MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Thelma Araújo Esteves. Direitos Humanos: coletânea de legislação. Rio de janeiro: F. Bastos, 2003.

NORRIS, Robert E.; BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah. La protecion de los derechos humanos en las Americas. Madri: Instituto interamericano de derechos humanos; Editorial Civitas S.A., 1994.

OEA/SER.G- CP/CAJP-2420/06 rev.4-19 janeiro 2007 - Original: espanhol. CONSELHO PERMANENTE DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS COMISSÃO DE ASSUNTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS - ORIENTAÇÃO GERAL SOBRE O CONTEÚDO DOS RELATÓRIOS DOS ESTADOS PARTES NA "CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA" [AG/RES. 2167 (XXXVI-O/06). Documento resultante das negociações realizadas pelo grupo informal em 17 de janeiro de 2007 e encaminhado ao Conselho Permanente pela CAJP em 18 de janeiro de 2007. In, http://scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_07/CP17469P06.doc – 10.04.2007.

OEA-CIDH - Organização de Estados Americanos. 2002.Comisión Interamericana de derechos Humanos. RELATORÍA de La Niñez. La infancia y sus derechos: en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Argentina: Relatoria de la niñez:CIDH:OEA, 2002.

_____2003. Documentos básicos em matéria de Direitos Humanos no sistema interamericano.http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=P&sLink=http://www.oas.org/documents/eng/documents.asp 20-04-2004 15:20 - OAS/Ser.L/V/I.4, Rev. 10, 24 de outubro de 2003- Original: espanhol.

PIOVESAN , Flávia - 2002. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 5ª ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

_____2006. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano, e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRONER, Carol. Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. In, Revista de Direito Social (RDS) – Ano VI, jan./mar. 2006, nº 21/89:97.

SIKKINK, Kathrin. "A emergência, evolução e efetividade da Rede de direitos Humanos na América Latina. In, Construindo a democracia: Direitos Humanos, cidadania e sociedade na américa latina. Organizado por Elizabeth Jelin & Eric Hershberg; trad. De Ana Luiza Pinheiro. São Paulo:EDUSP:Núcleo de Estudos da Violência(NEV), 2006.

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

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 1991. A Proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____1993. Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: Vol. I, 1ª ed.,1997; Vol.II, 1ª ed.,1999a; Vol.III, 1ª ed., 2003.

_____2000. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. (1948-1997): as primeiras cinco décadas. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

_____2000a. O sistema Interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In, O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO.Coordenação: Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000(pp.103-152).

_____2003. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Vol. III. Porto Alegre:Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____1999. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: ARQUIVOS de direitos humanos. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Renovar. v.1 p.3-55.

_____1999a. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In, O cinqüentenário da declaração universal dos direitos do homem. Alberto do Amaral Júnior e Cláudia Perrone-Moisés (orgs.). São Paulo:EDUSP, 1999.

_____1986. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. Revista de Informação Legislativa, 90/233:288.

BALERA, Vânia Maria Ruffini Penteado e PINHO, Rodrigo César Rebelo. Educar pessoa com deficiência é dever de todos: a inclusão é um direito e tem de caminhar ao lado da educação - o processo já está em curso e exige reflexão de toda a sociedade. Artigo no Jornal Folha de São Paulo . São Paulo, quarta-feira, 08 de novembro de 2006: Opinião: TENDÊNCIAS/DEBATES. http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/CAO_CIVEL/FOLHA.DOC

WERNECK, Claudia. Ninguém mais vai ser bonzinho, na sociedade inclusiva. Rio de Janeiro:WVA, 1997.

_____. Você é gente? Rio de Janeiro:WVA, 2003.

DIREITO À EDUCAÇÃO

Patrícia Albino Galvão Pontes

Resumo: Análise da Constituição e das leis que tratam do direito à educação da criança com deficiência. Estudo sobre a inclusão escolar e o direito de opção da família.

Palavras chave: deficiência, inclusão escolar, educação, ensino, escolas.

Abstract: *Analysis of some provisions of the Constitution and laws about the right to education the chrildren with disabilities. A study of inclusive education and the family's right to choose it.*

Keywords: *Disabilitie, inclusive education, education, common education, schools.*

1. Educação: um Direito Fundamental de todas as pessoas

A Lei nº 7.853/89, conforme disposição contida em seu primeiro artigo, visa garantir o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, entre eles, o direito à educação.

A Constituição reconhece a importância deste direito fundamental ao considerá-la, no seu Art. 205, como imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho[1]. A sua negação reveste-se de gravidade extrema. Impedir o seu exercício significa condenar alguém a viver à margem da sociedade, privando-o do crescimento pessoal que apenas o convívio social é capaz de oferecer.

Sendo tal conduta praticada em desfavor de uma criança, esta se reveste de especial crueldade, pois a infância é o momento em que o indivíduo está mais apto ao aprendizado. A simples negação deste direito, nesta fase da vida, significa retirar-lhe toda e qualquer oportunidade de desenvolver-se como pessoa. A criança não pode esperar pelo momento da escola, pois este é o seu momento. Amanhã, será tarde demais e, todos os esforços porventura empreendidos já não mais farão sentido. Sobre a necessidade de atenção imediata deste direito na infância, vale transcrever as sábias palavras da poetisa Gabriel Mistral, ganhadora do Prêmio Nobel de Literatura, em 1945:

> Nós somos culpados de muitos erros e muitas faltas, mas nosso maior crime é abandonar as crianças, negligenciando a fonte da vida. Muitas coisas que nós precisamos fazer podem esperar: a criança não pode. Exatamente agora é o tempo em que os seus ossos estão sendo formados, seu sangue está sendo feito e seus sentidos estão sendo desenvolvidos. Para ela, não podemos responder "amanhã". Seu nome é hoje.

Em consonância com esta premissa, a nossa Constituição reconhece a fundamentalidade do direito à educação, ao elencá-lo entre os direitos sociais[2] (Art. 6º). Mais do que isso, introduziu comando expresso (Art. 205) afirmando que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da Família.

Tal direito tem um grande desafio: garantir o seu acesso a todos os indivíduos. A escola tem que ser para todos, não podendo nenhum aluno ser excluído, pois, todos devem ser aceitos como parte integrante do sistema educacional. Desta forma, cabe ao Poder Público e à sociedade implementar medidas tendentes à promoção da inclusão das pessoas com deficiência na rede regular de ensino.

A preocupação com a universalidade deste direito é internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos[3] de 1948, prescreve no Art. XXVI, 1 que toda pessoa tem direito à instrução[4]. Do mesmo modo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[5] reconhece, no Art. 13, o direito de toda pessoa à educação[6].

A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 06/12/06[7], reconhece que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura uma violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano, prescrevendo no Art. 5º a necessidade da coibição de qualquer tipo de discriminação[8]. Além disto, é reconhecido, no Art. 24, o direito à educação das pessoas com deficiência, assegurando um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, ao longo de toda a vida[9].

Ressalte-se a obrigação da família, pois esta tem responsabilidades quanto à implementação do direito à educação de suas crianças e adolescentes. A Constituição enfatizou no Art. 227, o dever geral da família, da sociedade e do Estado, prescrevendo ser dever destes entes sociais assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação, entre outros direitos[10].

Essa obrigação foi reforçada no Art. 229[11], da Constituição que reafirma o dever dos pais de educar os seus filhos menores. O Estatuto da Criança e do Adolescente repete tal dever, ressaltando a obrigação dos pais ou responsáveis de matricular os seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino (Art. 22 e 55[12]), sob pena de perda ou suspensão do poder familiar, nos termos do Art. 24 do mencionado diploma[13]. Neste mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) afirma o dever dos pais ou responsáveis de efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental (Art. 6º).

Assim, diante da normativa constitucional e legal, não cabe aos pais o direito de escolha no que se refere à matrícula de seus filhos com deficiência na rede regular de ensino. Ora, estamos a tratar de direito fundamental (no caso, o direito à educação) que, por sua própria natureza, possui como umas de suas características a irrenunciabilidade. Nesse sentido, José Afonso da Silva (1995, p. 176/177) ensina que:

> No qualitativo fundamental, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.

Todavia, apesar da clareza da impossibilidade deste "direito de opção", tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.699/06, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência e traz, no Art. 37, Parágrafo Único, disposição ABSURDA E INACEITÁVEL que fere de morte toda e qualquer disposição sobre direitos humanos. Diz o artigo:

> Projeto de Lei nº 7.699/06

Art. 37 ...

Parágrafo Único: Fica assegurado à família ou ao representante legal do aluno com deficiência o direito de opção pela freqüência às classes comuns da rede comum de ensino, assim como ao atendimento educacional especializado.

A situação se torna ainda mais grave ainda pelo fato de que o Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sobre o referido Projeto de Lei, então em curso no Senado Federal, aprovado em 06.12.2006, no que se refere a este assunto, foi no seguinte sentido:

> [...] o parágrafo único do artigo 37 do Substitutivo não conflita com o princípio de autonomia da pessoa com deficiência, por estar aqui tratando da pessoa com deficiência, que devido às condições intelectuais, não pode manifestar sua preferência, tanto assim que, o próprio texto encerra que o direito de preferência assiste ao representante legal, indicando tratar-se de representante de pessoa absolutamente incapaz, segundo o Código Civil.
>
> Quanto à possibilidade de escolha entre classes comuns da rede de ensino bem como atendimento educacional especializado, pondero que a redação do artigo 208, III, da Constituição Federal, repetida nos artigos 4º, III e 58 da LDB, ao determinar que a educação será efetivada mediante a garantia de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência preferencialmente na rede regular de ensino, apresenta um permissivo implícito, na medida em que o constituinte, ao utilizar o advérbio preferencialmente, permite que o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência seja prestado de outra forma que não apenas na rede regular de ensino, do contrário, teria dito o legislador que este atendimento educacional especializado dar-se-ia *exclusivamente* nesta rede, o que não foi dito.
>
> Não se pode conferir ao texto constitucional mera interpretação gramatical, literal. É preciso avaliar o que está implícito nesta desta literalidade.
>
> Assim, o artigo 208, inciso III da Constituição Federal e a legislação infraconstitucional correlata devem ser analisadas sob uma interpretação sistemática, que leve em conta o preceito normativo como integrante do ordenamento jurídico como um todo.
>
> Desta forma, o termo "preferencialmente" vem aquém daquilo que a Constituição pretendia dizer. E se a norma constitucional não disse expressamente aquilo que queria dizer, é preciso ler nas entrelinhas aquilo que não está escrito, mas implícito.[14]

O Parecer aprovou o substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 6/06, anexado ao mencionado Projeto de Lei nº 7.699/06. Embora com algumas alterações, o texto manteve o conteúdo da perigosa permissividade legal, em clara violação a um direito fundamental. Agora é o parágrafo único do Art. 27 que diz:

Projeto de Lei nº 7.699/06

Art. 27

> **Parágrafo único**. Fica assegurado à família, ou ao responsável legal, o direito de opção pela escola que julgar mais adequada à educação da pessoa com deficiência.

É inacreditável que, nos dias atuais, se tenha pensamento tão arcaico e preconceituoso quanto o proferido no Parecer acima transcrito. A leitura do referido texto acarreta profunda indignação, ainda mais pelo fato de ter sido o mesmo analisado e aprovado por membros do Congresso Nacional, especificamente pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

O mencionado Parecer denota total desconhecimento da matéria, ao ignorar que a deficiência mental é apenas uma das espécies do gênero deficiência, pressupondo o Relator que todos aqueles que possuem deficiência têm o seu intelecto comprometido. Além disto, o texto vai de encontro a todas as premissas da filosofia inclusivista, na medida em que afirma que essas pessoas não podem manifestar a sua preferência no tocante à escola regular, em razão de sua incapacidade absoluta. Reflete, portanto, um pensamento preconceituoso ao confundir deficiência com incapacidade, como se esta fosse uma conseqüência daquela, imaginando que aquela expressão traduz o antônimo de eficiência, quando na verdade o oposto desta última é a ineficiência.

Como visto, a aprovação do dispositivo que admite a segregação da pessoa com deficiência, por opção de seus pais ou representantes legais, baseia-se na redação do Art. 208, III, da Constituição. Este dispositivo afirma que a educação será efetivada mediante a garantia de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente, na rede regular de ensino. Supondo fazer uma interpretação sistemática, o Relator entendeu que o legislador constituinte estabeleceu um permissivo implícito quando utilizou o advérbio 'preferencialmente' permitindo, por conseqüência, a possibilidade de escolha entre as classes comuns da rede de ensino bem como o atendimento educacional especializado. Conclui que, do contrário, teria o legislador dito que este atendimento dar-se-ia "exclusivamente" nesta rede, o que não foi feito.

Na interpretação sistemática realizada, esqueceu-se a Comissão de verificar o que prescreve a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LBD (Lei nº 9.394/96) sobre o significado de "atendimento educacional especializado", confundindo os níveis de ensino com as suas modalidades.

Quando a Constituição trata da educação, está a mesma a se referir à educação escolar, responsável pelo desenvolvimento da base nacional comum prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educacional Nacional. Esta lei, em seu Art. 21, estabelece que a educação escolar compõe-se da Educação básica, formada por três etapas, quais sejam, educação infantil, ensino fundamental e ensino médio e, Educação Superior. Portanto, esta é a educação regular garantida como direito

fundamental pela Carta Magna, não se confundindo com o atendimento educacional especializado mencionado no Art. 208, III da Constituição.

O referido atendimento é prestado pela educação especial (Art. 58 a 60, da LDB) e visa à melhoria dos serviços educacionais colocados à disposição dos alunos. Esta é referida pelo Art. 58 da LDB como modalidade educacional[15] e, portanto, não se confunde com os níveis da educação escolar. A conclusão é extraída da própria estrutura tópica e organizacional da mencionada Lei. No Título V são apresentados os Níveis e as Modalidades de Educação e Ensino, sendo a educação especial tratada em capítulo destacado da Educação Básica e Superior, não podendo a mesma expedir certificação equivalente aos níveis de ensino.

Sendo a educação especial uma modalidade educacional, ela perpassa por todos os níveis escolares, desde a educação infantil até o ensino superior, não podendo por tal motivo, funcionar como um substitutivo da educação escolar. Aquela não funciona como um sistema paralelo de ensino com níveis e etapas próprias, podendo ser entendida como um instrumento, um complemento que deve estar sempre presente na Educação Básica e Superior para os alunos com deficiência que dela necessitarem (Ministério Público Federal, 2004).

Desse modo, não é aceitável o ensino prestado unicamente em escolas especiais ou em classes especiais (ainda que nas escolas regulares), pois a educação especial não é nível de escolarização e, portanto, não garante a educação regular de que trata a Constituição de 1988.

Optando os pais ou responsáveis apenas pela educação especial (ou atendimento educacional especializado) não estarão garantindo o direito fundamental à educação. Alie a isto o fato de que o titular do direito que aqui se pretende resguardar é a criança e o adolescente e não os seus pais, sendo estes meros representantes daqueles e, por conseqüência, estes últimos têm a obrigação de efetivar a realização do mencionado direito. Isto porque, sendo a educação um direito da criança e do adolescente, corresponde aos seus pais o dever de matriculá-los na rede regular de ensino, não podendo optar unicamente pelo atendimento educacional especializado.

O Art. 208, III, da nossa Constituição apenas autoriza que o atendimento educacional especializado seja também oferecido fora da rede regular de ensino. Assim, é totalmente equivocado o entendimento de que tal dispositivo dispõe sobre a possibilidade de preferência da educação escolar das pessoas com deficiência na rede regular.

Em conclusão, não há como existir em nosso ordenamento jurídico o Parágrafo Único, do Art. 27, do Projeto de Lei nº 7.699/06 em curso no Congresso Nacional, padecendo de vício de inconstitucionalidade, por afronta ao Art. 6º e ao Art. 205 da Constituição e, mais grave ainda, por violação aos princípios da

dignidade da pessoa humana, da igualdade e da cidadania e, por ofensa aos Direitos Humanos.

Deste modo, não cabe à família ou ao responsável legal a opção de matricular a criança ou adolescente com deficiência na escola regular. Trata-se de direito que se impõe, e a sua violação acarreta sanções de natureza civil (destituição ou suspensão do poder familiar) e penal (crime de abandono intelectual[16]).

A Constituição teve nítida preocupação com a observância do direito à educação, somente permitindo a admissão no trabalho a partir da idade de dezesseis anos, exceto na condição de aprendiz, o que pode ser dar a partir dos catorze anos[17], para fins de garantir permanência na escola.

No Art. 206, da nossa Constituição estão enunciados os princípios embasadores do direito à educação, quais sejam: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar pensamento, a arte e o saber; pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais do ensino garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial proporcional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; gestão democrática do ensino público, na forma da lei; e a garantia de padrão de qualidade.

Edilsom Pereira de Farias (1996, p.113) ensina que o direito à educação é mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar, ou seja, tempo livre, material escolar, etc.. Quanto mais restrito o acesso a uma educação de qualidade, mais reduzidas serão as condições necessárias ao alcance da plena cidadania.

Em razão da importância deste direito, a Carta Magna prevê a possibilidade de responsabilização civil e penal para as autoridades competentes, no caso do ensino obrigatório não ser oferecido, ou ainda, se for ele oferecido irregularmente (Art. 208, § 1º)[18]. Entenda-se por oferta irregular aquela que somente garante a vaga ao aluno sem atentar para a garantia de qualidade do padrão de ensino, aos princípios estabelecidos (Art. 206) e para a especificação do dever estatal (Art. 208).

Ressalte-se aqui que não somente a criança e o adolescente com deficiência têm o direito à educação na rede regular de ensino, mas todos aqueles que se encontrem nesta condição, independentemente da sua idade. A Carta Magna assegura, em seu Art. 208, I, última parte, a oferta gratuita do ensino para todos aqueles que não tiveram acesso na idade própria. A LDB assegura este direito disciplinando, nos Arts. 37 e 38, a educação de Jovens e Adultos.

A Constituição tratou de garantir, por todas as formas, a implementação do direito à educação. O Art. 208, § 1º estabelece que o acesso ao ensino obrigatório (entenda-se ensino fundamental) e gratuito é direito público subjetivo, não deixando dúvidas quanto à possibilidade de pleitear judicialmente a sua implementação através de prestações materiais por parte do Estado. Trata-se aqui do dever primeiro de um Estado, não sendo à toa que o Art. 6º, da Constituição inicia a enunciação dos direitos sociais pelo direito à educação.

Somente através da educação, poderemos atingir o ápice de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, através dela, serão formadas pessoas conscientes de seus direitos e de seu papel na sociedade. É preciso estimulá-las para desenvolver as suas potencialidades, já que a medida de auto-realização de cada indivíduo está ligada, indissoluvelmente, à educação que lhe é concedida. Faz-se necessário educar para a cidadania, convivendo com as diversidades e provocando a reflexão do comportamento humano, a fim de disseminar o combate ao preconceito e estimular a capacidade individual de cada um.

2. Atendimento Educacional Especializado

> Lei nº 7.853/89
>
> Art. 2º
>
> Parágrafo único, I
>
> a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diploma próprios;

A Lei nº 7.853/89, em razão de ser anterior à atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 9.394/96), traz denominações não mais utilizadas pela norma vigente. A própria Constituição extinguiu a organização da educação em graus, passando a dividi-la em educação básica (educação infantil, ensino fundamental e médio) e educação superior. Assim, a Lei nº 7.853/89 já nasceu desatualizada.

A antiga educação precoce e pré-escolar corresponde à atual educação infantil. O antigo sistema chamava o ensino fundamental e médio de primeiro e segundo graus, respectivamente. Já a educação supletiva equivale à educação de jovens e adultos, enquanto que a habilitação e a reabilitação profissionais correspondem à educação profissional.

Ressalte-se que a Lei em comento não fez alusão à educação superior. Todavia, tal omissão não implica na ausência de obrigatoriedade do oferecimento da educação especial nesta etapa escolar da vida do aluno. Analisando a legislação vigente, extrai-se tal conclusão da interpretação sistemática dos dispositivos 21 e

58, da LDB. Este último prescreve que a educação especial é modalidade de educação escolar[19], sendo a composição desta estabelecida no Art. 21, qual seja: educação básica e superior. Alie a isto o fato de que, tratando-se de modalidade educacional, a educação especial perpassa por todos os níveis escolares, desde o ensino infantil até o superior, bem como por todas as modalidades de educação (educação de jovens e adultos e educação profissional).

Na cartilha produzida pelo Ministério Público Federal com o apoio do Ministério da Educação sobre o acesso dos alunos com deficiência à rede regular de ensino, atenta-se para o fato de que, diferentemente da LDB, a Constituição não tratou da educação especial, mas sim do atendimento educacional especializado, não podendo, portanto, as duas expressões serem utilizadas como sinônimos. Para o mencionado documento, o legislador constituinte pretendeu, justamente, diferenciar o tipo de atendimento que vinha sendo prestado às pessoas com deficiência antes de 1988.

Justifica ainda a preferência pelo termo 'atendimento educacional especializado' em razão de que, na Constituição anterior, os alunos com deficiência eram considerados titulares do direito à Educação Especial, sendo esta matéria tratada no âmbito da assistência social e não nos dispositivos referentes à Educação em geral. Assim, para não ser inconstitucional, a LDB ao usar o termo Educação Especial deve fazê-lo permitindo uma nova interpretação, conforme os novos ditames constitucionais. Isto porque esta sempre foi vista como a modalidade de ensino que podia substituir os serviços educacionais comuns (2004, p. 10).

Independentemente da expressão que se preferir, há que se ter em mente que, atualmente, seja a educação especial ou o atendimento educacional especializado, não pode substituir a escolarização oferecida na classe comum da rede regular de ensino. Todavia, há realmente que se preferir a denominação trazida pela Constituição, pois a expressão 'educação especial' pode dar a idéia de que existe um sistema paralelo de ensino com níveis e etapas próprias.

O atendimento educacional especializado diferencia-se substancialmente da escolarização. Deve ser oferecido em horário oposto a esta, justamente para que os alunos possam freqüentar as turmas de ensino regular.

A Resolução nº 02/01, do Conselho Nacional de Educação, ao instituir as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, estabelece no Art. 1º que esta modalidade educativa é prestada aos alunos que apresentem necessidades educacionais especiais[20]. Esta terminologia é bastante abrangente, incluindo além dos alunos com deficiência, aqueles com altas habilidades, os que têm dificuldade de aprendizagem, enfim, todo e qualquer aluno que necessite de um atendimento educacional especializado. Desta forma, nem todos os alunos com deficiência terão necessidades educacionais especiais.

No tocante à identificação dos alunos com necessidades educacionais especiais, a referida Resolução do Conselho Nacional de Educação, estabelece o seguinte:

> Art. 5º: Consideram-se educandos com necessidades educacionais especiais os que, durante o processo educacional, apresentarem:
>
> I – dificuldades de aprendizagem ou limitação no processo de desenvolvimento que dificultem o acompanhamento das atividades curriculares, compreendidas em dois grupos:
>
> a) aquelas não vinculadas a uma causa orgânica específica;
>
> b) aquelas relacionadas a condições, disfunções, limitações ou deficiências;
>
> II – dificuldades de comunicação e sinalização diferenciadas dos demais alunos, demandando a utilização de linguagens e códigos aplicáveis;
>
> III - altas habilidades/superdotação, grande facilidade de aprendizagem que os leve a dominar rapidamente conceitos, procedimentos e atitudes.
>
> Art. 6º: Para a identificação das necessidades educacionais especiais dos alunos e a tomada de decisões quanto ao atendimento necessário, a escola deve realizar, com assessoramento técnico, avaliação do aluno no processo de ensino e aprendizagem, contando, para tal, com:
>
> I - a experiência de seu corpo docente, seus diretores, coordenadores, orientadores e supervisores educacionais;
>
> II - o setor responsável pela educação especial do respectivo sistema;
>
> III - a colaboração da família e a cooperação dos serviços de Saúde, Assistência Social, Trabalho, Justiça e Esporte, bem como do Ministério Público, quando necessário.

Rosita Carvalho (2000, p. 79) define a educação especial como o conjunto de recursos e serviços educativos utilizados para contribuir com o processo de aprendizagem de alunos que, por inúmeras causas endógenas ou exógenas, temporárias ou permanentes, apresentam necessidades educativas especiais. Sob esse enfoque, conclui não se tratar de um subsistema, mas sim da melhoria da qualidade das respostas educativas que a escola pode oferecer.

Conforme o Parecer nº 17/01, proferido pelo Conselho Nacional de Educação, por meio da Comissão de Educação Básica, referente à educação especial, todos os alunos, em determinado momento de sua vida escolar, podem apresentar necessidades educacionais, e seus professores, em geral, conhecem diferentes estratégias para oferecer respostas a elas. No entanto, existem necessidades educacionais que requerem da escola uma série de recursos e apoios de caráter mais especializado, que proporcionem aos alunos meios para o acesso ao currículo. Essas são as chamadas necessidades educacionais especiais. Trata-se de um conceito amplo, pois, ao invés de focar a deficiência da pessoa,

enfatiza o ensino e a escola, bem como as formas e as condições de aprendizagem (Griboski, 2004, p. 330).

Conforme entendimento proferido na cartilha produzida pelo Ministério Público Federal com o apoio do MEC (2004, p. 8), o atendimento educacional especializado pode ser entendido como a utilização dos instrumentos necessários à eliminação das barreiras que as pessoas com deficiência têm para relacionar-se com o ambiente externo. Por exemplo: ensino da Língua brasileira de sinais (LIBRAS), do código Braille, uso de recursos de informática e outras ferramentas tecnológicas, além de linguagens que precisam estar disponíveis nas escolas comuns para que elas possam atender com qualidade aos alunos com e sem deficiência.

O mencionado atendimento não pode ser entendido como aula de reforço. O seu objetivo não é repassar o conteúdo ministrado na classe regular, mas sim possibilitar ao aluno com necessidade educacional especial o acesso pleno ao conhecimento, oferecendo os instrumentos necessários desenvolva todas as suas potencialidades, seja no ambiente escolar, seja na vida diária.

Não é objetivo do atendimento educacional especializado oferecer uma educação à parte para os alunos com deficiência. Estes terão acesso a todas as aulas ministradas ao restante da turma. Portanto, é primordial que este atendimento seja prestado em horário diverso das aulas na classe regular, funcionando o mesmo como um complemento da escolarização.

Em conformidade com os atuais ditames constitucionais, é o processo de aprendizagem que deve ser adaptado às necessidades dos alunos e não os alunos serem obrigados a se adaptar ao que se pensa, preconceituosamente, a respeito de sua aprendizagem (Carvalho, 2000, p. 58). Para tanto, é interessante que se rejeite a designação pejorativa "aluno especial", como se todos os alunos não tivessem relevância para o sistema educacional.

Mittler (2003, p. 32) questiona se a linguagem que usamos serve aos nossos objetivos ou se os enfraquece. Essas crianças são consideradas "especiais" apenas porque o sistema educacional até então não foi capaz de responder às suas necessidades. O desafio da inclusão é que, ela objetiva a reestruturação do sistema para que este possa responder a uma gama inteira de necessidades especiais. Logo, devemos encontrar palavras que impeçam a rotulação dos alunos, ao mesmo tempo em que enfatizem os desafios do sistema.

Carvalho (2000, p. 78/79) dispõe que, talvez a educação especial possa ser reconceitualizada, deixando de ser entendida como a educação que se dirige a um determinado grupo de alunos, chamados de especiais, apenas por suas características ou déficits pessoais.

Como serviço de apoio, o atendimento educacional especializado abrange:

> a) currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos para atender as suas necessidades;
>
> b) terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados; c) professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;
>
> d) educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade;
>
> e) acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular (Art. 59 da LDB).

Percebe-se, portanto, que a educação inclusiva não se satisfaz com a simples matrícula dos alunos com deficiência nas escolas regulares. Há que se proporcionar as condições para o sucesso escolar de todos os alunos, favorecendo o acesso total ao conhecimento.

Para que a educação seja exitosa, é preciso que o processo de aprendizagem leve em consideração as diferenças individuais existentes entre os alunos. Desta forma, estes devem ser avaliados conforme as suas necessidades específicas e não mediante padrões rigidamente predeterminados. No atual sistema, importa muito mais os fracassos do que os avanços de cada um. É necessária a revisão do sistema de avaliações e o rompimento com o sistema tradicional de repetência, fazendo-se a avaliação do aluno através de um relatório de progresso.

A inclusão não implica no desenvolvimento de um ensino individualizado para os alunos que apresentam déficits intelectuais, problemas de aprendizagem e outros relacionados ao desempenho escolar. Na visão inclusiva, não se segregam os atendimentos escolares, seja dentro ou fora das salas de aula e, portanto, nenhum aluno é encaminhado a salas de reforço ou aprende a partir de currículos adaptados. É uma ilusão pensar que o professor consegue predeterminar a extensão e a profundidade dos conteúdos a serem construídos pelos alunos, assim como facilitar as atividades para alguns, porque, de antemão já prevê a dificuldade que possam encontrar para realizá-las. Na verdade é o aluno que se adapta ao novo conhecimento e só ele é capaz de regular o seu processo de construção intelectual (Ministério Público Federal : 2004, p. 34).

Reveste de imprescindibilidade a quebra das barreiras arquitetônicas dentro da escola (e não somente na sua entrada), a disponibilização de intérprete e de professor de língua de sinais, material didático em Braille, ensino do código Braille, entre outras medidas. É importante que todos os alunos, mesmo aqueles

que não possuem deficiências, se beneficiem desse conhecimento do aprendizado em língua de sinais e escrita e leitura no método braile, a fim de facilitar a comunicação entre todos, contribuindo para a construção da cidadania.

Com o já dito, o atendimento especializado não pode funcionar como um substitutivo do ensino regular, devendo aquele ser oferecido em caráter complementar, em horário diverso do horário das aulas. Deve o mesmo funcionar como algo a mais a ser oferecido, não podendo se admitir que as classes e as escolas especiais funcionem como um repositório do insucesso escolar.

Registre-se aqui que o Art. 58, § 2º da LDB, ao tratar da educação especial, estabelece que o atendimento educacional será prestado em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns do ensino regular. Todavia, isto não significa que ao aluno "que não conseguiu se integrar" será oferecido unicamente o atendimento educacional especializado. Primeiramente porque este é apenas um suporte, um apoio, um complemento e não a própria escolarização, significando esta possibilidade na negação do acesso ao direito à educação.

O sentido do dispositivo acima transcrito é o de que para aqueles alunos que, em razão de suas condições específicas, tiverem dificuldades de acesso aos ensinamentos prestados em sala de aula, será oferecido, em caráter complementar, um atendimento especializado para fins de facilitar o processo de aprendizagem.

Não há uma autorização da LDB para que a escolarização seja oferecida em ambiente escolar segregado, pois o objetivo do atendimento educacional especializado é remover as barreiras que impedem a freqüência desses alunos às classes comuns do Ensino Regular. Esse trabalho é constituído por um conjunto de recursos educacionais e de estratégias de apoio colocados à disposição dos alunos com deficiência, proporcionando-lhes diferentes alternativas de atendimento, reconhecendo as particularidades de cada aluno.

São consideradas matérias do atendimento educacional especializado: Língua brasileira de sinais (LIBRAS); interpretação de LIBRAS; ensino de Língua Portuguesa para surdos; Sistema Braille; orientação e mobilidade; utilização do soroban; as ajudas técnicas, incluindo informática adaptada; mobilidade e comunicação alternativa/aumentativa; tecnologias assistivas; informática educativa; educação física adaptada; enriquecimento e aprofundamento do repertório de conhecimentos; atividades da vida autônoma e social, entre outras (Ministério Público Federal : 2004, p. 11).

Todavia, antes de tudo, é preciso rever comportamentos e atitudes para que se esteja apto ao processo educacional inclusivo. Este exige ruptura de

paradigmas, quebra de barreiras. Se não houver uma mudança de postura na forma de receber e enxergar o aluno com deficiência, a inclusão não se realizará.

3. Escolas Especiais: Definição e Objetivos

> Lei nº 7.853/89
>
> Art. 2º
>
> Parágrafo único, I
>
> b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;

A denominação de "escola especial" tem relação com a expressão "educação especial". Assim, a escola é definida como "especial" em razão do serviço nela prestado, qual seja, o oferecimento do atendimento educacional especializado, nos moldes atuais.

Isto significa dizer que, apesar de definida como escola, a matrícula do aluno na escola especial não dispensa a freqüência è rede regular de ensino. Não é admissível a matrícula de aluno com deficiência, em idade de seis a 14 anos (período do ensino fundamental obrigatório), unicamente na escola especial como substituição à escola regular, pois o papel da primeira é de complementação à escolarização para o aluno que necessitar de atendimento educacional especializado.

Essa deve ser a única finalidade das escolas especiais: fornecer o atendimento educacional especializado como apoio complementar à escolarização. Não se pode mais aceitar a prática de encaminhar o aluno que não "consegue aprender" juntamente com o restante da turma para uma escola especial a fim de que esta se encarregue do papel do ensino regular.

Ressalte-se que a autorização para que o atendimento educacional especializado seja prestado também fora da escola regular está contido no Art. 208, III da Constituição Federal. Todavia, resta claro que o intuito do legislador constitucional foi no sentido da excepcionalidade desta situação.

As escolas especiais públicas e privadas estão inseridas no sistema educacional como prestadoras do atendimento educacional especializado, tendo por finalidade complementar a escolarização, prestando o apoio necessário ao processo escolar desenvolvido na escola regular, sendo vedada a possibilidade de matrícula unicamente neste estabelecimento em substituição à escola regular.

A escola é denominada regular quando reconhecida pelos órgãos oficiais de educação como apta ao oferecimento da educação básica. Isto não significa dizer, todavia, que as escolas especiais, sejam elas públicas ou privadas, não pre-

cisem ser autorizadas pelos órgãos oficiais de Educação. A Resolução 02/01, do CNE/CEB estabelece, no § 1º do Art. 10, que as escolas especiais devem cumprir as exigências legais similares às de qualquer escola quanto ao seu processo de credenciamento e autorização de funcionamento de cursos e posterior reconhecimento. Desta forma, precisam estas escolas ser reconhecidas pelos referidos órgãos como aptas ao oferecimento do atendimento educacional especializado.

É importante reafirmar que a escola especial não pode funcionar como reforço escolar, pois a escolaridade dos alunos com deficiência compete à escola regular. Como ressaltado na cartilha elaborada pelo Ministério Público Federal, o papel da instituição é o de oferecer o que não é próprio dos currículos da base nacional comum (2004, p. 16), devendo ser prestado o serviço de apoio especializado. Este consiste no ensino da LIBRAS (língua brasileira de sinais), do sistema Braille, na adoção de quaisquer outras técnicas e recursos especiais de ensino e aprendizagem que facilitem o acesso da pessoa com deficiência ao ensino em geral, além de preparar a pessoa com deficiência para a vida autônoma e social trazendo conteúdos sobre orientação e mobilidade, ajudas técnicas, mobilidade e comunicação, tecnologias assistivas, enriquecimento e aprofundamento do repertório de conhecimentos, entre outras que se fizerem necessárias.

Ao iniciar o atendimento de um aluno com deficiência, devem-se avaliar quais as suas necessidades educacionais especiais para que se possa definir o atendimento necessário.

No Parecer nº 17/01 sobre educação especial, o Conselho Nacional de Educação, através da Comissão de Educação Básica, declara que a referida avaliação pedagógica objetiva a identificação das barreiras que estejam impedindo ou dificultando o processo educativo. Acrescenta ainda que deve ser enfatizado o desenvolvimento e a aprendizagem do aluno, bem como a melhoria da instituição escolar, consistindo esta avaliação em um processo permanente. Para tanto, deve ser formada uma equipe, no âmbito da própria escola, integrada pelos profissionais que acompanhem o aluno. Prevê ainda que, sendo os recursos escolares insuficientes para a compreensão das necessidades educacionais dos alunos e para a identificação dos apoios necessários, a escola pode recorrer a uma equipe multiprofissional. Conclui que é a partir desta avaliação que se legitima a criação dos serviços de apoio pedagógico especializado para o atendimento das necessidades educacionais especiais dos alunos (Griboski, 2004, p. 331).

A finalidade desta modalidade educativa somente será atingida se prestada como complementação à escolarização, pois se parte da premissa da existência de barreiras que estejam impedindo ou dificultando o processo educativo desenvolvido na escola regular. Por isto é que se afirma que nem todo aluno com deficiência será público alvo do atendimento educacional especializado,

pois se o mesmo estiver tendo pleno acesso ao conhecimento ministrado em sala de aula, este atendimento não se fará necessário.

Visando a efetiva inclusão social, a LDB garante a educação especial para o trabalho[21] (Art. 59, IV). Neste propósito, prevê a Resolução 02/01, do CNE/CEB, no Art. 17, § 1º, que as escolas de educação profissional podem realizar parcerias com escolas especiais, públicas ou privadas, tanto para construir competências necessárias à inclusão de alunos em seus cursos quanto para prestar assistência técnica e convalidar cursos profissionalizantes realizados por essas escolas especiais.

Apesar de muitas escolas especiais serem denominadas de entidades filantrópicas, tem as mesmas a função de promoção da inclusão das pessoas com deficiência. Em razão disto, não basta ter "carinho e amor" no atendimento por elas desenvolvido para que se alcance os objetivos do atendimento educacional especializado. Trata-se de um trabalho muito mais sério e que vai muito além da boa vontade.

A escola especial ciente do seu papel, tem a responsabilidade de providenciar a matrícula do aluno nela atendido na escola regular. Tendo conhecimento da recusa ou de qualquer obstáculo oferecido por qualquer estabelecimento de ensino para o acesso do aluno com deficiência, o fato deve ser comunicado imediatamente ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade por omissão.

Não se pode permitir que as escolas especiais se omitam e silenciem quando as pessoas nela atendidas não estiverem tendo acesso à escola regular. Tal situação é motivo mais do que justificado para o descredenciamento da instituição, desautorizando-a da prestação do atendimento educacional especializado, em razão do descumprimento das exigências legais.

Ora, a manutenção dos alunos com deficiência unicamente nas escolas especiais é prática segregatória e atentatória de seus direitos fundamentais. Muitas vezes, esta opção aparece sob um falso manto de proteção que só serve para dificultar o processo de desenvolvimento pessoal de cada aluno. É importante e benéfica, para as crianças com deficiência, a convivência com a diversidade humana, pois influencia a superação de seus limites individuais.

4. O Atendimento Educacional Especializado na Escola Regular

Lei nº 7.853/89

Art. 2º

Parágrafo único, I

c) a oferta obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;

A Constituição (Art. 208, III), apesar de permitir que o atendimento educacional especializado seja oferecido fora da escola regular, deixa claro que a preferência é que ele seja prestado no estabelecimento de ensino que o aluno está matriculado.

Como já explicitado anteriormente, a oferta desta modalidade educacional deve se dar em todos os níveis de ensino, prescrevendo o § 3º, do Art. 58, da LDB o seu início na faixa etária de zero a seis anos.

Para a satisfação do dever constitucional de prestação do atendimento educacional especializado, o Art. 3º, Parágrafo Único da Resolução nº 02/01 CNE/CEB estabelece que as redes de ensino pública e privada devem constituir e fazer funcionar um setor responsável pela educação especial, dotado de recursos humanos, materiais e financeiros que viabilizem e dêem sustentação ao processo de construção da educação inclusiva.

É o que se extrai do documento publicado pelo Ministério da Educação e intitulado de "Ensaios Pedagógicos", em artigo de autoria de Denise de Oliveira Alves e Marlene de Oliveira Gotti (2006, p. 77):

> Os sistemas de ensino deverão organizar os espaços, recursos e serviços que compõe o atendimento educacional especializado. Este deve ser realizado, preferencialmente, em salas de recursos multifuncionais da própria escola de ensino regular onde o aluno esteja matriculado (...).
>
> Cabe às Secretarias de Educação avaliarem as demandas oriundas das escolas de sua rede no que se refere à organização e autorização de abertura de salas de recursos para a realização do atendimento educacional especializado.

O Conselho Nacional de Educação, por meio da Comissão de Educação Básica, no Parecer nº 17/01 sobre educação especial, definiu o serviço de apoio pedagógico especializado como sendo o conjunto de serviços educacionais diversificados, oferecidos pela escola comum, para responder às necessidades educacionais especiais do educando. Acrescenta ainda que eles possam ser desenvolvidos: a) nas classes comuns, mediante: a atuação de professor de educação especial, de professores intérpretes das linguagens e códigos aplicáveis, bem como de outros profissionais; itinerância intra e interinstitucional, consistente na orientação e supervisão por professores especializados, através de visitas periódicas às escolas; e outros apoios necessários à aprendizagem, à locomoção e à comunicação; b) em salas de recursos, nas quais o professor da educação especial realiza a complementação e/ou suplementação curricular, utilizando equipamentos e materiais específicos (2004, p. 336).

Para o sucesso escolar de todos os alunos, é imprescindível que a inserção dos alunos com deficiência nas classes comuns seja realizada de maneira

distributiva, pelas várias classes do ano escolar em que forem classificados, a fim de favorecer a convivência com a diversidade e a real inclusão.

Por vezes, em razão da necessidade de atenção individualizada do aluno, faz-se necessário que o atendimento educacional seja complementado com serviços especializados nas áreas de saúde, assistência social e trabalho.

A escola deve assegurar a todos os alunos as condições para o pleno acesso ao conhecimento, devendo ser respeitadas as limitações individuais. Desta forma, estes alunos devem ser avaliados conforme as suas necessidades específicas e não mediante padrões rigidamente predeterminados.

Há de ser romper com o sistema tradicional de repetência, pois o processo de avaliação do desempenho dos alunos com exigência de nota mínima, não atenta para as diferenças existentes na sala de aula. A repetência constante do aluno que não consegue apreender certos conteúdos, viola a garantia constitucional de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um[22] (Art. 208, V).

Em sua cartilha sobre educação inclusiva, o Ministério Público Federal adverte que estes mencionados alunos, mesmo não conseguindo aprender todos os conteúdos escolares, há que se garantir a eles o direito à convivência na escola, entendida como espaço privilegiado da formação global das novas gerações. Uma pessoa, com severas limitações, precisa inquestionavelmente dessa convivência. Além disso, os conteúdos escolares que esse aluno não conseguir aprender numa escola que lhe proporcione um ambiente desafiador e que adote as práticas de ensino adequadas à heterogeneidade das salas de aula, provavelmente não serão aprendidos em um ambiente segregado de ensino (2004, p. 22).

Levando em consideração as diferenças de cada aluno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional garante a terminalidade específica daqueles alunos que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os alunos superdotados ou com altas habilidades (Art. 59, II). A terminalidade específica implica na certificação de conclusão da escolaridade, habilitando o aluno para o ingresso no ensino médio ou na educação profissional. Todavia, a sua concessão deve ser fundamentada em avaliação pedagógica.

Assim, não é justificativa para a opção apenas pelo atendimento educacional especializado o fato de o aluno possuir severas limitações, pois a própria legislação prevê alternativas para esta situação. Além desta mencionada "opção" ser vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ela prejudica tanto as crianças com deficiência como também aquelas que não as possui, pois o

favorecimento da convivência plural beneficia a todos, tanto no aspecto humano como no aspecto pedagógico.

É sem dúvida, a heterogeneidade que dinamiza os grupos, dando-lhes vigor, funcionalidade e garantindo o sucesso escolar. Precisamos nos conscientizar de que as turmas escolares são e sempre serão desiguais, queiramos ou não. A aprendizagem como o centro das atividades escolares e o sucesso dos alunos como a meta da escola, independentemente do nível de desempenho a que cada um seja capaz de chegar são condições básicas para se caminhar na direção de escolas acolhedoras. O sentido desse acolhimento não é a aceitação passiva das possibilidades de cada aluno, mas o de sermos receptivos aos níveis diferentes de desenvolvimento das crianças e dos jovens. Afinal, as escolas existem para formar as novas gerações e não apenas alguns de seus futuros membros, os mais privilegiados (Ministério Público Federal, p. 34).

5. O oferecimento da Educação Especial para alunos em tratamento de saúde

> Lei nº 7.853/89
>
> Art. 2º
>
> Parágrafo único, I
>
> d) o oferecimento obrigatório de programas de educação especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência;

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prescreve que o atendimento educacional especializado será feito em classes, escolas, ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular (Art. 58, § 2º). Assim, o dispositivo acima transcrito autoriza que o atendimento educacional especializado seja prestado fora do espaço escolar, em decorrência da situação vivenciada pelo aluno.

Ressalte-se que, diante da atual normativa, não subsiste a restrição imposta pelo dispositivo em comento, no tocante à prestação do atendimento educacional especializado em hospitais apenas na etapa da educação infantil, haja vista que este é modalidade educativa que se aplica em todos os níveis de ensino.

A Resolução nº 02/01, do CNE/CEB dispõe que os sistemas de ensino devem organizar o atendimento educacional especializado aos alunos impossibilitados de freqüentar as aulas, em razão de tratamento de saúde que implique internação hospitalar, atendimento ambulatorial ou permanência prolongada em domicílio (Art. 13).

Ressalte-se que a LDB, em conformidade com o imperativo constitucional de garantia da educação a todos os alunos, não exigiu lapso temporal para que o direito ao atendimento educacional especializado possa ser exercido, tendo em vista o grave prejuízo acarretado ao aluno com a interrupção da educação. Desta forma, o critério de internação por prazo igual ou superior a 1 (um) ano estabelecido pelo dispositivo em comento não foi recepcionado pela Constituição.

O atendimento aqui analisado tem por objetivo a continuidade do processo de desenvolvimento e aprendizagem dos alunos matriculados na educação regular, contribuindo para o seu retorno e reintegração ao grupo escolar. Todavia, não há empecilhos para que o mesmo seja prestado também a pessoas não matriculadas no sistema educacional, facilitando o seu posterior acesso à escola regular.

A importância deste atendimento especializado nos hospitais reside no fato de que a mesma proteger o desenvolvimento do aluno, assegurando a sua reinserção escolar após a desinternação, garantindo a preservação do direito das crianças e adolescentes hospitalizados à educação. Além disto, este atendimento previne o fracasso escolar daqueles que se afastam da escola por motivos de saúde.

A hospitalização não implica, necessariamente, em qualquer limitação ao aprendizado escolar. O atendimento educacional especializado, nestas situações, além de dar continuidade ao processo de aprendizagem, influirá diretamente, no desenvolvimento pessoal do aluno, podendo servir como fator de melhora do estado de saúde, reduzindo o tempo de internação. Assim, esta modalidade de ensino traz importantes ganhos tanto para a educação quanto para a saúde.

Este atendimento educacional especializado ratifica a condição de cidadão do aluno, pois mesmo estando hospitalizado, continua ele como titular de todos os seus direitos fundamentais. É a afirmação da proteção integral conferida à criança e ao adolescente, onde lhes são assegurados todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (Art. 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O dispositivo traduz-se na verdadeira expressão "educação para todos", onde ninguém pode ser excluído do sistema educacional, independentemente de quaisquer condições temporárias ou contínuas que apresente.

Todavia, não se trata aqui de entretenimento ou de aproveitamento do tempo do aluno hospitalizada, mas sim de verdadeira promoção do processo de aprendizagem. Todavia, a atuação do educador deve tanto atender às necessidades educativas da criança, quanto respeitar seu ritmo pessoal e estado clínico.

6. Igualdade de tratamento entre todos os alunos

> Lei nº 7.853/89
>
> Art. 2º
>
> Parágrafo único, I
>
> e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;

O dispositivo em análise traduz uma decorrência do princípio da igualdade, na medida em que assegura aos alunos com deficiência os mesmos benefícios conferidos aos demais educandos. A Constituição garante o atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (Art. 208, VII).

Ao preconizar tal garantia, pretendeu o legislador assegurar reais condições de aprendizado. Há que se considerar que uma grande parte dos alunos do nosso sistema público educacional mora em comunidades rurais distantes, de difícil acesso. Nestas situações, a ausência de oferta do transporte escolar inviabiliza a efetivação da educação. Tratando-se de alunos com deficiência, há que se garantir o transporte escolar acessível àqueles que possuem deficiência física ou mobilidade reduzida, em obediência à Lei nº 10.098/00 e ao Decreto nº 5.926/04, que dispõem sobre os critérios básicos para a promoção da acessibilidade. Assim, a oferta de transporte inacessível viola o direito fundamental à educação de aluno com deficiência física.

Com relação ao material escolar, é direito do aluno com deficiência visual a sua disponibilização em método Braille. A desatenção a este preceito implica na inviabilização do acesso ao conhecimento, traduzindo-se em negação do direito fundamental à educação. Ressalte-se que esta obrigação de oferta de material acessível não se aplica apenas aos livros, se estendendo a todo e qualquer material trabalhado no âmbito escolar. Deste modo, tratando-se de aula passada em vídeo, há que se permitir o acesso às informações aos alunos com deficiência visual, mediante a disponibilização de aparelhos de televisão equipados com os recursos tecnológicos que permitam sua utilização por esses alunos e, aos alunos com deficiência auditiva, através de intérprete de LIBRAS.

Considerando a realidade de nosso país, a oferta da merenda escolar reveste-se de extrema importância, pois, muitas vezes, estamos tratando de crianças e adolescentes que não têm com o que se alimentar, convertendo-se tal direito em um grande incentivo para a freqüência às aulas. Há que se ressaltar que, no caso de crianças com diabetes ou outras situações em que se faça

necessária a observância de uma dieta específica, é direito do aluno a atenção às suas necessidades alimentares.

No que se refere à assistência à saúde, deve ser estabelecida uma articulação entre o sistema público de educação e o de saúde para fins de preservação dos direitos fundamentais dos alunos. Tratando-se de aluno com deficiência, esta necessidade se faz mais premente em razão das suas limitações. No caso de aluno com doença mental que não está tendo a devida assistência, deve o mesmo ser encaminhado para o tratamento médico especializado, sob pena de comprometimento do seu processo de aprendizagem. A escola, ao detectar que a criança apresenta problemas oftalmológicos, auditivos ou qualquer outro, há de requisitar a prestação do serviço de saúde ao educando que dela estiver necessitando.

Havendo a necessidade de o aluno ser assistido pelo sistema de saúde, não acarreta a interrupção das aulas, exceto se houver indicação médica para tanto (no caso, será prestado o atendimento educacional especializado no hospital ou em seu domicílio). A referida assistência pode ser prestada também através da transmissão de conhecimentos sobre higiene, alimentação equilibrada, educação sexual, entre outros assuntos, seja pelos próprios professores ou por profissionais da área respectiva. Desta forma, a escola pode ser utilizada também como espaço de promoção da saúde.

Considerando que o aluno com deficiência é parte integrante do sistema educacional, a ele também se aplica todo e qualquer benefício concedido aos educandos em geral. No caso de oferta de bolsas de estudos, fardamento escolar, oferecimento de modalidades esportivas, entre outros, o acesso do aluno com deficiência deve ser pleno, sob pena de configuração de situação discriminatória.

6. Integração versus Inclusão

> Lei nº 7.853/89
>
> Art. 2º
>
> Parágrafo único, I
>
> f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino.

Como explicitado no início aos comentários deste dispositivo, não há opção por parte dos pais ou responsáveis em matricular as crianças e adolescentes na rede regular de ensino, mas sim uma obrigação (em decorrência do previsto nos dispositivos 227 e 229, da Constituição; Art. 22 e do Estatuto da Criança e do Adolescente; Art. 6º da LDB; Art. 246 do CP), sob pena de configuração do

crime de abandono intelectual (encontrando-se o mesmo no período do ensino fundamental obrigatório), além da sanção civil de destituição do poder familiar.

Apesar de a lei em comento ter sido publicada após o advento da Constituição de 1988, a última parte deste inciso em análise, diverge totalmente dos princípios e prescrições do atual regime constitucional. Este estabelece que a educação é um direito de todas as pessoas, sendo a mesma condição necessária para a promoção da cidadania e garantia de sua dignidade. A prescrição na Lei nº 7.853/89 do direito de acesso ao ensino regular às pessoas com deficiência, desde que capazes de se adaptar ao sistema regular de ensino, reflete um resquício do movimento da integração escolar.

Diferentemente da inclusão, no processo de integração, não se favorece a todas as pessoas, mas somente àquelas que possuírem condições pessoais de se integrar. Para os que não se enquadrarem nesta situação, lhes restará o atendimento segregado em instituições especializadas de acordo com cada tipo de deficiência.

Vale salientar que, no âmbito da integração escolar, o aluno que conseguia se adaptar para freqüentar uma escola regular não era incluído no sistema educacional. Concedia-se a ele apenas a oportunidade de estar fisicamente na escola, não significando dizer que estava incluído. Por vezes, tal aluno estudava em salas especiais, o que implica em segregação, só que agora dentro da escola regular.

É importante registrar que nenhuma das formas de integração satisfaz plenamente, pois ela não exige mudanças por parte do estabelecimento de ensino, cabendo à pessoa com deficiência, exclusivamente, o esforço para se integrar.

No Brasil o movimento de integração esteve bastante forte nas décadas de 1970 e 1980, daí a existência de normas dessa época reconhecendo direitos, mas de forma condicionada: "sempre que possível," "desde que capazes de se adaptar", e assim por diante.

Todavia, quem dirá se é possível a inclusão ou quem é capaz de se adaptar? A Constituição, quando prescreve o direito à educação, não confere a ninguém este tamanho poder de escolher quem dela poderá desfrutar. Constitui-se em direito de todas as pessoas. Não se pode conceber um critério subjetivo de escolha dos alunos onde, no período de matrícula, será feita uma triagem: esse tem condições, esse não tem...

Diferentemente na inclusão, a escola tem que se modificar para incluir a pessoa com deficiência, pois é aquela quem precisa ser capaz de atender às necessidades de todos os alunos e não o contrário. Portanto, a integração é a contraposição do atual movimento de inclusão. Nesta, o esforço é bilateral, mas é principalmente a escola quem deve impedir que a exclusão ocorra.

Apesar das diferenças, integração e a inclusão possuem o mesmo objetivo: a inserção da pessoa com deficiência na sociedade. Todavia, a inclusão é total e incondicional, significando, antes de tudo, deixar de excluir. Já a integração é parcial e condicionada às possibilidades de cada pessoa. Na escola que pratica a integração, será integrado aquele aluno que tiver condições de freqüentar e acompanhar a sala de aula. Já na escola inclusiva, esta terá que encontrar as respostas educativas às necessidades específicas de cada aluno, quaisquer que sejam elas. Na integração se dá oportunidade, na inclusão se reconhece o direito.

Conforme ensina Sassaki (1999, p. 17), a inclusão se inspira sob novos princípios, quais sejam: celebração de diferenças, direito de pertencer, valorização da diversidade humana, solidariedade humanitária, igual importância das minorias e cidadania com qualidade de vida. É preciso transformar a visão assistencialista da sociedade em uma questão de direitos humanos.

A inclusão não é uma questão fácil de se refletir. Ou se aceita ou não se aceita. Ou se adere totalmente aos seus princípios, ou simplesmente não se fala de inclusão. Não há meia inclusão. O mais polêmico, nesta teoria, é, com certeza, o fato de ser ela incondicional. Sassaki (1999, p. 19) preceitua que um dos seus princípios é a rejeição *zero*, também conhecida como exclusão *zero*.

Trata-se de um movimento internacional e irreversível. Este teve os seus contornos definidos, pela primeira vez, na Assembléia das Nações Unidas, em 1990, por meio da Resolução 45/91 que define uma sociedade para todos. É preciso lembrar que, quando se fala em inclusão, não somente está a se referir às pessoas com deficiência, mas a todas as minorias (negros, homossexuais, ciganos, índios, entre outros).

Conforme Werneck (2000b, p. 21), a inclusão não é uma forma generosa de se resolver os problemas das pessoas com deficiência. Ela se faz necessária diante da sociedade desigual em que vivemos, confrontando diretamente os objetivos constitucionais da não-discriminação e da valorização do homem, na condição de ser humano.

Afirma-se que, apesar de a Constituição não conter a expressão *inclusão,* são os princípios dessa filosofia que se encontram albergados no texto constitucional. Atente-se bem: está elencado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (Art. 3º) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde as desigualdades sociais devem ser reduzidas, promovendo-se o bem de todos sem qualquer tipo de preconceitos; como princípios fundamentais estão a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade. Portanto, à qualquer pessoa não poderá ser negado o direito de fazer parte da sociedade e, por conseqüência, da rede regular de ensino.

É interessante mencionar que os documentos legislativos, internacionais e nacionais, por vezes utilizam a expressão integração como sinônimo de inclusão[23]. Apesar disso, a ONU, por meio da Resolução 45/91[24], consagrou a expressão uma 'sociedade para todos', demonstrando qual o objetivo a se perseguir.

A escola inclusiva é pensada para todos os alunos. Mas de que "todos" estamos falando? "Todos" em qualquer situação? Independente da sua condição? Não há como fragmentar as circunstâncias, em quaisquer que sejam elas. Sempre, "todos" estarão como partes do sistema educacional.

É preciso conceber, na verdade, a idéia de escola para todos no seu sentido mais abrangente, de forma a não excluir ninguém do sistema educacional. Werneck (1999, p. 195) atenta que pode até parecer absurdo que toda criança tenha o direito de freqüentar a escola regular, incluindo aquela cuja única forma de comunicação seja piscar os olhos, mas esta é a proposta da sociedade inclusiva. Por que retirar dessas crianças a oportunidade de convívio social? A simples alegação de que não irão apreender os conceitos ministrados em sala de aula não convence, posto que este não é o único objetivo da educação. Ora, esta criança, dentro das suas limitações, pode, certamente, evoluir. Se ela, ao chegar à escola, era incapaz de responder a qualquer estímulo e, ao final do ano, em decorrência da convivência e do contato com os outros alunos, ela sorri sempre quando alguém se aproxima, é preciso reconhecer que, dentro das suas limitações, houve uma significativa evolução. Com este resultado, pode-se afirmar que a escola cumpriu com a sua função social de fornecer respostas a todos os alunos.

Tratando-se de pessoas sem quaisquer condições de interação com o meio externo, estas necessitam de cuidados de saúde que as impedem, ao menos temporariamente, de receberem educação escolar. Caso ocorra uma melhora dessa condição de saúde, ainda que pequena, essas pessoas por direito deverão freqüentar escolas comuns da rede regular. Nesses ambientes educativos, certamente elas terão melhores oportunidades de se desenvolver no aspecto social e, quanto aos aspectos educacionais escolares, esses alunos poderão aprender o que lhes for possível (Ministério Público Federal, 2004, p. 22).

Pelo princípio da inclusão, a ninguém deve ser negada sua real e efetiva participação. As escolas devem se ajustar às necessidades dos alunos, quaisquer que sejam suas condições, não se admitindo exceções, daí ser uma educação para todos. Alunos diferentes terão oportunidades diferentes para que o ensino alcance os mesmos objetivos.

A verdadeira escola é aquela para onde todos os alunos daquele bairro, daquela comunidade, vão estudar. Esse é o espaço privilegiado da preparação para a cidadania e para o pleno desenvolvimento humano, objetivos previstos na Constituição Federal, que devem ser alcançados pelo ensino (Fávero, 2004, p. 53).

A inclusão educacional pretende o que se deseja de uma escola: o favorecimento da convivência com a diversidade, a instituição do respeito e da fraternidade entre as pessoas, sem excluir ninguém do ensino regular. Somente dessa forma, preparar-se-ão verdadeiros cidadãos do futuro, construindo uma escola livre de preconceitos.

A escola inclusiva é benéfica para todas as pessoas, devendo o convívio com as diferenças ser estimulado desde o início, desde a mais inicial das formas de convivência social: a educação infantil. A partir do momento em que se favorece o convívio com a diversidade desde cedo, se ganha na construção da cidadania, pois a única forma de combater o preconceito, eficazmente, é na infância, impedindo que o mesmo apareça. Esse convívio plural formará adultos conscientes de que o processo inclusivo é salutar e necessário, pois aqueles que, na infância, sempre desfrutaram da presença de crianças e adolescentes com deficiência em sua escola, não duvidarão da capacidade destas pessoas e, com certeza, estimularão a inclusão de todos em um mesmo ambiente (seja escola, trabalho, lazer...).

Mittler (2003, p. 17) acredita que o maior obstáculo para a mudança está dentro de nós mesmos, seja nas nossas atitudes, seja nos nossos medos. A nossa tendência é a de superestimar as dificuldades que podem enfrentar as pessoas com deficiência, assim como temer os desapontamentos que eles podem experimentar se "falharem". Mas isso é cair na linguagem do "nós" e do "eles", dificilmente estas são as palavras que constroem uma sociedade inclusiva ou uma escola inclusiva.

É tempo de mudar as escolas, as atitudes, os pensamentos, o ambiente como um todo. Inclusão significa transformação. Sem este redimensionamento no atual panorama escolar, poder-se-á falar em outra coisa, mas não de inclusão.

Os professores precisam se conscientizar de que o seu papel é educar os seus alunos, mas não os que ele escolhe, mas os que a ele chegam. Os diretores das escolas públicas também têm que assumir a sua função, cobrando do Executivo os suportes necessários para a concretização deste novo paradigma educacional. As Secretarias de Educação têm que incluir em suas prioridades a formação continuada dos docentes, pois não se deseja transferir o desafio unicamente para o professor. Este desafio é de todos! Do mesmo modo, os pais ou responsáveis precisam reivindicar o direito de suas crianças e adolescentes sem se conformar com as rejeições praticadas. Todos têm que se envolver nesse processo, que não é fácil, diga-se de passagem, mas que é necessário e irreversível.

O Ministério Público tem que assumir uma postura bastante ativa nessa área, sendo ele também responsável pela inclusão social. Cabe a esta instituição exigir das escolas a realização de uma política inclusiva.

O principal responsável por esta implementação é o Poder Público que, obrigatoriamente, deve incluir em seus orçamentos recursos públicos para a viabilização da real inclusão, além de promover as políticas públicas necessárias para a progressiva concretização da educação para todos.

Diante da natureza do direito à educação, a omissão do Poder Público acarreta a obrigatoriedade de ação por parte do Ministério Público que, por sua vez atuará, preventivamente, na tutela do orçamento podendo utilizar-se da ação civil pública, do termo de ajustamento de conduta ou da recomendação, a fim de garantir os recursos necessários para a devida implementação do direito.

Apesar de a reversão do quadro atual ser lenta, pois não se modifica todo um sistema "do dia para a noite", ela é plenamente possível. As barreiras e as dificuldades existem. O Ministério Público encarregado de zelar pela efetividade dos direitos consagrados à pessoa com deficiência, assume o papel de agente transformador, a fim de tornar a sociedade inclusiva e elevar tal parcela da população à condição de cidadão, garantindo a plenitude de sua dignidade humana.

Notas

[1] Art. 205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[2] Art. 6º da Constituição: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[3] Foi aprovada pela Resolução 217, na 3ª sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, em 10/12/1948, sob a presidência de Eleanor Roosevelt, tendo o Brasil assinado a referida Declaração na própria data de sua adoção e proclamação.

[4] Art. XXVI. 1: "Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito".

[5] Adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19.12.1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 06.07.1992.

[6] Art. 13.1: Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz".

(Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 06.07.1992).

[7] A Convenção foi assinada pelo Brasil em 30.04.07, em Nova Iorque, porém, ainda não foi ratificada.

[8] Art. 5 - Igualdade e não-discriminação: 1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei; 2. Os Estados Partes deverão proibir qualquer discriminação por motivo de deficiência e garantir às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.

[9] Art. 24 – Educação: 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para realizar este direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes deverão assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos (...); 2. Para a realização deste direito, os Estados Partes deverão assegurar que: a. As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino fundamental gratuito e compulsório, sob a alegação de deficiência (...).

[10] Art. 227: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

[11] Art. 229: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm os dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

[12] Art. 22: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir a fazer cumprir as determinações judiciais". Art. 55: "Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino".

[13] Art 24: "A perda e a suspensão do pátrio-poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22".

[14] Disponível em webthes.senado.gov.br/bin/gate.exe?f=tocn&state=plsd9t.1.21, acesso em 08.07.07.

[15] Art. 58 da LDB: Entende-se por educação especial, para os efeitos desta lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educando portadores de necessidades educacionais especiais (grifo nosso).

[16] Art. 246 do Código Penal: "Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção de 15 (quinze) dias a 01 (um) mês, ou multa". Art. 7º, XXXIIII da CF: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

[17] Art. 227, § 3º da CF: "O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII".

[18] Ar. 208, § 1º: "O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente".

[19] Art. 58 da LDB: Entende-se por educação especial, para os efeitos desta lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.

[20] Art. 1º da Res. CNE/CEB nº 02/01: A presente Resolução institui as Diretrizes Nacionais para a educação de alunos que apresentem necessidades educacionais especiais, na educação básica, em todas as suas etapas e modalidades.

[21] Art. 59, IV da LDB: Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais a educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficias afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora.

[22] Art. 208, V da CF: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

[23] A Resolução 49/153 (1995) tem em seu título: Em direção à plena integração de pessoas com deficiência na sociedade.

[24] Assembléia Geral das Nações Unidas, 68ª Sessão Plenária em Nova York, 14 de dezembro de 1990.

Bibliografia

CARVALHO, Rosita Edler. A nova LDB e a Educação Especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. WVA, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira de. A Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

GRIBOSKI, Cláudia Maffini (Org.). et. al. Direito à Educação: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais: orientações gerais e marcos legais. Brasília: MEC, SEESP, 2004.

KONZEN, Afonso Armando. et al (Coord). Pela Justiça na Educação. Brasília: MEC, Fundescola, 2000.

MANTOAN, Maria Teresa Égler. Caminhos Pedagógicos da Inclusão. Disponível em: <http://www.educacaoonline.pro.br/art_caminhos_pedagogicos_da_inclusao.asp>. Acesso em: 10 ago 2005.

_____. Ensinando a Turma Toda: As Diferenças na Escola. Disponível em: http://intervox.nce.ufrj.br/~elizabet/turma.htm.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Especial. Ensaios Pedagógicos. III Seminário Nacional de Formação de Gestores e Educadores – Educação Inclusiva: Direito à Diversidade. Brasília: Ministério da Educação, 2006;

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. O acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular. 2ª edição. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

MITTLER, Peter. Educação Inclusiva: Contextos Sociais. Traduzido por Windyz Brazão Ferreira. Porto Alegre: Artmed, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os diferentes, os iguais e você. Belo Horizonte. 2005. Disponível em: <http://www.carmenrocha.com.br/artigos/artigos.asp#>. Acesso em 9 nov. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA Editora, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

WERNECK, Claudia. Sociedade Inclusiva: Quem cabe no seu todos? Rio de Janeiro: WVA Editora, 1999.

_____. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2000.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À SAÚDE

Lenildo Queiroz Bezerra

Resumo: Identifica e analisa as normas que disciplinam o direito à saúde da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Parte-se do pressuposto de que o direito à saúde da forma concebida pela Constituição, é um direito fundamental da pessoa humana e, como tal, público, subjetivo, universal e irrenunciável, assecuratório do indissociável e supremo direito à vida. Identifica seus principais aspectos relacionados à pessoa com deficiência, destacando as inovações que decorreriam da promulgação do Projeto de Lei nº 7.699/2006, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Discorre-se sobre o princípio da isonomia, enfatizando a necessidade de se alcançar o aspecto substancial por meio de medidas que compensem os débitos funcionais que são inerentes às pessoas com deficiência, dentre às quais, o tratamento especializado, não discriminatório, prioritário e preventivo, que receberam atenção especial em tópicos específicos.

Palavras-Chaves: pessoa com deficiência, deficiência, direito à saúde, direito fundamental, estatuto da pessoa com deficiência, tratamento, prioritário, especializado, não discriminatório, isonomia.

Abstract: *Identify and analyze the norms that run the right to the health of people with disability in the Brazilian legal system. It runs from the point that the right to the realth made by the constitution is a fundamental right of human beings and, such as public, subjective, universal and undone, securitizing the unsocial and extremely right to the life. It identifies their owns aspects related to the people with disability pointed the innovations that ran from the promulgation of the right project 7.699/2006, that treats of the statute of the person with disability, it runs from the beginning of the isonomy, pointing the necessity to reach the substantial aspect by the manners that compensates functional debts which are inherent to the people with disability, who the specialized treatment, not discriminating, preventive and priority, that received special attention in specific points.*

Keywords. *People with disability, disabled, rights to the health, fundamental rights, the statute of the person with disability, treatment, priority, specialized, not discriminating, isonomy.*

1. Introdução

Os conceitos e impressões equivocados estabelecidos em relação às pessoas com deficiência, excluídas das relações convencionais da sociedade que é em grande parcela hipócrita e preconceituosa e que tem dificuldades em aceitar com naturalidade os débitos funcionais humanos, sempre foram obstáculo à efetivação de seus direitos.

Estigmas foram criados e sua superação é um processo moroso, mas que ganhou destaque durante o Renascentismo, período caracterizado pela valorização da pessoa humana. A partir desse momento histórico, vêm sendo contabilizadas importantes conquistas, passando a sociedade, que até então impunha à pessoa com deficiência uma trajetória de exclusão, a gradativamente reconhecer-lhe direitos impostergáveis.

A exclusão a que as pessoas com deficiência estavam sujeitas implicava em restrições ao exercício de direitos fundamentais, dentre os quais, a saúde. Isto porque, durante muito tempo imperou o consenso de que seria contraproducente garantir-lhes acesso aos serviços sanitários, diante das reduzidas expectativa de vida e capacidade laboral, razão pela qual se buscava de maneira incessante a cura para a deficiência, o que raramente demonstrava-se viável, deixando de se trabalhar a possibilidade de simplesmente assegurar-lhes a dignidade.

O Poder Público no Brasil impulsionado pelo movimento globalizado que conferiu realce em passado recente da história humana à valorização social da pessoa com deficiência, representada por 14,5% (catorze e meio por cento) dos habitantes segundo dados do Censo 2000 do IBGE, passou a editar textos normativos que, dispondo a respeito do direito à saúde das pessoas com limitações funcionais, deflagraram o processo de inclusão social, contribuindo sensivelmente para o aumento substancial da expectativa e da qualidade de vida. É o que se verifica especialmente a partir do advento da Constituição da República de 1988, e com a legislação federal infraconstitucional que se seguiu, notadamente, a Lei nº 7.853/89, a Lei nº 8.069/90, a Lei nº 9.656/98, a Lei nº 11.105/2005 e, os Decretos nos 3.298/99 e 5.296/2004.

Nesse contexto, o Estado brasileiro, no dia 30 de março de 2007, deu um importante passo para promover e consolidar os direitos das pessoas com deficiência ao assinar a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada por unanimidade pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU em dezembro de 2006, a primeira a ser lançada no Século XXI, tendo sido o primeiro tratado na área dos direitos humanos mais rapidamente aprovado na história do Direito Internacional.

Ao aderir à Convenção o Brasil reforça o compromisso de adotar medidas legislativas e administrativas para assegurar os direitos na mesma reconhecidos. Esta tem como princípios o respeito pela independência da pessoa, não-discriminação, efetiva participação e inclusão social, respeito às diferenças e a igualdade de direitos. No Art. 25 preconiza o reconhecimento pelos Estados signatários do direito de as pessoas com deficiência usufruírem o padrão mais elevado possível de saúde, sem discriminação baseada na deficiência, devendo ser adotadas todas as medidas apropriadas para assegurar serviços de saúde sensíveis às questões de gênero, incluindo a reabilitação.

Embora não se possa deixar de reconhecer a importância das conquistas até o presente instante obtidas, deve-se analisar se efetivamente a consolidação das normas através da promulgação do Projeto de Lei nº 7.699/2006, de iniciativa do Senador Paulo Paim, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, constituiria um avanço em prol do público ao qual é dirigida.

2. Direito à saúde

A saúde, elemento de cidadania, concebida na Constituição da República como direito fundamental do homem (Art. 196), é um direito público de cunho subjetivo, universal e irrenunciável, assecuratório do indissociável e supremo direito à vida, oponível contra o Estado, em quaisquer de suas esferas, na incessante perseguição da ordem social justa, sendo inadmissível o estabelecimento de condicionantes ao seu exercício.

A aparente programaticidade da norma constitucional assecuratória do impostergável direito à saúde encontra obstáculo intransponível na Carta Constitucional Brasileira que possui como fundamento a dignidade da pessoa humana (Art. 3º, I), e a necessidade de se reconhecer que a aplicabilidade imediata e a eficácia plena constituem conseqüência da constatação da fundamentabilidade do direito em disceptação.

> Por outro ângulo, em uma verdadeira hermenêutica voltada aos fins da justiça social, esta discussão acerca da programaticidade ou da aplicabilidade das normas sanitárias seria inócua, afinal qual o sentido de não fazer valer normas que procuram proteger o maior bem que todos possuímos (a vida)? De que valeria o poder constituinte originário autorizar ao poder constituído que este viesse a prejudicá-lo por interesse que não os seus, negando o caráter comunitária de nossa Lei Maior? (SCHWARTZ, 2001, p. 64-65).

O Supremo Tribunal Federal, corte incumbida da preservação da autoridade da Constituição Federal em nosso país, instado a deliberar a respeito da matéria, nos autos do Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário nº 393175/RS, em julgamento ocorrido aos 12 dias do mês de dezembro de 2006, publica-

do no Diário da Justiça de 02 de fevereiro de 2007, na Segunda Turma, acompanhando à unanimidade o voto relatado pelo Ministro Celso de Mello, projetou a saúde como um direito público subjetivo indisponível assegurado à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República, ao decidir nos termos da ementa a seguir transladada:

> PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria

> humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.

A saúde é um bem primário, no sentido de que se sobrepõe aos demais direitos fundamentais em face do seu caráter imediatista, garantidor do direito à vida e assecuratório do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. Contudo, somente alcança a efetividade se disponibilizada a fruição de outros direitos, igualmente fundamentais, que lhe dão suporte, possuindo como fatores determinantes e condicionantes, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (Art. 3º, da Lei nº 8.080/90).

3. A isonomia como pressuposto para o alcance de direitos à pessoa com deficiência

Através do postulado principiológico da igualdade ou isonomia, consagrado como princípio informador de toda a ordem constitucional, busca-se combater privilégios injustificados, bem como contribuir para a diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades evidenciadas diante do caso concreto.

> Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça (MORAIS, 2001, p. 62).

> A paridade de tratamento exaure-se no princípio retributivo. O princípio da igualdade supera a posição formal da paridade para realizar a igualdade substancial: quando existe desigualdade de fato, não existe espaço para o princípio da paridade de tratamento (PERLINGIERI, 1997 apud BEVERVANÇO, 2003, p.126).

Objetivando atender satisfatoriamente ao princípio da igualdade, foram estabelecidos privilégios no nosso sistema normativo em favor de pessoas com deficiência, buscando-se compensar débitos funcionais que lhes são inerentes e que durante um longo período da história humana constituíram o motivo para sua total exclusão da participação sócio-comunitária.

Por possuírem, as pessoas com deficiência, necessidades especiais, torna-se imperativo compreender que, além dos direitos relativos a todos, devem

lhes ser reconhecidos direitos específicos, que compensem, na medida do possível, as limitações e impossibilidades a que estão sujeitas, inclusive os que concernem ao sistema sanitário, onde se situam as mais flagrantes necessidades do ser humano com limitações funcionais acentuadas.

Assim, para que se atenda substancialmente ao preconizado no princípio da isonomia devem ser assegurados nos serviços de saúde, pelo Poder Público, atendimentos especializados, não discriminatórios, prioritários e preventivos, que serão objeto de análise a seguir.

3.1 O atendimento prioritário

Consoante observado, o atendimento prioritário na área de saúde, uma das vertentes do postulado da igualdade, constitui direito assegurado à pessoa com deficiência, estando regulamentado no Decreto nº 5.296/2004, que em seu Art. 6º dispõe consistir em tratamento diferenciado e atendimento imediato.

Por atendimento imediato deve-se compreender aquele prestado às pessoas com deficiência antes de qualquer outra, depois de concluído o atendimento que estiver em andamento, observada a absoluta prioridade constitucional preconizada no Art. 227, *caput*, da Constituição da República, à criança e ao adolescente e a ressalva à primazia no atendimento às pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos, estatuída no inciso I, do parágrafo único, do Art. 3º, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Deve-se observar, no entanto, que em qualquer hipótese prevista para o atendimento prioritário, estão excluídas as situações de urgência (resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional) e emergência (os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente), onde a discricionariedade e os critérios médicos excepcionam a prioridade estabelecida para o atendimento às pessoas com deficiência. Afinal, somente os profissionais da área médica poderão definir as prioridades, sob pena de se correr o risco de não se obter êxito no salvamento de vidas viáveis, diante da atenção que nortearia em situações de normalidade o atendimento especializado nas diversas áreas.

O Projeto de Lei nº 7.699/06, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, reforça o direito atualmente conferido no Decreto nº 5.296/2004 ao contemplar, em seu Art. 5º, ser dever do Estado, da sociedade, da comunidade e da família assegurar, com prioridade, às pessoas com deficiência a plena efetivação, dentre outros, dos direitos referentes à saúde, que implicaria, segundo disposto no Art. 6º, em primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, em precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à popula-

ção e na garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais. O projeto de lei excepciona, como não poderia deixar de fazer, os serviços de emergência dos estabelecimentos públicos e privados de atendimento à saúde, ao condicionar a primazia à avaliação médica em face da gravidade dos casos a atender.

De forma a satisfazer a conceituação terminológica adotada pelo Art. 35-C, da Lei nº 9.656/98 e evitar interpretações equivocadas, reputa-se necessário inserir dentre os atendimentos que estariam excluídos da prioridade, não apenas o atendimento de emergência, mas também, por não se admitir diferenciações arbitrárias, o atendimento de urgência.

No que se refere, ainda, ao atendimento prioritário nos serviços de saúde, a proposta legislativa enumera como ação específica dirigida às pessoas com deficiência, a garantia de atendimento domiciliar, a assistência imediata e a disponibilização de locais apropriados para o cumprimento da prioridade no atendimento, o que incluiria a possibilidade de agendamento de consultas, realização de exames e procedimentos médicos.

3.2 O atendimento especializado

Não obstante suas intensas limitações funcionais, hodiernamente as pessoas com deficiência têm sobrevida semelhante às demais e os avanços observados no atendimento especializado tiveram um papel fundamental para o estabelecimento desse novo patamar orientador.

Nem sempre foi assim. Em decorrência de prognósticos pessimistas que apontavam a inutilidade dos progressos que poderiam ser obtidos através de tratamentos destinados especificamente às pessoas com deficiência, não se ofereciam propostas de atenção especializada. Com o avanço científico, verificou-se a exeqüibilidade da vida com dignidade a essa parcela da população, mediante o oferecimento de serviços médicos especializados.

Diante desse novo paradigma, o Art. 2º, II, c, da Lei nº 7.853/89, estabeleceu que ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à saúde mediante a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação.

Em compasso com a norma federal acima referida, mas avançando em relação à mesma, o Art. 17, do Decreto nº 3.298/99, que a regulamentou, assegurou o benefício do processo de reabilitação a toda pessoa que apresente deficiência, qualquer que seja sua natureza, agente causal ou grau de severidade, o qual deverá durar o tempo necessário ao alcance do nível físico, mental ou social funcional ótimo, proporcionando-lhe os meios de modificar sua própria

vida, podendo compreender medidas visando a compensar a perda de uma função ou uma limitação funcional e facilitar ajustes ou reajustes sociais.

E o mesmo Decreto nº 3.298/99, na esteia do Art. 11, §§ 1º e 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclui na assistência integral à saúde e reabilitação da pessoa com deficiência a concessão de órteses, próteses, bolsas coletoras e materiais auxiliares, tendo em vista que tais equipamentos complementam o atendimento e aumentam as possibilidades de independência e inclusão da pessoa com deficiência, assim como o provimento de medicamentos que favoreçam a estabilidade clínica e funcional e auxiliem na limitação da incapacidade, na reeducação funcional e no controle das lesões que geram incapacidades.

Os serviços especializados destinados às pessoas com deficiência são financiados com verbas públicas do SUS ou com valores específicos, constituindo ofensa aos princípios que lhe são inerentes a recusa ou dificuldades impostas à oferta do serviço, diante das imposições normativas anteriormente descritas. Assim, qualquer pessoa que apresente redução funcional tem direito ao diagnóstico e à avaliação por uma equipe multidisciplinar, bem como de beneficiar-se com regularidade dos processos de reabilitação de seu estado físico, mental ou sensorial, quando este constituir obstáculo à sua independência e inclusão, prevenindo o agravamento de sua deficiência ou o acometimento de doenças oportunistas.

A Lei nº 11.105/2005, por sua vez, constitui um importantíssimo diploma por respaldar a luta por um avanço responsável dirigido a melhorias no atendimento especializado de pessoas com deficiência, por permitir, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no procedimento a que se destinavam originalmente, atendidas determinadas condições.

As pesquisas nutrem de esperanças aqueles que vislumbram na medicina regenerativa a última alternativa possível para a reabilitação de pessoas com deficiências, especialmente provocadas por doenças genéticas incuráveis. A literatura médica, inclusive, já relacionou exemplos de progressos obtidos por meio da utilização de células-tronco, como a cura de cegueira e a produção de sensação física nos membros paralizados de paraplégico.

Embora não se deixe de reconhecer os avanços extraordinários obtidos até o presente instante, seria bastante significativa a aprovação do texto dos artigos inseridos no Capítulo II, do Projeto de Lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que tange à especialidade do tratamento dispensado às pessoas com deficiência, que conseguiu contemplar vários direitos já assegurados e outros que seriam garantidos e fomentados, avançando em relação àqueles já

dispostos em leis vigentes no nosso ordenamento jurídico, como ao estabelecer que os procedimentos de habilitação e reabilitação seriam assegurados durante todo o tempo de vida que for indicado à pessoa com deficiência.

O fornecimento gratuito e obrigatório de medicamentos, ajudas técnicas, dentre outros benefícios, também é um aspecto precioso da proposição, por não estabelecer condicionantes, devendo ser assegurado independentemente da opção eleita pelo usuário em relação ao sistema de saúde (publico ou privado).

Outras inovações importantes constantes da proposta de lei (Estatuto da Pessoa com Deficiência) referem-se à obrigatoriedade de oferecimento de cursos de capacitação aos profissionais dos serviços de saúde para atender à pessoa com deficiência e à garantia do transporte, inclusive aéreo interestadual às pessoas com deficiência comprovadamente carentes que necessitem de atendimento fora da localidade de sua residência. Diante da imprecisão terminológica e do impacto financeiro imposto por tal prerrogativa às empresas operadoras de transporte de passageiros, deverá tal assunto ser regulamentado através de norma que venha a definir os critérios para a utilização desse benefício.

3.3 O atendimento não discriminatório

Em decorrência da exclusão a que estavam submetidas as pessoas com deficiência, do não reconhecimento de seus direitos de cidadania, não bastasse a inexistência de uma primazia hoje explícita na norma, era comum a recusa ou a imposição de dificuldades ao acesso desse público aos serviços de saúde.

Todavia, como reflexo da adesão do nosso ordenamento jurídico ao movimento que buscava combater as históricas discriminações que lhes eram impostas, emerge a Lei nº 7.853/89, que trata, dentre outros temas, do apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, contemplando, em seu Art. 8º, inciso IV, a figura típica penal, que comina pena em abstrato de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, para o agente que recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência.

Insta ressaltar que uma das modalidades discriminatórias mais comumente praticadas em passado não remoto no nosso país consistia em obstáculos impostos às pessoas com deficiência para ingresso na condição de usuárias das operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde, mediante a imposição de condições rigorosas, cobranças de valores elevados, desestimulando ou mesmo inviabilizando o acesso desse público.

Diante dessa perspectiva e como forma de eliminar o tratamento discriminatório, vem à tona a Lei nº 9.656/98, que em seu Art. 14, estabelece de maneira taxativa a proibição de se obstar a participação de planos ou seguros

privados de assistência à saúde a qualquer pessoa em face de sua deficiência, sujeitando a operadora, seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados a penalidades por descumprimento que vão desde a advertência à inabilitação permanente para exercício de cargos de direção ou em conselhos das operadoras a que se refere a lei, bem como em entidades de previdência privada, sociedades seguradoras, corretoras de seguros e instituições financeiras. Estabelece, ainda, a responsabilidade solidária decorrente de prejuízos a terceiros em conseqüência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações previstas na legislação e, em especial, pela falta de constituição e cobertura das garantias obrigatórias.

Com idêntico propósito, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, no Art. 25, item "e", proíbe a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser oferecidos de maneira razoável e justa.

Avançaria a legislação pátria com a aprovação do Projeto de Lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que é mais incisivo ao vedar todas as formas de discriminação da pessoa com deficiência, qualquer que seja a sua condição, tipo e grau de comprometimento, inclusive pela cobrança de valores diferenciados, no âmbito dos planos privados de assistência à saúde, em razão de sua deficiência.

3.4 Atendimento preventivo

A prevenção compreende ações e medidas orientadas a evitar as causas da deficiência que possam ocasionar incapacidade e a elidir sua progressão ou derivação em outras incapacidades, podendo incluir diversas ações tais como: cuidados primários da saúde, puericultura, pré-natal e pós-natal, educação em matéria de nutrição, campanhas de vacinação contra doenças transmissíveis, medidas contra doenças endêmicas, normas e programas de segurança para evitar deficiências e doenças profissionais e a prevenção das deficiências resultantes da combinação do meio ambiente ou causada por conflitos armados (Ministério da Saúde, 2006, p. 9), bem como através do estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico, planejamento familiar e aconselhamento genético.

As ações preventivas constituem garantia prevista na Lei nº 7.853/89, tendo por objetivo evitar a ocorrência da deficiência ou o seu agravamento, devendo ser dispensada especial atenção ao tratamento precoce dos déficits inatos do metabolismo, à triagem auditiva e oftalmológica neonatal e ao acompanhamento do desenvolvimento infantil nos aspectos motor, sensorial e cognitivo, uma vez que a detecção precoce impede com maior probabilidade a deficiência.

A Lei nº 7.853/89, em seu Art. 2º, inciso II, a, estabeleceu ser dever do Poder Público assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à saúde, mediante a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência.

Por força do disposto no Art. 10, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, no nosso país, os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, estão obrigados a realizar o "teste do pezinho", exame que busca o diagnóstico e a terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, tais como o hipotireoidismo congênito, a anemia falciforme e a fenilcetonúria, doenças que podem provocar deficiências mentais.

A surdez infantil, contudo, é um problema que atinge de três a cinco crianças por cada mil nascidas no Brasil, portanto em uma proporção maior que as doenças diagnosticadas através do "teste do pezinho" – algo em torno de 1 (um) para cada 2.000 (duas mil) nascidas – e que poderia ser melhorada ou recuperada se descoberta nos primeiros seis meses de vida, posto que o sistema auditivo do recém-nascido é dotado de grande plasticidade, moldando-se aos estímulos sonoros que recebe. Atualmente existe uma triagem auditiva, o "teste da orelhinha", que identifica problemas relacionados à perda auditiva congênita, obrigatória apenas em alguns Estados da Federação.

Outro exame que previne deficiências, conhecido por "teste do olhinho", é destinado à precoce detecção de eventuais problemas de saúde, tais como tumores, catarata congênita, traumas de parto, hemorragias, inflamações/infecções e malformações, que se não tratados a tempo podem resultar na perda da visão.

Fica, então, a sugestão para que medidas preventivas tão importantes, e que demandam investimento reduzido, como o "teste da orelhinha" e o "teste do olhinho" passem a ser adotadas com obrigatoriedade em todo o país.

4. Conclusão

Não há dúvida de que a efetivação do direito à saúde das pessoas com deficiência vem sofrendo uma valorosa contribuição da nossa legislação, em especial com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, após a qual advieram os mais significativos diplomas normativos brasileiros em favor desse público.

Contudo, avanços mais significativos somente se verificarão com a consolidação legislativa no nosso país das normas protetivas à pessoa com deficiência, através da promulgação do Projeto de Lei nº 7.699/2006, que trata do

Estatuto da Pessoa com Deficiência, reservando um capítulo para disciplinar as regras concernentes ao direito à saúde, o qual enfatiza a necessidade de se assegurar tratamento especializado, não discriminatório, prioritário e preventivo.

Bibliografia

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência: Garantia de Igualdade na Diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FIGUEIREDO Nébia Maria Almeida de (org.). Ensinando a Cuidar em Saúde Pública. São Paulo: Yendis, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. A pessoa com deficiência e o Sistema Único de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Pessoa idosa e Pessoa Portadora de Deficiência: da Dignidade Necessária, Vitória: CEAF, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PAULA, Alexandre Sturion de. Ensaios Constitucional de Direitos Fundamentais. São Paulo: Servanda, 2006.

SCHWARTZ, Germano. Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TAVARES, André Ramos, MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Granda da Silva (coord.), Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDICINA DE REABILITAÇÃO
Reabilitação e o modelo da CIF

Linamara Rizzo Battistella

Resumo: A história da Medicina Física e Reabilitação, remonta a tradição centenária e como filosofia estabelece uma assistência interdisciplinar, enfocando a incapacidade. A prevalência da incapacidade na população brasileira é de 14,5%, segundo o Censo do IBGE/2000, no entanto, a assistência para a Reabilitação das Pessoas com Deficiência, ainda encontra barreiras por insuficiência de recursos, falta de informações adequadas e conscientização da população. Os objetivos da Medicina de Reabilitação, dentro do modelo médico social ou biopiscossocial, é garantir autonomia e independência funcional. A superação da incapacidade depende da associação entre a correta abordagem médica e funcional, a disponibilização das ajudas técnicas quando couber, a ação social e a responsabilidade coletiva para fazer as modificações ambientais e conceituais necessárias para a participação plena das pessoas com deficiência. A introdução da CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, permitiu uma visão coerente das diferentes demandas de saúde sob uma perspectiva biológica, individual e social. A CIF permite registrar a funcionalidade e a sua interação com o ambiente. A observação dos dados de interação do sistema de informações hospitalares, nos alerta para o número de agravos a saúde potencialmente incapacitante e que necessitam dos cuidados especializados do Médico Fisiatra desde a fase de internação. Os recursos disponibilizados para a reabilitação das pessoas com deficiência física incapacitante, estão abaixo das necessidades reais desta população.

Palavras chave: Fisiatria, Incapacidade, Reabilitação, CIF, Políticas Públicas.

Abstract: *The history of Physical and Rehabilitation Medicine can be traced back to a centennial tradition and establishes as its philosophy an interdisciplinary care, focusing on disability. The prevalence of disability in the Brazilian population is 14,5%, according to the census carried out in 2000 by the Brazilian Institute for Geography and Statistics (Censo IBGE/2000), however the Rehabilitation care for People with Disabilities is still hindered by lack of material resources, proper information and some conscientization of the society. The objectives of Physical and Rehabilitation Medicine within the scope of the social or biopsicossocial medical model are to ensure autonomy and functional independence. Overcoming disability*

depends on the association of correct clinical and functional approach, concession of technical aids when applicable, social action and collective responsibility in order to perform the environmental and conceptual changes required for the full participation of people with disability. The introduction of ICF – International Classification of Functionality permitted a new, coherent view of the various demands of health under a biologic, individual and social perspective. ICF enables us to record functionality and its interaction with the environment. The observation of the interaction data of the Hospitals Information System warns us of the amount of potentially-disabling harms to health that need the specialized assistance of a Physiatrist from the inpatient stage. Resources available for the rehabilitation of people with disabling physical impairments are under the real needs of this population.

Key words: *Physiatry, Disability, Rehabilitation, ICF, Public Policies.*

1. Introdução. Histórico

As origens da Medicina Física remontam à tradição centenária da utilização de agentes físicos como o calor, o frio e a água com fins terapêuticos, e especificamente à introdução, em 1890, da diatermia terapêutica - uma forma de aquecimento profundo com a utilização de ondas curtas. Os princípios da Reabilitação Médica foram formulados inicialmente durante o tratamento de soldados em 1919, após a Primeira Guerra Mundial. A fusão destas especialidades na Medicina Física e de Reabilitação - MFR - teve início na década de 1920, ganhou força na década de 30 e foi estimulada pela Segunda Guerra Mundial; e por volta de 1947 a MFR foi decretada oficialmente como especialidade pela Comissão Americana de Especialidades Médicas.

No Brasil, a Associação Brasileira de Medicina Física e de Reabilitação - ABMFR - existe oficialmente desde 1954. A Fisiatria – do grego *physio,* ou natureza; uma menção aos agentes (físicos) da natureza usados com finalidades terapêuticas (calor, frio, água, eletricidade) – é o nome abreviado da especialidade e o fisiatra, um médico especialista em MFR.

A MFR é orientada por uma abordagem biopsicossocial voltada à deficiência e incapacidade. Este modelo atual foi desenvolvido em cooperação com organizações que utilizam e adotam a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF da Organização Mundial da Saúde – OMS, aprovada pela Assembléia da Organização Mundial de Saúde (WHO) em maio de 2001.

O modelo, teoricamente, não privilegia a etiologia e adota uma terminologia aceita mundialmente para mensurar a funcionalidade no nível do indivíduo e também considerando os aspectos socioambientais. Este modelo teórico é útil para a definição e avaliação de qualquer programa e intervenção de rea-

bilitação. Ele identifica a patologia subjacente, os problemas no nível do funcionamento dos órgãos e da estrutura corporal permitindo reconhecer o potencial para restauração / otimização da funcionalidade do indivíduo.

Além disso, esse modelo leva em consideração a habilidade de participação em sociedade, a qual depende não somente da funcionalidade do sujeito mas também de fatores contextuais que afetam a vida e o ambiente do paciente e seus familiares.

2. Filosofia

A Medicina Física e Reabilitação (MFR) abrange o diagnóstico e o tratamento de distúrbios físicos e funcionais. A Medicina de Reabilitação difere do modelo clínico de assistência convencional em vários aspectos. Nela, o objetivo é a incapacidade ao invés do foco na doença. A MFR prioriza a abordagem interdisciplinar da equipe de reabilitação valorizando informações e estratégias para limitar a incapacidade e desenvolver o maior grau de funcionalidade, centrada em objetivos hierarquizados. O modelo tradicional utiliza uma abordagem mais fragmentada, na qual vários especialistas trabalham independentemente com problemas específicos (European Academy of Rehabilitation Medicine, 1989). Os objetivos do tratamento reabilitacional não estão atrelados à cura da doença mas à garantia de qualidade de vida e do desenvolvimento do potencial remanescente. O médico, nesta situação, deve ser também um educador e o paciente é um participante ativo no processo terapêutico.

O acesso à reabilitação é um direito humano básico, garantido na Declaração das Nações Unidas (1993) e na 58ª Resolução da Assembléia da Organização Mundial de Saúde (2005). Além disso, o Estado brasileiro assegura pela legislação o acesso das pessoas com deficiência aos serviços de saúde (IMESP, 2004).

A igualdade de acesso à reabilitação e a participação social sem qualquer forma de discriminação são os fundamentos de uma sociedade justa.

As pessoas com deficiência devem ser participantes ativos na criação e no desenvolvimento dos serviços de reabilitação. As boas práticas na reabilitação garantem que a pessoa com deficiência esteja no centro da abordagem multidisciplinar e seja capaz de fazer escolhas quanto aos objetivos e processos do programa de reabilitação.

3. A Relevância da Medicina de Reabilitação para as Pessoas com Deficiências Incapacitantes

A prevalência da incapacidade é aceita na maior parte dos países desenvolvidos como em torno de 10%. No Brasil, o Censo Demográfico 2000 do IBGE mostrou que 14,5% da população tem algum tipo de deficiência. As po-

pulações estão envelhecendo e isso implica num acréscimo dos níveis de incapacidade. Isto se reflete no aumento da carga de cuidado para os indivíduos e, para a sociedade, no aumento dos gastos com saúde e assistência social.

A sobrevida nas doenças crônico-degenerativas, nos traumatismos e lesões tem melhorado, mas em contrapartida encontramos um número crescente de pessoas com problemas funcionais geralmente complexos. Além disso, o envelhecimento da população brasileira é um fato e vemos um aumento crescente na expectativa de manutenção de boa saúde e qualidade de vida, podendo-se afirmar que o objetivo da Reabilitação é "Adicionar Qualidade aos Anos de Vida".

A reabilitação é eficaz na redução da carga da incapacidade e no aumento das oportunidades de inclusão social para as pessoas com deficiência. Prevenir as complicações secundárias decorrentes da imobilidade, da lesão cerebral e da dor produz muitos benefícios tanto qualitativamente para o completo estado de saúde do indivíduo como quantitativamente em termos de implicações financeiras para a sociedade.

O objetivo maior da Reabilitação é garantir autonomia e independência funcional às pessoas com deficiência, consideradas as restrições impostas por deficiências resultantes de doenças ou lesões.

Na prática, esse objetivo é atingido mais satisfatoriamente através de uma combinação de medidas para superar ou trabalhar com as deficiências do paciente e medidas para remover ou reduzir as barreiras à participação do indivíduo em seu ambiente familiar e social.

Os dois resultados fundamentais da Reabilitação que devem ser demonstrados são o bem-estar da pessoa e sua participação ativa na sociedade incluindo a profissionalização.

3.1 Modelos Médico e Social

Uma variedade de modelos conceituais foi proposta para compreender e explicar a incapacidade e a funcionalidade. Esses modelos podem ser expressos em uma dialética de "modelo médico" versus "modelo social".

O modelo médico considera a incapacidade como um problema da pessoa, causado diretamente pela doença, trauma ou outro estado de saúde, que requer assistência médica fornecida através de tratamento individual por profissionais. Os cuidados em relação à incapacidade têm como objetivo a cura ou a adaptação do indivíduo e mudança de comportamento. A assistência médica é considerada como a questão principal e, em nível político, a principal resposta é a modificação ou reforma da política de saúde.

O modelo social de incapacidade, por sua vez, considera a questão principalmente como um problema criado socialmente e, basicamente, como uma

questão da integração plena do indivíduo à sociedade. A incapacidade não é um atributo de um indivíduo, mas sim um conjunto complexo de condições, muitas das quais criadas pelo ambiente social. Assim, o enfrentamento do problema requer ação social e é responsabilidade coletiva da sociedade fazer as modificações ambientais necessárias para a participação plena das pessoas com incapacidades em todas as áreas da vida social. Portanto, é uma questão de atitude ou ideologia que requer mudanças sociais que, em nível político, transformam-se em questões de direitos humanos. De acordo com este modelo, a incapacidade é uma questão política.

É preciso considerar o risco de se polarizar ou ideologizar uma questão que certamente significa um agravo à saúde, e portanto, depende de medidas eficientes e cientificamente comprovadas para o controle e recuperação sem esquecer do impacto traduzido pelo ambiente hostil e pelas condições sociais inadequadas.

A CIF baseia-se em uma integração desses dois modelos aparentemente opostos. Uma abordagem biopsicossocial é utilizada para se obter a integração das várias perspectivas de funcionalidade. Assim, a CIF tenta chegar a uma síntese que ofereça uma visão coerente das diferentes dimensões de saúde sob uma perspectiva biológica, individual e social.

(3) Adaptado do Comitê Europeu de MF&R

As deficiências podem ser temporárias ou permanentes, progressivas, regressivas ou estáveis, intermitentes ou contínuas. O desvio em relação ao modelo baseado na população pode ser leve ou grave e pode flutuar ao longo do tempo.

As deficiências não têm uma relação causal com a etiologia ou com a forma como se desenvolveram. Por exemplo, a perda da visão ou de um membro pode

resultar de uma anomalia genética ou de uma lesão. A presença de uma deficiência implica necessariamente uma causa, no entanto, a causa pode não ser suficiente para explicar a deficiência resultante. Da mesma forma, quando há uma deficiência, há uma disfunção das funções ou estruturas do corpo, mas isto pode estar relacionado a qualquer doença, distúrbio ou estado fisiológico.

As deficiências podem expressar uma alteração da condição de saúde, mas não indicam necessariamente a presença de uma doença ou que o indivíduo deva ser considerado doente.

As deficiências são mais amplas e mais abrangentes no seu escopo do que distúrbios ou doenças. Por exemplo, a perda de uma perna é uma deficiência de uma estrutura do corpo, mas não um distúrbio ou doença.

As deficiências podem originar outras deficiências. Por exemplo, a diminuição da força muscular pode prejudicar as funções de movimento; as funções cardíacas podem estar relacionadas ao déficit das funções respiratórias, e uma percepção prejudicada pode estar relacionada a déficit cognitivo (Stucki et al, 2002, 24:932-8).

Os fatores ambientais interagem com as funções do corpo, como nas interações entre a qualidade do ar e a respiração, a luz e a visão, os sons e a audição, estímulos que distraem a atenção, a textura do solo e o equilíbrio, temperatura ambiental e a regulação da temperatura corporal. Os fatores ambientais são determinantes para a definição da magnitude da incapacidade em cada indivíduo.

Uma pessoa pode:

· ter deficiências sem limitações de capacidade (por exemplo, uma desfiguração resultante da doença de Hansen pode não ter efeito sobre a capacidade da pessoa);

· ter problemas de desempenho e limitações de capacidade sem deficiências evidentes (por exemplo, redução de desempenho nas atividades diárias associadas a várias doenças);

· ter problemas de desempenho sem deficiências ou limitações de capacidades (por exemplo, indivíduo HIV-positivo, ou um ex-paciente curado de doença mental, que enfrenta estigma ou discriminação nas relações interpessoais ou no trabalho);

· ter limitações de capacidade sem assistência e nenhum problema de desempenho no ambiente habitual (por exemplo, um indivíduo com limitações de mobilidade pode se beneficiar de uma ajuda técnica ou tecnológica assistiva, e assim garantir maior funcionalidade para se movimentar).

· perpetuar uma atitude negativa (por exemplo, inatividade dos membros pode levar à atrofia muscular; a institucionalização pode resultar em perda das habilidades sociais).

3.2 Fatores Ambientais

Os fatores ambientais são organizados na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, tendo em vista dois níveis distintos:

· individual – esse nível inclui as características físicas e materiais do ambiente em que o indivíduo se encontra, bem como o contato direto com outros indivíduos da família, colegas e da comunidade em geral;

· social – estruturas sociais formais e informais, regras de conduta ou sistemas predominantes na comunidade ou sociedade que têm um impacto sobre os indivíduos, Este nível inclui organizações e serviços relacionados ao ambiente de trabalho, atividades comunitárias, órgãos governamentais, serviços de comunicação e de transporte e redes sociais informais bem como leis, regulamentações, atitudes e ideologias.

Os fatores ambientais interagem com todos os componentes. A incapacidade é caracterizada como o resultado de uma relação complexa entre o estado ou condição de saúde do indivíduo e fatores que representam as circunstâncias nas quais o indivíduo vive.

Assim, diferentes ambientes podem ter um impacto distinto sobre o mesmo indivíduo com uma determinada condição de saúde. Um ambiente com barreiras, vai restringir o indiventre o estdo ou condiç uma relaçcientipaçleis, res comunitscriminaço desempenho do indivíduo; outros ambientes mais acessíveis podem melhorar esse desempenho. A sociedade pode limitar o desempenho de um indivíduo criando barreiras (por exemplo, prédios inacessíveis) ou não fornecendo as ajudas técnicas necessárias à superação das barreiras (por exemplo, indisponibilidade de dispositivos de auxílio para locomoção, fornecimento de remédios para controle da dor) (Stucki et al, 2002, 24:932-8).

4. A Medicina Física e Reabilitação nas diferentes fases do processo reabilitacional.

A reabilitação é um processo contínuo e coordenado, de duração limitada, tendo início nos estágios iniciais de uma doença ou lesão e prosseguindo até a aquisição, pelo indivíduo, de um papel na sociedade consistente com suas aspirações e desejos.

Trabalhando de forma integrada com equipes especializadas, é possível desenvolver o processo de reabilitação de forma orientada aos objetivos e centrada no paciente. Os especialistas de MFR atuam na definição do diagnóstico funcional e anatômico, no reconhecimento do prognóstico funcional e na

coordenação do programa de reabilitação.

A Medicina Física e de Reabilitação acompanha o paciente nas diferentes fases do processo reabilitacional. O tratamento deve ser oportunizado desde a fase aguda, nas unidades de terapia intensiva, imediatamente após o trauma ou a instalação da lesão (Royal College of Physicians, 2000).

A reabilitação na fase aguda é importante no sentido de utilizar a plasticidade neuromuscular de forma eficaz e precoce (Didier, 2004, p. 476) evitando-se ou reduzindo o risco potencial de complicações adicionais. É o papel da reabilitação na prevenção secundária.

Princípios da Prevenção

Prevenção	Características	Ambiente no qual se toma tais medidas preventivas	Exemplos
Primária	Evitar a doença ou lesão	Áreas política e social Assistência básica de saúde	Redução da velocidade para a prevenção de acidentes de trânsito Redução dos fatores de risco para doenças cerebrovasculares e do miocárdio.
Secundária	Evitar os efeitos e complicações da própria doença ou lesão	Hospital de agudos e reabilitação intra-hospitalar	Prevenção da hipertensão intracraniana na lesão cerebral Prevenção do acidente cerebrovascular após o infarto do miocárdio Prevenção de problemas de imobilidade e viabilidade dos tecidos Prevenção de contraturas
Terciária	Evitar os efeitos e complicações da própria doença ou lesão	Departamentos de reabilitação pós-aguda e Centros Comunitários de Cond. Funcional para manutenção	Tratamento de problemas físicos comportamentais após a lesão cerebral Prevenção do agravamento da incapacidade Prevenção de novas incapacidades; como insuficiência renal com comprometimento das infecções – tratamento urinário.

Adaptado do Comitê Europeu de MF&R

Nos estágios agudos não-críticos e também nas etapas sub-agudas, o processo de reabilitação dever ser oferecido em regime de supervisão contínua; o que significa que o paciente deve estar internado em um hospital de reabilitação ou em leitos de reabilitação em hospitais gerais. Os leitos de reabilitação, assim como os hospitais de reabilitação, são unidades de menor complexidade e, portanto, menor custo e que oferecem o tratamento integral com todo suporte laboratorial e clínico específico da Medicina de Reabilitação.

Uma forma, já regulamentada pelo Sistema Único de Saúde - SUS, de assistência integral e intensiva para pacientes com deficiências físicas é a modalidade “hospital-dia”. As portarias ministeriais que regulamentam a Rede Estadual de Assistência à Pessoa com Deficiência Física permitem que os Serviços de

Referência em Medicina Física e Reabilitação atendam em período integral nos moldes de hospital-dia os pacientes com deficiências incapacitantes físicas e sensoriais (IMESP, 2004).

O SUS exige a presença do médico especialista – Médico Fisiatra para o atendimento ao deficiente físico, Médico Oftalmologista para o deficiente visual, Médico Otorrinolaringologista para o deficiente auditivo e Psiquiatras, Neurologistas e Pediatras para o acompanhamento do deficiente mental (IMESP, 2004).

Ao exigir formação e capacitação de todos os profissionais envolvidos na assistência ao deficiente, o Ministério da Saúde cumpre seu papel ético, valoriza e respeita os direitos das pessoas com deficiência.

5. Alocação de Recursos para a Assistência a Pessoa com Deficiência

Uma das discussões mais relevantes na definição das estratégias de assistência no âmbito da reabilitação é a questão da alocação de recursos (Royal College of Physicians, 2000). Freqüentemente se justifica a dificuldade do planejamento pela falta de informações adequadas. No entanto, a experiência tem mostrado que os dados do Censo 2000 do IBGE são adequados e suficientes para o planejamento e estimativa de alocação de recursos.

É preciso romper este círculo cruel que não disponibiliza recursos porque não tem dados, por falta de recursos não se implementa uma assistência de qualidade e a falta de assistência se reflete na falta de dados para compor a série histórica.

Assim, mesmo considerando-se a possibilidade de equívocos, devemos utilizar a base de dados do IBGE e propor políticas de operacionalização da assistência. Além dos dados do IBGE, destacamos a importância dos registros no sistema SIH-SUS decorrentes das internações hospitalares.

As informações do SUS traduzem a urgência do tema e a necessidade de implementação das boas práticas de reabilitação.

Atualmente observa-se uma tendência ao aumento na proporção de pessoas idosas na nossa população, o que faz com que o acidente vascular cerebral continue sendo um importante problema de saúde (Royal College of Physicians, 2000). Os sobreviventes do quadro agudo, evoluindo ou não com seqüelas, exigirão cuidados por um longo período (Turner-Stokes et al, 2005). Além disso no Brasil, em geral, as doenças cerebrovasculares atingem indivíduos na faixa etária acima dos 30 anos (DATASUS – Morb 2003), o que significa prejuízo funcional e anos vividos ajustados à incapacidade.

Em 2005, o total de internações do SUS considerando todos os Estados brasileiros correspondeu a 11.739.975, excluindo-se as internações decorrentes de partos e outras causas maternas (Data SUS/2005)[1].

O número de internações por acidentes vasculares cerebrais de todos os tipos somou 204.203, refletindo um percentual de 2,23% (fonte: SIA-SUS, 2005).

Um número não conhecido de pacientes com quadros mais leves são atendidos nos pronto-socorros e nas unidades clínicas, o que nos permite inferir que os registros hospitalares são dos casos moderados e graves e, portanto, com risco efetivo de seqüelas. Se 10% desses pacientes - conforme os dados do DATASUS-Mort - vão a óbito, é de se supor que tenhamos 20.000 novos casos por ano com necessidade de assistência reabilitacional, cuidados médicos, órteses e medicamentos.

Na linha das doenças crônico-degenerativas, os acidentes vasculares cerebrais são os de maior prevalência (Royal College of Physicians, 2000).

As deficiências dos jovens e adultos estão fortemente associadas às lesões incluídas dentro do Capítulo XIV da Classificação Internacional de Doenças - CID como causas externas. Neste item estão registradas as fraturas, traumas em geral, acidentes com veículos, atropelamentos, acidentes envolvendo arma de fogo e arma branca, agressões e lesões autoprovocadas.

Desde 1980, observa-se uma mudança no perfil de internações e mortalidade por causas externas.

Em 1980, os acidentes de trânsito assumiam uma grande importância. Na década de 90, a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, a melhoria do sistema de atendimento pré e intra-hospitalar e a introdução em 1998 do novo Código de Trânsito Brasileiro foram decisivos para o declínio observado nessas ocorrências (Souza e col., 2007, p. 33-44). Entre os acidentes de trânsito, permanecem as altas taxas de atropelamento e acidentes com moto. No capítulo das causas externas, chama atenção a tendência crescente das agressões e dos ferimentos por arma de fogo.

Malta e colaboradores (2007, p. 45-55) registram o processo de implantação da política de redução da morbimortalidade por acidentes e violência. No entanto, os números obtidos nos registros de internações do SUS ainda se apresentam como um desafio às políticas de saúde e segurança e um alerta para a Política Nacional de Reabilitação, que tem nesse jovem – preferencialmente do sexo masculino, vitimizado pela violência – o alvo de sua atenção.

Nos mais de onze milhões de internações no Brasil, o SUS registra:

98.977 (1,08%) de pacientes com traumatismo crânio-encefálico

6.393 (0,07%) de amputações dos membros superiores

3.666 (0,04%) de amputações dos membros inferiores

3.476 (0,04%) de traumas raquimedulares

Esses números não incluem as doenças que podem evoluir para lesões medulares, ou os distúrbios metabólicos e plurimetabólicos que podem evoluir para amputações de membros.

A avaliação circunstancial dos números registrados no DATA-SUS nos remete a uma situação desafiadora, que é providenciar a necessária infra-estrutura para mais de 300.000 novos pacientes a cada ano, sem considerar a freqüência dos agravos de infância que em decorrência da anoxia neonatal, das infecções do sistema nervoso central e das malformações congênitas exigem um atendimento de Reabilitação especializado e articulado com o sistema formal de educação.

Os procedimentos ambulatoriais voltados à assistência da pessoa com deficiência física estão ainda muito aquém da necessidade – cerca de 2.000.000 atendimentos clínicos, para fazer frente a uma população já existente de 9.000.000 de pessoas com deficiência física e restrição da mobilidade, e que necessitam de algum tipo de cuidado e a estimativa de 300.000 casos novos por ano.

A urgência na oferta de atendimento de qualidade às pessoas com deficiência, exige políticas voltadas para a capacitação de recursos humanos, avaliação dos resultados referentes aos programas existentes, transparência na alocação de recursos voltados para as diversas etapas de assistência hospitalar, nos pacientes sub-agudos e nos cuidados de manutenção da condição funcional e qualidade de vida.

Garantir o atendimento de reabilitação com qualidade e resolutividade, é o caminho para a inclusão social das pessoas com deficiência.

Notas

[1] Agradecimentos a Profa. Maria Helena de Mello Jorge – Faculdade de Saúde Pública – USP, pelos dados referentes ao registro de internações do SUS.

* Agradecimentos a Profa. Maria Helena de Mello Jorge – Faculdade de Saúde Pública – USP, pelos dados referentes ao registro de internações do SUS.

Bibliografia

CIF : Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde / Centro Colaborador da Organização Mundial da Saúde para a Família de Classificações Internacionais (org.: coordenação da tradução Cássia Maria Buchalla). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

Didier JP. La plasticité de la function motrice. Collection de l'Academie Européenne de Médecine de Réadaptation. Paris: Springer Verlag; 2004.

European Academy of Rehabilitation Medicine. European Federation of Physical and Rehabilitation Medicine, European Union of Medical Specialists (Physical and Rehabilitation Medicine Section): White Book on Physical and Rehabilitation Medicine. Universidad Complutense de Madrid: 1989.

Malta DC, Lemos MAS, Silva MMA, Gazal-Carvalho C, Rodrigues EMS, Morais Neto OL, Iniciativas de vigilância e prevenção de acidentes no contexto do SUS. Epidemiologia e Serviços de Saúde, 2007.

Medical rehabilitation for people with physical and complex disabilities. Report of a working party". London: Royal College of Physicians; 2000.

Organised inpatient (stroke unit) care for stroke. Stroke Unit Trialists' Collaboration (update in Cochrane Database of Systematic Reviews). Cochrane Database of Systematic Reviews: 2002.

Pessoas portadoras de (d)Eficiência: legislação federal, estadual e municipal. Org. pelo Departamento de Documentação e Informação. São Paulo: IMESP, 2004.

Souza MFM e col.. Análise descritiva e de tendência de acidentes de transporte terrestre para políticas sociais do Brasil. Epidemiologia e Serviços de Saúde, 2007.

Stucki G, Exert T, Cieza A. Value and application of the ICF in rehabilitation medicine. Disability and Rehabilitation, 2002.

Turner-Stokes L, Disler PB, Nair A, Wade DT. Multi-disciplinary rehabilitation for acquired brain injury in adults of working age. Cochrane Database of Systematic Reviews 2005.

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A PREPONDERÂNCIA DOS CRITÉRIOS SUBJETIVOS NA ANÁLISE CONTEXTUAL

Cláudio Drewes José de Siqueira

Resumo: Abordagem da importância dos critérios subjetivos na análise do contexto individual e familiar da pessoa com deficiência, requerente do benefício de prestação continuada, com pinceladas na legislação vigente, deslocando o foco para melhor confecção dos laudos médicos e dos pareceres socioeconômicos, com vistas ao verdadeiro resgate da cidadania das pessoas com deficiência.

Palavras Chave: Benefício de Prestação Continuada, LOAS, Pessoa com Deficiência, Critérios Subjetivos, Preponderância, Laudos Médicos e Pareceres Socioeconômicos, Importância, Resgate da Cidadania.

Substract: *Analysis of the importance of subjectives standarts in avaliation of individual and familiar context of person with disability who petitioner of assistencial benefit.*

Keywords: *assitencial benefit, person with disability.*

1. Introdução

A noção básica de cidadania está atrelada à idéia de acesso, por qualquer ser humano, a uma ordem de valores e direitos fundamentais, que possibilite sua existência e a sua participação ativa na vida social e política e do governo de seu povo.

Embora do contexto histórico pátrio note-se sensível evolução a este preconizado acesso, a realidade dura deixa ainda entrever que muitos segmentos quedam em posição de bastante inferioridade dentro do grupo social, não se podendo verdadeiramente certificar, portanto, e por enquanto, uma considerável ampliação deste conceito.

Isso porque a percepção dessa alteração no quadro de isolamento e de descaso, que sempre vivenciaram, mostra-se até então, tímida e lenta, conquanto contínua – isso graças a perceptível mobilização de associações e órgãos representativos, ao significativo percentual de segmento populacional que passaram a representar, e da política intensa de sensibilização encampada.

Notadamente são as pessoas com deficiência, em razão disso, que hoje podem verificar e constatar, no cotidiano e no ordenamento jurídico pátrio, relativas mudanças naquela moldura remota, principalmente quando se pode ver a palatável e freqüente preocupação do constituinte e do legislador em alterar tal panorama, com a edição de inúmeros direitos e garantias.

Infelizmente, por mais das vezes, não apenas em razão da peculiar condição especial destas pessoas, mas, também, pela desinformação e pela inexistência não só de meios que façam valer o direito ao acesso à informação, assim como de outros tantos recursos que possam propiciar acesso ao exercício da cidadania, tais direitos e garantias notavelmente aguardam ansiosos e inertes pelos inscientes titulares para o real gozo e exercício.

E o que se percebe, com efeito, é que, curiosamente, a finalidade precípua de tais direitos é exatamente a de promover o resgate da cidadania das pessoas com deficiência e de tentar minimizar a distância entre elas e as outras, pavimentando modesto acesso a um mínimo para o exercício de alguns direitos inerentes a qualquer ser humano, não obstante alguns críticos apontarem para o eventual assistencialismo que daí decorra – como é o caso do direito ao benefício de prestação continuada, que confere à pessoa com deficiência, ou ao idoso, o direito à percepção de um salário-mínimo quando em estado de miserabilidade.

No dizer da Constituição Federal de 1988, o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, é aquela contraprestação mínima paga ao trabalhador capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previ-

dência social, com reajustes periódicos, que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (Art. 7º, inciso IV). Com efeito, o atendimento das necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família é o que supostamente deveria cobrir o valor do salário mínimo fixado em lei.

Mas, o que se nota historicamente, muito aquém de atingir esse escopo, seus valores vêm sendo estabelecidos; não conseguindo seu quantitativo, então, sequer fazer face ao atendimento individual de algumas parcelas preconizadas constitucionalmente – o que dirá de todas, e o de toda a família. Mesmo assim, a realidade vem sendo driblada com coragem e perseverança, com o partilhamento e extensão do precário orçamento familiar, pautado muitas vezes apenas no valor de um salário-mínimo vigente.

Como é crível a difícil realidade para pessoas sem limitações, não é necessário nem repisar o que as pessoas com deficiência e a sua família têm que encarar para conseguir se manter com algum resquício de dignidade humana. Aqui, cada caso, um contexto diferente, uma peculiaridade; cada detalhe a mais, uma dificuldade acrescentada, uma despesa aumentada. E não é raro, nesse contexto, não estarem presentes muitos daqueles direitos sociais mínimos preceituados que o salário-mínimo visa garantir e deve assegurar, excluindo-lhes, assim, antecipadamente, a titularidade de tais direitos, em completo menoscabo a sua condição de cidadão.

Ora, quando antes de se alegar do possível assistencialismo que advenha da concessão de algum benefício de cunho assistencial, o que deve se verificar é que não há ainda políticas públicas sérias e consistentes que possam conduzir o indivíduo ao encontro de um meio de incluí-lo socialmente, para não se criar esta dependência do Estado Social; sabendo que o alijamento dessas pessoas com deficiência ultrapassa a esfera de mera superação de barreiras arquitetônicas.

Ademais, o envolvimento da família para servir de suporte para lhes criar condições mínimas que sejam, não raro impõe a presença constante de algum membro para lhes prestar os cuidados habituais, excluindo este involuntária e obrigatoriamente de participar do mercado de trabalho e da percepção dos direitos decorrentes da relação de emprego e dos benefícios previdenciários destas provenientes.

Em outra banda, a concessão do benefício que aqui se trata possibilita indiretamente ao indivíduo, mesmo que remota, a tranqüilidade de que, enquanto estiver precisando, poderá fazer uso deste direito para buscar condições de se recuperar e aperfeiçoar, a fim de se situar no futuro, condigna e verdadeiramente, no contexto social e econômico de seu País. Numa última instância, o fato é que, por si só, a existência do precitado benefício já traz a segurança e o

conforto interior à pessoa com deficiência de que ela não estará desamparada quando se encontrar em estado de penúria ou miserabilidade, nem quando sua família não puder provê-la, mesmo que não vá fazer uso deste direito.

2. O conceito de miserabilidade

Este direito ao benefício de prestação continuada foi engendrado pela Constituição Federal de 1988, quando, em seu Art. 203, inciso V, garantiu à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovarem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família o direito de perceber um salário-mínimo mensal, na forma disposta em lei.

Sua regulamentação legal veio por meio dos Arts 20 e 21, da Lei nº 8.742, de 1993, conhecida Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a saber:

> Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.
>
> § 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (nova redação dada pela Lei n.º 9.720/98)
>
> § 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.
>
> § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.
>
> § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência média.
>
> § 5º A situação de internado não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício.
>
> § 6º A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudos realizados pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (nova redação dada pela Lei nº 9.720/98.)
>
> § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. (nova redação dada pela Lei nº 9.720/98.)
>
> § 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido." (nova redação dada pela Lei nº 9.720/98.)

> Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.
>
> § 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no "caput", ou em caso de morte do beneficiário.
>
> § 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.

Assim sendo, a lei em espeque fixou objetivamente em dois os requisitos para a concessão do mencionado benefício: a pessoa ser idosa e/ou com deficiência e ser incapaz de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, presumindo essa incapacidade aquela família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo.

Não obstante, constatou-se que a adoção exclusiva de critérios objetivos para aferir a realidade de cada pleiteante, quando estão nos subjetivos os maiores justificadores para a sua concessão ou não, proporciona ao final a iniqüidade e a exclusão de beneficiários legítimos, quando não a inclusão de ilegítimos, sem olvidar de que também esvaece e esvazia o conteúdo do Art. 203, inciso V, da Constituição Federal, restringindo ao final a sua eficácia.

Por conta disso, houve questionamento por toda a parte acerca da constitucionalidade do dispositivo legal que criou e estabeleceu os parâmetros objetivos para aplicabilidade do mencionado direito constitucional, quer dizer, o § 3º do Art. 20, da Lei nº 8.742/93, sendo reconhecida finalmente pelo Supremo Tribunal Federal sua constitucionalidade (ADI 1.232-DF).

Neste julgado, restou confirmado também que, tal qual dispõe a lei, a situação de miserabilidade do requerente, que tem a renda *per capita* de sua família inferior a ¼ (um quarto) de salário-mínimo, quando de plano comprovada, ocorre seu enquadramento automático, por decorrer de uma presunção *juris et de jure*.

No entanto, no teor do voto do relator vencido (que acabou por não ser nesse aspecto rebatido), valendo-se da técnica de não declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal vergastado e, emprestando-lhe interpretação conforme a Constituição, deixou entrever, que, além dessa presunção legal de miserabilidade, existe a possibilidade de serem comprovados por diferentes meios outros casos de efetiva falta de recursos, com os quais a pessoa com deficiência possa prover sua própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Em suma, a lei criou uma presunção *juris et de jure* de miserabilidade, que, quando de pronto identificada, não necessita qualquer outra comprovação; mas, a par, a jurisprudência pátria acabou por se direcionar e se assentar no mesmo sentido eliciado do voto vencido, permitindo a utilização de outros

meios para se comprovar a situação de miserabilidade da família, daí se valendo de dados mais subjetivos na avaliação.

A exemplificar, o seguinte e ilustrativo julgado:

> PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. INCISO V DO ART. 203 DA CF/88. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20 DA LEI 8.742/93. REQUISITOS ATENDIDOS. TERMO INICIAL. ATUALIZAÇÃO DAS PARCELAS DEVIDAS. HONORÁRIOS.
>
> 1. A atual Constituição Federal, em seu art. 203, inciso V, dispôs sobre a criação de uma verba de natureza assistencial para a manutenção das pessoas que não possuem condições de prover seu próprio sustento, em razão da idade ou por serem portadoras de invalidez, no valor de um salário mínimo.
>
> 2. A Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742, de 07.12.1993, dispõe que a assistência social "é direito do cidadão e dever do Estado, sendo política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada por um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade para garantir o atendimento às necessidades básicas".
>
> 3. Em seu art. 20, caput, a Lei 8.742/93 dispõe que "o benefício de prestação continuada é a garantia de 1(um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família".
>
> 4. A jurisprudência desta Corte entende que para fins de obtenção do benefício de prestação continuada, é de caráter meramente objetivo a renda familiar de ¼ do salário mínimo, podendo o julgador, mediante a aferição de outros meios de prova, avaliar a impossibilidade financeira ou a condição de miserabilidade da família do necessitado.
>
> (REO 2001.01.99.033442-0/MG, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Rel. Conv. Juiz Federal Velasco Nascimento, Segunda Turma do TRF 1ª Região, DJ de 25/11/2002, p. 143).
>
> 5. Comprovada a deficiência da autora e a total impossibilidade de prover o próprio sustento, ou por meio de seus familiares, correta a sentença que lhe deferiu o benefício de prestação continuada.
>
> 6. Existindo requerimento administrativo, a data do benefício há de ser fixada a partir deste, segundo entendimento jurisprudencial desta Corte (AC 2002.01.99.041535-0/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ/II de 03/02/2002, p. 173, entre outros).
>
> 7. Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei nº 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nos termos das Súmulas 148 do STJ e 19 desta Corte, qual seja, a partir do vencimento de cada parcela.
>
> 8. Os juros de mora incidem, em sede de benefícios previdenciários, a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ), no percentual de 1% ao mês,

> tendo em vista a aplicação da orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto (REsp 370.615/AL, Rel. Min. Félix Fisher, DJ/I de 26.02.2002), seguida por esta Turma (AC 1999.01.00.048004-9/MG, Relator Convocado Juiz Federal Reynaldo Soares da Fonseca, Primeira Turma, DJ/II de /06/2002, p.36).
>
> 9. A singeleza da causa reclama honorários de advogado no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das restações vencidas, até a prolação da sentença, de acordo com o art. 20 do CPC e Súmula 111 do STJ. Neste Tribunal, a orientação das 1ª e 2ª Turmas, a respeito do assunto, é a mesma (AC 2002.01.99.046104-2/MG, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJU/II de 09/08/2002 e AC 2001.01.99.026241-6/MG, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, DJU/II de 16/06/2002). Em que pese tal entendimento, ante a proibição reformatio in pejus, os honorários devem ser mantidos nos termos da sentença.
>
> 10. Apelação do INSS improvida. Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida. Sentença reformada, em parte. (AC 200134000201594/DF – TRF 1ª Região, 1ª Turma, DJ 15/09/2003).

Essa posição, por felicidade, como deve ser digna de nota, de se poder aferir a condição de miserabilidade por critérios mais subjetivos, além dos objetivos delineados pela lei, pacificou-se de tal maneira, que, *de lege ferenda,* o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Projeto de Lei do Senado nº 6/2003), *in fieri,* consagrá-los-á obliquamente ao prever no Art. 56, § 2º: § 2º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ½ (meio) salário-mínimo, assim estabelecido como critério objetivo.

E com a necessidade de se avaliar também por critérios subjetivos, particularizando cada caso, a análise contextual pormenorizada das condições sócio-econômicas da família, especialmente constatadas pelo serviço de assistência social do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), assumiu daí grande relevo, para se buscar efetivamente uma compreensão mais ampla e justa da realidade da pessoa com deficiência e de sua família.

No laudo sócio-econômico, a título de menção breve, são destacados gastos com moradia, com higiene, com alimentação, com medicamentos, com transporte; as condições e localização da moradia; a necessidade de cuidados diretos dados por outro membro da família; a qualidade do emprego e do trabalho dos integrantes da família, quer dizer, se tem caráter de continuidade, se é formal etc.

Todavia, com pesar, é constante tais pareceres não refletirem verdadeiramente aquela realidade que se quer alcançar e compreender. A uma, porque não é raro os integrantes da família e vizinhos inovarem artificialmente e fantasiarem a própria imagem de penúria e miséria, mascarando o real contexto; a duas, de quando vez, encontra-se este desfigurado pela própria análise da assis-

tente social, ao se sensibilizar além do que deveria com as lamúrias nos depoimentos, criando a partir daí estados mentais de uma situação não encontrada; a três, por vezes, há também grande rigor por conta de alguns assistentes sociais em apreciar a situação concreta, excluindo assim legítimos pretendentes.

A falta de uma melhor padronização e objetividade[1] nesses pareceres socioeconômicos conduz a um enfraquecimento da presunção de veracidade que os mesmos devem portar, sem faltar serem feitos por integrantes do quadro do INSS, trazendo daí embutida em seu âmago, certa carga de parcialidade que a faz perder um pouco de sua legitimidade. Com isso, da forma como são feitos atualmente, e por contarem os juízes apenas com tais pareceres, estes fazem com que os julgadores, por vezes, avaliem fria e matematicamente, com lentes de desconfiança que distanciam mais a possibilidade de um legítimo necessitado ter seu direito ao benefício reconhecido.

Alguns juízes, tentando visualizar mais ou menos o panorama sócio-econômico da família, a partir dos dados colhidos (muitas vezes mal colhidos) pelo assistente social junto às famílias, realizam cálculos estimativos baseados em suposições irreais, deturpando todo contexto verdadeiro. Daí por que é de todo sugestivo, e até recomendável, em alguns casos – até sobrevenha uma padronização mais adequada de tais pareceres –, a indicação de um perito assistente social de confiança do julgador, ou pertencente ao quadro da Justiça Federal, para realizá-los.

Evita-se, com isso, este rosário de vícios e equívocos, servindo inclusive como complemento ao parecer da assistência social do INSS, além de trazer mais credibilidade, segurança e precisão ao julgado, resguardando, por último, de serem proferidas decisões injustas ou ilegais. Ressai daí também maior legitimação ao colhido, posto que as partes poderão deduzir seus quesitos e definir os pontos controversos a serem aclarados.

Se realizados na brevidade que se espera, e determinada pelo juiz, decerto tal providência não afetará de modo algum o princípio da celeridade nos Juizados Especiais Federais. Seu uso mais comedido é recomendado, especialmente para se valer quando em questão alguns casos em que há obscuridade, dúvida, contradição e omissão por parte do parecer do INSS.

Quando se faz uma análise do valor dessa avaliação realizada, vê-se que ela ultrapassa a linha do mero enquadramento no dispositivo legal, ou da intenção de se perquirir acerca da apontada miserabilidade. O substrato desta avaliação permite, quanto maior for seu detalhamento e mais padronizado, um maior conhecimento da realidade micro e macro social daquele grupo, munindo o Estado-juiz em suas decisões e o Estado-administrador para se canalizar políticas públicas que trarão maior dignificação a tais pessoas.

Por oportuno, quando aqui se refere a cálculos matemáticos, não se quer rechaçá-los, apenas contestar quando são só usados como referência para aferir um contexto de necessidade – inclusive é de todo recomendável utilizá-los como um ponto de partida. Mas, partindo daí, deve-se somar outros elementos para conhecer melhor aquele real contexto individual e familiar e não ocasionar injustiça.

É interessante que se usados exclusivamente os cálculos proporcionam não só desvantagens aos requerentes, mas também vantagens, supondo situações talvez não enquadráveis. A exemplificar, há quem entenda que para se verificar o quantitativo da renda *per capita,* deve-se realizar a exclusão antecipada do valor de um salário-mínimo da renda bruta familiar, como um quantitativo constitucional reservado à pessoa com deficiência que a família teoricamente deva prover, chegando a uma renda líquida familiar, que é tomada no cálculo como dividendo para se aferir aquele quociente de ¼ (um quarto) de salário mínimo *per capita.*

Colocado em números tal entendimento, numa situação fictícia qualquer, seria o seguinte: a renda bruta de uma família é de R$ 800,00; excluindo o salário-mínimo devido à pessoa com deficiência, no valor de hoje de R$ 350,00, resta de renda líquida o valor de R$ 450,00, que deverá ser dividida pela quantidade de integrantes da família, a fim de se encontrar a renda *per capita.*

Embora não prevista em lei, mas podendo dela teleologicamente extraí-la, essa regra traz enormes vantagens para os requerentes, especialmente se agregar gastos fixos que a família possui, reduzindo mais ainda aquela renda familiar líquida. Porém, causa um enorme prejuízo para a sociedade, porque elastece demais, senão afrouxa, o requisito para concessão do benefício, sabendo que a mesma regra será utilizada no caso do idoso.

Fatalmente, o método interpretativo axioteleológico usado para compreender tal requisito, quiçá também o sistemático, leva a um resultado por demais inconveniente aos interesses sociais, gerando desestímulo não só a quem recebe, quando evidentemente tem possibilidade de reingresso ao palco social, mas também a que paga a conta, sabendo que há tantos outros programas de bolsa assistencial paralelos ao benefício.

Como é também cediço, o cobertor para acolher os necessitados é curto. E, conduzindo de tal maneira, o julgador propiciará injustiça a quem recolhe aos cofres públicos e aos que esperam também por algum amparo ainda não reconhecido legalmente, porquanto estarão incluídos no rol de beneficiados outras tantas pessoas que a lei efetivamente não quis acolher e não enfeixados na abertura já dada pela jurisprudência assentada nos Tribunais, estimulando o assistencialismo a quem não merece e retirando das costas da família a carga do dever de prestar a mútua assistência.

A solidariedade não pode ser confundida com assistencialismo. O auxílio a quem necessita deve estar preso a meios que propiciem seu posterior desligamento, que construam alicerces para que aquela pessoa tenha sua auto-estima resgatada e enaltecida, e que possibilitem sua reintegração ou inclusão no contexto social; deve se verificar o que falta para que aquela pessoa que hoje pleiteia, se é possível dentre as limitações que lhe são impostas, possa, tão logo ou futuramente, participar das relações sociais, o pode ser muito bem constatado no parecer do INSS.

Nesse parecer, além das alterações necessárias para lhe imprimir maior objetividade e padronização, ao invés de apenas estarem dados sócio-econômicos do avaliado e de sua família, pode se inserir questionamentos que avaliem seu grau de instrução, atividades laborais que já tenha exercido, extraídas obrigatoriamente da Carteira de Trabalho e Previdência Social, suas habilidades, propensões e pretensões para seguir numa carreira técnica qualquer e outros elementos que consigam traçar suas vocações.

Esses dados colhidos servirão como informações tanto para avaliação da situação sócio-econômica do requerente, quanto para encaminhamento aos órgãos públicos e às associações representativas para redirecionarem-no a alguma atividade instrutiva ou de reabilitação para readequação laboral, conforme sua peculiar situação, sem faltar serem dados essenciais para formulação de estatística para orientação e condução de políticas públicas.

Analisemos: atualmente, o requisito é ¼ de salário mínimo, mas, *de lege ferenda,* com a vinda do tão festejado e também rebatido Estatuto da Pessoa com Deficiência[2], esse quociente percentual de renda mínima *per capita* saltará ao patamar de ½ salário mínimo, ocasionando um inchaço desproporcional à capacidade estatal de custeio e pagamento de tais benefícios, de acordo com as receitas obtidas. Daí por que se reprova aqui uma avaliação cartesiana, quer para mais, quer para menos, sem considerar todo o contexto fático.

A propósito, com a vinda do mencionado Estatuto, a leitura feita pela jurisprudência acerca da possibilidade de inclusão de critérios subjetivos no exame dos requisitos para concessão do benefício, será mantida, pois como poderá se verificar na norma logo acima colacionada, a renda *per capita* mensal passará a ser legalmente considerada como critério objetivo, deixando entrever aí, como corolário, a possibilidade de se utilizar critérios subjetivos.

Finalmente, o assentamento desse entendimento em regra, mesmo que deduzido, enfraquece qualquer debate da existência de outras regras objetivas que propiciem elastecimento ou restrição, também fortalece a necessidade de que qualquer verificação acerca da miserabilidade tem que estar presa ao real e

ao verdadeiro, notadamente quando o conceito de deficiência, que é relativo e fluído, como veremos, está a depender da conjunção e da inter-relação de vários fatores, que variam necessariamente caso a caso.

3. O conceito de pessoa com deficiência

O que vem ser a pessoa com deficiência para se fazer jus ao benefício?

O § 2º, do Art. 20, acima citado, reputa ser pessoa com deficiência, para efeito de concessão deste benefício, aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, atrelando, pois o conceito de deficiência a este específico de incapacidade.

Por sua vez, no Decreto nº 3.298, de 1999, em seu Art. 3º, considera deficiência 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, definindo logo a seguir o que é incapacidade: uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência (sic.) possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida, estando arroladas, exemplificativamente, em seu Art. 4º, algumas modalidades ou categorias de deficiência.

Diante de conceitos aparentemente distintos, resta resolver a questão: qual deles deve ser o utilizado para considerar um indivíduo como pessoa com deficiência, a fim de se enquadrar na moldura legal para obtenção do benefício? É possível conciliá-los?

Na verdade, a conciliação de diversos dispositivos legais é o que se recomenda na interpretação, já que o sistema jurídico deve ser entendido como um todo harmônico. Todavia, a interpretação para auxiliar a lei atingir o fim social para o qual foi designada deve ser feita também em consonância com as normas e definições técnicas específicas que tratam da matéria. Então, como subsídio interpretativo fundamental, deve ser trazida aqui a conceituação dada pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF.

A CIF define deficiência como problemas nas funções fisiológicas dos sistemas orgânicos, incluindo as funções psicológicas, ou nas estruturas do corpo, que são as partes anatômicas do corpo, tais como, órgãos, membros e seus componentes, não estando vinculado diretamente este conceito ao de incapacidade, pois que nem sempre o problema na função afetada trará incapacidade, ou quando trouxer, estará restrita a algumas situações.

Segundo essa classificação, a funcionalidade e a incapacidade de uma pessoa são concebidas como uma interação dinâmica entre os estados de saúde

(doenças, perturbações, lesões, traumas etc.) e os fatores contextuais, fatores estes que englobam os de ordem pessoal e ambiental (facilitador ou limitador das características do mundo físico, social e atitudinal), relacionando-se com a capacidade e o desempenho de certas atividades, conforme o seguinte esquema:

Nesse modelo da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, a funcionalidade é usada no aspecto positivo e o aspecto negativo corresponde à incapacidade. Dessa maneira, a incapacidade é resultante da interação entre a disfunção apresentada pela pessoa, a limitação de suas atividades e a restrição na participação social, e dos fatores ambientais, como apresentado no esquema acima.

Como é logo detectável, e que para alguns não parece óbvio, a incapacidade está intimamente relacionada à disfunção existente, afetando exclusivamente o desempenho das atividades que dependam da função atingida, não significando dizer que, com o uso de recursos contornáveis (fisioterapia, terapia ocupacional, ajudas técnicas etc.), não possam essas limitações muitas vezes ser superadas, e aquela pessoa possa ser considerada perfeitamente apta para o trabalho e, em condições plenas para a vida independente.

Exemplificando: ter uma deficiência auditiva, que envolve a incapacidade de ouvir, em menor ou maior grau, não significa existir a incapacidade de raciocinar, compreender e de se comunicar, nem sequer a impossibilidade de realização de atividades que não necessitem da audição, ou até mesmo daquelas que desta função dependam, desde que haja meios para sobrepujar os obstáculos da disfunção, ou da não função.

Com isso, entende-se como incapacidade, para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, aquela verdadeira situação de comprometimento para praticar atos da vida cotidiana ou para trabalhar, mesmo que não permanente e passível de reversão; não se olvidando também, que, havendo a possibilidade relativa de se exercer imediatamente alguma atividade laboral, ela deve ser considerada como não preenchedora do conteúdo semântico da norma.

Quer dizer, a pessoa que não tiver condições de praticar atos da vida independente[3], pois que dependente constantemente de outra pessoa para auxiliá-lo em suas atividades mínimas diárias, e tiver formação educacional e cultural para obter um emprego, por exemplo, na área de computação, ou seja, capacitada para o trabalho, não poderá ser considerada como tal para pleitear o benefício?

Ora, acreditamos que deverá sim ser considerada como pessoa que preenche o mencionado requisito para obtenção do benefício. Conquanto sua incapacidade para o trabalho seja parcial e não definitiva, a concessão e a manutenção do benefício têm a ver com a sua subsistência e o atendimento de suas necessidades vitais diárias, até que o beneficiário consiga um emprego segundo sua formação na área capacitada para promover seu próprio sustento[4], impondo o encaminhamento do caso ao órgão público competente para verificar a disponibilidade de vagas.

Outro caso é o daquela pessoa que ficou paraplégica, em razão de uma lesão medular decorrente de um acidente, e que nunca teve instrução ou se teve, a formação educacional foi ínfima. Embora tenha condições de praticar atos da vida independente, teoricamente está incapacitada para o trabalho. Poderá ser considerada como tal para pleitear o benefício?

A resposta é afirmativa, porquanto, como visto, a incapacidade deve ser apreciada num aspecto mais amplo, e a limitação decorrente da sua má ou nenhuma formação educacional, impõe-lhe restrições severas para que seja incluído em alguma atividade laboral com ela compatível, merecendo o mesmo encaminhamento para algum órgão público para condicioná-lo em atividade técnico-acadêmica.

O conceito de pessoa com deficiência, tal qual colocado como requisito para concessão do referido benefício, deve ser considerado atendido quando ocorrer qualquer uma das limitações que a lei expôs, ou seja, quer exista a incapacidade para a vida independente, quer para o trabalho; não podendo deixar de ter em mente que, para os fins do Art. 20, da Lei Orgânica de Assistência Social, essa incapacidade é sempre resultante da interação entre a disfunção apresentada pela pessoa, a limitação de suas atividades e a restrição na participação social, e os fatores ambientais.

Com o intuito de reforçar o entendimento, é interessante o seguinte julgado:

> Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência no qual o Instituto Nacional do Seguro Social aponta a divergência jurisprudencial relativa à demonstração do requisito legal de incapacidade laborativa e para a vida independente.
>
> Observo, na espécie, que esta Turma Nacional já se manifestou acerca do tema por ocasião do julgamento do incidente de uniformização nº 2004.30.00.702129-0, de minha relatoria, em que restou assentado, *verbis*:
>
> "PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. COMPROVAÇÃO DE INCAPACIDADE. CONCEITO DE VIDA INDEPENDENTE. LEI Nº 8.742/93.
>
> 1. O conceito de vida independente da Lei nº 8.742/93 não se confunde com o de vida vegetativa, ou, ainda, com o de vida dependente do auxílio de terceiros para a realização de atos próprios do cotidiano.
>
> 2. O conceito de incapacidade para a vida independente, portanto, deve considerar todas as condições peculiares do indivíduo, sejam elas de natureza cultural, psíquica, etária – em face da reinserção no mercado do trabalho – e todas aquelas que venham a demonstrar, *in concreto*, que o pretendente ao benefício efetivamente tenha comprometida sua capacidade *lato sensu* produtiva.
>
> 3. A interpretação não pode ser restritiva a ponto de limitar o conceito dessa incapacidade à impossibilidade de desenvolvimento das atividades cotidianas.
>
> 4. Incidente de uniformização improvido."
>
> Face ao exposto, diante do precedente jurispudencial acima citado, NÃO ADMITO o incidente de uniformização.
>
> (JEF - PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL, Processo 2004.71.95.00.38438, Turma Nacional de Uniformização, DJU 6/7/2005, Relator Juiz Federal Wilson Zauhy Filho).

Com efeito, a deficiência apontada no pleito não deve ser necessariamente aquela arrolada no Art. 4º, do Decreto nº 3.298, de 1999, posto que este artigo apenas agrupa exemplificativamente determinadas categorias de deficiência, representando, de certa maneira, um conceito de deficiência *stricto sensu,* deixando em aberto a inserção de outras categorias que se enquadrem nos conceitos de incapacidade dados pelo Art. 3º, do mesmo Decreto, e pelo Art. 20, da Lei nº 8.742, de 1993.

Consoante esse entendimento, não se restringe indevidamente o alcance da lei que criou o mencionado benefício, sabendo que esta visa exata e precipuamente garantir o respeito à dignidade da pessoa e o atendimento às suas necessidades básicas, e rende homenagens a seus princípios, objetivos e diretrizes, evitando quedarem excluídos, de antemão, injustamente, outros tantos e inúmeros casos de um vasto universo da medicina, e não compreendidos explicitamente pelo legislador.

A exemplificar, tem-se o caso de uma pessoa soropositiva em estágio avançado da doença, que não tenha mais condições físicas de ter vida independente ou de trabalhar, que nunca trabalhara no mercado de trabalho formal, e que necessita constantemente de maiores cuidados diários, para continuar sendo mantida e ter um mínimo para sua subsistência, pois que ela enquadra-se no conceito supracitado.

Nessa esteira de raciocínio, tal entendimento deve ser o mesmo a ser compartilhado para se compreender o alcance da conformidade dos Arts. 55 e 56 com o Art. 2º [5], do futuro Estatuto das Pessoas com Deficiência (Projeto de Lei do Senado nº 06/2003), visto que, neste próprio Art. 55, determina-se que a assistência social à pessoa com deficiência seja prestada com base nos princípios e diretrizes da Lei Orgânica da Assistência Social.

Por último, é mister tratar de uma peculiaridade que a abertura do conceito propicia: a criança e o adolescente gozam *per se* da presunção legal de não ter a capacidade para a vida independente ou trabalho, inclusive há vedação constitucional quanto a qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (Art.8º, XXXIII, Constituição). Como resolver tal paradoxo?

Para início de interpretação, poderia se valer da combinação do Art. 3º, do Decreto nº 3.298, de 1999, com o Art. 20, da Lei Orgânica de Assistência Social, desde que não advenha interpretação restritiva desautorizada, ou seja, aquela que fira a *mens legis*, que é a de propiciar o resgate de um segmento da sociedade carente de acesso às políticas públicas, fadado que são desde o nascimento ao esquecimento e ao isolamento social.

Certamente o núcleo essencial da norma restará atendido, se o espírito do intérprete estiver imbuído do conceito conglobante de incapacidade como apresentado, qual seja aquele resultante da interação entre a disfunção apresentada pela pessoa, a limitação de suas atividades, a restrição na participação social, e os fatores ambientais condicionantes.

4. Conclusão

Pode-se verificar o quanto é importante e deve ser particularizada a análise das condições da pessoa que requer o benefício de prestação continuada, visto que está nos detalhes a verdadeira caracterização, tanto da situação de miserabilidade apontada, quanto da incapacidade para a prática de atos da vida independente e para o trabalho, bosquejando o papel importante da perícia médica e do assistente social nesse contexto para não conduzir a injustiças de nenhum lado.

A razão disso se encontra na própria opção que passou a preponderar ao se averiguar os critérios para concessão de benefícios, pois se deu primazia na

análise aos critérios subjetivos. E essa opção, querendo ou não, requer maior esmiuçamento e busca de minúcias para bem compreender o contexto e a real necessidade do pleiteante, deixando às claras o porquê de não aproveitá-los também para canalizar tais resultados em direção de algo que verdadeiramente possa tornar essa pessoa produtiva e útil, quando houver essa possibilidade.

Poderão estar reconhecidos no laudo médico ou no relatório da assistente social, sendo que este último poderia ser resultado de uma comissão multidisciplinar (psicólogo, pedagogo, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, médico fisiatra e, é claro, assistente social), dados essenciais que podem traçar o perfil daquela pessoa e suas carências (o próprio benefício, qualificação técnica, reabilitação etc.) e tudo o que possa ser útil ao reconhecimento daquela peculiar situação.

Qualquer que seja o resultado dessa análise deve ter o condão de propiciar a participação do indivíduo como cidadão, e não apenas reduzi-lo a um eterno necessitado do braço estatal e do colo da sociedade; deve fazer com que ele reconheça seu indispensável papel para maior engrandecimento de todos e desta última. Daí, deverão ser inseridos dados maiores que permitirão traçar um quase perfeito perfil daquela pessoa, a fim de que se construam os sustentáculos para sua contribuição nessa jornada evolutiva.

Noutro plano, os órgãos públicos de qualquer esfera governamental deverão firmar convênios para criar uma rede participativa que possibilite a consagração do verdadeiro espírito federativo de cooperação e colaboração. Nessa rede, a troca de informações e de encaminhamentos será de vital importância não só para essa política pública de assistência social, mas para tantas outras que não necessariamente de natureza assistencial.

A conclusão que se alcançará é que se atenderá tanto mais os interesses da sociedade, dos que necessitam e das entidades governamentais e não-governamentais, dando efetividade ao preconizado constitucionalmente, sem esquecer que facilitará a aplicação da comentada Lei Orgânica de Assistencial Social, como de outros vários instrumentos legais, inclusive a proposta de futuro Estatuto da Pessoa com Deficiência, que em alguns aspectos inovará.

Notas

[1] A objetividade que aqui se refere é a ausência de subjetividade por parte do avaliador, para se extrair qualquer conteúdo emocional ou passional; está interligada à idéia de esvaziamento de sentimentos quando da avaliação, especialmente porque estarão em averiguação dados pessoais e familiares.

[2] Art. 56. Às pessoas com deficiência que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário – mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência

Social. § 1º O benefício assistencial já concedido a qualquer outro membro da família, seja pessoa com deficiência ou idosa, não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Lei Orgânica da Assistência Social. § 2º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ½ (meio) salário-mínimo, assim estabelecido como critério objetivo. § 3º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência, inclusive em razão de seu ingresso no mercado de trabalho, não impede seu restabelecimento, desde que atendidos os demais requisitos estabelecidos.

[3] A propósito, a Turma Nacional de Uniformização chegou a editar o seguinte enunciado: Sumula nº 29 - Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.

[4] O parágrafo 3º, do Art. 56, do futuro Estatuto das Pessoas com Deficiência, possibilita o restabelecimento do benefício de prestação continuada cessado em virtude de ingresso no mercado de trabalho, desde que preenchidos os demais requisitos. g) lazer; e V – Surdo - cegueira: compreende a perda concomitante da audição e da visão, cuja combinação causa dificuldades severas de comunicação e compreensão das informações, prejudicando as atividades educacionais, vocacionais, sociais e de lazer, necessitando de atendimentos específicos, distintos de iniciativas organizadas para pessoas com surdez ou cegueira. VI - Autismo: comprometimento global do desenvolvimento, que se manifesta tipicamente antes dos três anos, causando dificuldades significativas de comunicação, interação social e de comportamento, caracterizando-se freqüentemente por movimentos estereotipados, atividades repetitivas, respostas, mecânicas, resistência a mudanças nas rotinas diárias ou no ambiente e a experiências sensoriais. VII - Condutas Típicas: comprometimento psicosocial, com características específicas ou combinadas, de síndromes e quadros psicológicos, neurológicos e/ou psiquiátricos, que causam atrasos no desenvolvimento e prejuízos no relacionamento social, em grau que requeira atenção e cuidados especificas VIII - Lesão Cerebral Traumática: compreende uma lesão adquirida, causada por força física externa, resultando em deficiência funcional total ou parcial ou deficiência psicomotora, ou ambas, e que comprometem o desenvolvimento e/ o desempenho social da pessoa. IX - Deficiência Múltipla: compreende a associação de duas ou mais deficiências, cuja combinação acarreta comprometimentos no desenvolvimento global e desempenho funcional da pessoa e que não podem ser atendidas em uma só área de deficiência. § 1º Para efeitos da presente lei equipara-se a pessoa superdotada à pessoa com deficiência, sendo superdotada a pessoa que apresenta notável desempenho e elevada habilidade de natureza intelectual, física, social e de liderança em uma ou mais áreas da atividade humana. § 2º Entende-se como deficiência permanente aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

[5] Art. 2º Considera-se deficiência toda restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividade remunerada, estando enquadrada em uma das seguintes categorias: I - Deficiência Física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando

limitação da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros ou face com deformidade congênita ou adquirida; II - Deficiência Auditiva - perda bilateral, parcial ou total média de 41 dB (quarenta e um decibéis) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - Deficiência Visual - compreende a cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,5 e 0,05 no melhor olho e com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de qualquer uma das condições anteriores; IV - Deficiência Mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação no período de desenvolvimento humano e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas.

DIREITO CONSTITUCIONAL DE TER RESERVA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS EM CONCURSOS PÚBLICOS[1]

Maria Aparecida Gugel

Resumo: A reserva de cargos e empregos públicos é medida de ação afirmativa para se atingir a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência. A ação afirmativa prevista na Constituição brasileira também é prevista nas Convenções da OEA e ONU sobre direitos das pessoas com deficiência. Para dar efetividade à ação afirmativa é necessário que o administrador público descreva no edital de concurso público as atividades dos cargos e empregos públicos; indique o número de cargos e empregos públicos e o percentual da reserva; garanta a inscrição do candidato com deficiência, às provas adaptadas, aos locais de prova e ao curso de formação; elabore listas de classificação geral e especial; garanta a nomeação e o estágio probatório orientado por equipe multiprofissional.

Palavras chave: pessoa com deficiência, concurso público, reserva de cargos e empregos públicos, ação afirmativa, convenções internacionais.

Abstract: *The system of quotas in public positions and jobs is a measure of affirmative action to attain equality of opportunities for persons with disabilities. The affirmative action, as listed in Brazilian Constitution, is also part of both the Organization of American States and the United Nations conventions on the rights of the people with deficiency. To ensure effectiveness of the affirmative action it becomes necessary that public contractors provide, in announcements of public competition, a full description of the pretended activities and duties of the positions and jobs; the number of positions and jobs available and percentage of reservation; a guarantee of enlistment for candidates with disability, of access to examinations adequately adapted and to the sites of tests and job training programs; the issuance of lists of approved candidates general and special classification; guarantee of nomination and availability of a period of training during a probatory period under the guidance of a multiprofessional team.*

Keywords: *person with disability, public examinations, quotas for public offices and jobs, affirmative action, international conventions.*

1. Ordem Constitucional. Concepção Mundial sobre Ação Afirmativa

A ordem constitucional de proteção à pessoa com deficiência direciona-se com intensidade ao estabelecer o concurso dos poderes, com competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para legislar sobre os cuidados da saúde e assistência pública, da proteção e garantias das pessoas portadoras de deficiência (Arts. 23, II; 24, XIV; 30, II).

É claro o objetivo da regra constitucional: promover a inclusão da pessoa com deficiência por meio da ação comum de vários entes políticos e, com isso, rapidamente fornecer-lhes os meios que contrabalancem as desvantagens encontradas no contexto social de natureza educacional, de saúde, de trabalho, de acessibilidade urbana e em edifícios coletivos e transporte púbicos, de lazer, de esporte, de moradia, e outros de ordem social.

O Art. 37, da Constituição da República, dispõe que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (inciso I), sendo que a investidura nos mesmos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (inciso II). Mais adiante determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão (inciso VIII).

Esse comando de reserva de cargos e empregos públicos esclarece e exemplifica o princípio basilar, locado na Constituição da República no *caput*, do Art. 5º, do direito à igualdade. Tal comando visa alcançar, por meio da lei, as desigualdades de fato. Com isso, permite ao legislador que identifique os elementos discriminadores, quem são as pessoas, os fatos e as situações a justificarem discriminações positivas para que a equiparação seja alcançada.

A discriminação positiva, por meio da ação afirmativa, exige do Estado e da sociedade a construção de um ordenamento jurídico que mostre os fins sociais, a proteção dos valores da justiça social e do bem comum, de forma a implementar os comandos programáticos constitucionais do Art. 3º, III - erradicar [...] e reduzir as desigualdades sociais [...]; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos [...] e quaisquer formas de discriminação; Art. 170, VII – redução [...] das desigualdades regionais e sociais.

A sociedade mundial preocupada com o direito à igualdade das pessoas com deficiência, admite a existência da desigualdade e reflete a possibilidade da ação afirmativa, reflexos das atuais Convenções sobre direitos das pessoas

com deficiência da Organização dos Estados Americanos – OEA e da Organização das Nações Unidas – ONU.

A Convenção da Guatemala[2] esclarece sobre a possibilidade de o Estado adotar medidas[3] de discriminação positiva que considera necessária para alcançar a igualdade de oportunidades:

> Artigo I – 2. b) 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. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração e interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

Vê-se reforçada a possibilidade de ação afirmativa pelo Estado no Artigo III, em perfeita consonância com o direito à igualdade e com o atual movimento de inclusão social, comprometendo os Estados Parte a tomar medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, necessárias a eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, sob a forma de:

> Artigo III - 1. a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração;
>
> b) medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência;
>
> c) medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas – ONU[4], define as pessoas com deficiência como sendo aquelas:

> Artigo 1
>
> *Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intelectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.*[5]

Um dos princípios gerais que sustenta a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é a igualdade de oportunidades (Art. 3), admitindo

que esta pode ser efetivada por meio de ação afirmativa. É o que se constata no Art. 5, item 4:

> Artigo 5
>
> Igualdade e não-discriminação
>
> 1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
>
> 2. Os Estados Partes deverão proibir qualquer discriminação por motivo de deficiência e garantir às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
>
> 3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes deverão adotar todos os passos necessários para assegurar que a adaptação razoável seja provida.
>
> 4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não deverão ser consideradas discriminatórias.

Ao tratar do trabalho e emprego a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU reconhece o direito à igualdade de oportunidades para um trabalho de sua livre escolha, em ambiente inclusivo e acessível, proibindo a discriminação baseada na deficiência quanto à admissão e remuneração e, instando o Estado a empregá-las no setor público (Art. 27).

2. Concurso Público

Concurso público é um processo de seleção pública em que se busca o melhor candidato, gerando, portanto, disputa e competição. Por isso, as regras devem estar claramente formuladas, conhecendo-se de antemão quais os órgãos que estão obrigados ao concurso público; quais os cargos ou empregos públicos oferecidos e suas respectivas atribuições; que obrigações têm os candidatos, devendo cumpri-las, de forma a acessar o concurso público e, qual o percentual de reserva de cargos e empregos públicos que tem como destinatário a pessoa com deficiência.

Estão obrigadas[6] ao concurso público para provimento de seus cargos e empregos públicos aquelas entidades enumeradas no artigo 4º do Decreto-lei nº 200, com a redação da Lei nº 7.596/87. Essa mesma composição acabou sendo incorporada pela administração dos Estados e Municípios, ou seja:

> I - Administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;
>
> II - Administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b)

empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas.

A administração pública direta classificada como entidade estatal é composta por pessoas jurídicas que integram a estrutura constitucional do Estado: a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, com funções públicas especificadas em lei.

A administração pública indireta por sua vez é composta por pessoas jurídicas (ou entidades) de direito público – autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista –, criadas por lei, com autonomia política, administrativa e financeira, para a realização de atividades, obras ou serviços.

3. Reserva de Cargos Públicos

A Constituição da República assegura a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência[7], condicionando à lei a definição de critérios para a admissão (Art. 37,VIII). Trata-se de comando constitucional a exigir regramento próprio para a sua plena execução, posto que de natureza contida.

A Lei nº 7.853, editada em 1989, resultado da ação do movimento de pessoas com deficiência da década de 80, veio tratar da política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência com a edificação de direitos condicionados à sua capacidade de integração. Não trouxe, no entanto, a necessária eficácia imediata e integral a permitir a sua plena execução, relativamente à reserva de percentual de vagas em cargos e empregos públicos. Manteve-se no patamar de norma declaratória do pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, determinando a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho na administração pública e no setor privado e, por regulamento a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho (Art. 2º, III, d).

Para o setor privado, dois anos após, editou-se a Lei nº 8.213/91 que trata da reserva de postos de trabalho para os beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiências habilitadas em proporções claras de 2% a 5% em empresas com cem ou mais empregados até 1.001, respectivamente, cumprindo o mandamento do anteriormente citado Art. 2º, da Lei nº 7.853/89.

A Lei nº 8.112/90 disciplina parte do comando constitucional determinando que às pessoas com deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador, sendo-lhes reservadas até 20% (vinte por cento) das "vagas oferecidas no concurso" (Art. 5º, § 2º). Não fixou o percentual de reserva sobre o número total dos cargos e empregos públicos

existentes em cada órgão, a "reserva real", de forma que em cada concurso público pudesse o mesmo vir a ser preenchido e, com isso, cumprir a discriminação positiva do Art. 37, VIII da Constituição.

A "reserva real" é facilmente obtida aplicando-se um percentual determinado, sobre o número efetivo de cargos existentes em cada órgão[8].

A fixação de reserva até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concurso, conforme dispõe a Lei nº 8.112/90, é um parâmetro que deve existir a cada certame público na administração pública direta e indireta.

O critério de cálculo de vagas reservadas às pessoas portadoras de deficiência deve sempre se orientar pela máxima efetividade da norma constitucional, o que somente será atingido se, qualquer que seja o resultado da divisão entre o total de vagas oferecidas e o percentual reservado que resulte em número fracionado for elevado até o primeiro número inteiro subseqüente[9], garantindo-se as vagas das pessoas com deficiência[10].

O edital do concurso público deverá conter cláusula específica e clara a respeito da distribuição das vagas. O percentual que varia de 5% a 20% deve incidir sobre o total das vagas oferecidas, não podendo o administrador indicar quais são os cargos que disponibilizará para pessoas com deficiência alegando, como é muito comum e absolutamente equivocado, a compatibilidade da função à deficiência ou cargos que exijam aptidão plena.

Se o quadro de carreira para o qual está sendo levado o concurso público for estruturado em especialidades, a distribuição das vagas reservadas será feita proporcionalmente ao número de vagas em cada especialidade, de forma que para todos os cargos ou empregos haja previsão explícita de reserva de vagas para pessoa com deficiência.

Se, por outro lado, a administração pública vier a disponibilizar uma só vaga, deve antes aferir se já detém em seus quadros um número significativo de servidores com deficiência – se já está cumprindo a reserva, ou não a está cumprindo. Não tendo servidores ou empregados com deficiência em parâmetros razoáveis, deverá destinar esta única vaga para a reserva à pessoa com deficiência, atendendo com isso ao comando constitucional (Art. 37, I, II e VIII) e à Lei nº 7.853/89 que determina aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dispensarem tratamento prioritário e adequado às pessoas com deficiência (parágrafo único, Art. 2º).

Esclareça-se que o administrador não poderá escolher a localidade para destinar as vagas (ou a vaga) reservadas para pessoas com deficiência. A reserva ocorre sobre o total de vagas ofertadas, incide sobre o quadro de carreira, estando, ou não, estruturado em especialidades. Arredonda-se para o primeiro

número inteiro subseqüente se o percentual resultar em fração. O concurso público tem a abrangência peculiar de cada órgão da administração pública direta e indireta: nacional ou federal; estadual; municipal. Estipular o local da destinação da reserva, sob qualquer argumento, é discriminar a pessoa com deficiência pois, em todas as localidades pode existir candidato com deficiência potencialmente apto e interessado em prestar o concurso público.

A administração pública ao realizar concurso público deve ainda observar a "reserva mínima de 5% das vagas oferecidas", em face à classificação obtida pelo candidato com deficiência. A "reserva mínima" destina-se àqueles candidatos classificados e tem como objetivo garantir as suas nomeações. O balizamento a ser utilizado para a nomeação será obviamente a ordem de classificação, observando-se que a convocação obedecerá a alternância e a proporcionalidade entre a lista geral e a lista especial em relação ao número de vagas a serem preenchidas.

4. Reserva de Empregos Públicos

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, ou genericamente designadas de empresas estatais, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem orientar-se nas regras previstas no Art. 173, §1º, da Constituição da República que [...] "apenas fixa o regime tributário de tais entidades e o regime jurídico de seu pessoal, não excepcionando a regra geral do Art. 37, inc. II"[11].

Para a discussão em tela interessa especialmente afirmar que sobre as sociedades de economia mista e empresas públicas incidem os comandos constitucionais de preenchimento de empregos públicos por meio de concurso público, sendo que a nomeação do empregado público formaliza-se via contrato de trabalho e, efetiva-se com a aplicação da legislação trabalhista ou seja, com a anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social.

A questão fundamental porém, é concluir, a partir desse duplo enfoque e regência de regras da administração pública e privada, qual reserva de empregos públicos destinar às pessoas com deficiência. Os empregados públicos vinculam-se à Administração Pública Indireta por meio do regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sendo-lhes aplicados os princípios que regem os contratos de trabalho.

A Lei nº 8.213/91, que define o Plano de Benefícios da Previdência Social, conceitua como empresa (Art. 14) a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional, sendo que o empregado e segurado obrigatório da Previdência Social é aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em

caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado (Art. 11).

Portanto, aplica-se às empresas públicas e sociedades de economia mista a *reserva real*, obtida segundo a regra da reserva de postos de trabalho na conhecida fórmula do Art. 93, da Lei nº 8.213/91. A aferição dessa reserva "real" se dá no total do quadro de pessoal da empresa, observadas todas as carreiras existentes.

Quanto às reserva de vagas em cada concurso público, reserva de percentual mínimo de 5% das vagas oferecidas e meta percentual em cada certame, as regras a serem seguidas pela administração pública indireta são as mesmas exigidas para a administração pública direta.

A dispensa de trabalhador reabilitado ou pessoa com deficiência habilitada ao final de contrato por prazo determinado superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condições semelhante. O empregador que no curso do contrato vier a dispensar trabalhador com deficiência deve obedecer ao parâmetro definido no artigo Art. 93, § 1º, da Lei nº 8.213/91, de maneira a se considerar válida a dispensa. O novo empregado contratado deve guardar condições de semelhança com o empregado despedido ou seja, ser também portador de deficiência, conforme definição contida no Art. 5º, § 1º, I, a-e, do Decreto nº 5.296/04.

O critério da lei, além instituir ação afirmativa por meio da reserva postos de trabalho para o trabalhador com deficiência ou trabalhador reabilitado, é fixar um mecanismo de preservação dessa reserva, estabelecendo como condição para a dispensa desses empregados a contratação de substituto de condição semelhante. Isto significa dizer que se está diante de uma forma peculiar de garantia de emprego. Esta garantia de emprego, no entanto, não é dirigida a um indivíduo com deficiência mas, a uma situação em particular – a condição da deficiência -, na qual o interesse a ser resguardado diz respeito à coletividade de pessoas com deficiência ou reabilitados da Previdência Social.

Se a dispensa do empregado público com deficiência implicar em redução do percentual de reserva, significa que o administrador público não poderá rescindir o contrato firmado enquanto não tiver condições de nomear outro candidato com deficiência. Se ainda assim o administrador rescindir o contrato, sem proceder nova contratação de empregado em condições semelhantes, a dispensa será considerada nula, nos termos do Art. 9º, da CLT, a exigir a reintegração do demitido no emprego com a percepção de salários e vantagens[12].

5. Atribuições Compatíveis com a Deficiência. Aptidão Plena do Candidato com Deficiência

Opõe-se ao direito à igualdade duas equivocadas e estreitas concepções que dizem respeito à reserva dos cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência. A primeira delas, inserida na Lei nº 8.112/91, e repetida no Decreto nº 3.298/99, determina que será assegurado o direito de a pessoa com deficiência se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador[13] e, a segunda, a inaplicabilidade da reserva mínima de 5% em face da classificação obtida quando se tratar de cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.

Observado o princípio da razoabilidade, o administrador público ao estipular condições e requisitos de acesso aos cargos e empregos públicos (§ 3□, Art. 39), limita-se ao estabelecimento de pressupostos e exigências em relação às peculiaridades das funções e tarefas inerentes aos cargos e empregos público como, por exemplo, exigir a qualificação profissional por meio de diplomação específica. Não se trata em hipótese alguma de se excepcionar pessoas ou cargos e ocupações.

Observe-se mais, na ressalva constitucional (Art. 39, § 3º) está claro que se aplica ao servidor ocupante de cargo público o disposto no Art. 7º, sendo que dentre os vários incisos que o compõe está o XXXI, que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão da pessoa com deficiência.

A não previsão de reserva de vagas para pessoas com deficiência em concurso para cargos e empregos públicos que exijam aptidão plena do candidato, ou impedi-lo de se inscrever, em vista da prévia definição pela administração pública de que o cargo ou emprego público não é compatível com a deficiência, viola um dos objetivos fundamentais da República que é a promoção do bem de todos, livre de qualquer preconceito (Art. 3º, IV); viola princípio fundamental do direito à igualdade (Art. 5º, caput); choca-se com os princípios da acessibilidade (Art. 37, I) e de concurso publico (Art. 37, II) e, o direito de não discriminação no tocante a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (Art. 7º, XXXI).

Não poderá o administrador inserir como critério para o cargo ou emprego público a exigência de aptidão plena, impedindo que o candidato com deficiência participe do certame ou, logrando êxito, seja nomeado. Isto porque, é o conteúdo das provas e exames, eventualmente de desempenho físico ou sensorial que determinarão a classificação do candidato já que lhe é exigido alcançar a nota mínima.

Observe-se que uma das exigências do conteúdo dos editais de concurso público é a descrição das atribuições e tarefas do cargo ou emprego público. Referida exigência tem um efeito direto para todos os candidatos em potencial, pessoa com ou sem deficiência, quanto à decisão de prestar o concurso. Entendendo-se habilitado, optará por seguir as regras estabelecidas para o concurso e, obtendo êxito na classificação e sendo nomeado, às formalidades inerentes ao exercício das funções.

6. Igualdade de Condições. Inscrição de Candidatos com Deficiência

A igualdade de condições com os demais candidatos, referência do Art. 37, do Decreto nº 3.298/99, implica ao candidato com deficiência à submissão aos mesmos conteúdos das provas e exames; aos critérios de aferição e avaliação; ao horário e local de aplicação das provas e exames; e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos. Não haverá privilégios em relação a candidatos com deficiência.

Visando a alcançar a igualdade de condições, o candidato com deficiência que dele necessitar poderá requerer tratamento diferenciado para a realização das provas e exames, indicando quais são as condições diferenciadas. O prazo para o pedido deve estar fixado no edital. Se necessitar de tempo adicional para realizar as provas poderá assim requerer, apresentando a justificativa no prazo previsto também no edital. Essa justificativa deverá, necessariamente, estar acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência.

É no ato da inscrição que se estabelece o liame entre o candidato com deficiência e o órgão responsável pelo concurso público. Por isso, deve constar do edital o número de vagas, reserva destinada à pessoa com deficiência, atribuições e tarefas essenciais do cargo, previsão de adaptação das provas, curso de formação e estágio probatório e o laudo médico atestando a deficiência.

No ato da inscrição será exigido do candidato com deficiência que apresente o laudo médico, atestando a espécie e o grau da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID, bem como a provável causa da deficiência.

A comprovação da deficiência justifica-se pois o candidato concorrerá, se for sua livre opção, às vagas reservadas destinadas exclusivamente às pessoas com deficiência.

A exigência do atestado contendo a conceituação e o grau de deficiência merece consideração também pelo candidato pois tem desdobramentos importantes para as providências que deverão ser tomadas pelo órgão responsável

pelo concurso quanto à adaptação das provas, ao local de realização das mesmas e a adaptação do curso de formação e do período de estágio probatório.

Para proceder às adaptações a administração pública deve estar atenta às necessidades decorrentes da deficiência do candidato e lançar mão dos apoios especiais e ajudas técnicas, quando o for caso, de forma a propiciar o amplo acesso de candidatos com deficiência ao concurso público.

Adaptar as provas para o candidato com deficiência, é tornar o seu conteúdo - que é o mesmo para todos os candidatos – acessível, de forma que possa apropriar-se do inteiro teor das questões formuladas e, ao mesmo tempo, ter condições segundo a adaptação de sua deficiência (sensorial – visual ou auditiva – física - mental) de proceder a resposta à formulação.

A adaptação das provas obriga o administrador a criar mecanismos próprios que permitam recuperar com segurança, e de maneira fidedigna, o conteúdo das questões e as respostas às questões formuladas. A certeza e eficácia do referido mecanismo possibilita ao candidato meio adequado de dirigir eventual recurso à banca examinadora, seja por inconformismo em relação à critérios de correção, dubiedade ou equívoco da questão formulada. Trata-se de uma providência obrigatória que decorre do comando constitucional do amplo acesso de todos ao concurso público (Art. 37, I), de forma que os candidatos com deficiência, de acordo com o requerimento dirigido à comissão em prazo previsto no edital, possam solucionar as questões segundo sua proficiência. Essa providência à qual está obrigada a administração pública, dirige-se ao candidato com deficiência propiciando-lhe atingir a igualdade de condições com os demais candidatos.

Portanto, por razões intrínsecas à deficiência declarada no ato da inscrição, o candidato tem o direito de requerer, no prazo fixado no edital, tratamento diferenciado para a realização das provas, indicando explicitamente quais são as adaptações necessárias para prestá-las. Se necessário, deverá requerer tempo adicional para a realização das referidas provas. Nesse caso, alerta-se que a justificativa para o requerimento deverá estar acompanhada de parecer emitido por especialista da área da deficiência declarada.

7. Local de realização das provas

Todos os locais de prova devem estar adaptados e organizados segundo as normas técnicas da ABNT[14] relativas à acessibilidade da pessoa com deficiência, cabendo ao administrador público ou organizador do concurso obedecer aos padrões e critérios nelas estabelecidos, estando os locais aptos para receber o candidato com deficiência de forma digna. Para as eventuais adaptações que se devam proceder nos locais de provas, deverão ser levados em conta os apoios

especiais e as ajudas técnicas específicas para a deficiência do candidato, o que significa dizer que se houver necessidade deverão ser colocados à disposição dos candidatos com deficiência os *apoios* a exemplo do intérprete de sinais, ledor, terceiro para apoiar na condução, dentre outros.

8. Curso de Formação dos Candidatos

Nessa etapa do concurso público, via de regra eliminatória, prepara-se o candidato, capacitando-o para as futuras atribuições funcionais. Portanto, o laudo médico atestando a espécie e o grau da deficiência com o correspondente CID e a causa provável da deficiência, apresentado no ato da inscrição, servirá de base, e deverá ser considerado pela equipe multiprofissional, para as necessárias e obrigatórias adaptações do curso de formação. Não se esqueça de que deverão ser colocados à disposição do candidato com deficiência todos os apoios e ajudas necessários à boa consecução do curso.

9. Nomeação.
Listas Geral e de Candidatos com Deficiência (Especial)

A primeira justificativa para a elaboração de duas listas (geral e especial) é disciplinar o resultado de duas distintas competições: uma entre os candidatos com deficiência para as vagas que lhes são reservadas, já que pode ocorrer a aprovação de número superior de pessoas com deficiência à reserva; outra entre os candidatos sem deficiência.

O órgão responsável pela realização do concurso procederá número necessário de convocações para nomeação (cargo público) ou contratação (empregado público), durante a validade do concurso, segundo a ordem de classificação, até o limite das vagas autorizadas no edital. No momento da nomeação ou da contratação, os candidatos "sem" e "com" deficiência deverão ser chamados de forma alternada e proporcional, obedecida à ordem de classificação das listas geral e de pessoas com deficiência, que o regulamento designa como especial.

As listas geral e de candidatos com deficiência devem ser geradas ao final do concurso público. No caso de uma etapa do certame público ter sido concluída, composta ou não de fases, a publicação do resultado deverá necessariamente ocorrer de forma a propiciar o chamamento dos candidatos para a segunda etapa, ou para o curso de formação. Para tanto, basta que se conheça a relação de candidatos que alcançaram a nota mínima.

Importante destacar que em cada fase do concurso poderá ser exigida nota mínima diferenciada. Porém, na classificação final dos candidatos deverá ser observada a nota mínima fixada para aprovação no concurso, lembrando-se

que a colocação de cada candidato na classificação final dependerá do nível alcançado pelo conjunto de candidatos, traduzida pela a nota de corte.

A segunda justificativa para a elaboração das duas listas com as respectivas classificações é a de atender a ordem de convocação para a nomeação. Deixar de convocar de forma alternada e proporcional as duas listas existentes, obsta o acesso de candidato com deficiência ao cargo ou emprego público, conduta tipificada como crime (Art. 8º, II, Lei nº 7.853/89), e com claro ânimo de prática de discriminação.

De forma a dar efetividade ao comando constitucional da reserva de cargos e empregos públicos, a convocação dos candidatos de forma alternada e proporcional deve se iniciar com os candidatos da lista geral, passando-se ao primeiro da lista de candidatos com deficiência já no primeiro bloco de convocados[15], seja qual for o número de candidatos chamados, aplicando-se sempre a regra do percentual mínimo de 5% e se tendo em conta o percentual de vagas reservadas para o concurso público.

Tenha-se claro que se houver candidato com deficiência aprovado em primeiro lugar na classificação geral, este não será computado para a reserva a ser cumprida naquele concurso, pois a reserva mínima está relacionada à classificação obtida e só se manterá a alternância e proporcionalidade se forem observadas as duas listas. Portanto, para este exemplo, o próximo candidato a ser convocado será aquele com deficiência constante do rol da lista de candidatos com deficiência.

Ao nomear o candidato com deficiência, o administrador público deve de antemão considerar a adaptação do local de lotação ou da contratação, de forma a cumprir as regras de acessibilidade e, bem receber o novo servidor ou empregado público. O que não pode ocorrer é o administrador público, com a motivação de que somente determinada unidade é adaptada, preferir ali proceder a lotação do novo servidor ou empregado público ou, ao contrário, não proceder a lotação em determinada unidade porque não é adaptada. A acessibilidade é um direito garantido constitucionalmente (Arts. 227, §2º e 244) portanto, o administrador público está obrigado ao cumprimento das regras de acessibilidade e/ou adaptações.

10. Estágio Probatório

O estágio probatório, observado o cumprimento de procedimentos próprios, no período de três anos, implicará na efetivação, ou não, do servidor em cargo de provimento efetivo da administração pública direta, autárquica e fundacional.

Ao empregado público da administração pública indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) o estágio probatório é de três meses, coincidente ao período de experiência, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em vista da aplicação do Art. 173, §1º, da Constituição da República.

Como regra geral que é, destina-se a todos. Portanto, é no "estágio probatório", durante o pleno exercício das funções, que o candidato com deficiência será avaliado quanto à sua aptidão e capacidade para o desempenho do cargo ou emprego público, observados os pressupostos legais de assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade (Art. 20, Lei n º 8.112/1990).

Para o servidor ou empregado público com deficiência em estágio probatório, além da aptidão e capacidade típicas do cargo ou emprego público, soma-se na avaliação uma outra exigência: a "compatibilidade das atribuições do cargo com a deficiência". Essa impropriedade da norma regulamentar (o Decreto nº 3.298/99) goza da mesma ilegalidade atribuída à concepção de se excluírem da reserva determinados cargos e empregos públicos, em vista da equivocada premissa de que exigem aptidão plena ou são incompatíveis com a deficiência.

A equipe multiprofissional será o apoio especial durante o estágio, com o objetivo de encontrar a solução para a adaptação das tarefas inerentes ao cargo ou emprego público, tarefas estas que necessitam ser cumpridas pelo estagiando com eficiência, gerando a desejada produtividade, conforme exige o Art. 20 da Lei 8.112/90. A conduta da equipe multiprofissional deverá ser de orientação e supervisão do período de adaptação. O objetivo a ser atingido, nesse caso, é o de auxiliar o administrador com elementos e instrumentos próprios para proporcionar a adaptação das funções às eventuais limitações ocasionadas pela deficiência, de forma que a pessoa com deficiência possa demonstrar no exercício de suas funções ser possível cumprir os requisitos exigidos no já citado Art. 20 da Lei n º 8.112/90.

Se necessário, os modos e as rotinas para o desempenho das atribuições do cargo deverão ser adaptados, observados os estritos termos das eventuais limitações ocasionadas pela deficiência da pessoa.

Questão que pode surgir no curso do estágio probatório, é o questionamento sobre a possibilidade de exoneração/demissão do servidor/empregado público. O ato da exoneração/demissão somente terá validade se houver motivação, baseada na avaliação de desempenho de que trata o § 4º, do Art. 41 da Constituição da República. Do contrário, o ato é imotivado e arbitrário, chocando-se com o princípio da motivação dos atos administrativos. Os princípios constitucionais que fundamentam a exigibilidade e acessibilidade ao concurso público para o ingresso

na administração pública direta e indireta têm simetria com o princípio constitucional da legalidade em procedimentos de exoneração e demissão do servidor/empregado público concursado. Portanto, o funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade (Súmula 21/STF).

11. Equipe Multiprofissional. Efetividade das Atribuições

A equipe multiprofissional é composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas de deficiências, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato. Portanto, seis profissionais para prestar assistência integral ao administrador público durante as diferentes etapas do concurso público e durante o período de estágio probatório.

A concepção da equipe multiprofissional, com atribuições definidas nas diferentes fases do concurso e do estágio probatório, reflete a preocupação do Poder Público no âmbito da administração pública com as condições em que se realizarão as provas, o curso de formação (Art. 43, IV) e o exercício das funções durante o estágio probatório. Ao determinar que da equipe conste profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências (psicólogo, assistente social, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional), dentre eles um médico, direciona sua preocupação para com a pessoa com deficiência, vista sob diferentes ângulos relacionados à sua saúde e bem estar integral, permitindo avaliar toda a sua funcionalidade na execução das tarefas (Art. 43, III). Incluir três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato democratiza com o corpo de servidores ou empregados públicos do órgão a responsabilidade de bem aferir a natureza das atribuições e tarefas de forma a, se necessário, compatibilizá-las às eventuais limitações causadas pela deficiência. O objetivo dessa construção, é permitir que a equipe multiprofissional a partir da capacidade, do conhecimento e experiências acumuladas de todos possam emitir parecer seguro ao final do período do estágio probatório sobre o candidato com deficiência.

O Decreto nº 3.298/99 ao instituir a equipe multiprofissional tem também outro propósito: evitar que uma só pessoa, via de regra o médico, condicione o resultado da avaliação prévia da deficiência em um parecer eliminatório do candidato.

A equipe multiprofissional poderá aferir as informações apresentadas no ato da inscrição por meio de laudo médico e, com isso, impedir a fraude com a declaração de candidatos não deficientes às vagas de pessoa com deficiência. Assim, o administrador público deverá designá-la tão logo tenha conhecimento da existência de candidatos ao concurso público e/ou de candidatos aprovados, a depender de nomeação.

Nos três anos de estágio probatório é que a compatibilidade das atribuições do cargo ou emprego público e a deficiência deverão ser avaliadas. A pessoa com deficiência nomeada terá à sua disposição todos os instrumentos necessários para bem desempenhar suas tarefas, de modo que se forem necessárias adaptações nas funções estas sejam procedidas. Ressalte-se que o modo e os mecanismos para a consecução das funções inerentes ao cargo ou emprego público é que deverão necessariamente sofrer as devidas adaptações, de tal forma que a pessoa com deficiência demonstre sua capacidade integral de desempenho.

A equipe multiprofissional deve ser considerada como forma de apoio especial, instrumento que a administração pública deve se utilizar para incluir de forma digna a pessoa com deficiência em seu ambiente de trabalho. Com isso, a própria equipe poderá ficar responsável pela orientação e supervisão do servidor ou empregado em estágio probatório de maneira que possa superar as limitações do ambiente onde desenvolve suas funções, sobretudo em relação à comunicação e ao acesso às informações, já que estas são indispensáveis para a compreensão de comandos para a realização de tarefas. Deverá estar atenta para as eventuais necessidades de ajudas para a adaptação do ambiente físico de toda ordem (rampas, banheiros adaptados, sinalização, mobiliário adaptado), visando facilitar o acesso e contribuir para melhorar a capacidade funcional e a autonomia pessoal da pessoa com deficiência em estágio probatório. Outra adaptação de ordem obrigatória e fundamental que deverá estar presente na avaliação da equipe multiprofissional, diz respeito aos instrumentos, equipamentos, maquinários e utensílios que o servidor ou empregado público deverá se utilizar para a realização de suas tarefas.

Cabe ainda è equipe multiprofisisonal concluir pela necessidade de adoção de procedimentos especiais, considerado o grau da deficiência do estagiando servidor ou empregado público. Referidos procedimentos dizem respeito, por exemplo, à possibilidade de jornada diária de trabalho variável, com o cumprimento de horários flexíveis de forma a alcançar a produtividade exigida pela administração, lembrando que os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.

12. Inspeção Médica. Necessária mas, limitada ao Exame Admissional

Não está proibida a avaliação médica prévia pela administração pública de candidato com deficiência nomeado pois, visa constatar as suas condições de saúde. Essa avaliação só será possível se tiver feição de exame admissional. Na

hipótese, a equipe de saúde, que não é a mesma equipe multiprofissional do concurso público, com atribuições específicas de avaliação emitirá laudo atestando a saúde atual do servidor/empregado público com e sem deficiência.

O exame admissional tem o caráter preventivo de rastreamento e de diagnóstico precoce de agravos à saúde relacionados ao trabalho do servidor/empregado público, inclusive aqueles de natureza subclínica, assemelhando-se ao Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, previsto na Portaria n º 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, e a conhecida NR-7. O exame médico admissional, é obrigatório e compreende a avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental, bem como exames complementares e, deve ser realizado antes que o trabalhador assuma as suas atividades. Com isso, pode-se constatar a pré-existência de alguma doença que possa justificar um pedido de aposentadoria, ficando aquela pessoa impedida de pleitear o benefício dela decorrente.

Notas

[1] Tópicos resumidos extraídos do livro Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público: Reserva de Cargos e Empregos Públicos, Administração Pública Direta e Indireta. Goiânia : Ed. da UCG, 2006.

[2] Decreto nº 3.956, de 8/10/2001, promulga a CONVENÇAO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇAO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇAO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA.

[3] Outras Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil prevêem a discriminação positiva: DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA DE EMPREGO E PROFISSÃO, promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19/1/68; ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL, promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8/12/69; ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13/9/2002 que revogou o Decreto nº 89.460, de 20/3/84 [4] A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência assinada pelo Brasil em 30/3/2007, traduzida por Romeu Sassaki http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/sicorde. A versão em inglês está no endereço da ONU http://www.un.org/disabilities/convention.

[5] Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas (tradução de Romeu Sassaki). Pessoas com incapacidades incluem aquelas com deficiências físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais duradouras que, na interação com diversas barreiras podem ter limitadas suas plena e efetiva participações na sociedade, em igualdade de condições aos demais (tradução livre da autora por entender ser mais abrangente e fidedigna ao propósito da Convenção, além de atender ao atual movimento de pessoas com deficiência que propõe um novo modelo para valorizar a pessoa).

[6] Ver o MS nºs 21.322-1 DF, de 3/12/92, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 22 de outubro de 1993.

[7] São consideradas pessoas com deficiência aquelas elencadas no Art. 5º, do Decreto nº 5.296, de 2/12/2004, sem prejuízo no âmbito dos Estados e Municípios a previsão mais abrangente.

[8] Foi o que fez o Distrito Federal ao editar a Lei nº 160, de 02/09/91 que dispõe sobre reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. É o que está sendo proposto no atual Projeto de Lei nº 7.699/06 que trata Estatuto da Pessoa com Deficiência, em curso no Congresso Nacional: Art. 65. Os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em todos os níveis, estão obrigados a preencher no mínimo 5% (cinco por cento) de seus cargos e empregos públicos com pessoas com deficiência, proporcionalmente distribuídos em todos os quadros de carreira e especialidades. Para melhorar a previsão da reserva, propõe-se excluir as locuções "em todos os níveis" e "no mínimo", pois guardará simetria com o comando na esfera privada, na qual empresas de grande porte devem ter o mínimo de 5% de cargos reservados. Deve ser ficar claro no texto que referido percentual será distribuído em todos os quadros de carreira e especialidades, para evitar que o Administrador Público escolha quais as funções destinadas às pessoas com deficiência e, até o final cumprimento da reserva.

[9] Art. 37, § 2º do Decreto nº 3.298/99.

[10] Supremo Tribunal Federal. RE 227.299-1 MG, Relator Ministro Ilmar Galvão, 14/06/2000.

[11] MS nº 21.322-1 DF, de 3/12/92, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 22 de outubro de 1993.

[12] TST – Proc. RR- 646.255/2000 – 2ª Região, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, julgado em 12/03/2003, DJ de 04/04/2003.

[13] Art. 5º, § 2º, Lei nº 8.112/91; 37, caput, Decreto nº 3.298/99.

[14] NBR 9050 - Acessibilidade a Edificações Mobiliário, Espaços e Equipamentos Urbanos; NBR 13994 – Elevadores de Passageiros – Elevadores para Transportes de Pessoa Portadora de Deficiência.

[15] Ver o AC 248783, TRF-4ª Região, 3ª Turma, DJ 18/10/2000.

CONSTITUIÇÃO e PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Manoel Jorge e Silva Neto

Resumo: Estudo sobre normas e princípios constitucionais voltados para a garantia de direitos da pessoa com deficiência.

Palavras-chaves: normas constitucionais, pessoa com deficiência.

Abstract: A s*tudy on provisions of the Constitution and constitucional principles regarding observance of rights of persons with disabilities.*

Keywords: *constitutional provisions, person with disbility.*

1. Introdução

Em sistema jurídico marcado pela tentativa de redução das desigualdades, como é a Constituição de 1988, seria autêntico paradoxo não se presenciar a preocupação constituinte relativamente à pessoa com deficiência.

Embora seja verdade que o princípio da isonomia desenvolve conseqüências nos mais variados domínios do sistema constitucional, como se sucede na igualdade no campo das relações tributárias, trabalhistas, administrativas, etc, é irrecusável reconhecer a importância da tutela constitucional reservada à pessoa com deficiência.

De nossa parte, a elaboração deste artigo se recobre de dupla satisfação : em primeiro lugar, em virtude de se tratar de tema que nos é particularmente caro; em segundo lugar, mas não menos importante, trata-se de autêntico "convite-intimação" que recebi da estimada Colega e Amiga Maria Aparecida Gugel para trazer um pouco da nossa experiência no trato das graves questões que circundam a proteção constitucional à pessoa com deficiência, de modo específico no que atina à nossa atividade no âmbito do Ministério Público do Trabalho.

Portanto, também é duplo o propósito do artigo: homenagear a tantos que, com denodo e afinco, lutam por uma sociedade brasileira menos preconceituosa e mais inclusiva e contribuir, ainda que a nosso modesto modo, para a consolidação de tutela coletiva dirigida às pessoas com deficiência com extração direta da Constituição de 1988.

2. Os Princípios Fundamentais e a Pessoa com Deficiência. A Dignidade da Pessoa Humana

Vimos nos últimos anos implementando verdadeira cruzada em torno da certificação a respeito da importância dos princípios constitucionais e, dentre eles, dos princípios fundamentais.

Ronald Dworkin chegou mesmo a afirmar que a década de 90 foi a década dos princípios.

Logo, mostra-se indeclinável o exame da principiologia constitucional, notadamente porque, após o desenvolvimento irreversível do Neoconstitucionalismo, foi aberto considerável campo para a concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário.

Temos, conseqüentemente, de acordo com a teoria abraçada por Dworkin e amplamente divulgada pelo sistema da ciência do direito, a conhecida divisão das normas constitucionais em regras e princípios.

As regras constitucionais, ou simplesmente normas-regra, são aquelas que se submetem a procedimento de aplicação preso ao sistema do "tudo-ou-nada", isto é, ou a norma é válida, subsumindo-se à situação fática e se aplica absoluta-

mente em face das demais ou não se subsume e não é aplicada. Portanto, no caso das normas-regra, diz-se que o seu sistema de aplicação é do tipo "tudo-ou-nada" porque não incide qualquer juízo de equilíbrio ou ponderação entre as normas constitucionais que estejam em oposição.

Diferentemente, os princípios constitucionais, também denominados de normas-princípio, estão sempre submetidos a juízo de ponderação, desde que é certa a impossibilidade de prevalência absoluta de um deles diante dos demais.

Além disso, Robert Alexy é incisivo ao defender que as normas-princípio se convertem em mandados de otimização, ou seja, ao promover a sua interpretação, o aplicador do direito constitucional está vinculado a extratar proposição por meio da qual se obtenha a máxima efetividade do comando constitucional.

Com essa referência inicial à doutrina sobre as regras e os princípios constitucionais pretendemos deixar claro que a proteção constitucional à pessoa com deficiência se desdobra em inúmeros preceitos constitucionais que, por sua vez, configuram normas-princípio.

No altiplano dos princípios fundamentais, visualizamos o disposto no Art. 1º, III, da Constituição, que estabelece como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana.

Não seria realizável estudo sobre a Constituição e a pessoa com deficiência sem aludir àquele dispositivo constitucional que é, segundo o magistério do saudoso Professor Miguel Reale, "o valor-fonte do sistema normativo", vale dizer, é o valor a partir do qual todo o sistema da Constituição de 1988 vai buscar fundamento para a sua própria operatividade e legitimidade.

Historicamente, a dignidade da pessoa humana encontra-se ligada ao Cristianismo. Sua fundamentação está amparada no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. O Cristianismo antigo adotou a idéia da liberdade do ser humano como apanágio da sua condição racional e em virtude de ser dotado de livre arbítrio, mesmo que não chegassem a ser reconhecidos na Antigüidade os direitos fundamentais tal como se incorporaram aos textos legislativos atualmente (Benda, 1999, p. 118).

A dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro.

Miguel Reale (1998, p.101) explica que

> [...] o fato de poder e dever cada homem se realizar de conformidade com o seu ser pessoal, na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico a que pertence, não exclui, mas antes exige o reconhecimento de ser ele partícipe de uma tarefa ou empenho comum a toda a espécie humana, ou, por outras palavras, de que os seus atos transcendem o

círculo de seus interesses, ou dos grupos em que mais imediatamente se inserem, por serem, pura e simplesmente, atos humanos, suscetíveis de uma qualificação deontológica de alcance universal. Donde resulta a emergência de uma multiplicidade de ideologias, em função das quais cada um de nós situa e legitima as suas inclinações e esperanças.

Todavia,

[...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito".

Mas firmar como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana deixa à mostra a obrigatoriedade de pôr no núcleo central das atenções o indivíduo, quer seja para torná-lo efetivamente destinatário dos direitos de cunho prestacional, quer ainda para demarcar, com precisão, a idéia de que o mais elevado e sublime propósito cometido à sociedade política é o enaltecimento da dignidade das pessoas que a compõem.

Quando o elemento constituinte originário põe sob destaque a pessoa humana, consagrando a sua dignidade, tem em mira pugnar pela humanização do sistema constitucional.

Com efeito. Se a Constituição é o estatuto jurídico dentro do qual foram disciplinadas questões da mais alta importância para a organização do Estado brasileiro, como a previsão de eleições, duração dos mandatos, competências das unidades federativas, organização das funções estatais legislativa, executiva e judiciária, intervenção federal e tantas outras disposições da ordem, a referência à dignidade da pessoa humana funciona como cláusula de advertência para a circunstância de que, não obstante seja a Constituição o texto que disciplinará as relações de poder, o que mais importa, em suma, é colocar a serviço do ser humano tudo o que é realizado pelo Estado. Não fosse assim, se imaginássemos uma organização estatal fleumática, soberba e indiferente às demandas dos indivíduos, teríamos de aceitar passivamente a tese de que o Estado é um fim em sim mesmo e não um meio para o atingimento de finalidades que, em último grau, contemplam a melhoria das condições de vida das pessoas.

Atente-se, outrossim, que a dignidade é da pessoa humana. Excetuam-se da previsão constitucional, portanto, as pessoas jurídicas. Sindicatos, associações, empresas, órgãos públicos não podem ser abrangidos pelo comando do Art. 1º, III, da Constituição[1].

Sendo a dignidade da pessoa humana o valor fonte de todos os outros valores constitucionalmente postos, deve ser utilizada como balizamento para

eventual declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, ou mesmo para conformar o comportamento de quem quer que esteja, no caso concreto, ofendendo o Princípio Fundamental em questão.

É verdade, por outro lado, que se não conceitua dignidade da pessoa humana. Trata-se, como se refere no sistema da ciência do direito, de um *topoi*, ou seja, termo que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente. É o mesmo que se opera com o termo "interesse público". Não há a possibilidade de conceituá-lo, conquanto o magistrado e o membro do Ministério Público possam afirmar, no caso concreto, se a hipótese tratada é de "interesse público".

Dignidade da pessoa humana não é passível de conceituação, se bem que o juiz possa – ou melhor, deva – decidir se tal ou qual conduta ofende o referido princípio conformador do Estado brasileiro[2].

Pode-se, concretamente, buscar a operatividade da cláusula pertinente à dignidade da pessoa humana, mais ainda em se tratando de comportamentos que deixam, manifesto ou recôndito, qualquer espécie de discriminação que se possa exercitar contra as pessoas com deficiência.

E é clara e evidente a importância da dignidade da pessoa humana para a proteção constitucional que se dirige às pessoas com deficiência: sendo certo que o legislador nunca terá, nem aqui no Brasil nem em qualquer outro lugar do mundo, a ansiada rapidez para juridicizar imediatamente os fatos reputados relevantes pela coletividade, seja pela pletora de processos legislativos em andamento no Congresso Nacional, seja pelas sempre detestáveis medidas provisórias, que continuam produzindo os seus frutos, secos e pecos, e desvirtuando insidiosamente o princípio democrático, seja, por fim, por mero e simples desinteresse ou falta de vontade política, tendo em vista que a proteção às pessoas com deficiência é política afirmativa que invariavelmente contraria interesses políticos e econômicos, o fato é que o Poder Judiciário, à luz da nova idéia de concretização constitucional urdida a partir e com fundamento nos pressupostos do referido Neoconstitucionalismo, pode, ou melhor deve se utilizar da dignidade da pessoa humana, tudo para viabilizar a incidência de tutela específica quando ainda não exista lei que discipline a questão.

A dignidade da pessoa humana – dissemos – não é passível de conceituação, pois é um desses conceitos a priori; logo, será exatamente no domínio de caso concreto que o advogado ou o promotor do Ministério Público poderá formular a pretensão para o fim de adequar comportamentos públicos ou privados à determinação constitucional.

Ainda em sede de princípios fundamentais, impõe-se também a remissão ao fundamento previsto no Art. 1º, IV, da Constituição: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

3. Constituição, Pessoa com Deficiência e Relações de Trabalho

Em maio de 1996, exatamente há 11 anos atrás, ingressamos com as primeiras ações civis públicas propostas no Brasil para a reserva de postos de trabalho para as pessoas com deficiência.

De lá para cá mudaram as relações de trabalho no Brasil, e o direito do trabalho acompanhou a indigitada mudança. Atualmente, não faz o menor sentido dizer que o domínio de estudo do cientista do direito do trabalho se prende ao direito individual, fundamentalmente porque, após a disseminação da eficácia direta dos direitos fundamentais (segundo a qual a Constituição determina a expansão dos direitos fundamentais para as relações entre particulares), temas que antes eram pouco explorados pela jurisprudência e doutrina trabalhistas, tais como intimidade, vida privada, imagem, liberdade religiosa, etc, passaram a ser inseridos na ordem do dia não apenas na discussão implementada pelos teóricos, mas também – e sobretudo – no âmbito do direito do trabalho aplicado pelos Tribunais.

E a tutela constitucional à pessoa com deficiência, aqui representada na proteção no âmbito das relações de trabalho, não foge à tendência de consolidação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Todavia, quando propusemos as primeiras ações em 1996 a perplexidade foi generalizada.

Surpresa por parte de empresários, críticas partindo de onde menos esperaríamos que partissem; nauseantes argüições de inconstitucionalidade nas ações civis públicas propostas; enfim, um quadro de total adversidade às pretensões do Ministério Público do Trabalho, que buscava, tão-só, a implementação por via judiciária de política afirmativa positivada no Art. 93 da Lei nº 8.213/91, até então comando completamente desconhecido de tantos quantos tratavam da tutela coletiva no Brasil.

A experiência tem nos mostrado que ninguém no Brasil deliberadamente se declara preconceituoso com relação às pessoas com deficiência; e a malsinada idéia de democracia racial está aí para comprovar o quanto somos politicamente corretos: defendemos sociedade igualitária, não-preconceituosa, inclusiva, desde que a consolidação do princípio da igualdade e da inclusão por meio de políticas afirmativas não atinja nossos interesses.

Outro dia encontrei com um amigo e travamos o seguinte diálogo que bem expressa a hipocrisia nacional no particular:

- Oi, Manoel como vai você ?

- Tudo bem amigo, e você ?

- Estou muito chateado ultimamente. Você sabe, né, Manoel, eu nunca tive preconceito contra negros, mas veja o seguinte: minha filha "matou" 80% das provas no vestibular da UFBa e ficou de fora por causa dessas quotas ...

A situação é emblemática da resistência, de fato, do brasileiro médio com relação às políticas afirmativas e evidencia a histórica ausência de solidariedade que caracteriza a sociedade brasileira. É dizer: "o problema do vizinho é problema dele, eu não tenho nada com isso !"

Ocorre que uma sociedade em vertiginosa transformação, como é a pós-moderna, aliada à existência de problemas gravíssimos de ofensa a interesses transindividuais, a atitude individualista, egoística e fisiológica não guarda qualquer afinidade com a própria sobrevivência desta coletividade. E por quê ? Simplesmente em virtude de o pensamento individualista não atinar para a circunstância que as lesões massivas deixam à mostra que não existe mais apenas "o problema do vizinho", mas convictamente o *problema da vizinhança*. Não existe mais, com a profusão que existia, o problema de um trabalhador individualmente considerado, mas de trabalhadores coletivamente submetidos a determinações empresariais, gerando macrolesões nos domínios das relações de trabalho.

E é dentro desse contexto e movido com tal espírito que nos pronunciamos em prol da concretização das normas constitucionais para a tutela da pessoa com deficiência nas relações de trabalho.

Propostas as ações e consolidados os entendimentos jurisprudenciais acerca da competência da Justiça do Trabalho, legitimidade do Ministério Público do Trabalho *et caterva*, alcançou-se a fase seguinte no que toca à proteção do trabalhador com deficiência.

Tratou-se do momento em que as empresas passaram a se utilizar de reprováveis subterfúgios para cumprir as quotas fixadas pela Lei nº 8.213/91, como a contratação de pessoas com deficiência auditiva leve, tudo com amparo no Decreto nº 3.298/99, que permitia o escamoteamento da tutela perseguida pelo Ministério Público do Trabalho.

Aduzimos à época a ilegalidade do Art. 4º, II, alíneas "a" e "b" do Decreto nº 3.298/99, em petição inicial de ação civil pública, vazada nos seguintes termos:

> Uma das primeiras lições aprendidas nos bancos acadêmicos em Teoria Geral do Direito concerne à definição do que vem a ser "lei em sentido formal": norma jurídica editada pela autoridade competente e de acordo com o procedimento constitucionalmente fixado.
>
> Assim, distinguindo-a das leis em sentido material, a doutrina revela que por lei em sentido formal somente pode entender-se aquela espécie

normativa editada pelo Parlamento e desde que reverente às normas constitucionais disciplinadoras do processo legislativo.

Não se trata, evidentemente, de distinção de color meramente acadêmico. Deveras, saber se a norma em questão é lei sentido material ou formal apresenta-se como circunstância decisiva ao próprio reconhecimento da legitimidade da restrição à liberdade individual.

Com efeito, o Art. 5º, II, da Constituição de 1988, assegura que "ninguém poderá fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Será absolutamente indispensável saber a natureza ou amplitude da expressão "lei", tal como grafada no dispositivo, a fim de desvendar-se o alcance do preceptivo constitucional.

Ora, "lei", no sentido que a quer empregar o Art. 5º, II, da Constituição, somente pode ser lei em sentido formal, pois, a entender-se de modo diverso, abrir-se-ia o insidioso precedente de constrição da liberdade individual por meio de espécies normativas completamente inaptas a tal mister, como seria o caso de edição de resoluções, portarias, instruções, ordens de serviço *et caterva*.

Não é diferente o que se sucede com o decreto. Malgrado estabelecido como prerrogativa do Poder Executivo, nos termos do Art. 84, IV, da Constituição, o decreto não pode, sob pena de ser considerado ilegal, desbordar os limites fixados pela lei em sentido formal. Pontes de Miranda, no particular, adverte que "onde se estabelecem, alteram-se ou extinguem-se direitos, não há regulamento – há abuso do poder regulamentar, invasão da competência legislativa" (Cf. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, 2ª edição, t. III, p. 314). O eminente jurista alagoano bem sintetizou a necessidade de o decreto se jungir à mera explicitação do conteúdo da lei.

Não foi, entretanto, o que se sucedeu na hipótese sob exame.

O Art. 93 da Lei nº 8.213/91 determinou a contratação de empregados portadores de deficiência dentro dos percentuais nele fixados, mas, a qualquer tempo, promoveu a conceituação de portador de deficiência. Fê-lo o Art. 3º do Decreto nº 3.298/99, ao prescrever como deficiência "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". Até aí nada a opor, máxime em virtude de a explicitação ser conatural à norma em questão.

Insólito, sob todos os aspectos, foi o conteúdo do Art. 4º, II, alíneas "a" e "b" do referido Decreto : "É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias : I – (...); II – deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte : a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve; b) de 41 a 55 decibéis – surdez moderada; (...)". Evidentemente, não se dirige nossa estranheza à parte do dispositivo do Decreto que reconhece como portador de deficiência aquele que perdeu completamente a audição ou ainda quem, para ouvir, necessita se valer

de aparelho auditivo. Não. O conteúdo estranho e absolutamente à margem do telos da Lei nº 8.213/91 e que, portanto, merece a veemente repulsa do Ministério Público do Trabalho, é o pertinente às alíneas "a" e "b".

Com convicção, se admitir-se por plausível a adequação de portadores de deficiência auditiva leve e moderada ao conceito legal, em verdade, atingiríamos a absurda circunstância em que todas as empresas privadas no Brasil poderiam recorrer à contratação de tais pessoas para escamotear a aplicação do Art. 93 da Lei nº 8.213/91, deixando sempre fora do mercado de trabalho os autênticos portadores de deficiência física, mental e sensorial, e, por conseguinte, atuaríamos na contramão do que pretendera o legislador ao buscar a inserção do empregado portador de necessidades especiais, instalando ambiente de diversidade e, portanto, de tolerância, no âmbito empresarial, o que, de resto, é materialização do proclamado Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da Constituição).

As conclusões da Procuradora do Ministério Público do Trabalho, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes, são bastante elucidativas : "Perdas auditivas ocupacionais são muito comuns e na grande maioria dos casos não dão direito sequer ao afastamento temporário do trabalho, pelo que não seria lógico que caracterizassem deficiência auditiva, para os fins da proteção que estabelece a Lei nº 8.213/91 e toda a política de apoio à pessoa com deficiência". E conclui adiante :"Assim, já que para ser considerado deficiente auditivo é necessário, pelo menos, a indicação de aparelho auditivo, e para o aparelho ser indicado é necessário a existência de uma perda razoável e comprometedora da comunicação, utilizar-se do critério da indicação de aparelho auditivo pode representar mais uma estratégia para barrar eventuais tentativas da empresa de indicar pessoas 'normais' como deficientes auditivos" (Cf. O MPT e a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho : importância da fiscalização relativa às pessoas apresentadas como deficientes pela empresa – o caso de surdez", in Revista do Ministério Público do Trabalho, nº 22, ano XI, setembro de 2001, pp. 60/70).

Ora, Excelência, foi precisamente o que aconteceu na situação sobre a qual versa a lide: ávida por resolver, de logo, a questão da contratação de empregados portadores de deficiência, decidiu a Acionada contratar, de modo exclusivo, pessoas com disacusia leve ou moderada, ou incluir no percentual deficientes auditivos que já pertenciam aos quadros da unidade.

Eis, por fim, Excelência, a razão por que tanto persegue o Autor a emissão de provimento judicial declaratório da ilegalidade do art. 4º, II, "a" e "b" do Decreto nº 3.298/99, firmada como está a absurda situação de contratos de trabalho celebrados com trabalhadores que estão longe de atender aos propósitos do art. 7º, XXXI, da Constituição Federal e do art. 93 da Lei nº 8.213/91.

É certo que posteriormente o problema foi resolvido com a edição do Decreto nº 5.296/04, que afastou a possibilidade do engabelamento e da mentira sedimentados sob o pálio do Art. 4o da norma regulamentar anterior.

E o pior de tudo isso é constatar a prolação de algumas decisões da Justiça do Trabalho – felizmente em pequeno número –, que estiveram e estão na contra-mão da tutela da cidadania buscada pela Constituição de 1988.

Recordamo-nos de ação civil pública proposta na Justiça do Trabalho da 5ª Região e, distribuída à 8ª Vara do Trabalho de Salvador. Não comparecendo a empresa acionada para defender-se em juízo e ocorrida a revelia, a Juíza do Trabalho responsável pelo julgamento da ação julgou-a procedente em parte para, no ano de 2004, condenar a empresa ao pagamento de multa diária pelo descumprimento da obrigação à ordem de R$ 1,00. Isso mesmo, Caro Leitor, não erramos quando da colocação da vírgula, o valor foi um real mesmo de multa diária. Isso significa que, se a empresa "condenada" passasse dez anos sem cumprir a obrigação firmada na sentença, teria de desembolsar "expressivos" R$ 3.600,00 ...

Felizmente o E. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, em acórdão de lavra da Desembargadora-Federal Nélia Neves, fez retornar a situação ao estado de normalidade e impôs multa diária compatível com a gravidade da ofensa consumada.

Mas desse relato fica uma idéia que vale mais que tudo: a proteção à pessoa com deficiência no contexto das relações de trabalho é das mais difíceis, tanto em virtude da costumeira resistência empresarial como do generalizado entendimento de que as pessoas com deficiência – só e só por tal condição – devem merecer meramente o assistencialismo estatal, como de forma a impedir que venham a disputar conosco fatia do mercado de trabalho ...

4. Competências Federativas e a Pessoa com Deficiência

Neste item pretende-se articular exame da tutela constitucional à pessoa com deficiência fundada nas competências atribuídas aos órgãos da Federação brasileira.

O Art. 21, da Constituição descreve competências exclusivas à União. Tais competências se caracterizam pela impossibilidade de delegação.

O Art. 21, XX, da Constituição, é norma que se reveste de grande importância: Compete à União: [...]; XX. instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Tornando-se verdadeiramente indiscutível que as questões inerentes a desenvolvimento urbano são de competência do Município em razão do disposto no Art. 30, I, da Constituição (legislar sobre assuntos de interesse local), a circunstância não deplora a viabilidade de exercício de competência legislativa sobre o mesmo tema pela União; distinguem-se, no entanto, as iniciativas de cada qual, porquanto a União, como visto, tem competência para instituir diretrizes de desenvolvimento urbano, ao passo que a pessoa política municipal está constitucionalmente autorizada à implementação de leis que tornem fruíveis pela coletividade os avanços decorrentes da chamada gestão democrática da cidade.

Portanto, embora a União não tenha competência para dispor normativamente sobre assuntos arraigados ao interesse local, tais como disciplina do trânsito nas vias urbanas, não é irrisória a competência fixada pelo Art. 21, XX, máxime porque, ao determinar a indicação de diretrizes para o desenvolvimento urbano, o comando desenvolve efeitos práticos de enorme significado, como a conformação das leis municipais de acordo com as diretrizes nacionais.

Por conseguinte, no trato das questões atinentes a desenvolvimento urbano, não raro, não raro mesmo, presenciamos a indiferença legislativa com relação à pessoa com deficiência e o espaço urbano.

Por exemplo, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o Estatuto da Cidade, conquanto elogiável ao positivar a gestão democrática da cidade, não foi explícito quanto à proteção das pessoas com deficiência relativamente à adequação do espaço urbano.

Note-se que nas Diretrizes Gerais (Art. 2º), a Lei apenas remotamente deixa implícita a viabilidade de tutela da pessoa com deficiência, tanto que esclarece que a política urbana seguirá, dentre outras, a seguinte diretriz: oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais.

Ora, são tantas e inúmeras as necessidades da população que chega a ser irritante o modo pelo qual o legislador ordinário resiste à expressa tutela que deva conferir-se à pessoa com deficiência.

Por que a Lei nº 10.257/01 não indicou expressamente a adequação dos equipamentos urbanos à pessoa com deficiência como diretriz a ser incorporada às leis estaduais, distritais e municipais ?

Somente se justifica a ausência com a atávica e preconceituosa forma como a sociedade brasileira tratou e trata as pessoas com deficiência.

Mas, convictamente, não se poderá cogitar de desenvolvimento urbano ali onde se não presencia acatamento mínimo aos direitos das pessoas com deficiência, dentre os quais o pertinente à acessibilidade.

Logo, do que foi explicitado aqui, podem ser extratadas algumas conclusões.

A primeira delas é que a lei nacional que fixar diretrizes para desenvolvimento urbano (como é o Estatuto da Cidade) está obrigada à inclusão de normas instituindo diretrizes para acessibilidade a logradouros públicos por pessoas com deficiência, sob pena de inconstitucionalidade da lei que se omitir quanto à providência.

Segundo lugar: mesmo que não houvesse referência expressa na legislação urbana federal, estadual ou local, os princípios constitucionais são objetivamente vinculantes para fazer com que o Poder Judiciário se pronuncie em favor

de contingente pedido de tutela judicial das pessoas com deficiência relativamente à questão da acessibilidade.

Contudo, a acessibilidade como direito das pessoas com deficiência está garantido no Art. 2º, V, da Lei nº 7.853/89.

E garantido apenas no plano formal ...

Com efeito, basta que o leitor examine a própria cidade em que vive e chegará à mesma conclusão que a nossa ... Ausência de rampas de acesso, inexistência absoluta de semáforos sonoros, transporte coletivo urbano completamente inadequado para o usuário com deficiência, o fato é que generalizadamente o Poder Público e a iniciativa privada no Brasil não acordaram para os números que revelam que cerca de 14% da nossa população é composta por pessoas com deficiência. E pior: parece que a hipótese é muito mais indicativa de insensibilidade do que propriamente de sonolência ...

Mas algumas instituições têm tentado fazer a sua parte, como é o caso do Ministério Público. No Estado da Bahia, por exemplo, vimos presenciando uma série de iniciativas do Ministério Público estadual, por meio da combativa e diligente Promotora Silvana Almeida, que propôs e propõe diversas medidas judiciais para determinar o cumprimento, ainda que pela via judiciária, da lei de acessibilidade.

Também nos parece que a inexistência de lei, ou mesmo a existência de norma sem o respectivo cumprimento, autorizará a pessoa com deficiência prejudicada a ingressar em juízo para obter uma reparação pelo dano material ou moral, podendo figurar no pólo passivo da ação tanto o Poder Público como as empresas concessionárias que não reverenciaram o programa constitucional referente à proteção à pessoa com deficiência.

Competência que deve ser examinada é a de natureza administrativa, fixada no Art. 23, da Constituição.

> Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
>
> II – cuidar da saúde[3] e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência[4];
>
> III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos[55]
>
> Ver Decreto-lei nº 25/37 (Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional).

;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora[6];

VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar[7];

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios[8];

XII – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito[9]. Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

As competências assinaladas nos incisos do Art. 23 se dirigem a todos os entes da Federação brasileira e têm característica que as distingue dos demais artigos que tratam da distribuição de competências na Constituição: possuem natureza administrativa. Com efeito, o exame do preceptivo demonstra que todas as pessoas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – integrantes do nosso sistema federativo receberam atribuições, cumprindo registrar que todas elas são de compostura administrativa. Basta notar que cuidar da saúde e assistência pública (Art. 23, II); proteger os documentos, as obras, e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (Art. 23, III); proteger o meio ambiente[10] e combater a poluição em qualquer de suas formas (Art. 23, VI); fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (Art. 23, VIII), são, todas, competências de cunho administrativo, e que por isso se diferenciam substancialmente daquelas anunciadas pelo Art. 24.

Interessante é a redação do Parágrafo Único, do Art. 23, pois nele se consigna que lei complementar poderá estabelecer normas de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. É a constatação eloqüente que o legislador constituinte originário decidiu-se, de modo claro e peremptório, pelo federalismo de natureza cooperativa.

Não há, entretanto, necessidade de ocorrência de atuação simultânea de todos os integrantes do pacto federativo no exercício das competências comuns. Se bem que lei não possa demitir unilateralmente a pessoa política do dever imposto pela Constituição[11].

Compreendamos: o Art. 23 não denota mera faculdade para emissão do provimento administrativo; competências comuns descrevem autêntica obrigação comissiva dirigida a todos os entes da Federação. Não fosse tão evidente a teleologia do Art. 23, bastaria ao intérprete que se quisesse prender ao pedestre processo gramatical, reconhecer, de fato, que todos os incisos principiam com verbo e em significado de imposição: zelar, cuidar, proteger, impedir, preservar, combater, etc.

Norma que encerra grande importância é a do art. 23, II : É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios : (...); cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

As pessoas com deficiência possuem especificidades no que concerne à proteção à saúde, tornando politicamente necessário e juridicamente exigível que o Poder Público lance mão de políticas públicas voltadas ao atendimento à saúde da pessoa com deficiência, implementando não apenas programas de restauração da saúde, mas também de prevenção de doenças.

5. O Direito Fundamental ao Mínimo Existencial e a Pessoa com Deficiência

Consubstanciado no "direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas" (Torres, 1999, p. 262), o direito fundamental ao mínimo existencial tem residência implícita na Constituição de 1988, principalmente a partir da elevação a fundamento do Estado brasileiro do princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, Constituição).

O direito fundamental ao mínimo existencial não deve ser confundido com os direitos sociais.

Explica-se: embora ambos tenham por propósito estabelecer uma exigência para atuação comissiva estatal, ao direito ao mínimo existencial não se poderá opor o óbice da "reserva do possível".

Certamente, quanto aos direitos sociais, é singular a situação em que o Poder Judiciário é provocado para resolver um problema de descumprimento de política pública de compostura social prevista na Constituição de 1988, quando, na oportunidade, poderá o administrador articular que o referido desatendimento decorreu das denominadas "escolhas trágicas" e que o direito social a respeito

do qual se exige judicialmente a concretização não pode ser satisfeito de modo imediato, o que implicaria a solução de continuidade de outros programas sociais em virtude da insuficiência de recursos para atendimento a todos eles.

No entanto, o direito fundamental ao mínimo existencial não se presta ao exercício de raciocínio do gênero, simplesmente porque se trata de um caso concreto, individual, que confere, por conseqüência, um direito público subjetivo ao indivíduo para exigir a pronta resposta do Estado quanto à satisfação de prestação para que continue viva a pessoa e possa viver em foros de condições mínimas de existência.

Observe-se, por exemplo, o conteúdo programático do Art. 196, da Constituição Federal: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Se, no caso, houver propositura de ação civil pública pelo Ministério Público a fim de promover o atendimento ao comando constitucional e adoção de programa de atendimento pré-natal a todas as gestantes do Brasil, seria possível ao Poder Executivo, a depender efetivamente da hipótese, argumentar que a adoção de um tal programa repercutiria negativamente em relação a outros projetos vinculados à promoção da saúde e prevenção de doenças. Mas, na circunstância, o que nunca poderá ser argumentado pelo administrador é a impossibilidade de prestar o atendimento pré-natal a uma gestante carente cuja prenhez pode ser considerada de alto risco. Não há qualquer margem para a argüição da reserva do possível, mais ainda porque o descumprimento da norma constitucional programática no tocante à mulher grávida carente e com graves problemas na gravidez poderá, inclusive, desencadear até a sua morte[12].

É nesse contexto que deve ser examinado o direito fundamental ao mínimo existencial da pessoa com deficiência.

Se houver descumprimento de norma constitucional programática, cujo comando, entretanto, esteja apto para viabilizar condições de existência dignas em nível mínimo para pessoas com deficiência, é objetivamente plausível e recomendável instar o Poder Judiciário a fim de que emita provimento judicial em favor do cidadão com deficiência, não sendo admissível, outrossim, a oposição da tese da reserva do possível.

6. Conclusão

Sabemos das resistências havidas em torno à proteção constitucional à pessoa com deficiência, que se converteu até num comportamento cultural da sociedade brasileira.

Mas ouvimos , certa feita, do Professor Cid Teixeira, ainda quando cursávamos a graduação do curso de Direito : "Cultura não é; cultura está sendo".

Conseqüentemente, o nosso desejo é que o Brasil possa contemplar, num futuro próximo, sociedade menos preconceituosa e mais inclusiva. Só que não se constrói futuro algum sem luta no presente.

Notas

[1]A dignidade da pessoa humana serve também para fundamentar o aparecimento dos direitos da personalidade (intimidade, privacidade, imagem, nome, incolumidade física). Atualmente, o Novo Código Civil promoveu a inclusão de tais direitos ao sistema positivo (Arts. 11 e seguintes). Se bem que se não possa outorgar às pessoas jurídicas qualquer tutela com base no fundamento da dignidade da pessoa humana, alguns direitos da personalidade podem lhes ser destinados, como é o caso da proteção jurídica ao nome e à imagem-atributo. A propósito, a admissibilidade de serem dedicados direitos da personalidade às pessoas jurídicas é prevista no Art. 52 do Código Civil. [2]Não foi com lastro em outro Princípio Fundamental, mas no pertinente à dignidade da pessoa humana, que o STF, no julgamento do HC nº 70.389/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. Acórdão Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 10.08.2001, decidiu que "a simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – como prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo".

[3] PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DESTINADOS AO TRATAMENTO DA SIDA/AIDS A HIPOSSUFICIENTES – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO – PRECEDENTES DO EG. STF – 1. A verossimilhança do direito alegado encontra guarida no texto do art. 196 da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público o dever de velar pela saúde de todos, uma vez que se constitui em bem jurídico tutelado incondicionalmente a toda a população, em especial àqueles portadores do vírus HIV. 2. O art. 23, inciso II, da mesma Carta Magna, consagra a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no cuidado com a saúde e assistência pública, bem como na proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. 3. O eg. STF reconhece a solidariedade das diversas esferas institucionais do Poder Público no que se refere à prestação de saúde. 4. Agravo improvido" (TRF 2a R. – AG 2001.02.01.030682-1 – RJ – 4a T. – Rel. Juiz Benedito Gonçalves – DJU 19.07.2003 – p. 153). No mesmo sentido, atribuindo idêntica responsabilidade solidária aos diversos entes da Federação brasileira: "(...)

O decisum asseverou, ainda, que o próprio eg. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 280.642, DJU de 17.11.2000, tendo como relator o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio de Mello, ao interpretar a exegese do art. 196 do texto constitucional, se posicionou no sentido de que a referência contida no preceito 'Estado' mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios" (TRF 2ª R. – EDAG 2001.02.01.031924-4 – RJ – 4ª T. – Rel. Juiz Benedito Gonçalves – DJU 26.11.2002– p. 100).

[4] Ver Leis nºs. 7.853/89 (apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência); 10.436/2002 (dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS) e o Decreto nº 3.298/99.

[6] Ver Leis nºs. 4.771/65 (Código Florestal); 5.197/67 (Código de Caça); 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente) e 9.605/98 (Define os Crimes Ambientais). Ver também o Decreto nº 3.179/99 (Regulamentação da Lei sobre Crimes Ambientais) e Decreto-lei nº 221/67 (Código de Pesca).

[7] Ver Lei nº 8.171/91 (Política Agrícola).

[8] Ver Lei nº 9.443/97 (Política Nacional de Recursos Hidrícos).

[9] Ver Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

[10] Merece, aqui, um registro: embora a edição de lei em sentido material e formal sobre direito do trabalho, como é o caso de meio ambiente do trabalho, seja de competência privativa da União (Art. 22, I), impõe-se a todos os entes da Federação brasileira a edição de atos administrativos (exercício da competência comum do Art. 23) para a proteção do meio ambiente, nesse caso evidentemente incluído o do trabalho.

[11] Na ADIn nº 2.544-9/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 08.11.2002, foi sufragada tal tese: Federação. Competência comum. Proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V). Encargo que não comporta demissão unilateral. 1. Lei estadual que confere aos Municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, a qual, substantivam incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável. 2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v., sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios. 3. Plausibilidade da argüição de inconstitucionalidade da lei estadual questionada. Suspensão cautelar deferida.

[12] A jurisprudência do STF, embora não cogite explicitamente de um "direito fundamental ao mínimo existencial", consolida a proteção a direito público subjetivo com base em norma constitucional programática, de modo indicativo a constante do art. 196, da Constituição: "O direito público à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. (...) O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes

políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (STF, 2a T., AGRRE 271.286/RS, julg. 12/092000, DJ 24/11/2000, rel. Min. Celso de Mello). Colhe-se também a seguinte decisão prolatada nos autos da ADPF nº 45 : "Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF nº 45, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/2004).

Bibliografia

BENDA. Ernest, Dignidad humana y derechos de la personalidad, *in* : Manual de Derecho Constitucional, Madrid : Marcial Pons, 1999.

REALE. Miguel, Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias, São Paulo : Saraiva, 1998.

SILVA. José Afonso da, Poder Constituinte e Poder Popular, São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

TORRES. Ricardo Lobo, A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

OS DIREITOS HUMANOS E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca

Resumo: Abordagem sobre a evolução dos direitos humanos e do direito das pessoas com deficiência ao trabalho a partir das convenções da Organização Internacional do Trabalho, da Constituição e das leis nacionais.

Palavras chave: direitos humanos, direito ao trabalho, pessoa com deficiência.

Abstract: *This is article deals with an historical approach to the evolution of human rights and the right to work of person with disability under conventions of the International Labor Organization, Brazilian constitution and national laws.*

Keywords: *human rights, rigth to work, person with disability.*

1. Introdução. Da igualdade formal à igualdade real

A atuação do Ministério Público do Trabalho demostrou a importância do esforço em prol da inserção das pessoas com deficiência no trabalho. A lei brasileira, por estímulo constitucional, estabelece ação afirmativa categórica nesse sentido, fixando cotas de reserva de vagas, tanto na esfera pública, quanto na privada. De outra parte, a condição de exclusão das pessoas com deficiência do convívio social é milenar e reveladora do quão distante estão estas pessoas de condições mínimas de cidadania erigidas desde o princípio da cultura ocidental.

O direito de livre expressão, de ir e vir, de votar e ser votado, bem como os direitos sociais de educação, habitação, trabalho, saúde estão, até certo ponto, conquistados, apesar das ameaças e insuficiências constantes em relação a todos do povo. O grupo das pessoas com deficiência, no entanto, deles não usufrui por causa da inadequação do Direito e das estruturas físicas nas cidades e nas empresas para lhes permitir a fruição dessas liberdades e conquistas. A par disso, assinale-se que os direitos sociais e as próprias liberdades individuais vêm sendo francamente agredidas, não só no terceiro mundo, como nos países do capitalismo central. A doutrina de segurança nacional, o Tribunal de Guantânamo, a polícia mundial norte-americana e a pretensa hegemonia ideológica da globalização econômica trazem riscos concretos à permanência dos direitos humanos, submetidos que podem ficar ao poder econômico e das armas.

A compreensão da importância da História como instrumento de validação da correlação de forças e da origem e destino da vida em sociedade impeliu à discussão que se trava nesse trabalho. Como se falar em emprego especial para pessoas com deficiência se o próprio emprego se encontra estruturalmente ameaçado? É justa esta preferência? São as questões que emergem ao se analisar as ações afirmativas de que se cuidam.

A História fornece elementos suficientes para que se compreenda que as transformações que se travam no mundo do trabalho, em razão da tecnologia e da globalização econômica, incitam mudanças na forma da prestação de serviços, mas substancialmente não a alteram, pois, apesar das inovações expressas na terceirização, no teletrabalho e na prestação autônoma de serviço, dos quais vêm se servindo as empresas, a partir da política do *downsizing* e da reengenharia, que estiveram muito em voga nos anos 80 e 90, o Direito do Trabalho se mantém íntegro. Seus princípios oferecem respostas firmes pois, dizem respeito à dignidade da pessoa e ao fato de que ela, a dignidade, está fora do mercado.

O naufrágio das políticas econômicas neoliberais que acenavam com a pujança dos "Tigres Asiáticos", como argumento para justificar a precarização

do trabalho, evidenciou-se ante a constatação de que a perda de poder de consumo da classe trabalhadora acaba por impedir a própria evolução do mercado e de que as pessoas não se conformam com imposições econômicas sobre valores humanos que se lapidaram a partir da modernidade, veja-se, por exemplo, a rejeição do povo francês à lei do primeiro emprego.

A crise desses valores só encontra resposta neles mesmos, a partir da dinamização daquelas promessas do século XVIII e XIX para que assumam dimensões coletivas amplas e se aperfeiçoem para abarcar a diversidade humana, esta diversidade que não é burguesa ou proletária, tão somente. Perpassa a luta de classes, sem desprezá-la, mas reafirma novos valores que vão sendo incorporados pelo conhecimento acumulado e aprendido, inclusive, pela luta de classes.

A afirmação das minorias fez a diferença depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Revolucionou o Direito Constitucional, reafirmando-o a partir de princípios com força de norma, princípios que humanizaram o Direito, dirigido às pessoas, para sua dignidade. Dessa forma, o trabalho das pessoas com deficiência e as ações afirmativas que o garantem não são contrários ao clamor de justiça universal, confirmam-no na medida em que este grupo traz a tona, com suas reivindicações, questões de inclusão social que aperfeiçoam os direito humanos, a partir da chamada igualdade real entre as pessoas; tão real que se reforça nas diferenças e delas emerge.

A ignorância generalizada sobre as competências das pessoas com deficiência impede-lhes o acesso às condições mínimas de cidadania, como se afirmou. Sufoca-lhes o excesso de proteção assistencial e familiar. A despeito disso, rompem o véu milenar de opressão estética, cultural e comportamental e brandem bandeiras até então desconhecidas e que fortalecem as lutas de todas as minorias, fazendo com que o discurso economicista se coloque no seu lugar, eis que as condições humanas, que se evidenciam a partir das limitações ínsitas a toda a humanidade, também emprestam a alavanca que permite a superação de fronteiras físicas, sociais, políticas e tecnológicas.

Cada vez que se cria um novo equipamento tecnológico ou se supera uma barreira cultural, as pessoas todas ganham espaço em sociedade e as pessoas com deficiência, antes estigmatizadas, não mais se limitam, pois se verifica que a limitação não está nelas e sim na capacidade da humanidade em lhes propiciar oportunidades. Esta é a importância da idéia de sociedade inclusiva: a igualdade na incorporação da diferença.

O Direito do Trabalho veio como o primeiro instrumento jurídico que tratou da igualdade substancial, visto que o confronto direto entre capital e trabalho evidenciou a insuficiência da mera afirmação formal de que todos são

iguais perante à lei. Suas bases axiológicas possibilitaram o lançamento dos alicerces das ações afirmativas que são as mesmas, na medida em que as confirmam e reproduzem, voltadas agora para grupos menores, cuja projeção corta verticalmente as forças em conflito. Ele foi a ação afirmativa possível naquele momento pois, o processo de lapidação dos direitos humanos não permitia outra percepção. De qualquer modo, os instrumentos que forjaram o Direito do Trabalho são os mesmos que aqui se aplicam para defender as ações afirmativas em prol das pessoas com deficiência.

Nesse trabalho analisa-se, portanto, a origem do Direito do Trabalho, sua inclusão nas constituições, o novo Direito Constitucional que valoriza a dignidade da pessoa, justamente para se verificar as razões que, a partir dos anos 80, viabilizaram o Direito Internacional em prol das pessoas com deficiência, bem como as normas de ação afirmativa que vieram pelo Judiciário, nos países da *Comonn Law*, e pelas leis, nos países do direito codificado. A própria construção do conceito de igualdade formal à igualdade substancial, a igualdade real acompanha a implementação de formas de combate à discriminação, discriminando, inclusive, positivamente, determinados grupos que foram historicamente excluídos do acesso à cidadania. As mulheres, os negros e os índios, por exemplo, ocuparam seu espaço apenas a partir do final do século XIX e início do século XX, depois de muita violência que contra eles se perpetrou. A violência contra as pessoas com deficiência era calada, caridosa, mas tão veemente quanto a escravidão dos negros, ou a espoliação da terra dos índios, ou a submissão que se impôs às mulheres.

O Direito pode ser um instrumento de opressão ou libertação, dependendo da forma que seja utilizado. É o que se vê com o novo Direito Civil que busca novas fronteiras que transcendem o patrimonialismo patriarcal que o gerou e que se dirigem à defesa da dignidade da pessoa, da sua personalidade. O Direito Civil passa a se nutrir de valores constitucionais, plurais, em prol da dignidade da pessoa, tal como fizera o Direito do Trabalho, desde de sua origem. O novo Direito do Trabalho, por seu turno, colhe, do Direito Civil contemporâneo, novos elementos que o revalidam.

Enquanto se fala na privatização das relações laborais, todavia, defende-se a publicização das relações civis e de consumo. As regras que protegem as pessoas com deficiência, por sua vez, evidenciam a necessidade de ambos, o Direito do Trabalho e o Direito Civil, todos balizados em princípios constitucionais que estão acima do mercado. Esse é o impulso que mobilizou esse estudo, de vez que a vivência deste Membro do Ministério Público do Trabalho e cidadão com deficiência propiciou elementos pessoais e profissionais que aqui se

fundem e oferecem recursos que atestam o que até aqui se disse e se procurará demonstrar doravante.

2. Convenções da Organização Internacional do Trabalho

Convém, agora, expor-se o conteúdo da Convenção nº 111, de 1958, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 62.150, de 19/01/68, adotada na 42ª Conferência Geral da OIT, que fixa critérios gerais sobre discriminação no trabalho.

Em seu preâmbulo, a Convenção em apreço toma por referência axiológica a Declaração de Filadélfia[1] para sublinhar que todos os seres humanos, sem distinção de raça, de crença ou de sexo, têm direito a perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e em igualdade de oportunidades. Regula, destarte, os critérios de combate à discriminação no trabalho em catorze artigos. Define o termo discriminação (Art. 1º), para fins de aplicação de seus dispositivos, da seguinte forma:

> a) qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e na ocupação; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação que poderá ser especificada pelo Membro interessado mediante prévia consulta às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas organizações existam, e a outros organismos apropriados. (OIT, p 1.037).

Exclui da esfera da discriminação qualquer exigência concernente à qualificação profissional específica a determinados postos de trabalho. Exorta os membros signatários (Arts. 2º e 3º) a adotarem políticas públicas, em parceria com representantes de empregadores e trabalhadores, com o fito de proporcionar igualdade de oportunidades para empregos e ocupações, eliminando, assim, qualquer forma de discriminação a esse respeito.

Excluem do campo da discriminação (Arts. 4º e 5º) medidas adotadas em face de pessoas que exerçam atividades prejudiciais ao Estado, assim como medidas de proteção que se adotem em outras convenções ou recomendações da OIT, além de outras (medidas) decorrentes de consultas prévias a organizações de empregados e empregadores em favor de pessoas, cuja situação acarrete necessidade de compensação em face de discriminação notória, como o sexo, a deficiência, os encargos de família ou o nível social ou cultural. Estabelece critérios para a sua vigência (Arts. 6º a 10º), determinando, para tal, um lapso de tempo de doze meses após a ratificação por parte de, pelo menos,

dois membros e, em cada país, doze meses após o registro da respectiva ratificação pelo Diretor-Geral da OIT, o qual deve sempre ser comunicado das ratificações e comunicar a todos os membros o universo das ratificações ocorridas, para que a Convenção se faça obrigatória em todo o território do país-membro. A denúncia da Convenção poderá ser feita após dez anos da sua entrada em vigor. Finalmente (Arts. 11 a 14), cuida dos procedimentos de revisão e de divulgação internacional de suas normas.

A Convenção nº 159, de 1983, assume importância primordial, de vez que representa a posição mais atual do organismo internacional em comento e será, por isso, verificada. O seu princípio basilar esteia-se na garantia de um emprego adequado e da possibilidade de integração ou reintegração das pessoas com deficiência nas sociedades.

Em razão das condições práticas e das possibilidades nacionais, todo Estado que a ratificar deve formular e aplicar uma política nacional sobre readaptação profissional e emprego de pessoas com deficiência e garantir que as medidas, efetivamente, beneficiem as pessoas com deficiência de todas as categorias. Essa política deve basear-se no princípio da igualdade de oportunidades entre os trabalhadores com deficiência, de um ou de outro sexo, e os demais trabalhadores (sem excluir a possibilidade de que se tomem medidas positivas especiais em favor daqueles).

A Convenção dispõe sobre a obrigatoriedade da consulta às organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, assim como as que representam as pessoas com deficiência, acerca da aplicação dessa mesma política. As pessoas com deficiência devem dispor de serviços de orientação, de formação, de colocação, de emprego ou de outras finalidades, bem adaptados as suas necessidades. Tais serviços devem ser promovidos igualmente nas zonas rurais e nas comunidades apartadas. A Convenção dispõe, além disso, sobre medidas em favor do desenvolvimento da formação e da disponibilidade de assessores especializados.

3. A legislação brasileira atual e o trabalho da pessoa com deficiência

A Constituição de 1988 é a primeira Carta Constitucional que enfatiza, sobremaneira, a tutela da pessoa com deficiência no trabalho.

O Art. 1º elege como valores fundantes da República a dignidade da pessoa humana, a cidadania, bem como o valor social do trabalho e da livre iniciativa. O Art. 3º, ao seu turno, obriga o Estado Brasileiro a adotar medidas para: construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem

de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O Art. 7º, inciso XXXI, preceitua: proibição de qualquer discriminação no tocante a salário ou critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Estes dispositivos são de vital importância, como se vê, pois a nação brasileira assume o compromisso de admitir pessoa com deficiência como trabalhador, desde que sua limitação física não seja incompatível com as atividades profissionais disponíveis.

O Art. 37, inciso VIII, também da Constituição, determina que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Na esfera privada, também se institui a obrigatoriedade de reserva de postos a pessoas com deficiência. A Lei nº 8.213/91 fixa os seguintes percentuais:

> A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: até 200 empregados, 2%; de 201 a 500 empregados, 3%; de 501 a 1.000, 4%; e de 1001 em diante, 5%.

A Lei nº 8.112, neste diapasão, impõe que a União reserve, em seus concursos, até 20% das vagas para pessoas com deficiências, havendo iniciativas semelhantes nos Estatutos Estaduais e Municipais, para o regime dos servidores públicos.

O Art. 203, inciso IV, da Constituição, inclui entre os deveres da assistência social a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

O inciso V, do mesmo artigo, dispõe que as pessoas com deficiência e idosos incapazes de se manter pelo próprio trabalho ou por auxílio da família, terão direito a um benefício equivalente a um salário-mínimo, mediante regulamentação de norma específica, que veio pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Art. 20).

O Art. 208, inciso III, da Constituição, arrola entre os deveres do Estado, na órbita da atividade educacional, a oferta de escolas especializadas para pessoas com deficiência, estabelecendo a preferência para que o ensino especializado se dê na escola comum.

O Art. 227, também da Constituição, grande monumento da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, no inciso II, fala na criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente com deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência,

e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Regulamentando o dispositivo acima, a Lei nº 7.853, de outubro de 1989, institucionaliza a CORDE (Coordenação Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência); estabelece mecanismo de tutela dos interesses difusos das pessoas com deficiência pelo Ministério Público; impõe a priorização das medidas de integração dos deficientes no trabalho e na sociedade; institui as Oficinas Protegidas de Trabalho e define como criminosa a conduta injustamente discriminatória de deficientes no trabalho e no ensino.

Dispõe, ainda, em seu Art. 2º, inciso III, letra "d", que cabe ao Poder Público e a seus órgãos assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho, devendo ser dispensado tratamento adequado tendente a viabilizar a adoção de legislação específica, disciplinando a reserva de mercado de trabalho em favor dessas pessoas, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e regulamentando a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho.

Tanto a Constituição quanto a lei ordinária traçam enunciados, princípios, cuja aplicação vinha se fazendo de forma casuística, nos vários níveis da Federação.

Proliferaram leis municipais, estaduais ou mesmo editais, adotando critérios profundamente díspares, os quais suscitaram dúvidas de aplicação, ou mesmo inviabilizaram o direito contemplado nos instrumentos normativos retromencionados.

O Decreto nº 3.298 regulamenta a Lei nº 7.853, implementando mecanismos para a concretização da reserva de vagas nos concursos públicos. Dedica à matéria os Arts. 37 a 44, traçando, a partir da experiência acumulada, novas diretrizes visando a superação de problemas enfrentados pelos candidatos com deficiência, que se confrontavam com regras que, à guisa de regulamentar a reserva de vagas, findavam por inviabilizar a sua aprovação.

Garante-se a igualdade de condições das pessoas com deficiência aos demais candidatos quanto à inscrição, observando-se, outrossim, o percentual mínimo de 5% de vagas reservadas. Excetuam-se desta regra os cargos em comissão ou função de confiança, ou aqueles cujo exercício demande aptidão plena. Grande avanço se obteve, ao se fixar o percentual mínimo de 5%. A maioria das leis estaduais e municipais falava em até 5%, o que possibilitava a fixação de percentuais irrisórios.

Disciplinam-se, ademais, as regras que deverão constar dos editais, pautando-as por critérios concernentes à cidadania do candidato com deficiência. Com o intuito de fixar condições de igualdade, o Decreto determina que a autoridade competente não pode obstar a inscrição do deficiente, que, por sua

vez, deve declarar e comprovar sua condição, indicando os instrumentos de adaptação que poderá necessitar durante a realização do concurso e do estágio probatório. Devem estar previstos, também, o número de vagas existentes e o total correspondente à reserva destinada às pessoas com deficiência, bem como as atribuições e tarefas essenciais dos cargos a serem ocupados.

A pessoa com deficiência participará do concurso em igualdades de condições com os demais candidatos, no que se refere ao conteúdo e avaliação das provas, aos critérios de aprovação, ao horário e ao local de aplicação dos exames, a nota mínima exigida para todos os demais candidatos e a publicação dos resultados finais.

Assinale-se que o critério de avaliação deverá ser o mesmo utilizado para todos os candidatos, portadores ou não de deficiências. As regras anteriores ao Decreto normalmente atribuíam a uma comissão médica o dever de aferir, após a aprovação no concurso e antes do estágio probatório, se a deficiência apresentada pelo candidato seria compatível com a função a ser exercida, o que impunha duplo ônus às pessoas com deficiência. Deviam ser aprovadas no concurso e pela comissão médica e ter o aval dessa comissão para se submeterem ao estágio probatório.

Buscou-se afastar essa injustiça inserindo-se, na Comissão, membros da carreira a ser abraçada pelo candidato. Conferiu-se àquela comissão, ademais, o dever de avaliar os instrumentos que o candidato necessitará durante o concurso, bem como, em caso de aprovação, o dever de acompanhá-lo durante o estágio probatório, assegurando-lhe os instrumentos e meios de apoio necessários para a sua integração.

Na esfera privada, o Decreto delineia a inserção competitiva, a inserção seletiva, as oficinas protegidas e o trabalho autônomo.

Aponta a inserção competitiva como sendo aquela em que a pessoa com deficiência ingressa no mercado de trabalho em condições de quase absoluta igualdade com qualquer outro trabalhador, no que concerne à execução do seu trabalho, necessitando, tão somente, de apoios instrumentais que supram suas restrições físicas ou sensoriais.

A inserção seletiva dar-se-á quando forem necessários, além dos instrumentos de apoio, procedimentos especiais, como horário diferenciado, adaptação do meio ambiente, atuação de orientadores ou acompanhantes.

Nos dois casos, na inserção competitiva ou na inserção seletiva, serão garantidos todos os direitos trabalhistas e previdenciários. Admite a inserção seletiva por intermediação de entidades especializadas.

O Decreto incentiva, outrossim, o trabalho independente, por meio das chamadas cooperativas sociais, reguladas pela Lei nº 9.867/99. Há que se aten-

tar, porém, para as possíveis fraudes, tão usualmente encontradas entre as cooperativas de trabalho.

As oficinas protegidas são aquelas que se encontram no interior de entidades que desenvolvem trabalhos terapêuticos, visando à preparação da pessoa com deficiência para um futuro processo seletivo ou competitivo de trabalho. Tal procedimento é indispensável com relação a algumas deficiências mentais ou físicas, cujo grau de comprometimento afete seus processos de socialização.

As oficinas protegidas podem ser de produção ou meramente terapêuticas. Tanto nas primeiras como nas segundas não haverá, em tese, vínculo de emprego, exceto nas de produção, desde que presentes os elementos legais caracterizadores da relação de emprego.

Finalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no Art. 66, também obriga a que a sociedade brasileira atente para a proteção do trabalho do adolescente deficiente, o que faz com acerto, visto que duplas são as peculiaridades do adolescente com deficiência, as quais suscitam necessidade mais intensa de proteção, para que se lhe possibilite a integração adequada na sociedade, afastando-o da política de caridade meramente assistencial, que o impelirá inexoravelmente à marginalidade.

É com esta intenção que a Lei do Estágio amplia o estágio profissionalizante às escolas especiais de qualquer grau. O direito à profissionalização assume, aqui, papel imprescindível de socialização da pessoa com deficiência pois, suas limitações para o trabalho se constituem em barreiras tão somente instrumentais, mesmo que tenha ela deficiência física, mental, ou sensorial. Todas elas são superáveis, desde que sejam rompidos os preconceitos atávicos, herdados, talvez, das concepções antigas dos povos primitivos, de que a pessoa com deficiência é um pecador punido por Deus que deve ser segregado.

A Lei nº 11.180/2005, possibilita também a formalização de contratos de aprendizagem com adolescentes com deficiência, a partir dos 14 anos, sem limite máximo de idade. Isto para estimular parceria entre empresas e ONG´s que militam com pessoas com deficiência. As últimas, têm acumulado conhecimentos há décadas, acerca das necessidades técnicas e profissionalizantes das pessoas com deficiência e a soma de suas atividades com as empresas, poderá superar a notória precariedade educacional das pessoas com deficiência, em relação à população brasileira. Ademais, as empresas que devem preencher cotas de trabalhadores com deficiência, também deve tê-las preenchidas como aprendizes. Importante, porém, frisar que, uma pessoa com deficiência aprendiz somente ocupará a cota de aprendiz pois, tem finalidade específica e lida com contratos de prazo determinado, exatamente para formar trabalhadores. A

cota referente à pessoas com deficiência abarca realidade distinta, uma vez que concernente a contratos definitivos.

4. Conclusão

1. As ações afirmativas em prol das pessoas com deficiência no trabalho, implicam a interação dos direitos humanos, porque lhes asseguram direitos fundamentais ancestrais até hoje negados.

2. A Constituição Brasileira respalda amplamente as leis que garantem o acesso ao trabalho e à educação profissional das pessoas com deficiência.

3. Cabe ao Direito do Trabalho despir-se dos preconceitos e buscar, cientificamente, a compreensão dos reais limites das pessoas com deficiência para, cumprindo seu papel histórico, garantir-lhes condições de igualdade plena aos demais trabalhadores.

4. A reserva de vagas na Administração Pública ou nas empresas privadas jamais poderá ser considerada como uma proteção paternalista. Trata-se, isto sim, da própria revelação da essência do Direito do Trabalho, o qual nasce da premissa básica de que a lei deve assegurar a igualdade real entre as pessoas, suprindo as desigualdades que se constituam em fatores de segregação.

Nota

[1] Em maio de 1944, a Conferência Internacional do Trabalho – a Assembléia-Geral da Organização – reunida em Filadélfia, nos Estados Unidos, aprovou uma declaração relativa aos fins e objetivos da OIT, conhecida pela Declaração de Filadélfia. Numa época do pós-guerra e da reconstrução, a Declaração reafirma os princípios orientadores da OIT, nos quais se deveria inspirar a política dos países-membros. São esses princípios os seguintes: o trabalho não é uma mercadoria; a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante; a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos; todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais (Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/oit.htm> Acesso em: 14 de setembro de 2004).

Bibliografia

FONSECA. Ricardo Tadeu Marques da. O Trabalho da Pessoa com Deficiência lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa, São Paulo : LTr, 2006.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo – 1919-1984 – adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo.

A INTERDIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EFEITOS DA CURATELA NO CONTRATO DE TRABALHO

Maria Aparecida Gugel

Resumo. O instituto da interdição é avaliado desde o seu fundamento no direito romano até a atual concepção sobre capacidade civil das pessoas com deficiência da Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU. A interdição não impede a pessoa com deficiência de trabalhar, cabendo ao Ministério Público zelar pela manutenção desse direito.

Palavras-chaves: interdição da pessoa com deficiência, capacidade das pessoas com deficiência, direito ao trabalho, Ministério Público.

Abstract. *The system of incompetence declaration is evaluated from its fundaments in the Roman Law System to modern conception of civil capabilities of persons with disabilities as depicted in UN's Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The incompetence declaration does not hinder a person with disabilities to work, being an attribution of the Public Attorney to watch over for the enforcement of this right.*

Keywords: *incompetence declaration of persons with disabilities, capabilities of persons with disabilities, right to work, Public Attorney.*

1. Introdução. Curatela e Interdição. Evolução

O texto internacional mais recente e já ratificado pelo Brasil, que trata da promoção dos direitos da pessoa com deficiência, a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 8/10/2001), ou simplesmente CONVENÇÃO DA GUATEMALA, deixa evidente a possibilidade de o Estado adotar medidas de ação afirmativa em favor de pessoas com deficiência para que possam alcançar a real igualdade de oportunidades. No Art. I, item 2 b, que dispõe sobre o conceito de discriminação, ressalva o instituto da interdição como forma de opção para o bem-estar das pessoas:

> 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. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração e interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação (Convenção da Guatemala).

A origem do instituto da interdição está no Direito Romano. As XII Tábuas traziam normas relativas à incapacidade civil dos indivíduos com enfermidade mental, surdo-mudez, invalidez permanente e pródigos. À tutela se submetiam os incapazes naturais, em decorrência da idade e sexo – os impúberes e as mulheres -, cujo tutor administrava os bens dos tutelados como se fossem seus (*negotium gerere*). Já sob os efeitos da curatela estavam os incapazes por causa anormal, decorrentes de doenças mentais, deficiências e prodigalidade, conforme se extrai das Institutas (1.23.4): *Sed et mente captis et surdis et mutis et Qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandisun* (GIODANI, Lumens, p. 14)[1]. A gestão do patrimônio do interdito era efetuada pelo curador (agnados ou, na ausência destes, os gentis).

O pensamento romano serviu de fundamento para os sistemas e ordenamentos jurídicos de muitos países acondicionando, até os dias de hoje no entanto, uma visão estigmatizadora da pessoa interditada – a de que nada, ou quase nada pode fazer. Daí porque, é necessário que o ramo do direito busque avançar, transformando a vetusta concepção, levando em conta o conhecimento de outras áreas sociais como a medicina, a assistência social e a psicologia, por exemplo, que melhor permitem ver o indivíduo (o interditando) no seu contexto social e de necessidades cotidianas. Dessa forma, poderão ser resguardados ao máximo seus direitos.

A concepção atual sobre a capacidade legal das pessoas com deficiência está descrita na recente Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiên-

cia, da Organização das Nações Unidas – ONU, que ressalta a necessidade de os Países preverem medidas relativas ao exercício da capacidade legal, incluindo normas efetivas para garantir tal exercício, respeitando os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, isentas de conflito de interesses e de influência indevida e que sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, aplicadas pelo período mais curto possível e submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.

> Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – ONU[2]
>
> Artigo 12
>
> Reconhecimento igual perante a lei
>
> 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de serem reconhecidas em qualquer parte como pessoas perante a lei.
>
> 2. Os Estados Partes deverão reconhecer que as pessoas com deficiência têm capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
>
> 3. Os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
>
> 4. Os Estados Partes deverão assegurar que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. Estas salvaguardas deverão assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas deverão ser proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
>
> 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, deverão tomar todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e deverão assegurar que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Países europeus[3] como a França e a Alemanha, consideram a curatela, ou interdição, como última possibilidade a ser executada pois, trata-se de solução drástica de restrição individual, sendo sempre desejável que se preserve a maior quantidade de direitos da pessoa. O sistema francês, a partir da reforma constante da Lei de 30/1/1968, traz três medidas de proteção ao incapaz: a *sauvegarde de justice*, destina-se a pessoa maior de idade, garantindo-lhe a manutenção das capacidades civis e políticas; a *curatelle*, àqueles que não têm

condições de agir por si mesmos, ensejando uma interdição parcial com relativo controle dos atos da vida civil; a *tutelle*, a mais rígida das interdições podendo restringir parcial ou totalmente os direitos civis e dos direitos cívicos e políticos.

O direito civil alemão distingue claramente a capacidade da pessoa em exprimir a vontade e a capacidade de trabalhar, mantendo, sempre que possível, o incapaz incluído na sociedade e exercendo parte dos atos da vida civil e, em especial, sua capacidade laborativa. No direito alemão está prevista a revisão periódica da medida judicial de interdição do indivíduo, objetivando com isso a não perpetuação da situação restritiva.

No Brasil, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 traz o novo Código Civil com pequenas alterações no instituto da interdição (Título IV, trata da Tutela e da Curatela; Capítulo II Da Curatela, especificamente), mantendo-se quase que inalteradas as antigas bases do Código Civil de 1916, ou seja, estão sujeitos à curatela as pessoas absoluta e relativamente incapazes, ressalvada a incapacidade definida pela idade.

> Maria Helena Diniz, citando Carvalho Santos, Paulo de Lacerda e Débora Gozzo, entende que a interdição que visa à curatela
>
> É imprescindível para a proteção e amparo do interditando (suposto incapaz no procedimento de apuração de sua incapacidade), resguardando a segurança social ameaçada ou perturbada pelos seus atos. Trata-se de intervenção que atende aos imperativos de ordem social. Daí a relevância ético-jurídica da interdição, protetora dos bens e da pessoa maior considerada incapaz.
>
> É uma medida de proteção consistente em declarar, o poder judiciário, que em determinada pessoa não se verifica o pressuposto da plena capacidade para prover seus próprios negócios, falha que a inibe da prática de atos da vida civil.
>
> É, portanto, o procedimento especial de jurisdição voluntária, mediante o qual se apura a capacidade ou incapacidade de pessoas maior de 18 anos. Constatada a incapacidade, decretar-se-á a proibição, absoluta ou relativa, para que o interditado pratique, por si, ato jurídico, bem como ser-lhe-á nomeado curador, que deverá representá-la ou assisti-lo (DINIZ, p. 1354-1355).

A interdição, sujeita à curatela, tal como disposta em nosso Código Civil é um direito das pessoas com deficiência, garantindo-lhes proteção especial. Embora desprovido de técnica, principalmente no que diz respeito à designação da pessoa com deficiência mental e sensorial gerando confusão com "os excepcionais sem completo desenvolvimento mental", termo este antigo e em desuso, pode-se afirmar que o atual Código Civil promoveu um avanço considerável para as pessoas com deficiência.

O Art. 1.767 indica as pessoas passíveis de interdição:

· Aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil (inciso I);

· Aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade (inciso II);

· Os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos (inciso III);

· Os excepcionais sem completo desenvolvimento mental (inciso IV);

· Os pródigos (inciso V).

O Código Civil poderia ter sido mais preciso e indicar quem são as pessoas com deficiência mental, que por sua natureza ou grau de comprometimento, e as pessoas com deficiência sensorial ou múltipla, são passíveis de interdição total ou parcial, segundo os critérios dos incisos I e II ou seja, aqueles com falta de discernimento para os atos da vida civil e aqueles que não puderem exprimir sua vontade. Daí a necessidade de melhor delimitar a concepção civilista, diante da realidade vivenciada pelas famílias e pessoas com deficiência.

A interdição total ou parcial, sujeita à curatela conforme indica o Art. 1.767, decorre da capacidade da pessoa. Por isso os Arts. 3º e 4º, do Código Civil, que tratam da capacidade das pessoas, são os guias que definem a compreensão do tema.

O Art. 3º declara que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, os menores de dezesseis anos (inciso I); os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos (inciso II); os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (inciso III).

Os relativamente incapazes de exercer certos atos, ou à maneira de os exercer (Art. 4º) são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (inciso I); os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido (inciso II); os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo (inciso III); os pródigos (inciso IV).

Além da doença mental que não se confundem com a deficiência mental, o inciso I, do Art. 1.767, descreve a pessoa com deficiência mental, que se assume como sendo pessoas com deficiências mental grave, profunda e o autismo pois, geram a incapacidade total do indivíduo para a prática da vida civil, conforme revela o Art. 3º do Código Civil. Nesses casos é possível a decretação de interdição total. Para tanto, poderão ser consideradas as caracterizações de deficiência do Decreto nº 5.296/04 assim como, a indicação inserida na Portaria Interministerial MS/SEDH nº 2, de 21/11/2003, anexa à Lei nº 10.690, de 16/6/2003 (trata da isenção de imposto de produtos industrializados na aqui-

sição de automóveis para utilização de pessoas com deficiência) do DSM-IV – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, associada à definição contida na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) para pessoas com deficiência mental severa, profunda e autismo. Na CID, identificam-se os níveis severo/grave ou profundo da deficiência mental, observados os seguintes critérios: déficit significativo na comunicação, que pode ser manifestado através de palavras simples; atraso acentuado no desenvolvimento psicomotor; alteração acentuada no padrão de marcha (dispraxia); autocuidados simples sempre desenvolvidos sob rigorosa supervisão e, déficit intelectual atendendo ao nível severo. No DSM-IV está o enquadramento do autismo.

Aquelas pessoas que não puderem exprimir a sua vontade em vista de causas duradouras (Art. 1.767, II) é expressão ampla utilizada pelo legislador na qual é possível incluir as deficiências sensoriais (visual, auditiva) e múltiplas. Alerte-se que se tratam somente de pessoas que não possam validamente expressar sua vontade. Por exemplo: a cegueira associada à surdez somente nos casos em que a pessoa não detém conhecimento de qualquer forma de expressão ou, de pessoas surdas que não tenham apreendido qualquer forma de comunicação (Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, por exemplo), de maneira, repita-se, a validamente expressar sua vontade. Lembre-se que a previsão do atual inciso II substituiu a anterior expressão "surdo-mudo", segue, portanto, o raciocínio de que o atual Código Civil visa atingir a deficiência sensorial e/ou associada a outras deficiências. Nesses casos, a pessoa maior de 18 anos será declarada absolutamente incapaz, devendo seu curador representá-la em todos os atos da vida civil. Se, no entanto, for considerada relativamente incapaz será assistida.

Os incisos III e IV, do Art. 1.767, definem quem são as pessoas passíveis de interdição parcial, podendo ser decretada a incapacidade relativa, conforme o Art. 4º do Código Civil. O inciso III trata das pessoas com deficiência mental e, o IV dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental, parecendo tratar da mesma categoria de pessoas, excluídas as deficiências mentais graves pois, inseridas no inciso I. Para estas pessoas, segundo o Decreto nº 5.296, de 2/12/04, considera-se o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação anterior aos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação; cuidado pessoal; habilidades sociais; utilização da comunidade; saúde e segurança; habilidades acadêmicas; lazer; e trabalho.

Para as hipóteses de interdição parcial dos incisos III e IV o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito (Art. 1.772), os limites da curatela que poderão ser aqueles do Art. 1.782, tais como: emprestar,

transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado em juízo, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

Além disso, a pessoa com deficiência interditada remanesce com o direito de "permanecer como dependente de seus pais, para fins de planos de saúde, bem como previdenciários, fazendo jus à pensão, em caso de morte; de ter um curador que o auxilie a gerir seus bens em seu proveito, com o dever de prestar contas em juízo" (FAVERO, 2004, p. 240).

Saliente-se que a medida de proteção da curatela estendeu-se às pessoas com deficiência física sem capacidade de exprimir sua vontade e que fisicamente são incapazes de gerir a própria vida – curatela administrativa especial, segundo o artigo 1.786 – sem a correspondente interdição.

1.2. Processo de Interdição

O rito processual de interdição segue o Código de Processo Civil (Arts. 1.177-1.186), tendo como foro competente o domicílio do interditando, destacando-se as seguintes etapas:

· petição inicial assinada por advogado particular ou defensor público, se a pessoa com deficiência ou sua família não puderem constituir advogado, observada a legitimidade de que trata o Art. 1.177[4] do CPC. Ressalte-se que o legitimado "parente próximo" equivale a parente sucessível (descendente, ascendente em qualquer grau, e colaterais até o 4º grau – Arts. 1829, IV e 1839 do Código Civil).

· audiência para ouvir o interditando (Art. 1.181, CPC);

· apresentação de contestação do interditando no prazo de cinco dias (Art. 1.182, CPC);

· a elaboração de laudo técnico (para subsidiar o convencimento do Juiz, Art. 1771), por especialista da área da deficiência em foco, apontando o grau de comprometimento da deficiência. É aconselhável que o laudo técnico tenha sido promovido por equipe multiprofissional que melhor poderá definir as questões socio-econômicas e ambientais que envolvem o interditando, não desprezadas as relações de proximidade e afetividade com eventual curador;

· manifestação das partes interessadas sobre o laudo apresentado;

· manifestação do Ministério Público;

· sentença da interdição pelo Juiz, estabelecendo os limites da interdição com nomeação de curador que exercerá seu *munus* público.

2. As relações de trabalho

A interdição total e a parcial de pessoas com deficiência não inibe sua capacidade laborativa, gerando conseqüências importantes nas relações individuais de trabalho estabelecidas nos respectivos contratos de trabalho.

O direito de trabalhar da pessoa com deficiência, ainda que interditada total ou parcialmente, emana de valores que fundamentam o Estado democrático de direito, tais como a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, Constituição) e, os valores sociais do trabalho (inciso IV), associados aos objetivos da República, principalmente o de promover a todos sem preconceitos ou discriminação (Art. 3º, IV, Constituição). Há comando constitucional expresso de proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (Art. 7º, XXXI, Constituição) e, assegura com absoluta prioridade a proteção à criança e ao adolescente com deficiência, com a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (Art. 227, II, Constituição).

Observe-se que a igualdade está elevada à condição de direito (Art. 5º, caput, Constituição), e não mais a mera concepção de igualdade formal perante a lei, justificando medida de discriminação positiva ou ação afirmativa que atualmente está sedimentada na reserva de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (Art. 37, VII, Constituição). Este comando constitucional que eleva a dignidade da pessoa com deficiência e sua condição de cidadão pelo exercício de uma atividade remunerada, encontra normatização específica nas Leis nº 8.112/90 que trata do regime jurídico dos servidores públicos e, na Lei nº 8.213/91 que dispõe no Art. 93 sobre a reserva de postos de trabalho para pessoa com deficiência em empresas com mais de cem empregados.

A Lei nº 7.853/89, resultado do movimento de pessoas com deficiência na década de 80, tratando da política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência tem o caráter de norma declaratória do pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, determina que por regulamento serão organizadas as oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho (Art. 2º, III, d).

Referidas oficinas estão previstas no Decreto nº 3.298/99. A política instituída no referido Decreto declara ser primordial o emprego e a inserção da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho, bem como a sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido (Art. 34), especificando as seguintes modalidades:

· Nos casos de deficiência grave ou severa, poderá ser por meio do sistema cooperativado, conforme a Lei nº 9.867, de 10/11/99, sobre cooperativas sociais, observada a Lei nº 5.764/71 que contém regras de normatização para todas as sociedades cooperativas.

· Na forma de colocação competitiva, observado o processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária.

· Na forma de colocação seletiva, observado o processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária mas que depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização.

· Na forma de promoção do trabalho por conta própria, podendo ser por meio da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal.

Para estas duas últimas modalidades tem-se a participação de entidades beneficentes de assistência social (Art. 34, § 1º) que, por meio da intermediação, poderão contratar a pessoa com deficiência para a prestação de serviços em entidades pública ou privada; ou na comercialização de bens e serviços decorrentes de programas de habilitação profissional de adolescente e adulto portador de deficiência em oficina protegida de produção ou terapêutica.

As oficinas protegidas para pessoas com deficiência com sérios comprometimentos de natureza física, mental ou sensorial funcionam no sistema de emprego apoiado que o Decreto nº 3.298/99 (Art. 34, §4ºe 5º) conceitua como oficina protegida de produção e terapêutica:

· Considera-se oficina protegida de produção a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social e que tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal relativa.

· Considera-se oficina protegida terapêutica a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto que devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção.

A lei da aprendizagem, nº 10.097, de 19/12/2000, recentemente alterada pela Lei nº 11.180/2005 (que dispõe sobre o projeto escola de fábrica, programa universidade para todos – PROUNI e programa de educação tutorial – PET), elastece o limite de idade dos aprendizes para 24 anos (entre 14 e 24 anos). Condição relevante trazida pela lei foi a de prever a não aplicação aos aprendizes com deficiência da idade máxima de 24 anos, assim como a desnecessidade de comprovação da escolaridade de aprendiz com deficiência mental, devendo, nesses casos serem consideradas as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização (Art. 428, § 5º e 6º, CLT).

Portanto, diante de tão sólidos fundamentos constitucional e legal, as pessoas com deficiência mental, sensorial (auditiva, visual) ou múltipla, ainda que interditadas, mantêm o direito ao trabalho, desde que detenham habilidades e a qualificação profissional exigidas para as funções a serem exercidas. A qualificação profissional, ressalte-se, pode ser promovida pelo próprio empregador no curso do contrato de trabalho, na modalidade de colocação seletiva, objetivando colaborar com a política de inserção com o trabalho protegido (Art. 35, II, § 1º, do Decreto nº 3.298/99). A manutenção da capacidade de trabalhar para as pessoas com deficiência interditadas é direito fundamental e propulsor da sua promoção para o desenvolvimento e independência.

Para os discordantes, lembre-se que, na dicção de Maria Helena Diniz, a pessoa maior de 18 anos interditada "perde o seu direito de própria atuação na vida jurídica, visto que a interdição é a desconstituição, total ou parcial, da capacidade negocial" (DINIZ ; p.1354), gerando conseqüências diretas sobre seus bens que só poderão ser alienados em hasta pública. Ora, trabalho não é negócio, é direito social (Art. 6º, Constituição da República)!

2.1. Direitos do Interditado frente ao Contrato de Trabalho

Uma vez estabelecida a relação contratual entre o empregador e o trabalhador com deficiência interditado, este terá direito à assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social e verbas decorrentes do contrato de trabalho (salário, repouso semanal remunerado, 13º salário, férias), assim como terá os ônus contributivo decorrente dos recolhimentos sociais (contribuição para o INSS, FGTS) e fiscais (descontos de imposto de renda).

Relativamente aos atos que podem ser praticados pelo trabalhador interdito na vigência do contrato de trabalho, pode-se balizar nos mesmos poderes permitidos ao adolescente trabalhador (entre 14 e 18 anos – Art. 402, CLT), que a CLT trata como "menor" de 18 anos e, que o Código Civil identifica como relativamente incapaz. Para estes é concedida proteção jurídica por meio da representação ou assistência: os pais que detenham o poder familiar representarão os filhos menores de 16 anos ou assistirão os maiores de 16 anos e menores de 18 anos (Arts. 1.634 e 1.690, CC); o menor que não esteja sob o poder familiar será representado ou assistido por tutor (Art. 1.747, I, CC).

Considerada essa hipótese, é direito da pessoa com deficiência interditada parcialmente pois está, segundo a concepção do direito civil, no rol das pessoas relativamente incapaz (Art. 4º, CC): poder firmar recibo de pagamento de salários e rescindir seu contrato de trabalho, sem a representação do curador. No entanto, comanda o Art. 439, CLT, não poderá dar quitação das verbas de rescisão do contrato de trabalho, quitação esta gerada pelo recebimento de indeni-

zações que lhe são devidas (aviso prévio, décimo terceiro salário, férias e verbas proporcionais). Verifica-se, neste aspecto, que o Art. 439, CLT tem ressonância no atual Art. 1.782, CC quanto aos limites da curatela.

A pessoa com deficiência interditada, se menor de 18 anos, deve obedecer à concepção da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, tal como prevista para o trabalhador adolescente: é-lhe proibida qualquer atividade em horário noturno (Art. 404, CLT), insalubre, perigosa, ou em serviços prejudiciais ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social (parágrafo único, Art. 403, CLT). O que se quer preservar é o bom desenvolvimento da pessoa menor de 18 anos.

A pessoa com deficiência, sob interdição total terá a regência de seu representante ou curador para a prática dos atos decorrentes de toda a relação contratual: assinar recibo de pagamento de salários, rescindir o contrato de trabalho e dar quitação das verbas decorrentes do contrato de trabalho.

Tendo-se em conta que a interdição está diretamente atrelada à capacidade para a gerência da própria pessoa e para a administração de seus bens, pode-se afirmar que a pessoa com deficiência interditada maior de 18 anos devidamente habilitada para o trabalho, pode exercer qualquer tipo de função. Para tanto, o empregador observará os critérios gerais de saúde e segurança do trabalhador no ambiente de trabalho, bem como a obediência a critérios de prevenção para os ambientes insalubres e perigosos, retratados nas Normas Regulamentares da Portaria nº 3.214/78, MTe, as de nºs 7, 9 e 17. Isto sem esquecer, em qualquer das hipóteses, que as regras de acessibilidade para pessoas com deficiência deverão ser implementadas nos ambientes de trabalho tais como, banheiros, rampas, sinais sonoros, além de, eventualmente, lançar-se mão de procedimentos especiais (Art. 35, § 2º, Decreto nº 3.298/99) por meio de jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, ou apoios especiais (Art. 35, § 3º, Decreto nº 3.298/99) via a orientação, supervisão e ajudas técnicas.

3. Atribuição do Ministério Público no Processo de Curatela – Interdição

Ao atuar, o Ministério Publico na condição de parte (Art. 1.769, CC), de defensor (Art. 1.770, CC) auxiliando o interditando na defesa de preservação de sua capacidade ou, de *custos legis* opinando pela decretação da interdição total ou parcial, nomeação de curador e fiscalização do exercício da curatela, deve atentar para que seja preservada a manutenção da capacidade laborativa do interditando. Defende-se que é dever do órgão ministerial, qualquer que seja a forma de atuação no processo, requerer ao juiz prolator da sentença que nela fique expressa a possibilidade de o interditado trabalhar[5], evitando dúvidas de qualquer ordem.

4. Conclusão

1º A sentença que decreta a interdição deve ser periodicamente revista prevendo claramente a capacidade da pessoa para atos da vida cotidiana, principalmente a capacidade de trabalhar, permitindo ao interditado manter-se incluído na sociedade.

2º A interdição total ou parcial da pessoa com deficiência não a impede de trabalhar, ou exercer qualquer atividade laborativa, cabendo ao Ministério Público auxiliar na defesa da preservação desta capacidade.

3º Projeto de lei em discussão no Congresso Nacional, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, prevendo que a interdição parcial ou total da pessoa com deficiência não impede o exercício do direito ao trabalho, segue o pensamento mundial da atual Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, da ONU.

Notas

[1] Mas deve-se dar curadores aos mentecaptos, aos surdos, aos mudos e aos perpetuamente inválidos porque não podem estar à frente de seus negócios (GIODANI : Lumens, p. 14).

[2] A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência assinada pelo Brasil em 30/3/2007, traduzida por Romeu Sassaki http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/sicorde. A versão em inglês está disponível no endereço da ONU http://www.un.org/disabilities/convention, acesso em 9/4/2007.

[3] Códigos Civil na íntegra são encontrados no endereço http://www.codigo-civil.net e http://www.legifrance.gouv.fr

[4] Art. 1.177. A interdição pode ser promovida: I - pelo pai, mãe ou tutor; II- pelo cônjuge ou algum parente próximo; III-pelo órgão do Ministério Público. Art. 1.178. O órgão do Ministério Público só requererá a interdição: I - no caso de anomalia psíquica; II - se não existir, ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas no artigo antecedente, incisos I e II; III - se, existir, forem menores ou incapazes.

[5] Vinga a sugestão encaminhada ao Relator do Projeto no Senado Federal, Flavio Arns, e inserida no Projeto de Lei nº 7.699/06 que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de que os efeitos da interdição não devem interferir no direito do interditado, a pessoa com deficiência, ao trabalho, desde que esteja habilitado para o exercício das funções. No projeto de lei em discussão o tema está tratado no Art. 226: Art. 226. A interdição parcial ou total da pessoa com deficiência não impede o exercício do direito ao trabalho e o exercício do direito ao voto.

Bibliografia

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 7.699/06 Estatuto da Pessoa com Deficiência. http://www2.camara.gov.br.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 9ª ed, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
ENNECERUS, Ludwig; Theodor KIPP e Martin Wolff. Tratado de Derecho Civil. Parte General. 2ª ed. Barcelona : Bosch, 1953.
FAVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência: Garantia de Igualdade na Diversidade – Rio de Janeiro: WVA Ed., 2004.
GIODANI, Mário Curtis. O Código Civil à luz do Direito Romano. Rio de Janeiro: Lumens, 1996.
MACHADO, Francisco Roberto. Da Curatela dos Interditos no Novo Código Civil, Revista Dialética de Direito Processual, n.12, março 2004.
ONU, Organização das Nações Unidas. Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência,http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/sicorde e http://www.un.org/disabilities/convention.

A ACESSIBILIDADE COMO CONDIÇÃO DE CIDADANIA

Rebecca Monte Nunes Bezerra

Resumo: O Direito à acessibilidade é um meio de garantia dos direitos fundamentais como educação, saúde, trabalho, lazer, entre outros. Os titulares do direito constitucional de acessibilidade plena ao ambiente urbano e aos meios de transportes são todos os membros da coletividade. A legislação brasileira sobre direitos das pessoas com deficiência é uma das mais avançadas do mundo mas, exige implementação por meio de políticas públicas adequadas e conscientização da sociedade.

Palavras Chave: Acessibilidade, Pessoa com deficiência, Decreto n. 5.296/04

Abstract: *The right to accessibility is a way to guarantee the basic rights to education, health, work, leisure, among others. All the members of the community are entitled to the constitutional law of full accessibility to the urban environment and means of transportation. Brazilian legislation on rights of persons with disability is among the most advanced in the world although still demanding implementation by means of adequate public policies and society awareness.*

Keywords: *Accessibility, Person with disabilities, Decree n. 5.296/04*

1. Introdução

A Constituição de 1988 elege, como fundamentos da República, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, incisos I e III, respectivamente) e, como um dos seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, inciso IV). Dispõe, também, no Art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e, no inciso XV, que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz.

Assim, está inserido na própria Constituição o tratamento igualitário que deve ser dispensado a todos – o qual só assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades – e o livre direito de ir e vir dos cidadãos em tempo de paz.

Também se pode encontrar a garantia à livre locomoção na Declaração dos Direitos Humanos da ONU, assinada pelo Brasil em 10.12.1948, que estabelece:

> Artigo XIII – 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

Mister destacar, ainda, que a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência ou Convenção de Guatemala, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 3.956/01, reafirma que as pessoas com deficiência

> têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que as outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo o ser humano.

Como ensina Flávia Piovesan (2006, p. 327):

> O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetros de valoração a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro [...].

A respeito, cabem algumas reflexões:

Será que, mesmo nos dias atuais, todos estão tendo o direito de ir e vir livremente pelas calçadas, praças, edificações públicas e de uso coletivo?

Como está a acessibilidade em nossa cidade?

Está sendo respeitada a dignidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida ao se construir edificações públicas ou de uso coletivo e ao se oferecer transporte coletivo urbano apenas para pessoas sem qualquer restrição de mobilidade?

No tocante à legislação pátria, em matéria de acessibilidade, está inserida na própria Carta de 1988, no Art. 227, § 2º, que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência, e, no Art. 244, que tal fato também deverá ocorrer em relação à adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes.

A Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, entre outros assuntos, já estabelecia que os órgãos e entidades da Administração direta e indireta devem dispensar tratamento prioritário e adequado às pessoas com deficiência, determinando, na área de edificações, a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas com deficiência, permitindo o acesso destas a edifícios, logradouros e meios de transportes.

O Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/89, também traz como um dos objetivos da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência o acesso, o ingresso e a permanência delas em todos os serviços oferecidos à comunidade, dispensando um capítulo à acessibilidade na Administração Pública Federal, revogados seus artigos pelo Decreto nº 5.296/04.

A questão da acessibilidade foi, novamente, tratada pelas Leis nºs. 10.048/00 e 10.098/00, que estabeleceram normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, entre outros assuntos, as quais foram regulamentadas pelo já citado Decreto nº 5.296/04.

A Lei nº 10.048/00 trata do atendimento prioritário às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo e, também, da acessibilidade nos meios de transportes.

A Lei nº 10.098/00, por sua vez, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, trazendo definições do que sejam acessibilidade, barreiras, elementos de urbanização, mobiliário urbano, ajuda técnica e, de forma simplificada, quem seria considerada pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. Ao estabelecer as exigências em matéria de acessibilidade, a lei sob comento assim o fez em relação ao desenho e localização do mobiliário urbano, aos edifícios públicos ou de uso coletivo, aos edifícios de uso privado, aos veículos de transportes coletivos, aos sistemas de comunicação e sinalização, além de dispor sobre ajudas técnicas e instituir as medidas de fomento à eliminação de barreiras.

Destaque-se o poder constitucional conferido aos Municípios de legislar sobre assuntos de interesse local (Art. 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988) e de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (Art. 30, inciso II), além de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (Art. 30, inciso VIII).

Assim, antes mesmo da legislação federal mencionada, alguns Municípios já haviam legislado sobre a matéria, valendo registrar o Município de Natal, no Rio Grande do Norte, que sancionou a Lei Municipal nº 4.090, de 03 de junho de 1992, a primeira no Brasil a dispor sobre a eliminação das barreiras arquitetônicas existentes nos locais de fluxo de pedestre e do uso público, desde então já remetendo à observância das normas oriundas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, estabelecendo no Art. 1º., *caput*, que:

> Art. 1º. É obrigatória a adaptação dos edifícios e logradouros de uso público para acesso, circulação e utilização das pessoas portadoras de deficiência, de conformidade com as normas oriundas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Em 2001, foi aprovado o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, que regulamenta os Arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana, determinando, entre outras exigências, o estabelecimento, em cada Município, da função social da cidade e da propriedade urbana, respeitando sua individualidade, vocação, defendendo os elementos necessários para o equilíbrio entre os interesses públicos e privados de seu território.

Posteriormente, o Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03 - trouxe um capítulo específico acerca do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade, onde consta ser obrigação do Estado e da Sociedade assegurar ao idoso a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis (Art. 10, *caput*), compreendendo o direito à liberdade, entre outros aspectos, a faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais (Art. 10, §1º, inciso I). Estatuiu, ainda, a eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos, para garantia da acessibilidade ao idoso (Art. 38, inciso III), entre outras determinações.

Recentemente foi assinada pelo Brasil (em 30 de março de 2007, na solenidade de abertura da adesão dos Estados Membros, juntamente com o Protocolo facultativo de monitoramento), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a

qual traz como um dos seus princípios a acessibilidade (Artigo 3º, f), determinando aos Estados-Partes o compromisso de, entre outras ações:

> Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal, conforme definidos no Artigo 2º. da presente Convenção, que exijam o mínimo possível de adaptação e cujo custo seja o mínimo possível, destinados a atender às necessidades específicas de pessoas com deficiência, a promover sua disponibilidade e seu uso e a promover o desenho universal quando da elaboração de normas e diretrizes. (Artigo 4º, 1, f).

Dispensa a citada Convenção um artigo específico para a acessibilidade, estabelecendo a obrigação dos Estados-Partes de tomarem as medidas apropriadas, entre tantas outras, para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como outros serviços e instalações abertos ou propiciados ao público, tanto na zona urbana como na rural. Igualmente deverão envidar esforços para dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público, de sinalização em Braille e em formatos de fácil leitura e compreensão, para promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet, além de promover o desenho, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação em fase inicial, a fim de que estes sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a um custo mínimo.

O que se pode observar é que a Convenção mencionada constitui-se em mais um instrumento para a implementação da acessibilidade, reafirmando direitos já estabelecidos por nossa legislação pátria, esperando-se que venha aquela a ser ratificada pelo Brasil, incorporando-se ao nosso ordenamento jurídico.

Pode-se afirmar, também, que a legislação brasileira, em matéria de direitos das pessoas com deficiência, é uma das mais avançadas do mundo, com práticas de ações afirmativas ainda não adotadas por outros países. Entretanto, urge implementá-la.

2. O que é Acessibilidade.

A Lei nº 10.098/00 define acessibilidade como sendo a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (Art. 2º, inciso I). Nesse mesmo sentido é a disposição contida na NBR 9050:2004, que conceitua a acessibilidade como sendo a possibilidade e condi-

ção de alcance, percepção e entendimento para utilização, com segurança e autonomia de edificações, espaço, mobiliário e equipamento urbano.

Realmente, no que tange à acessibilidade, é fundamental que as pessoas possam utilizar os ambientes e serviços com autonomia e segurança, ainda se apresentarem alguma mobilidade reduzida, sem serem condenadas à segregação social, podendo trabalhar, estudar, cuidar de sua saúde, ter acesso ao lazer, visitar parentes ou amigos que residam em edifícios, independente do auxílio de outra pessoa. E tal conceito foi ampliado para qualificar, além das edificações, espaços ou ambientes físicos, também os meios de comunicações e o sistema de transportes.

Não se pode falar que o direito à acessibilidade está sendo respeitado se, por exemplo, em uma conferência, ou até mesmo em uma sala de aula, uma pessoa surda não tiver condição de acesso à informação que está sendo transmitida por faltar a presença de um intérprete da Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS.

Adriana de Almeida Prado (2003, p. 22) coloca que "o objetivo da acessibilidade é proporcionar a todos um ganho de autonomia e mobilidade, principalmente àquelas pessoas que tem sua mobilidade reduzida ou dificuldade de comunicação, para que possam usufruir dos espaços e das relações com mais segurança, confiança e comodidade".

Para que uma edificação ou espaço seja considerado acessível é necessário que ele tenha sido projetado e executado em conformidade com as exigências legais e de acordo com o estabelecido nas Normas Brasileiras (NBRs) da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Assim, não podem ser considerados como acessíveis locais em que as exigências legais referentes à acessibilidade foram observados de modo parcial. Não existe a meia-acessibilidade. Um espaço é ou não acessível.

3. Barreiras arquitetônicas

Barreiras arquitetônicas são aquelas existentes nas edificações, vias ou espaços públicos, constituindo um obstáculo que impeça ou dificulte o acesso ou utilização por determinada pessoa.

A Lei nº 10.098/00 define barreira como sendo qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação, com segurança das pessoas, classificando-a em:

· barreiras arquitetônicas urbanísticas - as existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público;

· barreiras arquitetônicas na edificação - as existentes no interior dos edifícios públicos e privados;

· barreiras nas comunicações - qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos meios ou sistemas de comunicação, sejam ou não de massa.

Para evitar o surgimento de barreiras, um espaço tem que ser concebido e executado de modo a ser utilizado com segurança e autonomia por todos os seus destinatários. Em uma edificação de uso público, por exemplo, tem que ser verificada a acessibilidade desde a calçada que circunda o lote do terreno, passando pelo estacionamento, portas, banheiros, locais de refeições e demais ambientes.

4. Barreiras atitudinais

O próprio desinteresse pela eliminação das barreiras arquitetônicas ou pelas soluções ambientais que podem ser encontradas para cada caso arquitetônico onde a acessibilidade não está garantida, muitas vezes por indiferença, pode ser considerado uma barreira atitudinal.

Afinal, por que projetar e construir apenas para alguns? É importante registrar que não é sequer razoável se admitir nos tempos atuais a falta de conhecimento de que a humanidade é desigual; e assim, também, as suas necessidades.

Como afirma Laura Subies (2005, p. 203), "Algunas personas opinan que uma ciudad poco o nada accesible es el rasgo de uma sociedad discriminatória. Em realidad, sostenemos aquí que la sociedad toda más que pecar de discriminación, peca de indiferencia".

Para Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2004, p. 182), a barreira de atitude é

> Aquela que faz com que as pessoas com deficiência não sejam vistas como titulares dos mesmos direitos de qualquer pessoa. A que faz com que os programas de acessibilidade sejam destinados apenas a locais que outros considerem bons para quem tem deficiência, mas esquecendo-se que esses cidadãos também querem ir a boates, motéis, praticar esportes, entre outros. A barreira que determina que apenas alguns programas de rádio, televisão, sítios eletrônicos (normalmente sobre seus direitos) estejam adaptados para pessoas com deficiência sensorial, esquecendo-se de que elas querem e têm direito de acesso a qualquer tipo de programação.

A desigualdade de oportunidades, portanto, também pode ser entendida como uma barreira atitudinal, ao se desconsiderar, inclusive, o potencial de uma pessoa a ser desenvolvido, tenha ela ou não alguma deficiência.

5. A quem prejudica a existência de barreiras arquitetônicas

Seguramente pode-se dizer que a existência de barreiras arquitetônicas prejudica a TODOS, ainda que uns sejam prejudicados em maior proporção que outros, dependendo da mobilidade da pessoa e do obstáculo a ser vencido.

6. Normas técnicas

Normas técnicas são especificações técnicas aprovadas pela Organização Internacional de Normas – ISO. Baseiam-se em resultados conjuntos da ciência, da tecnologia e da experiência humana.

As normas técnicas são elaboradas por especialistas nos assuntos a que se destinam, com reuniões abertas ao público interessado, e contêm as configurações técnicas e conceituais necessárias para a obtenção de espaços acessíveis (NBR 9050:2004, por exemplo), nelas constando soluções de adoção obrigatória, e outras de cunho recomendatório.

Tal aspecto é relevante quando se vai cobrar a garantia da acessibilidade nas edificações e nos espaços urbanos, pois é preciso se levar em consideração o que é "exigido" e o que é "sugerido" pela norma. O que se pode interpretar do texto normativo é que há um mínimo de acessibilidade sem o qual não se pode considerar como preenchidos os requisitos para que um ambiente possa ser acessado e utilizado com segurança por pessoas com mobilidade reduzida, o que não impede que o projetista leve em consideração as recomendações ali contidas, de forma a projetar ambientes os mais confortáveis e seguros possíveis.

7. O que deve ser levado em consideração na promoção da acessibilidade em um Município

Além das Leis nº 10.048/00; nº 10.098/00; nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), entre outras de âmbito federal, o Art. 14 do Decreto nº 5.296/04 estabelece que, na promoção da acessibilidade, deverão ser observadas as regras gerais previstas no Decreto, as normas técnicas de acessibilidade da ABNT e as disposições contidas nas legislações dos Estados, Municípios e do Distrito Federal. No que tange à legislação municipal, podem-se destacar o Plano Diretor Municipal, o Plano Diretor de Transporte ou de Mobilidade, o Código de Obras, o Código de Postura e o Código das Calçadas.

O Plano Diretor da Cidade é o instrumento básico para a implantação de uma política urbana em um Município. Nele podem ser encontradas as exigências fundamentais de ordenação da cidade, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (Art. 39, da Lei nº 10.257/01). É obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, ou em outros casos previstos no Art. 41 do Estatuto da Cidade, como nos Municípios situados em regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, em áreas de interesse político ou sob influência de empreendimentos de grande impacto ambiental. O Plano Diretor faz parte do planejamento municipal, devendo a programação orça-

mentária (por intermédio do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual) refletir as diretrizes e prioridades nele contidas.

O Plano Diretor de Transporte ou Plano Diretor de Mobilidade é obrigatório para as cidades com mais de 500 mil habitantes, conforme o disposto no Art. 41, §2º, da Lei nº 10.257/01, devendo ser compatível com o plano diretor ou nele encontrando-se inserido, devendo também tratar, entre outros assuntos, da reorientação do desenho urbano e como deve se dar a circulação em uma cidade. Tal plano consiste em mais um instrumento para a construção de cidades "mais eficientes, com mais qualidade de vida, ambientalmente sustentáveis, socialmente includentes e democraticamente geridas" (Ministério das Cidades, caderno 3, p. 23).

O Código de Obras e Edificações trata-se de uma lei municipal que tem a função de definir normas técnicas para a construção de edificações diversas, devendo garantir o acesso e a utilização das edificações e espaços urbanos para as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, entre outros aspectos.

O Código de Postura é a lei municipal que, entre outros assuntos, disciplina o uso dos espaços públicos e de uso coletivo.

O Código das Calçadas é a Lei ou o Decreto Municipal que dita as regras para o projeto, a construção, a manutenção e a conservação das calçadas em um município, inclusive no tocante a sua utilização, material empregado, rebaixamento das guias, faixa de pedestres, e demais assuntos relacionados ao tema.

8. Inovações do Decreto nº 5296/04, o Decreto da Acessibilidade

8.1. Noções Gerais

O Decreto nº 5.296/04, que regulamentou as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00, viabiliza, de forma efetiva, a cobrança de projetos, construções e fabricações de veículos automotores coletivos acessíveis, como será visto adiante.

Estabelece, ainda, normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida nas edificações públicas ou privadas de uso coletivo ou multifamiliar, no espaço público, logradouros e seu mobiliário, nas comunicações e sinalizações, entre outros.

Determina que o planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos demais espaços de uso público devem ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (Art. 3º).

Segundo o disposto no Art. 2º, *caput* e incisos, ficam sujeitos ao cumprimento de suas disposições:

a) a aprovação de projeto de natureza arquitetônica e urbanística, de comunicação e informação, de transporte coletivo, bem como a execução de qualquer tipo de obra pública ou de uso coletivo;

b) a outorga de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza, o que deve ocorrer, por exemplo, no que tange à concessão ou permissão do transporte coletivo urbano;

c) a aprovação de financiamento de projetos que se utilizem de recursos públicos, isto por meio de qualquer instrumento como convênio, acordo, ajuste, contrato ou similar;

d) a concessão de aval da União na obtenção de empréstimos e financiamentos internacionais por entes públicos ou privados.

Com tais medidas espera-se que não sejam mais utilizados recursos públicos em obras inacessíveis, nem que sejam prestados serviços públicos, por intermédio de concessão ou permissão, por pessoa jurídica que não obedeça aos requisitos de acessibilidades exigidos pelo Decreto nº 5.296/04 em suas edificações, instalações e demais bens. Outro importante passo para a obtenção da acessibilidade é a obrigatoriedade de observância dos critérios de acessibilidade por ocasião do pedido de alvará de construção ou reforma de edificações, havendo previsão de igual necessidade, também, quando da concessão do "habite-se", oportunidade em que será verificada, entre outras questões, se o projeto de acessibilidade foi executado da forma como foi projetado e previamente aprovado pelo Poder Público Municipal.

Merece ser destacado que o Decreto nº 5.296/04, no Art. 10, ao estabelecer que a concepção e a implementação dos projetos arquitetônicos e urbanísticos devem atender aos princípios do desenho universal[1], tendo como referências básicas as normas técnicas de acessibilidade da ABNT, a legislação específica e as regras nele contidas, certamente não quis dar aos elementos normativos citados o caráter de facultatividade, mas, sim, de obrigatoriedade, uma vez que devem "se basear" no que está estabelecido em matéria de acessibilidade. Outra interpretação não pode ser dada, até mesmo diante do caráter impositivo que é estabelecido pela redação dos citados dispositivos.

O Decreto nº 5.296/04 dispõe, ainda, que as características do desenho e a instalação do mobiliário e equipamento urbanos devem atender às condições estabelecidas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT, inclusive no tocante a marquises, toldos, elementos de sinalização luminosos, cabines telefônicas e terminais de auto-atendimento de produtos e serviços, telefones públicos sem cabine, uso do solo para posteamento, espécies vegetais com projeção sobre a faixa de circulação de pedestre, entre outros, tudo de forma a não dificultar ou impedir a circulação.

Estabelece, também, o prazo de trinta meses, a contar da sua publicação (até 02.06.2007), para que as edificações de uso público já existentes venham garantir a acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (Art. 19, §1º). Para as edificações de uso coletivo já existentes, como teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, casa de espetáculos e salas de conferências, o prazo conferido para que fossem cumpridas as exigências previstas nos *caput* e parágrafos do Art. 23 foi de quarenta e oito meses (até 02.12.2008). A construção, reforma ou ampliação de edificações de uso público ou coletivo, ou suas mudanças de destinação, deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis (Art. 11, *caput*).

Cumpre ressaltar que a eliminação, redução ou superação de barreiras nos bens culturais imóveis devem estar de acordo com a Instrução Normativa nº 01/03 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, nos termos do Art. 30 do Decreto sob comento.

8.2. O atendimento prioritário e a acessibilidade

O Decreto nº 5.296/04, regulamentador da Lei nº 10.048/00, especifica, no Art. 6º, que o atendimento prioritário dispensado às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, aos idosos, gestantes, lactantes e pessoas com criança de colo, compreende o tratamento diferenciado e o atendimento imediato.

Inclui-se, na concepção de tratamento diferenciado, a oferta de assentos de uso preferencial sinalizados, espaços e instalações acessíveis; mobiliário de recepção e atendimento em conformidade com as normas técnicas de acessibilidade da ABNT; disponibilidade de área especial para embarque e desembarque de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida; sinalização ambiental (e em se tratando de edificação pública ou de uso coletivo, inclusive as instituições financeiras, para serem consideradas acessíveis a sinalização inclui as opções táteis previstas na NBR9050:2004); admissão de entrada e permanência de cão-guia ou cão-guia de acompanhamento junto de pessoa com deficiência ou de treinador, mediante apresentação da carteira de vacinação atualizada do animal; a disponibilidade de pelo menos 01 (um) telefone de atendimento adaptado para comunicação com e por pessoas com deficiência auditiva nos órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional, nas empresas prestadoras de serviços públicos e nas instituições financeiras (Art. 6º, § 4º, do Decreto nº 5.296/04); a existência de local de atendimento específico para as pessoas beneficiárias do atendimento prioritário, neste caso, é claro, exigindo-se que tal local esteja em conformidade com as exigências legais e contidas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT, entre outros fatores indispensáveis para o oferecimento do serviço.

Como atendimento prioritário, entende-se aquele a ser prestado à pessoa beneficiária antes de qualquer outra, depois de concluído o que estiver em andamento (Art. 6º, §2º, do Decreto nº 5.296/04).

8.3. Obrigatoriedade de ambientes de uso internos também acessíveis

Merece atenção a obrigatoriedade de serem construídas ou de se tornarem acessíveis as edificações de uso coletivo, na interligação de todas as partes de uso comum ou abertas ao público (Art. 18, *caput*, do Decreto nº 5.296/04). Tem-se, portanto, que observar a necessidade de serem propiciados ambientes de uso internos também acessíveis nos casos de empresas que contem com mais de 100 (cem) trabalhadores, diante da obrigatoriedade de se empregar pessoas com deficiência por imposição da Lei nº 8.213/91, pois, caso não observado, restaria inviável a contratação de pessoas com deficiência física, por exemplo.

8.4. Unidades Sanitárias (banheiros) acessíveis, com entrada independente

Uma grande inovação do Decreto nº 5.296/04 é a obrigatoriedade da existência de unidades sanitárias com entradas independentes das demais, o que, em uma primeira análise, poderia ser interpretada como algo que segue na contramão da inclusão social da pessoa com deficiência, por ser estabelecido um ambiente segregado. Todavia, justifica-se a exigência quando se verifica, muitas vezes, a necessidade de utilização de banheiros por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida impossibilitadas de fazê-lo de maneira autônoma e que estão acompanhados de pessoas de sexos diferentes.

Entretanto, não há nenhum óbice (e até deve ser assim planejado) que as demais unidades sanitárias acessíveis sejam edificadas nos mesmos espaços das outras, observando-se também as peculiaridades previstas nas normas técnicas, tais como: dimensões mínimas para o ambiente, para a abertura livre de porta, com giro para fora e com puxador horizontal associado à maçaneta tipo alavanca; instalação de dispositivo de sinalização de emergência ao lado da bacia e do box do chuveiro para acionamento em caso de queda; instalação de barras de apoio; altura apropriada para porta-objetos, cabide, saboneteira e toalheiro, entre outras igualmente previstas na NBR9050:2004 para o lavatório, mictório, acessórios e boxes.

Em síntese, no que tange à instalação de unidades sanitárias acessíveis e com entrada independente, exige o Decreto nº 5.296/04 que:

a) as edificações de uso público a serem construídas devem prever sanitários destinados ao uso por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida distribuídos na razão de, no mínimo, 01(uma) cabine para cada sexo, em

cada pavimento da edificação, com entrada independente dos sanitários coletivos, obedecendo às normas técnicas de acessibilidade da ABNT;

b) as edificações de uso público já existentes terão o prazo de 30 (trinta) meses a contar da publicação do Decreto (portanto até o dia 02.06.07) para garantir, pelo menos, 01 (um) banheiro acessível por pavimento, com entrada independente, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de modo que possam ser utilizados por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

c) nas edificações de uso coletivo a serem construídas, ampliadas ou reformadas, onde devem existir banheiros de uso público, os sanitários destinados ao uso por pessoa com deficiência deverão ter entrada independente dos demais e obedecer às normas da ABNT;

d) nas edificações de uso coletivo já existentes, onde haja banheiros destinados ao uso público, os sanitários para o uso por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida deverão estar localizados nos pavimentos acessíveis, ter entrada independente dos demais sanitários, se houver, e obedecer às normas da ABNT.

8.5. Edificações de uso privado multifamiliares

A construção de edificações de uso privado multifamiliares, assim como a construção, reforma ou ampliação de edificações de uso coletivo devem atender aos preceitos de acessibilidade na interligação de todas as partes de uso comum ou abertas ao público, nos termos do Art. 18, *caput*, do Decreto nº 5.296/04, entre elas os acessos, piscinas, andares de recreação, salão de festas e reuniões, saunas e banheiros, quadras esportivas, portarias, estacionamentos e garagens, entre outras partes das áreas internas e externas, devendo ser incluída, inclusive, a calçada, a cabine do elevador, o bar e balcões destinados ao apoio em recepções, a cozinha do salão de festas etc.

O Decreto é omisso no que tange à exigência de tornar as áreas de uso comum acessíveis por ocasião de reforma ou ampliação, como o fez em relação às demais espécies de edificações, devendo ser observado se tal exigibilidade está inserida na legislação estadual ou municipal, o que em muito contribuirá para que as edificações multifamiliares já construídas também se tornem acessíveis.

8.6. Edificações escolares acessíveis

Os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, público ou privado, deverão proporcionar condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aulas, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários (Art. 24, *caput*, do Decreto nº 5.296/04).

Em se tratando de estabelecimento de ensino público, a data limite estabelecido pelo já citado diploma legal para que as edificações estejam livres de obstáculos arquitetônicos é 02.06.07 (trinta meses após a sua publicação). Quanto aos privados, o prazo referido extinguir-se-á em 02.12.08 (quarenta e oito meses após a sua publicação).

Tal exigência coaduna-se com o disposto no Art. 205 da Constituição Federal, que tem a educação como sendo um direito de TODOS e um dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no Art. 55, determina que os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino, assegurando à criança e ao adolescente, no Art. 53, *caput* e incisos, igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o direito de serem respeitados por seus educadores, de contestarem critérios de avaliação, de se organizarem e participarem de atividades estudantis, além de terem acesso à escola pública mais próxima às suas residências.

É indispensável, pois, que a totalidade dos estabelecimentos de ensino se tornem acessíveis a todos os alunos, tenham ou não alguma deficiência ou mobilidade reduzida, não se admitindo como justificativa, em hipótese alguma, à recusa de matrícula à pessoa com deficiência, o fato da escola não oferecer acessibilidade em todos os seus ambientes, constituindo-se em uma escola apenas para ALGUNS. Portanto, para atender aos alunos com deficiência, é necessário que os estabelecimentos de ensino estejam livres de barreiras arquitetônicas, pedagógicas e de comunicação.

Conforme afirmou Giordana Calado (2006, p. 34):

> Especificamente no que se refere ao ambiente escolar, para receber de maneira adequada todo e qualquer aluno, oferecendo condições propícias para o aprendizado, troca e interação das crianças, é fundamental que o ambiente seja projetado de maneira a permitir a inclusão, viabilizando a recepção e o acolhimento dos alunos, independente de suas diferenças física, de expressão, de comunicação, de aprendizado. Enfim, tratar a todos, igualmente, em suas singularidades, com respeito e dignidade, conforme prevê a legislação.

Reforça o Decreto nº 5.296/04 ainda mais a necessidade de uma edificação escolar livre de obstáculos arquitetônicos ao exigir, para a concessão de autorização de funcionamento, de abertura, ou renovação de curso pelo Poder Público, a comprovação pelo estabelecimento de ensino de que está cumprindo as regras de acessibilidade (arquitetônica, urbanística e de comunicação) conforme a ABNT (Art. 24, § 1º, inciso I); que coloca à disposição de professores, alunos,

servidores e empregados com deficiência ou mobilidade reduzida ajudas técnicas que permitam o acesso às atividades escolares e administrativas em igualdade de condições com as demais pessoas (Art. 24, § 1º, inciso II) e que efetua ordenamento interno contendo normas sobre o tratamento a ser dispensado aos alunos, professores, servidores e empregados com deficiência (Art. 24, § 1º, inciso II).

8.7. Declaração de cumprimento das regras de acessibilidade por ocasião da assinatura da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART

Outra exigência de grande importância para a garantia da acessibilidade arquitetônica e urbanística diz respeito à necessidade da declaração de atendimento do projeto às regras de acessibilidade por ocasião da anotação da responsabilidade técnica dos projetos junto às entidades de fiscalização profissional das atividades de Engenharia, Arquitetura e correlatas (Art. 11, § 1º, do Decreto nº 5.296/04). Com efeito, o profissional, ao assinar a sua Anotação de Responsabilidade Técnica – ART junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, tem a obrigação de declarar que o seu projeto atende às regras de acessibilidade previstas nas normas técnicas da ABNT, na legislação específica e no Decreto nº 5296/04, inclusive com base em decisão do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, em abril de 2005.

E o Código de Ética Profissional da Engenharia, da Arquitetura, da Agronomia, da Geologia, da Geografia e da Meteorologia, aprovado pela Resolução nº 1.002/02 do CONFEA, no seu Art. 13 dispõe que constitui infração ética todo ato cometido pelo profissional que atente contra os princípios éticos, descumpra os deveres de ofício, pratique condutas expressamente vetadas ou lese direitos reconhecidos de outrem.

Assim, o profissional que afirmar, por ocasião da assinatura da ART junto ao CREA, que o seu projeto atende às normas de acessibilidade sem que realmente esteja, estará sujeito a processo ético disciplinar previsto em regulamento aprovado pela Resolução nº 1.004/03, do CONFEA, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade criminal.

8.8. Acessibilidade nos transportes

Diante da existência de capítulo específico sobre o tema "Transportes" na presente obra, pretende-se, aqui, apenas tecer algumas considerações em relação à matéria, com ênfase na questão da acessibilidade.

No campo do transporte coletivo, a Constituição de 1988, no Art. 244, estabelece que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim

de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no Art. 227, § 2º.

A nível infraconstitucional, a Lei nº 7.853/1989, dispõe sobre a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte, pelos órgãos da Administração direta e indireta (Art. 2º, Parágrafo Único, inciso V, alínea "a"), tendo, entretanto, caráter meramente de norma pragmática.

Em 2000, a Lei nº 10.048 estabelece, de forma clara, que os veículos a serem produzidos após doze meses de sua publicação devem ser planejados de forma a facilitar o acesso a seu interior das pessoas com deficiência (Art. 5º, *caput*) e que os proprietários de veículos de transporte coletivo em utilização terão o prazo de cento e oitenta dias, a contar da sua regulamentação, para procederem às adaptações necessárias ao acesso facilitado das já referidas pessoas (Art. 5º, § 2º.). Prevê, ainda, multa para o caso de infração do estabelecido pelas empresas concessionárias de serviço público por veículo que se apresente em desconformidade com a lei. Estabelece que o Poder Executivo regulamentaria a lei no prazo de sessenta dias a contar de sua publicação, o que se deu em 09.11.2000.

A Lei nº 10.098/04, por sua vez, estabelece, no Art. 16, que os veículos de transporte coletivo deverão cumprir os requisitos de acessibilidade estabelecidos nas normas técnicas.

Entretanto, somente em 2004, as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00 foram regulamentadas pelo Decreto nº 5.296/04, como já mencionado no corpo do presente texto, sendo reservado um capítulo para a acessibilidade aos serviços de transporte coletivo (terrestre, aquaviário e aéreo), considerando-se como integrante desses serviços os veículos, terminais, estações, pontos de paradas, vias principais, acessos e operação.

Contudo, constam no Decreto nº 5.296/04 prazos distintos do estabelecido pelas leis regulamentadas, senão vejamos:

a) prazo de até vinte e quatro meses a contar da data de edição das normas técnicas para fabricação de veículos e dos equipamentos de transporte coletivo rodoviário (urbano, metropolitano, intermunicipal e interestadual) para que todos os modelos e marcas de veículos de transporte coletivo rodoviário sejam fabricados acessíveis e encontrem-se disponíveis para integrar a frota operante (vide NBR 14022:2006);

b) prazo de até doze meses a contar da data da publicação do Decreto para a elaboração das normas técnicas de acessibilidade para fabricação dos veículos e dos equipamentos de transporte coletivos;

c) substituição da frota operante atual por veículos acessíveis de forma gradativa, conforme o prazo previsto nos contratos de concessão e permissão deste serviço;

d) prazo de cento e vinte meses a partir da publicação do Decreto para que a frota de veículos de transporte coletivo rodoviário e a infra-estrutura dos serviços destes transportes estejam totalmente acessíveis;

e) prazo de doze meses a contar da publicação do Decreto para a elaboração das normas técnicas para adaptação dos veículos e dos equipamentos de transporte coletivo rodoviário em circulação de modo a torná-lo acessíveis às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida;

f) prazo de até vinte e quatro meses a contar da implementação dos programas de avaliação de conformidade desenvolvidos e implementados para as adaptações dos veículos em operação nos serviços de transporte coletivo rodoviário, bem como os procedimentos e equipamentos a serem utilizados nestas adaptações.

Então, como se pode observar, houve uma alteração no prazo para que fossem procedidas as adaptações necessárias nos veículos de transporte coletivo, que passou de cento e oitenta dias a contar da regulamentação da Lei nº 10.048/00 para cento e vinte meses a partir da publicação do Decreto nº 5.296/04, prazo por ele estabelecido para que a frota de veículos de transporte coletivo rodoviário e a infra-estrutura dos serviços destes transportes estejam totalmente acessíveis, o que se entende equivocado diante da hierarquia das leis, não sendo possível admitir que o estabelecido em um decreto se sobreponha a uma norma prevista em lei.

Não se afigura razoável, outrossim, em hipótese alguma, que se espere o decurso do prazo para a garantia da acessibilidade integral dos transportes coletivos rodoviários para que se inicie a adaptação da frota já existente ou a sua substituição por veículos já fabricados de forma acessível. Desde já, é necessário que seja estabelecida a forma gradual de como essa adaptação ou substituição será efetuada, de maneira que, no final do prazo estabelecido pelo Decreto, realmente se tenha toda a frota acessível.

No que diz respeito aos transportes coletivos aquaviário, metroferroviário e ferroviário, também o Decreto traçou um cronograma de elaboração das respectivas normas técnicas (vide NBR 15450:2006 – dispõe sobre a acessibilidade de passageiros no sistema de transporte aquaviário), de fabricação de veículos acessíveis, entre outros, estabelecendo prazos para a garantia da acessibilidade da frota em circulação, inclusive com seus equipamentos e infra-estrutura de serviços.

Quanto ao transporte aéreo, o Art. 44 do Decreto nº 5.296/04 estabelece o prazo de até trinta e seis meses, a contar da data da publicação do referido

diploma legal, para que os seus serviços e os equipamentos de acesso às aeronaves estejam acessíveis e disponíveis para serem operados de forma a garantir o uso por pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida.

8.9. Acesso à informação e à comunicação

O Decreto nº 5.296/04 determina, no prazo de até doze meses de sua publicação, a obrigatoriedade da acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos da administração pública na Internet para uso das pessoas com deficiência visual, garantindo-lhes o pleno acesso às informações disponíveis (Art. 47, *caput*). Também exige que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações garantam o pleno acesso às pessoas com deficiência, especificando as ações a serem adotadas (Art. 49). Estipula, ainda, o prazo de seis meses para que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL regulamente o pleno acesso das pessoas com deficiência auditiva no tocante ao serviço telefônico fixo comutado e ao serviço móvel celular.

Sem prever mecanismos concretos para assegurar o exercício do direito pelas pessoas com deficiência, o Decreto nº 5.296/04 dispõe nos Arts. 51 e 52, *caput*, respectivamente, que caberá ao Poder Público incentivar a oferta de aparelhos de telefonia celular que indiquem, de forma sonora, todas as operações e funções neles disponíveis no visor, bem como incentivar a oferta de aparelhos de televisão equipados com recursos tecnológicos que permitam sua utilização de modo a garantir o direito de acesso à informação às pessoas com deficiência auditiva ou visual. Assim também o fez em relação à disponibilidade de obras publicadas no País em meio magnético, em formato de texto, especificando que o Poder Público adotará mecanismos de incentivo para a referida prática (Art. 58, *caput*).

Por outro lado, trouxe clara a obrigação do fornecimento de exemplares das bulas dos medicamentos em meio magnético, Braille ou em fonte ampliada pelas indústrias de medicamentos ao consumidor, mediante solicitação (Art. 58, § 1º), a partir de seis meses da publicação do Decreto, conferindo igual prazo para que os fabricantes de equipamentos eletroeletrônicos e mecânicos de uso doméstico disponibilizassem, também mediante solicitação, exemplares dos manuais de instrução nas já referidas formas. A atribuição para a regulamentação do referido artigo, ainda pendente, é da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

8.10. Implementação de Ajudas Técnicas

O diploma legal sob comento dispensa, ainda, um capítulo para tratar das ajudas técnicas, definindo-as como sendo os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologias adaptados ou especialmente projetados para me-

lhorar a funcionalidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoa, total ou assistida (Art. 61, *caput*), assim considerando os cães-guias e os cães-guias de acompanhamento (Art. 61, § 2º). Também disciplinou financiamentos para pesquisas na área, entre outros assuntos.

8.11. Programa Nacional de Acessibilidade

O Decreto nº 5.296/04 estabelece, no Art. 67, o Programa Nacional de Acessibilidade, sob a coordenação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos e por intermédio da CORDE, especificando algumas ações a serem por aquela desenvolvida.

9. O acesso às calçadas

As calçadas, também chamadas de passeios públicos, constituem importantíssimo fator de acessibilidade em uma cidade, pois se esta se desenvolve apenas com a preocupação de construir edificações acessíveis, sem levar em conta a necessidade de se ter uma calçada também acessível, será constituída por "ilhas de acessibilidade", motivo pelo qual será dado destaque ao assunto.

Considera-se passeio público a parte da via pública destinada à circulação de pessoas - independente de idade, estatura, limitação de mobilidade ou percepção -, com autonomia e segurança, bem como à implantação de mobiliário urbano, equipamentos de infra-estrutura, vegetação, sinalização e outros fins previstos em leis específicas.

Tamanha é a preocupação com a acessibilidade das calçadas que o próprio Decreto nº 5.296/04 estabelece, expressamente, a necessidade de se cumprir as exigências dispostas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT quando se estiver construindo ou reformando calçadas para circulação de pedestres, prevendo, inclusive, o seu rebaixamento com rampa acessível ou elevação da via para travessia de pedestre em nível.

A NBR 9050:2004 estabelece as dimensões livres mínimas que devem apresentar as calçadas, passeios e vias exclusivas para pedestres, sendo elas: faixa livre com largura mínima recomendável de 1,50m, sendo o mínimo admissível de 1,20m e altura livre mínima de 2,10m. (item 6.10.4). Ressalta, ainda, que a referida faixa deve ser completamente desobstruídas e isentas de interferências, como vegetações, mobiliário urbano ou equipamentos de infra-estrutura urbana (bancos, postes, caixas de correio, cabines telefônicas, lixeiras etc), ou, ainda, rebaixamento para acesso de veículos.

Também vale ressaltar que até mesmo as obras eventualmente existentes sobre o passeio devem ser convenientemente sinalizadas e isoladas, assegurando-se uma largura mínima de 1,20m para circulação (NBR 9050:2004, item

6.10.7). Caso contrário, deve ser feito um desvio pelo leito carroçável da via (própria rua), providenciando-se uma rampa provisória com largura mínima de 1,00m e inclinação máxima de 10% (item 6.10.7). Também ficam as empresas e concessionárias autorizadas a executar obras e serviços nas vias públicas obrigadas a recompor o pavimento das ruas e calçadas, assim como remover os restos de materiais utilizados, assumindo as despesas de reparação de quaisquer danos conseqüentes da execução destas obras.

As calçadas devem ser rebaixadas junto às travessias de pedestres sinalizadas com ou sem faixa, com ou sem semáforo, e sempre que houver foco de pedestre (6.10.11.1). Não deve haver desnível entre o término do rebaixamento da calçada e o leito carroçável, ou seja, entre o final do rebaixamento da calçada e a via (rua) que vem em seguida, o que ocorre com muita freqüência, fazendo com que as cadeiras de rodas fiquem presas na depressão existente, podendo ocasionar, ainda, o desequilíbrio de algum pedestre que utilize a rampa. A única exceção para o rebaixamento de calçada junto à faixa de travessia do pedestre é quando as características do local, como declividade do passeio e interferências irremovíveis, entre outras possibilidades, comprometem a segurança viária e a dos pedestres que utilizem cadeira de rodas ou tenham sua mobilidade reduzida.

O piso da calçada deve ter superfície regular, firme, estável e antiderrapante sob qualquer condição.

As calçadas devem ser construídas a partir do meio-fio (guia) de concreto pré-moldado instalado pela Prefeitura ou pelo loteador, que faz parte do acabamento, com 15cm de altura entre o passeio e a rua, executadas sem mudanças abruptas de nível ou inclinações que dificultem a circulação de pedestre, lembrando-se sempre que nenhum degrau pode nelas ser construído. Para isso, é imprescindível que se observem os níveis dos vizinhos, devendo haver concordância entre os níveis das calçadas já executadas, tomando-se o cuidado apenas de se verificar que estão em conformidade com a inclinação apropriada. As rampas para acesso de veículos ou demais nivelamento entre a calçada e a edificação deverão ser acomodadas na parte interna do terreno.

No caso de se instalar telefone público na calçada, deve haver a respectiva sinalização tátil de alerta no piso, devendo aquele ser localizado fora da faixa livre da calçada.

As esquinas merecem atenção redobrada, pois são os locais onde ocorrem, de forma mais intensa, as travessias e aglomerações de pedestres. Por coincidência, também é onde ocorre o maior número de interferências sobre o passeio como postes e placas de sinalização, caixas de correios, bancas de jornais, entre outras barreiras. Todavia, é comum verificar-se a instalação de ditos obstáculos de

forma a impedir totalmente a passagem de usuários de cadeiras de rodas, pessoas empurrando carrinhos de bebê, entre outros, fazendo com que estes tenham que transitar pela via carrossável (rua), disputando o lugar com veículos, bicicletas, motos e até mesmo ônibus, o que não se pode admitir em hipótese alguma.

As bancas de revistas não devem se constituir em um obstáculo arquitetônico nos passeios. Elas devem estar posicionadas longe das esquinas, de forma a não interferir na visibilidade dos pedestres e veículos e não dificultar o deslocamento dos primeiros. As bancas também devem ser acessíveis às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, sem a existência de desníveis entre o piso e o seu interior, e o balcão para atendimento deve ter altura máxima de 0,90m.

Uma atual necessidade é a existência de legislação municipal que discipline a construção e utilização da calçada, traçando normas que tenham como objetivo maior priorizar o pedestre, em sua grande diversidade, a ele possibilitando a utilização, com autonomia e segurança, do passeio público, o qual, diante das suas condições de acessibilidade, constitui um obstáculo ou um facilitador para o exercício de direitos como o da educação, da saúde, do lazer, do trabalho, entre outros.

É imprescindível que a população se conscientize da importância de suas calçadas, construindo-as, recuperando-as e conservando-as segundo as regras e aspectos técnicos exigidos, pois garantir com igualdade o direito de ir e vir a todos os componentes de uma comunidade é um ato de cidadania e a primeira forma de colaboração para a construção de uma sociedade para todos.

10. A Importância do meio como impedimento para o desenvolvimento de determinada ação, podendo agravar uma situação de desvantagem social

Tamanha é a importância do meio em que se vive, aqui podendo destacar a necessidade de um ambiente acessível para todos, que a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF – da Organização Mundial da Saúde, leva em consideração, para a classificação da funcionalidade e incapacidade de uma pessoa, associados ao estado de saúde, também os fatores ambientais que descrevem o contexto em que o indivíduo vive e como este pode influenciar, positiva ou negativamente, no desempenho de determinadas atividades como estudar, cuidar de sua saúde, praticar esporte, entre outras. Aí aparece a acessibilidade como um fator positivo de inclusão social e equiparação de oportunidades, ocasionando sua falta a exclusão do indivíduo da sociedade, tolhendo-o de desenvolver o seu potencial ou até mesmo atividades que naturalmente seriam executadas se as pessoas estivessem diante de espa-

ços acessíveis, ou tivessem acesso a ajudas técnicas, por exemplo.

Com efeito, como já afirmou Ana Quintanilla (La Eliminación de Barreras Arquitetónicas y Urbanísticas, 2003, p. 64), em seminário realizado em Madrid, no ano de 2002: "La experiência y los estúdios realizados demuestan que, em gran parte, es el médio el que determina el efecto de una discapacidad sobre la vida diária de una persona".

11. O desenvolvimento de políticas públicas que garantam a acessibilidade

A Constituição Federal de 1988, no Art. 182, estabelece a Política de Desenvolvimento Urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade.

Para Adriana de Almeida Prado (2003, p. 15 e 16), o princípio da função social da propriedade e da cidade pode ser entendido "como a predominância da formulação e implementação das políticas urbanas de interesse comum sobre o direito individual de propriedade, com o uso socialmente justo e ambientalmente sustentável do espaço urbano", significando o Direito à Cidade "o usufruto eqüitativo aos espaços urbanos, dentro dos princípios da sustentabilidade e da justiça social, como colocados na Constituição Federal de 1988".

A Gestão Democrática da Cidade consiste no controle e na participação da sociedade, diretamente ou representada, no planejamento e no governo das cidades, sendo os Conselhos de Direitos uma importante ferramenta no controle democrático das políticas públicas, até mesmo diante da paridade de sua composição, onde entidades governamentais e não governamentais constroem, fiscalizam e avaliam o que foi planejado em sua área de atribuição.

A acessibilidade é transversal às questões relativas à construção de propostas para a implantação de políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiência nas áreas de saúde, educação, reabilitação, trabalho, esporte, lazer, transporte, habitação. Assim, é necessário que o Poder Público estabeleça um plano de ação para adaptar as edificações e espaços públicos já construídos, passando a obedecer ao que está disposto na legislação e nas normas técnicas em vigor, inclusive no que diz respeito à cobrança de igual atitude em relação às edificações de uso coletivo ou até mesmo as privadas (estas últimas no que tange às calçadas), atuando, portanto, de forma repressiva, tudo com o respectivo reflexo no planejamento orçamentário.

Como está previsto no próprio Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), o Poder Público também deve atuar de forma preventiva, revendo os projetos das edificações públicas ainda não construídas para se verificar a obediência aos ditames legais, fiscalizando o material a ser empregado nas obras públicas para

verificar se obedecem às especificações técnicas, mantendo um rigoroso acompanhamento na execução das obras, promovendo a capacitação do seu corpo técnico e, ainda, em relação às demais edificações, garantindo a expedição de alvará de construção ou reforma, de funcionamento e a concessão do "habite-se" apenas para obras acessíveis, entre várias outras maneiras de atuação.

12. Conclusão

É indubitável a intenção do legislador em contemplar não só aspectos relacionados à mobilidade, mas, principalmente, que a acessibilidade seja um instrumento que permita o acesso do indivíduo a diversos dos seus direitos, fazendo com que possa usufruir a sua vida de maneira independente, com as mesmas oportunidades conferidas às demais pessoas.

Para que a lei tenha cumprido o seu papel, espera-se que a sociedade, em especial aqueles profissionais ligados à construção e fabricação de bens a serem utilizados pela coletividade, tenha a consciência da importância de se projetar e construir para todos, não apenas por uma mera obrigação legal, mas, sim, porque respeitam o direito alheio de ter acesso aos mesmos bens, serviços e oportunidades que os demais cidadãos. É necessário que todos assumam as suas responsabilidades, quer como Arquitetos, Engenheiros, Promotores de Justiça, Magistrados, Professores, Empresários, ou meros cidadãos, sujeitos de direitos e de obrigações.

Pretende-se, pois, que a obediência à legislação em vigor seja mais um caminho para a inclusão social das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, possibilitando-as de, efetivamente, exercerem as suas cidadanias.

Nota

[1] Conforme definição contida no próprio Decreto nº 5.296/04, desenho universal é a concepção de espaços, artefatos e produtos que visam atender simultaneamente todas as pessoas, com diferentes características antropométricas e sensoriais, de forma autônoma, segura e confortável, constituindo-se nos elementos ou soluções que compõem a acessibilidade (Art. 8º, inciso IX).

Bibliografia

CALADO, Giordana Chaves. Acessibilidade no ambiente escolar: reflexões com base no estudo de duas escolas municipais de Natal-RN. Dissertação de Mestrado. Natal:RN, 2006.

CIF:Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Centro Colaborador da Organização Mundial da Saúde para a Família de Classificações Internacionais, (Org.). Coordenação da Tradução Cássia Maria Buchalla. São

Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.
FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade – Rio de Janeiro: WVA Ed., 2004.
LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS ARQUITETÓNICAS Y URBANÍSTICAS, Un reto social del siglo XXI. Asociación de Periodistas Europeos, MADRID, 2003.
LANCHOTI, José Antônio. Capacitação técnica sobre a acessibilidade ao meio físico: as barreiras arquitetônicas e a cidade, apostila.
MINISTÉRIO DAS CIDADES. Brasil Acessível. Programa Brasileiro de Acessibilidade Ubana. Implementação do Decreto nº. 5296/04 para a construção da cidade acessível. Caderno 3.
PIOVESAN, F., Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7ª. Edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.
PRADO, Adriana de Almeida. A cidade e o idoso: um estudo da questão de acessibilidade nos bairros Jardim de Abril e Jardim do Lago do Município de São Paulo, tese de dissertação de mestrado, PUC/SÃO PAULO, 2003.
SUBIES, Laura. El derecho y la discapacidad.Marco normativo argentino. Doctrina. Jurispridencia. Modelos de amparo.1ª. ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2005.

AJUDAS TÉCNICAS: INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA COMO ESTRATÉGIA DE INCLUSÃO

Carolina A. Moreira Sanchez
Gabriela Rodrigues Veloso Costa

Resumo: As ajudas técnicas fazem parte da vida das pessoas com deficiência há alguns séculos. Entretanto, apenas a partir do século XX começaram a ser vistas como instrumento de inclusão deste segmento. Desde as mais simples, como uma bengala, até as mais complexas, como um *software* ledor para pessoas com deficiência visual, as ajudas técnicas têm evoluído em compasso com o avanço da tecnologia. Classificadas segundo sua utilização e finalidade, estes produtos, equipamentos e dispositivos são, hoje, considerados indispensáveis para a inclusão da pessoa com deficiência. Tendo sua relevância finalmente reconhecida, as ajudas técnicas estão sendo inseridas nas políticas públicas desenvolvidas no país para esta parcela de 24,5 milhões de brasileiros.

Palavras chave: ajuda técnica, pessoa com deficiência, inclusão, política pública

Abstract: *It has been centuries since the aids techniques are part of the life of the people with disability. However, only on century XX they had started to be seen as instrument of inclusion of this segment. Since the simplest, as a cane, until the most complex, as a screen reader software for blind people, the aids techniques have evolved in compass with the advance of the technology. Classified according to its use and purpose, these products, equipment and devices are now days considered indispensable for the inclusion of the person with disability. Having its relevance finally recognized the aids techniques are being inserted in the developed public politics in the country for this parcel of 24.5 million of Brazilians.*

Keywords: *aid technique, person with disability, inclusion, public politics*

1. Histórico

Um dos primeiros registros históricos que se tem do uso de uma cadeira de rodas data de 1650, em Nuremberg, na Alemanha. Era uma espécie de triciclo, movido por manivelas de mão que acionavam a roda da frente por meio de uma catraca interna.

Entre o final do século dezenove e o início do século vinte, surgiu a primeira prótese auditiva elétrica, a partir da invenção do telefone por Graham Bell, em 1876. Bell era professor de pessoas com deficiência auditiva em Boston e estava envolvido em vários experimentos que visavam o desenvolvimento de sistemas para auxiliá-las. Sabe-se que o primeiro sistema desenvolvido por Graham Bell para essas pessoas foi utilizado na Inglaterra, em 1896. Esses primeiros aparelhos foram denominados próteses auditivas de carbono, por serem compostos de um microfone de carbono, além de um receptor e de uma fonte de energia elétrica.

Desde a antiguidade, têm-se notícias do uso de bastão ou vara para a locomoção de pessoas com deficiência visual, como no caso do patriarca bíblico Isaac e do profeta Tirésias. Contudo, apenas no século XX foram registradas tentativas concretas de se descobrir um meio seguro e eficaz para locomoção dessas pessoas.

Em 1930, o Lions Club Peoria Illinois (EUA), apresentou uma proposta de lei que dava prioridade no trânsito às pessoas com deficiência visual que portassem uma bengala branca. A proposta foi aprovada e passou a ser chamada de Lei da Bengala Branca.

Em 1945, o exército americano sentia-se passivo e inoperante diante dos soldados que ficaram cegos durante a guerra e o primeiro-tenente oftalmologista Richard Hoover, junto com sua equipe, propôs estudar e tratar o problema da cegueira e o mecanismo da marcha. Hoover criou, então, um método revolucionário de locomoção: usando um instrumento que lembrava um bastão mas, com função, material e comprimento diferentes desenvolveu um sistema de exploração para ser efetuado com o toque da ponta da bengala, que transmitiria todas as sensações táteis detectadas por esta. Em 1948, terminada a primeira etapa dos experimentos, Hoover estendeu o projeto aos soldados cegos. Logo ficou evidente o interesse da sociedade americana, incluindo educadores e familiares dos cegos civis, e, a partir de então, difundiu-se a técnica da bengala longa. A técnica de Hoover, pela sua comprovada eficácia, segue sendo a única em vigor em todo o mundo.

Apesar de as ajudas técnicas fazerem parte do cotidiano das pessoas com deficiência há tanto tempo, apenas a partir do século XX elas passaram a ser

entendidas como instrumento de inclusão desse segmento. Por meio de diferentes produtos, instrumentos e equipamentos, as pessoas com deficiência têm ampliadas suas condições de mobilidade, autonomia, independência e compreensão. A melhoria da funcionalidade proporcionada pela utilização de ajudas técnicas permite que essas pessoas tenham efetiva participação na sociedade e os avanços tecnológicos relacionados a esses instrumentos também têm contribuído no aumento das possibilidades de inclusão.

2. Tecnologia e Ajudas Técnicas

Existem diversos exemplos de ajudas técnicas que são atualmente utilizadas por pessoas com deficiência. Produtos simples e usuais estão encaixados neste conceito, como é o caso do prato com ventosas em sua base que o fixa à mesa e impede que pessoas que não têm controle da sua força, derrube-o enquanto se alimentam. Pode-se citar como exemplo, ainda, uma reglete, pequena régua de plástico ou metal com uma cela vazada em seu interior. Presa a uma folha de papel, a reglete permite que pessoas com deficiência visual escrevam de forma cursiva.

Entretanto, é o avanço da tecnologia que tem garantido que um maior número de ajudas técnicas sejam produzidas e aprimoradas.

Se nos ativermos aos produtos e equipamentos já existentes, podemos perceber claramente uma grande evolução entre os primeiros produzidos de que se tem notícia e os que são comercializados hoje.

Há uma distância considerável entre as cadeiras de rodas de ferro, rígidas e desconfortáveis, usadas no início do século XX e as que vemos circular pelas ruas atualmente. Dobráveis, de alumínio, motorizadas, em modelos específicos para a prática de esportes, que sobem degraus ou que permitem que o usuário fique de pé, as cadeiras modernas são efetivos instrumentos de autonomia para quem as utiliza.

O mesmo se pode dizer das próteses auditivas. A prótese elétrica produzida por Graham Bell passou pela era da válvula, que permitiu um maior ganho auditivo, uma maior faixa de freqüência e uma distorção menor; pela era do transistor, marcada pela miniaturização dos componentes; até chegar a era digital, onde uma simples conexão digital com a unidade de programação permite o acesso a todos os ajustes do circuito. Desta forma, parâmetros eletroacústicos podem ser facilmente controlados, tornando o trabalho de adaptação mais individual.

Mas a grande revolução vem mesmo dos novos materiais e equipamentos que estão sendo produzidos com tecnologia moderna. Nessa linha, pode-se citar o implante coclear, um equipamento eletrônico computadorizado que estimula diretamente o nervo auditivo através de pequenos eletrodos que são

colocados, por meio de cirurgia, dentro da cóclea, fazendo com que o nervo leve os sinais para o cérebro. É um aparelho de amplificação sonora individual muito sofisticado e considerado uma das maiores conquistas da engenharia ligada à medicina.

O desenvolvimento de *softwares* voltados para o auxílio de pessoas com deficiência também representa grande avanço. Chamamos atenção aqui para aqueles direcionados ao uso de pessoas com deficiência mental. Por meio de textos curtos, animações, filmes e figuras, estes produtos ajudam no desenvolvimento lógico, na cognição, na capacidade de abstração e na alfabetização. Os *softwares* têm produzido bons resultados, tais como a persistência na realização de projetos, mudanças positivas na avaliação das noções de relações espaciais, bem como nas de caráter lógico-matemáticas.

Há que se mencionar, igualmente, dispositivos como o que detecta a presença de obstáculos por meio de sensores. Preso à roupa de uma pessoa com deficiência visual, o equipamento emite sinais sonoros ou vibra em freqüência crescente na medida em que o usuário se aproxima de uma barreira física, o que facilita a mobilidade destas pessoas de forma mais autônoma.

Em se tratando de avanços, podemos incluir no rol de novidades relacionadas às ajudas técnicas a inserção nesta categoria dos cães-guia. Ainda que não possam ser considerados como produtos, materiais ou equipamentos, estes animais passaram a fazer parte da definição de ajudas técnicas devido ao emprego que se lhes dá. Treinados especialmente para conduzir pessoas com deficiência visual, os cães-guia têm a responsabilidade de compensar ou atenuar as conseqüências da deficiência e a permitir a estas pessoas o exercício de uma atividade cotidiana, que é a locomoção. Com sua condição recentemente regulamentada no Brasil pela Lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005, e pelo Decreto n□ 5.904, de 21 de setembro de 2006, os cães-guia representam mais uma opção para as pessoas com deficiência visual que querem transitar com autonomia e segurança.

De acordo com a ADA – *American with Disabilities Act* –, lei americana aprovada em 1990 e que se refere à acessibilidade e equiparação de oportunidades, pode-se dividir ou classificar as ajudas técnicas conforme sua utilização e finalidade, como segue:

· auxílios para a vida diária – tudo aquilo que ajuda nas tarefas rotineiras, como vestir-se, alimentar-se, tomar banho, realizar serviços domésticos;

· comunicação aumentativa e alternativa – recursos utilizados por pessoas com dificuldade na fala, na escrita funcional ou em defasagem entre sua necessidade comunicativa e sua habilidade em falar ou escrever que permitem que possam se comunicar e expressar seus pensamentos, desejos e sentimentos;

· recursos de acessibilidade ao computador – o equipamento, os acessórios (hardware) e os *softwares* que permitem que pessoas com deficiência utilizem o computador;

· sistemas de controle de ambiente – aqueles que possibilitam que pessoas com limitações motoras ou locomotoras controlem remotamente aparelhos eletro-eletrônicos, sistemas de segurança, entre outros;

· projetos para acessibilidade arquitetônica – alterações arquitetônicas ou reformas que eliminem obstáculos e barreiras e garantam a locomoção das pessoas com deficiência;

· órteses e próteses – prótese é a peça ou dispositivo artificial utilizado para substituir um membro, um órgão ou parte dele; ou os aparelhos ou dispositivos destinados a corrigir a função deficiente de um órgão. Órtese são os aparelhos ou dispositivos ortopédicos de uso externo, destinados a alinhar, prevenir ou corrigir deformidades ou melhorar a função das partes móveis do corpo;

· adequação postural - adaptações ou posicionadores e contentores que ofereçam maior estabilidade e postura adequada do corpo por meio de suporte e posicionamento de tronco, cabeça e membros;

· auxílios de mobilidade – meios de locomoção como andadores, cadeiras de rodas manuais ou motorizadas ou *scooters*;

· auxílios para cegos ou pessoas com baixa visão – regletes, bengalas articuladas, lentes, lupas, materiais em braile e em caractere ampliado, *softwares* sintetizadores de voz, sistema de narração de imagens;

· auxílios para surdos ou pessoas com deficiência auditiva – próteses auditivas, legenda em tempo real, telefone com teclado; e

· adaptações em veículos – modificações em veículos e instalação de acessórios que permitam ou facilitem o acesso e uso por pessoas com deficiência.

Não obstante à grande gama de ajudas técnicas disponíveis hoje em dia, as pessoas com deficiência ainda têm dificuldade em ter acesso às mesmas. Muitos produtos e equipamentos oferecidos no Brasil têm alto custo para o consumidor e a legislação referente à política de saúde oferta uma quantidade limitada de ajudas técnicas gratuitamente à população de baixa renda.

3. Ajuda Técnica como Política Pública

A Constituição de 1988, em seu Art. 23, determinou que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Desde então, o Ministério da Saúde tem atuado no sentido de incluir a atenção à saúde das pessoas com deficiência no Sistema Único de Saúde.

Para tanto, foram expedidos diversos atos normativos objetivando viabilizar a organização da assistência e da reabilitação para o segmento, que representa

24,5 milhões de brasileiros ou 14,5% da população. Todos estes instrumentos foram elaborados no sentido de regulamentar a assistência, na perspectiva de proporcionar atenção integral à saúde da pessoa com deficiência.

O primeiro instrumento legal federal a tratar do assunto na área da saúde foi a Portaria MS/SAS nº 116, de 9 de setembro de 1993, segundo a qual, órteses e próteses ambulatoriais aos usuários do sistema contribui para melhorar suas condições de vida, sua integração social, minorando a dependência e ampliando suas potencialidades laborativas e as atividades de vida diária. Tendo em vista a relevância destes equipamentos, o Ministério da Saúde estabeleceu uma lista de órteses, próteses e bolsas de colostomia a serem distribuídas gratuitamente aos usuários do Sistema Único de Saúde, atendidos pelos serviços públicos ou conveniados dentro da área de abrangência de cada regional de saúde. A concessão se dá pelas unidades públicas de saúde designadas por comissão bipartite, cabendo ao gestor estadual ou municipal, em conformidade com o Ministério da Saúde, definir critérios e estabelecer fluxos para concessão e fornecimento, visando atender as necessidades do usuário.

De 1993 até os dias de hoje, outras portarias foram elaboradas a fim de disciplinar o estabelecido na Portaria nº 116/93 e ajustar algumas de suas previsões.

O principal problema que envolve a concessão de órteses e próteses pelo Ministério da Saúde está ligado à descentralização dos serviços de saúde, implantada na década de 90. Esse modelo organizacional de serviços de saúde entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios repassou aos gestores estaduais e municipais a responsabilidade de repartir os recursos recebidos do Governo Federal de acordo com as prioridades locais dentro de cada nível de complexidade da atenção à saúde. A concessão de órteses e próteses faz parte do nível "Alta Complexidade" e, portanto, disputa recursos com outros procedimentos tão importantes quanto a concessão que têm a mesma classificação, tais como a cirurgia cardiovascular, procedimentos de quimioterapia e assistência aos pacientes vítimas de queimaduras.

Em decorrência, ocasionalmente não há disponibilidade de recurso para repasse a essa política pública em alguns Estados e Municípios, ou o repasse acaba sendo insuficiente para atender a demanda dos usuários. Essa situação faz com que as Secretarias Estaduais e Municipais de saúde tenham que elaborar listas de espera para atender àqueles que necessitam das ajudas técnicas, que são atendidos na medida da liberação dos recursos e fornecimento dos equipamentos.

Se existem entraves relacionados ao acesso das pessoas com deficiência às órteses e próteses concedidas pelo Ministério da Saúde, é possível apontar vários aspectos que evoluíram desde a primeira portaria elaborada pelo órgão

sobre o tema. Atualmente, a diversidade de equipamentos concedidos é muito maior do que aquela que faz parte do Anexo da Portaria nº 116/93. Além disso, muito foi feito no sentido de garantir a qualidade das ajudas técnicas concedidas. Pode-se mencionar aqui a exigência de garantia do material fornecido pelas empresas fabricantes, de assinatura de termo de responsabilidade pelo receptor da órtese ou prótese e pelo médico que a prescreveu e a instituição de normas básicas de confecção. Estas definem especificações relacionadas à confecção, dentre as quais as que se referem aos componentes, à montagem, aos pontos de apoio e à modelagem dos equipamentos.

Cabe fazer referência, ainda, ao aumento do número de unidades concedentes. Há alguns anos o Ministério da Saúde vem envidando esforços no sentido de ampliar a rede de reabilitação, inclusive financiando a criação de novos centros de tratamento onde também são concedidas de órteses e próteses.

Outro órgão federal que também trabalha com a concessão de ajudas técnicas é o Ministério da Previdência Social – MPS, por meio do seu programa de reabilitação profissional. Após o término desse processo, o MPS pode conceder os equipamentos e materiais de que o segurado necessite, desde que seu objetivo seja o pleno desempenho de sua atividade profissional.

São concedidos desde órteses e próteses até instrumentos de trabalho, implementos profissionais ou quaisquer outros recursos materiais necessários à reabilitação profissional, com vistas a oferecer aos segurados incapacitados para o trabalho (em decorrência de doença ou acidente) os meios de reeducação ou readaptação profissional para o seu retorno ao mercado de trabalho. Segundo informações do sítio eletrônico do Ministério da Previdência Social, o segurado vítima de acidente de trabalho tem prioridade de atendimento no programa de reabilitação profissional e não há prazo mínimo de contribuição para que tenha direito a esse benefício.

Além das restrições orçamentárias, uma das maiores dificuldades apontadas pelo Ministério da Previdência Social é que em muitos locais do país não há empresa fornecedora dos equipamentos prescritos pela equipe de reabilitação profissional que atenda aos requisitos legais estabelecidos pelo órgão. Essa dificuldade muitas vezes retarda o processo de reabilitação e, em conseqüência, o retorno do cidadão ao trabalho e à vida produtiva.

O Ministério da Educação – MEC também está incluído no conjunto de órgãos federais que promovem a concessão de ajudas técnicas. Tanto as escolas públicas que têm alunos com necessidades educacionais especiais matriculados em suas classes, como os próprios educandos podem receber estes recursos que auxiliam no processo de aprendizagem.

A cada ano é realizado um censo que permite à Secretaria de Educação Especial – Seesp/MEC obter informações sobre os alunos com necessidades educacionais especiais matriculados na rede pública de ensino. São levantados dados como o número de alunos matriculados em escolas da rede pública, tipo da necessidade educacional especial de cada um, série em que se encontram matriculados, dentre outros. É possível saber, ainda, quais escolas possuem salas de recurso para desenvolver o atendimento especializado a esses alunos, complementar à educação formal.

De posse dessas informações, o Ministério da Educação concede ajudas técnicas diretamente aos alunos matriculados, como o "Kit para Alunos com Deficiência Visual", composto por reglete, punção, soroban e outros itens. Por outro lado, recursos como, por exemplo, CD's de histórias infantis traduzidos em Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS são enviados para os estabelecimentos de ensino, tendo em vista tratar-se de material para utilização coletiva. Há ainda as ajudas técnicas que são concedidas tanto para as escolas, quanto para os alunos. Exemplo disso são as Cartilhas de Alfabetização em Libras.

As escolas públicas que necessitem de equipamentos de custo mais elevado, como uma impressora braile, podem apresentar projeto de aquisição à Secretaria de Educação Especial – Seesp/MEC por meio da respectiva Secretaria Estadual ou Municipal de educação, solicitando apoio financeiro.

Além dessas ações, o Ministério da Educação possui duas publicações direcionadas ao atendimento das necessidades educacionais especiais dos alunos com deficiência que orientam os professores a confeccionar ajudas técnicas. O material explica o procedimento de uso desses recursos pedagógicos que visam auxiliar no desenvolvimento e alfabetização dos alunos com deficiência. Os fascículos contêm ajudas técnicas que auxiliam no processo de aprendizagem dos alunos com deficiência e que dizem respeito a:

· Recursos pedagógicos adaptados;
· adaptadores manuais;
· informática;
· mobiliário adaptado;
· mobilidade; e
· recursos para comunicação alternativa.

Dentre os recursos pedagógicos tratados nas publicações, pode-se citar o Dominó das Cores, a ser utilizado com alunos em fase de educação infantil. Trata-se de um dominó a ser confeccionado em madeira, com peças medindo 4 x 9cm, a serem pintadas com tinta lavável. O jogo facilita a nomeação das cores, a discriminação visual e a correspondência um a um. As peças ampliadas permi-

tem melhor manuseio pelos alunos com dificuldade de preensão. Todo o material pode ser higienizado devido ao tipo de tinta empregada.

Outro recurso são as pranchas com estímulos removíveis. A fim de trabalhar a comunicação alternativa, utilizam-se pranchas industrializadas comuns onde se podem colar tiras de velcro paralelamente, imitando pautas de um caderno e, sobre as tiras, fixar figuras. O material é elaborado no intuito de possibilitar a troca de figuras visando à comunicação por meio de ações motoras do professor ou do aluno. O aluno pode, por exemplo, escolher a figura de um boneco se alimentando ou ingerindo líquidos para indicar se deseja comer ou beber. A indicação, nesse caso, pode ser feita ao olhar em direção a uma das figuras, apontando com o dedo ou mesmo pegando uma delas.

Levando em consideração justamente o atendimento de necessidades educacionais especiais, foi elaborada uma resolução pelo Conselho Nacional de Educação do MEC em 2002 versando sobre conhecimentos adicionais que os docentes devem ter a fim de trabalhar com alunos com deficiência. A Resolução CNE/CEB nº 1, de 18 de fevereiro de 2002, estabelece, no Art. 2º, que a organização curricular de cada instituição observará, além do disposto nos Art. 12 e 13 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, outras formas de orientação inerentes à formação para a atividade docente, entre as quais o preparo para o uso de tecnologias da informação e da comunicação e de metodologias, estratégias e materiais de apoio inovadores.

Com o propósito de garantir que estes produtos e equipamentos estejam disponíveis para alunos com deficiência no ensino superior, o Ministério da Educação editou a Portaria nº 3.284, de 7 de novembro de 2003. No Art. 1º, determina que sejam incluídos nos instrumentos destinados a avaliar as condições de oferta de cursos superiores, para fins de autorização e reconhecimento e de credenciamento de instituições de ensino superior, bem como para renovação, conforme as normas em vigor, requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais. Ou seja, a fim de que novos cursos sejam autorizados pelo MEC, ou para que a renovação de funcionamento seja concedida, os estabelecimentos de educação superior devem comprovar o cumprimento de requisitos, como a existência de rampas ou elevadores que facilitem a circulação de pessoas com dificuldade de locomoção, máquina de datilografia BRAILLE, impressora BRAILLE acoplada ao computador, sistema de síntese de voz, gravador e fotocopiadora com capacidade de ampliação de textos, barras de apoio nos banheiros, *software* ledor de tela, equipamento para ampliação de textos para atendimento a aluno com visão subnormal, lupas, réguas de leitura e scanner acoplado a computador.

4. A Interação com a Acessibilidade

A política de atenção à pessoa com deficiência foi instituída no Brasil pela Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, e pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que a regulamentou. Este Decreto inseriu, enfim, as ajudas técnicas como parte integrante da política pública voltada a essa parcela da população e não de setores exclusivos.

Entretanto, este diploma legal trata do assunto apenas nas seções referentes à saúde e ao trabalho, fazendo com que se perca o entendimento global sobre a finalidade destes produtos, equipamentos e dispositivos. O Decreto nº 3.298/99 define ajudas técnicas como elementos que auxiliem ou permitam compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, de modo a superar as barreiras da mobilidade e da comunicação, possibilitando a plena utilização de suas capacidades em condições de normalidade. A despeito dessa visão ampla, ao incluí-las em seções referentes a assuntos específicos, dá a concepção de que se tratam de instrumentos destinados unicamente à reabilitação e inserção no mercado de trabalho.

Tal situação foi alterada com a edição da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que versa sobre a promoção da acessibilidade às pessoas com deficiência e deu sentido mais amplo à expressão "ajudas técnicas". Esses produtos e equipamentos a partir de então são entendidos como instrumentos de acesso desse grupo de pessoas, numa efetiva estratégia de inclusão do segmento.

A Lei nº 10.098/00 foi regulamentada pelo Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. A fim de deixar clara a amplitude do conceito de ajudas técnicas, o decreto assim as define: os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologia adaptados, ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoal, total ou assistida.

Mas esta não é a única inovação trazida por esses dois instrumentos legais. Levando em conta a relevância das ajudas técnicas no dia-a-dia das pessoas com deficiência, o Decreto nº 5.296/04 conta com um capítulo destinado somente ao assunto.

Um dos pontos fundamentais desse capítulo diz respeito ao estímulo a programas e linhas de pesquisa a serem desenvolvidos com o apoio de organismos públicos de auxílio à pesquisa e de agências de financiamento que contemplem temas voltados para ajudas técnicas.

Imbuídos dessa idéia, o Ministério de Ciência e Tecnologia – MCT lançou, em 2005, uma chamada pública para apoiar financeiramente projetos de pesquisa e desenvolvimento de tecnologias destinadas às pessoas com deficiência e aos

idosos. Foram comprometidos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico no valor de R$ 4 milhões. As linhas temáticas definidas para o financiamento das pesquisas foram saúde, mobilidade, comunicação, habilitação para o trabalho e execução de atividades básicas. De acordo com o MCT, o objetivo é reduzir as limitações das pessoas com deficiência e contribuir para a melhoria da qualidade de vida e a inclusão social dessas pessoas.

Outro ponto do Decreto nº 5.296/04 que merece atenção é o que trata da verificação da possibilidade de redução ou isenção de tributo de importação sobre as ajudas técnicas que não sejam produzidas no país ou que não possuam similares nacionais e de redução ou isenção do imposto sobre produtos industrializados para aquelas que sejam fabricadas no Brasil. A finalidade é reduzir o custo destes produtos e equipamentos ao consumidor final.

A tabela da Tarifa Externa Comum (TEC), aprovada e atualizada pela Câmara de Comércio Exterior estabelece a alíquota do Imposto de Importação de produtos e possui algumas ajudas técnicas com redução ou isenção de alíquota, tais como cadeiras de rodas, aparelhos de audição e próteses ortopédicas. O mesmo ocorre em relação à Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI), da Secretaria da Receita Federal. Todavia, as reduções e isenções restringem-se a uma pequena quantidade de ajudas técnicas e não são significativas em relação ao preço final.

5. O Comitê de Ajudas Técnicas

O Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, incumbiu a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República de instituir o Comitê de Ajudas Técnicas. Da mesma maneira, a normativa legal estabeleceu que esse comitê deve ser composto por profissionais com reconhecido trabalho na área.

O objetivo da medida é tratar de maneira sistemática as questões referentes às ajudas técnicas, buscando com isso proporcionar aos seus usuários um acesso democratizado. Para tanto, o capítulo sobre ajudas técnicas do Decreto estabeleceu as responsabilidades do comitê, que são:

· estruturar as diretrizes da área de conhecimento;

· estabelecer as competências dessa área;

· realizar estudos para subsidiar a elaboração de normas a respeito de ajudas técnicas;

· identificar os profissionais que atualmente trabalham com o tema; e

· detectar os centros regionais de referência em ajudas técnicas, com o objetivo de formar uma rede nacional integrada.

Assim, sob a supervisão de representantes da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, vinculada ao Gabinete

da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, o Comitê de Ajudas Técnicas foi instituído no dia 16 de novembro de 2006, por meio da Portaria nº 142/06.

Atualmente o Comitê é composto por dezoito especialistas da área de ajudas técnicas, dentre os quais representantes da área de informática e de comunicação alternativa; dezessete representantes de órgãos de governo afetos à área, como o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq/MCT e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES/MEC; além de dois representantes do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência – CONADE, que também faz parte da estrutura da Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

As reuniões do comitê devem ser bimestrais, sendo que a primeira foi realizada nos dias 16 e 17 de novembro de 2006. Na ocasião, com base nas responsabilidades definidas no Art. 66 do Decreto nº 5.296/2004, os membros do Comitê de Ajudas Técnicas traçaram seu plano de ação para curto (1 ano), médio (5 anos) e longo (10 anos) prazos. Fazem parte do planejamento ações de curto prazo, como o levantamento das estruturas existentes e a capacidade de atendimento de usuários finais; ações de médio prazo, entre as quais destaca-se a estruturação de diretrizes para implementação da temática ajudas técnicas nos diversos níveis e modalidades de ensino; e ações de longo prazo, onde cita-se o estabelecimento de diretrizes e subsídios para a implementação de sistemática visando a avaliação de estudos de conformidade de ajudas técnicas (processos, serviços e produtos).

Após a definição do plano de ação, o comitê foi dividido em quatro comissões temáticas que trabalharão com o propósito de atingir metas que possibilitem o cumprimento de suas responsabilidades:

· Comissão de Normalização e Conceituação - tem como objetivo tratar da definição e da nomenclatura a ser usada pelo comitê, além de realizar estudos, propor e auxiliar na elaboração de normas técnicas das ajudas técnicas disponíveis.

É importante mencionar que alguns autores consideram que as expressões "ajuda técnica" e "tecnologia assistiva" não são sinônimas. De acordo com eles, ajuda técnica é o produto ou o resultado de um processo denominado tecnologia assistiva.[1]

· Comissão de Educação – tem como finalidade promover as discussões no sentido de reconhecer as ajudas técnicas como área de conhecimento, propondo para isso nova legislação e novas políticas relacionadas ao tema.

Ressalte-se aqui a necessidade de o grupo discutir também os conteúdos acadêmicos que farão parte dessa nova área de conhecimento.

· Comissão de Desenvolvimento e Inovação - estuda a relação entre pesquisa e desenvolvimento. Essa comissão concentra sua atenção nos fundos setoriais de financiamento à pesquisa, na relação entre universidade e empresa e no papel das fundações estaduais de amparo à pesquisa, visando sempre mostrar a importância das ajudas técnicas como objeto de interesse.

· Comissão de Concessão e Aquisição - visa identificar e classificar as ajudas técnicas em áreas específicas, incluindo materiais didáticos especializados que auxiliam os alunos com necessidades educacionais especiais no processo de aquisição dos conhecimentos e a freqüência de sua utilização.

Além disso, o grupo estabelecerá diretrizes dos sistemas de informação e estruturação das redes de assistência à população, identificando e promovendo as adequações necessárias na legislação. A discussão inclui a necessidade de capacitação e treinamento dos profissionais que trabalham na área.

O objetivo principal dessa comissão é proporcionar o maior acesso possível da população às ajudas técnicas de que ela necessita, seja por meio de concessão ou de aquisição.

A questão do financiamento é abordada em todas as comissões, uma vez que os temas sempre são tratados tendo em vista as oportunidades de implementação de linhas de financiamento e de obtenção de isenção ou renúncia fiscal, nacionais e internacionais, públicas e privadas.

6. Conclusão

O surgimento das ajudas técnicas em nossa sociedade data do século XVII e, desde então, vêm influenciando de maneira decisiva a participação social das pessoas com deficiência.

Na prática, esses produtos e equipamentos representam uma importante estratégia de equiparação de oportunidades que acaba por viabilizar a inclusão dessa parcela da população na vida escolar, no mercado de trabalho, na cultura, no lazer, no esporte.

As ajudas técnicas variam de produtos simples e de baixo custo até equipamentos de alta tecnologia e muito onerosos. Um dos motivos da grande quantidade de ajudas técnicas disponíveis e da sua enorme variedade é que cada indivíduo é único e, assim, as características desses equipamentos devem ser desenvolvidas de acordo com seu usuário.

Cada pessoa com deficiência apresenta dificuldades diferentes para a realização de uma mesma tarefa. Por esse motivo, as soluções devem ser pensadas e desenvolvidas de forma a proporcionar a cada indivíduo a possibilidade de executar suas atividades com autonomia e independência, fazendo com que

estas pessoas tenham as mesmas oportunidades de que dispõem aquelas sem nenhum tipo de limitação.

Não obstante às diversas inovações disponíveis, ainda há grande necessidade de desenvolvimento de tecnologias assistivas no Brasil, bem como de um incremento na produção desses materiais e equipamentos. Progredindo nessa direção, não será necessária a importação desses produtos, o que dificulta e até impede que as pessoas com deficiência das classes pobres da população tenham acesso a elas.

Embora tenhamos, junto às instituições de ensino superior do país, técnicos preparados e que já desenvolvem tais equipamentos que são fundamentais na vida das pessoas com algum tipo de limitação, as universidades brasileiras padecem de insuficiência de recursos para a realização de estudos que visem o desenvolvimento de ajudas técnicas. Esse problema vem sendo combatido e um exemplo disso foi a divulgação do resultado de um edital elaborado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, por meio do qual recursos do Governo Federal foram destinados especificamente para o desenvolvimento de tecnologia assistiva para pessoas com deficiência. Iniciativas como essa, relacionada ao desenvolvimento da tecnologia e à produção nacional desses equipamentos, somada ao respeito à legislação e ao avanço das políticas públicas voltadas à concessão de produtos e dispositivos contribuirão para que as ajudas técnicas sejam definitivamente entendidas como uma questão de direito e como uma estratégia de inclusão.

Nota

[1] O Comitê de Ajudas Técnicas ainda não se posicionou frente a essa situação. Por esta razão, utilizamos nesse texto as duas expressões como sinônimas.

Bibliografia

BERSCH, Rita. Introdução à Tecnologia Assistiva. Porto Alegre/RS: 2005. Disponível em http://www.cedionline.com.br/ta.html#categorias, acesso em 25 abril 2007.

BORGES, José Antônio. Escrita em Tinta para Deficientes Visuais com Uso de Reglete. Disponível em http://intervox.nce.ufrj.br/dosvox/textos/esctinta.doc , acesso em 24 abril 2007.

BRASIL. Censo Demográfico 2000. Brasília: IBGE, 2000. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/primeiros_resultados_amostra/brasil/pdf/tabela_1_1_3.pdf , acesso em 4 maio 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições

Técnicas, 2004.
_____. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Seção 1.
_____. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Seção 1.
_____. Decreto nº 5.904, de 21 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005, que dispõe sobre o direito da pessoa com deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhada de cão-guia e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 set. 2006. Seção 1.
_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 out. 1989. Seção 1.
_____. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 dez. 2000. Seção 1.
_____. Lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005. Dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 jun. 2005. Seção 1.
_____. Ministério da Saúde. Manual de Legislação em Saúde da Pessoa com Deficiência. Brasília/DF: Editora MS, 2006.
_____. Portaria nº 3.284, de 7 de novembro de 2003. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 2003. Seção 1, p. 12.
_____. Portaria MS/SAS nº 116, de 9 de setembro de 1993. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 set. 1993. Seção 1.
_____. Portaria MS/SAS nº 146, de 14 de outubro de 1993. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 out. 1993. Seção 1.
_____. Portaria MS/SAS nº 388, de 28 de julho de 1999. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jul. 1999. Seção 1.
_____. Resolução CNE/CEB nº 1, de 18 de fevereiro de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 fev. 2002. Seção 1.
_____. Secretaria de Educação Especial. Portal de ajudas técnicas para educação: equipamento e material pedagógico para educação, capacitação e recreação da pessoa com deficiência física: recursos pedagógicos [Fascículo 1]. Brasília: MEC/SEESP, 2002.
GOVERNO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência. Ajudas Técnicas: Benefícios para Pessoas com Deficiência – Folheto SNR nº 49. Lisboa: Governo da República

Portuguesa, 2004. Disponível em http://www.snripd.pt/document/Folheto049em20040813.rtf, acesso em 24 abril 2007.

MANZINI, Eduardo José; DELIBERATO, Débora. Portal de ajudas técnicas para educação: equipamento e material pedagógico especial para educação, capacitação e recreação da pessoa com deficiência física: recursos para comunicação alternativa, 2ª ed., Brasília: MEC/SEESP, 2006.

MELO, Helena Flávia R. Deficiência Visual, Técnicas de Orientação e Mobilidade. Campinas/SP : Editora da Unicamp, 1991.

SER ACESSÍVEL É LEGAL

Maria Elisabete Lopes

Resumo: Aparentemente dissociadas e correndo em raia própria, arquitetura e direito têm prestado, juntos, enorme contribuição na tarefa de assegurar a cidadania de pessoas com deficiência ou com dificuldade locomoção e de comunicação. Mesmo sem uma interface direta, muitos profissionais dessas áreas têm atuado conjuntamente para modificar o cenário urbano, seja definindo critérios técnicos para intervir sobre obras e paisagens ou estabelecendo regras, prazos e penalidades relacionadas ao cumprimento ou não da legislação e documentos técnicos normativos visando garantir a acessibilidade aos locais públicos e, em última análise, o constitucional direito de ir e vir.

Palavras-chave: acessibilidade ao meio físico, desenho universal, mobilidade reduzida, pessoa com deficiência.

Abstract: *Architecture and law are two apparently dissociated areas of human endeavor. And, although seemingly running in different lanes, each has made great contributions to the exercise of citizenship for persons with disability, including those with difficulties in getting about and in communicating. Even without there being direct interface between these fields, many professionals in the two areas have acted jointly to improve the urban context. In this respect they have jointly defined technical criteria for interventions in public works and landscapes and have established rules, timeframes and penalties related to the compliance with the legislation and technical norms. Both are thus present in guaranteeing accessibility to public places and, in the final analysis, to the constitutional right to move about.*

Keywords: *accessibility to public places, universal design, persons with disabilities.*

1. Introdução

Não é uma versão transportada para o mundo real da *Liga da Justiça*[1] e nem se tratam de super-heróis tentando modificar o mundo, mas a integração de profissionais de diferentes áreas, como juristas, arquitetos, psicólogos, engenheiros e médicos, entre outros – cada qual com suas "armas", tecnologia e (por que não?) "poderes" – vem construindo um novo cenário de pleno exercício de cidadania para as pessoas com deficiência. Estas, compreendidas à "pessoa que, por motivos diversos, tem limitada sua capacidade de realizar atividades essenciais para a partição na vida diária, não devido à deficiência, mas porque o ambiente físico, a política pública ou a sociedade não o possibilitam", conforme definido na Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de discriminação[2] (1999) e incorporada no Brasil pelo Decreto nº 3.956, de 2001.

Esse decreto é um dos diversos exemplos de como legislação e acessibilidade física estão intrinsecamente relacionadas e de como essa união tem sido frutífera ao longo destes últimos 20 anos, resultando em ações efetivas na transformação da cidade.

Afinal, somente quando grafados no campo dos textos legais, termos como acesso e acessibilidade deixam de ser apenas palavras e ganham significado e força especiais, como sinônimo de direito constitucional e equiparação de oportunidades, assegurando a possibilidade de exercer a cidadania.

No jargão arquitetônico, a acessibilidade está associada a projetar ou tornar lugares e objetos livres de barreiras, de fácil compreensão, que possam ser utilizados por todas as pessoas, independentemente de suas limitações físicas, sensoriais, habilidades ou grau de conhecimento (LOPES, 2005).

No Brasil, já existe um conjunto de conhecimentos sistematizados e um pensar acadêmico suficientemente estratificados capazes de suprir qualquer profissional de arquitetura com técnicas e parâmetros de acessibilidade, alguns já detalhados em Normas Técnicas, disponíveis a todos.

Entretanto, também neste campo, não basta apenas "saber", mas, sobretudo, é primordial "saber fazer" e, nesse aspecto, a legislação também ocupa papel estratégico, como um dos três pressupostos[3], que devem ser perseguidos para que a acessibilidade se torne uma situação corriqueira e não um ideal: a incorporação dos conceitos de acessibilidade e de "desenho universal" na formação dos profissionais de arquitetura e urbanismo desde a graduação; o provimento de informações técnicas baseadas em tecnologias de ponta e na realidade brasileira por meio de normas técnicas e fontes de referência; e um arcabouço legal que dê suporte e exija o cumprimento dos parâmetros técnicos de acessibilidade definidos pelos profissionais.

Embora evidentemente a busca da equiparação de oportunidades para as pessoas com deficiência não se restrinja a promover a acessibilidade ao meio físico, é inegável que o acesso a atividades-chave para o desenvolvimento humano, como educação, trabalho, lazer e cultura têm uma grande importância na vida do cidadão, inclusive caracterizando-o como tal.

E, se é no acesso ao meio físico que a arquitetura pode dar sua contribuição à cidadania, colocando técnica e conhecimento a serviço de demandas sociais, também é em um trabalho de colaboração multidisciplinar que arquitetos, legisladores e profissionais do direito vêm colaborando para transformar a realidade das pessoas com deficiência no país.

2. Pensar a diferença

> André permaneceu parado durante um bom tempo diante da rampa de entrada de sua antiga escola e sorriu ao lembrar de como era engraçado – mas também perigoso – subir carregado pelos colegas os mais de 30 degraus que há vinte anos eram a única opção para vencer a distância entre a calçada e a sala de aula do andar superior.
>
> Quando parou de recordar, girou sua cadeira de rodas para ver melhor a nova praça do lugar, em que agora podia circular livremente pelas calçadas providas de piso tátil, descendo nas guias rebaixadas e atravessando toda a sua extensão até encontrar o bolsão de estacionamento, onde deixou seu carro em uma das vagas demarcadas com o logotipo azul e branco. Voltaria ali outro dia desses, quem sabe utilizando um dos ônibus adaptados que passam pelo local seis vezes ao dia. Por um momento, questionou se tudo aquilo era fruto da conscientização dos administradores, de alguma imposição legal ou quem sabe da intervenção técnica dos profissionais responsáveis pela última reforma do prédio. Preferiu acreditar que aquilo era o indício de uma mudança de paradigma e apenas alegrar-se com o fato de as reformas terem acontecido.

No livro *Pensar a Diferença/Deficiência*, a psicóloga e educadora Lígia do Amaral (1994) fala das dificuldades e percalços de quem se propõe a trabalhar, refletir e pesquisar na área da deficiência, salientando aspectos como os fatores psicológicos, a integração e o desenvolvimento de potencialidades das pessoas com deficiência e sem deficiência, sempre tendo a diferença (e o direito a ela) como referência para o debate.

Embora seja leitura obrigatória para quem trabalha ou pretende conhecer algo sobre acessibilidade, aproveito aqui apenas o título da obra para abordar outro tipo de diferença. Aquela que é fruto da atuação, nestes últimos anos, de profissionais de distintas áreas do conhecimento que dedicaram sua experiência a questões relacionadas às pessoas com deficiência. Profissionais que muitas vezes não traziam em sua formação acadêmica nenhuma ou quase nenhuma

informação a respeito desse tema, que ainda é hoje relativamente pouco difundido nos cursos de graduação.

Parte indissociável dessa transformação, o surgimento de legislação específica – normas relativas a edificações, transporte, mobiliário[4], especificação de materiais, entre outros documentos técnicos e legais – tem contribuído de maneira efetiva para o início de uma transformação de qualidade da cidadania oferecida pelas cidades e pelo país, no sentido de permitir o acesso e garantir os direitos das pessoas com deficiência.

O reconhecimento de que estamos longe de um cenário ideal mas que, ainda assim, muito já se avançou, confirma a tese de que a união de esforços de diferentes profissionais, grupos organizados da sociedade, entidades e pessoas em torno de um mesmo tema teve o poder de promover, nas últimas três décadas, um importante salto quantitativo e qualitativo na direção de garantir o acesso e a acessibilidade das pessoas com deficiência.

Um salto que – mais uma vez cumpre enfatizar – não é fruto de poucos "iluminados" ou integrantes da já citada *Liga da Justiça*, mas constitui um novo capítulo da histórica luta por respeito dessa parcela da população a que chamamos de pessoas com deficiência e que acontece, simultaneamente, em diferentes partes do mundo.

3. A pessoa com deficiência como categoria social

A luta para que sejam respeitados os direitos de cidadania das pessoas com deficiência ganhou força após a Segunda Guerra Mundial e, particularmente, nos anos 60 e 70. Esta mudança de comportamento e de visão social deve ser entendida dentro do conjunto de movimentos das chamadas minorias sociais que se multiplicaram pela Europa e, sobretudo, nos Estados Unidos naquele período. Conceitos e "bandeiras" como inclusão e o fim da segregação foram colocados a serviço da busca pelo respeito e igualdade de condições (em resumo, acesso) para mulheres, negros e homossexuais.

No caso específico das pessoas com deficiência, é impossível não associar o crescimento da consciência sobre a discriminação e a necessidade de alterar esta situação a fenômenos como a contracultura e a resistência da juventude norte-americana à Guerra do Vietnã. Pressionado por um grande número de jovens que retornavam desse conflito mutilados ou com múltiplas deficiências decorrentes de batalhas e já enfrentando fortes críticas de inúmeros setores da sociedade, o governo norte-americano passou a investir em políticas públicas de reabilitação e foi criado um arcabouço legal visando assegurar os direitos dessa parcela subitamente crescente de sua população.

Imaginar, porém, que o surgimento de pessoas com deficiência como categoria social, deixando a invisibilidade característica dos setores marginalizados, apenas como conseqüência de um conflito de consciência de governantes seria, no mínimo, desprezar a dinâmica social. Enquanto todo este cenário de fato acontecia, grupos organizados de pessoas com deficiência, de modo similar ao que ocorrera em passado recente com as mulheres, na luta pelo voto; e pelos negros, para freqüentar as mesmas escolas que a população branca, passaram a reivindicar publicamente seus direitos, organizando grupos de pressão e recebendo apoio importante de outros setores da sociedade.

Esta solidariedade deu ao movimento a oportunidade de amadurecer e afinar suas reivindicações. Da batalha por condições objetivas capazes de dar à pessoa com deficiência meios para "compensar" suas dificuldades, o grupo social passou a exigir que sua "diferença" fosse respeitada, sem que isso implicasse em abrir mão da plena cidadania, numa estratégia semelhante à praticada pelo movimento feminista nas décadas anteriores, conforme lembrou Amaral (1994) na mencionada obra Pensar a Diferença/Deficiência, alertando sobre os riscos inerentes às tentativas de "normalização" das pessoas com deficiência.

De fato, o reconhecimento dessa parcela da população como categoria social traduziu-se pouco mais tarde na Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Organização das Nações Unidas – ONU - em 1975. Mas é somente em 1980 que a Organização Mundial de Saúde – OMS - divulga sugestões e padronizações de termos e conceitos relativos à deficiência, com a intenção de criar termos universais e sistematizar conceituações.

Dentro da lógica evolutiva desse movimento social, o passo seguinte foi a reivindicação de que fossem adotadas as chamadas "ações afirmativas", inicialmente pensadas dentro do conceito de uma espécie de compensação para o preconceito e a falta de condições prévias – assistência médica e de reabilitação, escola inclusiva, transporte adaptado em quantidade adequada, entre outras – para tornar as pessoas com deficiência mais competitivas, sob o ponto de vista do mercado.

As ações afirmativas são um conjunto de medidas, sempre respaldadas por leis, que asseguram benefícios relativos a pessoas com algum tipo de deficiência. Vagas exclusivas em estacionamentos; assentos e espaços reservados em casas de espetáculos, auditórios e cinemas; além de percentuais de sanitários adaptados em edifícios públicos ou mesmo de um número específico de posições de trabalho em empresas a partir de determinado porte são alguns dos exemplos mais comuns em diversas partes do mundo.

Apesar de questionadas por uma parcela de atores sociais – e até mesmo por alguns segmentos do movimento de pessoas com deficiência – por reforçar um viés protecionista no olhar sobre a deficiência, tais medidas têm sido aplicadas como políticas públicas, com resultados positivos no que diz respeito à "exposição" da pessoa com deficiência como membro que já não causa mais estranhamento na paisagem urbana e empresarial.

Além de facilitar o deslocamento pelo espaço público e a entrada no mercado de trabalho, as ações afirmativas têm inclusive o mérito de apontar as falhas da própria iniciativa. Afinal, não raramente as empresas reclamam que, apesar de a legislação exigir a reserva de certo número de vagas de emprego para candidatos com alguma deficiência física ou cognitiva, quase sempre os processos seletivos não conseguem receber uma quantidade de candidatos minimamente aptos a exercer a função, de certa forma ajudando a denunciar (ainda que indiretamente) a necessidade de se investir na educação para o trabalho dessa parcela da população. Não por acaso, atualmente o Ministério Público paulista e alguns arquitetos se empenham, particularmente, em analisar e exigir a adequação de estabelecimentos de ensinos.

Toda a efervescência e mobilização dos anos 60 e 70 só teve o poder de iniciar um processo de mudança efetiva porque encontrou eco no tecido legal – por meio de inúmeras leis e normas mundo à fora. Igualmente, o segmento da arquitetura e engenharia não permaneceu insensível a mais essa demanda social, desencadeando movimentos e propostas como Barrier-Free e Desenho Universal.

4. Acessibilidade: um projeto mundial

A sinalização que vinha das ruas e as conjecturas filosóficas sobre a utópica equiparação de oportunidades fez com que, nas últimas três décadas, profissionais de arquitetura se debruçassem em torno da tarefa de responder de forma sistematizada ao desafio de projetar de maneira democrática e considerando a diversidade humana. Um dos marcos dessa nova corrente ideológica foi a criação, em 1963, na cidade de Washington, de uma comissão de profissionais com a tarefa de elaborar parâmetros para um "Desenho Livre de Barreiras" - *Barrier-Free Design*.

Confirmando o peso que as chamadas "feridas da guerra" tiveram na conscientização do povo norte-americano sobre as necessidades das pessoas com deficiência, coube a uma associação denominada Eastern Paralyzed Veterans Association – EPVA publicar um manual intitulado *Barrier-Free Design* (1992), contendo leis e informações referentes à acessibilidade, enfatizando parâmetros técnicos como alcance, espaços de circulação áreas de manobra necessárias e porcentagem de equipamentos a serem adaptados ao uso da pessoa com defi-

ciência, tanto para espaços públicos quanto privados. Entre essas publicações, um dos destaques desde os primeiros momentos é a *American whith Disabilities* ACT – ADA, publicada pelo *Department of Justice* com recomendações, comentários, guias de acessibilidade e outras publicações relativas à matéria, compondo um painel confiável e que é periodicamente atualizado, mediante a chegada de novas leis ou pesquisas acadêmicas.

Mais tarde, nos agitados anos 70, um grupo de arquitetos, desenhistas industriais, engenheiros e pesquisadores da Universidade da Carolina do Norte desenvolveu o conceito do Desenho Universal definido como "o desenho de produtos e ambientes utilizáveis por todas as pessoas no limite do possível, sem necessidade de adaptação ou desenho especializado".

O objetivo é simplificar a vida para todos, elaborando produtos, informações e ambientes construídos mais utilizáveis pelo maior número possível de pessoas, a baixo custo ou sem nenhum custo extra. (*Center for Universal Design*, 1997).

Steinfeld (1995) lembra ainda que, Desenho Universal beneficia pessoas de todas as idades e condições físicas, considerando toda a gama de capacidades ou habilidades, dando origem na maioria das vezes a produtos flexíveis, sem necessariamente estar relacionado a uma tecnologia direcionada a uma parcela da população.

5. Panorama nacional

O debate sobre acessibilidade ao meio físico para pessoas com mobilidade reduzida e dificuldade de comunicação começou a se popularizar entre os profissionais de arquitetura, urbanismo e *design* no Brasil apenas em meados da década de 80 e, só muito recentemente, tem ganhado espaço em trabalhos acadêmicos.

Nos últimos 20 anos, ocorreram evoluções significativas nessa discussão, no que diz respeito à legislação, definição de conceitos e nomenclatura. No início dos anos 80, havia exclusivamente a preocupação de detectar e denunciar as barreiras arquitetônicas, compostas por escadas, degraus, ausência de rebaixamento de guias, sinalização etc, que impediam o livre acesso das pessoas com deficiência. Esse debate, apesar de útil sob o ponto de vista da conscientização profissional, normalmente mostrava-se estéril, pois faltavam critérios objetivos, bibliografia de apoio, legislação adequada e vontade política para que a consciência se transformasse em ação.

No começo dos anos 90, com a pressão de grupos sociais, com o crescimento do interesse dos profissionais por informações técnicas e o surgimento de algumas leis mais completas que exigiam a adequação dos espaços e edifícios de uso coletivo às pessoas portadoras de deficiência, este quadro sofre alterações.

Em 1994, acontece a revisão da Norma Técnica NBR 9050, que especifica sobre o tema e que foi criada na década anterior[5]. Em conseqüência desta revisão, novos conceitos foram introduzidos, permitindo ao projeto mais flexibilidade quanto às áreas mínimas necessárias para utilização dos espaços. Mais recentemente, uma nova revisão foi feita em 2004, ocasião em que foram incorporadas à norma novas tecnologias, produtos e indicadores técnicos.

A partir desses subsídios, um número maior de profissionais passou a atuar no campo da acessibilidade, ampliando a massa crítica e, conseqüentemente, aumentando a necessidade de aprofundar as pesquisas sobre o tema, uma vez que a prática tem mostrado que a simples aplicação da norma não é suficiente para responder a todos os questionamentos envolvendo as interfaces econômicas, sociais e jurídicas, indissociáveis no trabalho de implementação da acessibilidade.

O estágio atual do debate envolve aspectos relacionados à averiguação dos resultados obtidos a partir da aplicação do conhecimento técnico disponível, sobretudo avaliando a satisfação do usuário e os efeitos e qualidade das adequações sobre as edificações e espaços, particularmente na pós-ocupação (LOPES 2005).

6. Uma nova velha polêmica

Graças à interação entre os campos de pesquisa da Arquitetura e do Direito, muitas leis e cursos de graduação já começam a incorporar – ainda que timidamente – conceitos derivados do Desenho Universal, colocando o Brasil entre os países mais avançados na área da acessibilidade.

O preço a pagar por essa proeminência é ver-se inserido em mais uma velha "nova" polêmica pois, ainda há no mundo e em nosso país quem questione a validade de exigir, por meios legais, que se cumpram no mundo concreto algumas medidas baseadas em algo razoavelmente abstrato como o conceito de Desenho Universal.

A resposta a esse questionamento vem do arquiteto Preiser (2001) ao propor que o conceito não seja visto como uma tendência, mas sim como uma abordagem permanente, que "reflete um processo" e que desde sua concepção deve estar focado nas necessidades da maioria.

Na verdade, parece mais simples compreender essa perspectiva imaginando o Desenho Universal como algo incorporado à arte de projetar, tornando-se assim um objetivo, sem o intuito de se chegar a um fim, com a certeza de que é na busca de fazer o melhor e na incorporação de experiências que se encontra o aprimoramento da técnica (LOPES, 2006).

É forçoso admitir, entretanto, que leis mais recentes e bem-intencionadas por vezes impõem o atendimento a esse conceito que – justamente por não

oferecer parâmetros concretos e averiguáveis – não permite ao poder público verificar seu cumprimento, tornando o texto legal parcialmente inócuo.

Para superar a desconfiança que ainda ronda a viabilidade da aplicação do Desenho Universal e auxiliar os profissionais de arquitetura e urbanismo a oferecer soluções satisfatórias à sociedade, surgiram nas duas últimas décadas algumas normas técnicas e pesquisas acadêmicas em número crescente. Entretanto, na mesma proporção aumentaram também as exigências legais – por vezes, até conflitantes entre si – e a pressão por criar soluções rápidas, tecnicamente precisas e a baixo custo para os desafios impostos pelo novo cenário. Soluções que sejam igualmente eficazes para novos projetos e para intervenções em espaços já existentes.

Infelizmente, apesar de um arcabouço jurídico e técnico mais que suficiente, na prática ainda se encontram muitos exemplos equivocados de adequação, tanto nos espaços públicos como nos edifícios de uso coletivo. Afinal, não basta fazer "rampinhas". É preciso pensar como, por quem serão usadas, e como o meio físico pode limitar o acesso a elas. Uma adequação mal feita é pior do que sua inexistência, uma vez que pode se tornar uma referência equivocada, ampliando riscos, multiplicando e perpetuando erros.

Mas a existência de paradoxos e incoerências não deve ser causa de desânimo ou decepção, tendo muito mais a função de um alerta permanente de que a obra ainda está longe de ser finalizada. Embora arregaçar as mangas e avançar sobre o trabalho de inclusão ainda seja prioridade apenas para quem já atua na área, é inegável que há razões para se comemorar uma evidente mudança no panorama geral da acessibilidade, sobretudo nas grandes cidades. Uma transformação na qual profissionais de arquitetura, direito e legisladores não podem requisitar o papel central, mas em que desempenharam, sem dúvida, a função de importantes coadjuvantes.

Se a transformação completa do cenário efetivamente estiver a caminho, parece claro que virá ancorada num pluralismo de ações que, enfim, possibilitará um olhar único para o homem, tenha ou não alguma deficiência física ou cognitiva. Um olhar que enxergue este homem como ele verdadeiramente é: ao mesmo tempo múltiplo e tão singular.

Notas

[1] Referência ao fictício grupo de super-heróis, das histórias em quadrinhos e desenhos animados, que se reúnem para salvar o mundo.

[2] O texto da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as pessoas portadoras de deficiência foi concluído em 7

de junho de 1999 por ocasião do XXIX Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, realizado em 1999, na cidade da Guatemala.

[3] A autora defende a idéia de que os três pressupostos básicos nos quais o País deve investir para garantir a acessibilidade são: formação profissional, arcabouço técnico e legislação.

[4] Normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ver referências bibliográficas), relativas ao tema disponíveis no site: www.presidencia.gov.br/sedh/corde.

[5] Ver referências bibliográficas Associação Brasileira de Normas técnicas, NBR 9050 publicadas em 1985, 1994 e 2004.

Bibliografia

AMARAL, Lígia Assumpção. Pensar a diferença / deficiência. Brasília : CORDE, 1994.

AMERICAN WITH DISABILITIES ACT- ADA, Washington D.C.: US Department of justice, Disponível em:<http://wwwusdj.gov.crt/ada.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 9050 Acessibilidade a edificações, mobiliário,s espaços e equipamentos urbanos.2004. Disponível em: http://www.presidencia.gov. br/sedh/corde.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 9050 Acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências a edificações, espaço, mobiliário e equipamentos urbanos. Rio de Janeiro, 1994. 59p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 9050 Adequação das edificações e do mobiliário urbano à pessoa deficiente. Rio de Janeiro, 1985. 59p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 13994 Elevadores de passageiros. Elevadores para transporte de pessoa portadora de deficiência. Rio de Janeiro, 2000. 15p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14020 Transporte. Acessibilidade à pessoa portadora de deficiência, trem de longo percurso. Rio de Janeiro, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14022 Transporte. Acessibilidade à pessoa portadora de deficiência em ônibus e trólebus, para atendimento urbano e intermunicipal. Rio de Janeiro, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14273 Acessibilidade da pessoa portadora de deficiência no transporte aéreo comercial. Rio de Janeiro, 1999.

BARRIER-FREE Design. New York: Eastern Paralyzed Veterans Association, 1992.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. (atualizada até a emenda constitucional nº 39 de 19 de dezembro de 2002). São Paulo: Manole, 2002. p.341.

BRASIL, Decreto nº 3.298 de 20 de Dezembro de 1999. Dispõe sobre a política nacional para integração da pessoa portadora de deficiência e consolida normas de proteção.

CENTER FOR UNIVERSAL DESIGN. What is universal design? North Caroline : NC State University, 1997. Disponível em <http://www.design.ncsu.edu/cud.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. de 7 de junho de 1999, Guatemala.

LOPES, Maria Elisabete. Por uma metodologia eficaz de análise da acessibilidade. In: NUTAU – Núcleo de Pesquisa em Tecnologia da arquitetura e Urbanismo, 2006 - Inovações tecnológicas e sustentabilidade. São Paulo, 2006.

LOPES, Maria Elisabete. Metodologia de análise e implantação de acessibilidade para pessoas com mobilidade reduzida e dificuldade de comunicação.São Paulo, 2005.Tese de Doutorado. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, v1 e v2.

PREISER, Wolfgang. Toward universal design evaluation. In: PREISER, Wolfgang F.E; OSTROFF Elaine (Coords.). Universal design handbook. New York: Mc Graw Hill, 2001. p. 9.1-9.10.

STEINFELD, Edward. The Concept of Universal Design. Disponível em: <http://www.universaldesign.com.

DIREITO AO TRANSPORTE, LOCOMOÇÃO E LIBERDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Resumo: A legislação sobre o transporte coletivo destinado às pessoas com deficiência no Brasil é bastante fragmentada porém, abrangente. A acessibilidade está regulamentada em leis complementares e ordinárias, portarias, normas técnicas, instruções normativas e manuais. Todavia a acessibilidade aos veículos e serviços de transporte coletivo, de modo a garantir a utilização com autonomia pelas pessoas com deficiência, vem sendo sistematicamente postergada diante da pouca efetividade das políticas públicas, as quais se ressentem da falta de financiamento e incompreensão dos responsáveis pela sua implementação. Tal situação tem levado aos usuários dos sistemas de transporte público terrestre, aquaviário e aéreo a buscarem o judiciário para fazerem valer seus direitos.

Palavras chave: pessoas com deficiência, transporte coletivo, acessibilidade, desenho universal, gratuidade, pessoa carente e isenção tributária.

Abstract: Legislation about the public transportation serving persons with disabilities in Brazil is fragmentary, in spite of being inclusive. Accessibility is regulated by complementary and ordinary laws, administrative rulings, technical norms and manuals. However the effort to provide autonomous use by persons with disabilities, and accessibility to public vehicles and services of community transportation, has been consistently delayed in face of the small effectiveness of public policies, which suffer from absence of proper financing and the lack of understanding from those responsible for its implementation. Such a situation has led users of public systems of land, water and air transport to seek help from the judiciary system in order to have their rights preserved.

Keywords: persons with disabilities, public transportation, accessibility, universal design, gratuitousness, person in situation of poverty and tax exemption.

1. Introdução

O direito ao transporte garante o exercício da liberdade de ir e vir, permitindo o deslocamento do indivíduo pelo espaço público, que pertence a todos. Como anotam Olney Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli (2005, p. 475) "relembrando uma classificação aristotélica, pode-se dizer que o direito ao transporte é subespécie da espécie direito de locomoção, que pertence ao gênero direito à liberdade", garantido constitucionalmente.

O direito ao transporte permite a realização do direito à integração social das pessoas com deficiência, pois ele não é somente usado para o deslocamento ao trabalho e para a escola, mas, também, para o lazer, obtenção de assistência médica, hospitalar, para habilitação profissional e para reabilitação, por exemplo.

Neste texto abordaremos questões relativas à acessibilidade ao transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo; gratuidade e reserva de assentos; cobrança de taxa de embarque e pedágio, além da isenção de tributos na aquisição de veículos pelas pessoas com deficiência, sob o prisma legal vigente no país.

A Constituição assegura em seus Artigos 227, inciso II, § 2º e 244 a facilitação de acesso aos serviços coletivos, determinando que lei disponha sobre normas de fabricação de veículos de transporte coletivo destinados ao acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, devendo a adaptação acontecer, inclusive, com relação a frota em circulação.

Procurando definir a abrangência do significado do que é transporte coletivo acessível às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2004, p.181) afirma que:

> Os serviços de transporte são acessíveis quando todos os seus elementos são concebidos, organizados, implantados e adaptados segundo o conceito de desenho universal, garantindo o uso pleno e com autonomia por todas as pessoas; quando são assegurados assentos, meios e espaços devidamente identificados para o uso preferencial das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

O conceito de desenho universal é fixado pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT na NBR 9050, atualizada em 30/6/2004, como aquele que visa atender à maior gama de variações possíveis das características antropométricas e sensoriais da população (item 3.15). Definição também detalhada no inciso IX, do Art. 8º, do Decreto nº 5.296/2004.

No item 4, a NBR 9050 situa os critérios utilizados para definição dos parâmetros antroprométricos: para a determinação das dimensões diferenciais, foram consideradas as medidas entre 5% a 95% da população brasileira, ou seja, os extremos correspondentes a mulheres de baixa estatura e homens de estatura elevada.

A competência para legislar sobre a fabricação e adaptação dos veículos destinados ao transporte coletivo é comum aos três níveis de governo, competindo à União legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes, conforme determina o inciso IX, do Art. 22, da Constituição; aos Estados são reservadas as competências que não lhes sejam constitucionalmente vedadas (Art. 25, § 1º, Constituição) e aos Municípios toca-lhes organizar e prestar, diretamente, ou sob o regime de concessão ou permissão, porquanto se trata de serviço de caráter essencial (Art. 30, inciso V, Constituição). Ao Distrito Federal são atribuídas as competências reservadas a Estados e Municípios (Art. 32, § 1º, Constituição).

Atendendo ao comando constitucional a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, estabeleceu o apoio à pessoa com deficiência, sua integração social, a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplinou a atuação do Ministério Público, definiu crimes e criou a CORDE[1], órgão autônomo e executivo da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, subordinada à Presidência da República. Objetivou esta lei, assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, principalmente no que diz respeito à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, na busca do bem-estar pessoal, social e econômico dessas pessoas.

Relativamente à acessibilidade trouxe no Art. 2º, inciso V, alínea a, que trata da área das edificações, a determinação de que devem ser observadas, a adoção e a efetiva execução das normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices, permitindo o acesso destas aos edifícios, aos logradouros e aos meios de transporte.

Dez anos depois de promulgada a Lei nº 7.853/89, o Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999 veio regulamentá-la detalhando as ações e diretrizes referentes à pessoa com deficiência, procurando tornar efetivos os direitos contemplados naquela lei. Porém, foi a Lei nº 10.048 de 8 de novembro de 2000, que garantiu o atendimento prioritário às pessoas com deficiência, às pessoas com idade igual ou superior a 65 anos (limite alterado para 60 anos no Estatuto do Idoso), às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas de crianças de colo; e determinou, também, a reserva de assentos devidamente identificados nos coletivos das empresas públicas de transporte e junto às concessionárias ou permissionárias de serviço público (Art. 3º), cujo número ficou definido em dois para cada veículo[2].

O Art. 5º, da Lei nº 10.048/200, determinou que os veículos de transporte coletivo que viessem a ser produzidos após 12 meses de sua publicação, deveriam ser planejados visando facilitar o acesso a seu interior pelas pessoas com deficiência, devendo os proprietários dos veículos de transporte coletivo em circulação promoverem suas adaptações no prazo de 180 dias, a contar da regulamentação da lei. Sujeitando os responsáveis pelas empresas concessioná-

rias ou permissionárias descumpridoras da norma à multa de R$ 500,00 a R$ 2.500,00, por veículo não adaptado (Art. 6º, II).

As determinações de cobrança de multa por veículo não adaptado, no entanto, não vieram a ser implementadas, em face do acolhimento de ação judicial interposta pela Associação Brasileira de Empresas de Transporte de Passageiros – ABRATI (entidade que congrega as principais concessionárias e permissionárias de transporte público do país) contra a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, suspendendo a vigência das mesmas com fundamento na ausência de fonte de financiamento público. Atualmente a ação encontra-se no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para exame de recurso interposto pela ANTT[3].

A Lei nº 7.405, de 12 de novembro de 1985, tornou obrigatória a colocação do Símbolo Internacional de Acesso, em local visível, nos terminais aeroviários, rodoviários, ferroviários e metrôs, veículos de transporte coletivo que possibilitem o acesso e que possuam assentos adequados à pessoa com deficiência, veículos conduzidos por pessoas com deficiência, vagas em estacionamentos com largura apropriada (3,66m), vias e logradouros que configurem rota de trajeto possível, além de guias de calçada rebaixadas, rampas e circulação com piso antiderrapante, dentre outros locais que possibilitem acesso, circulação e utilização por pessoas com deficiência, e em serviços que forem postos à disposição ou possibilitem seu uso[4].

Por seu turno, a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, além de outras providências, deixou para as normas técnicas a especificação dos requisitos de acessibilidade nos veículos de transporte coletivo (Art. 16).

Em 2 de dezembro de 2004, foi editado o Decreto nº 5.296, para regulamentar as Leis nº 10.048/2000 e Lei nº 10.098/2000. No Capítulo V, Art. 31, que trata da acessibilidade aos serviços de transporte coletivo, esclarece que para fins de acessibilidade aos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, considera-se como integrantes desses serviços os veículos, as estações, os pontos de parada, as vias principais, os acessos e as operações.

O Decreto nº 5.296/04 definiu que os transportes coletivos terrestres são:

a) transporte rodoviário, classificado em urbano, metropolitano, intermunicipal e interestadual;

b) metroferroviário, classificado em urbano e metropolitano;

c) transporte ferroviário, classificado em intermunicipal e interestadual.

Considera-os acessíveis quando todos seus elementos forem concebidos, organizados, implantados e adaptados segundo o conceito de desenho universal, garantindo o pleno uso com segurança e autonomia por todas as pessoas, independentemente das limitações que possua.

Nesse ponto, o Decreto estabelece que as normas técnicas de fabricação dos veículos e dos equipamentos de transporte coletivo rodoviário para torná-los acessíveis, devem ser elaboradas por entidades que integram o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – SINMETRO, no prazo de doze meses a contar de sua publicação.

A substituição da frota operante foi postergada para efetivação de forma gradativa, segundo o prazo previsto no contrato de concessão ou permissão do serviço. Limitado ao prazo máximo de cento e vinte meses (10 anos). Como se percebe foi ampliado de maneira significativa o termo até então vigente para adaptação dos veículos de transporte coletivo terrestres, que havia se exaurido em 2001, conforme Art. 5º, da Lei nº 10.048/00. A nova disposição justifica-se, porquanto o termo fixado acabou por nunca viger, efetivamente, frente às demandas judiciais interpostas.

As normas técnicas destinadas para a promoção da acessibilidade no transporte coletivo aquaviário, também ficaram sob responsabilidade do INMETRO[5], para serem implementadas no prazo máximo de cinqüenta e quatro meses (4 anos e 6 meses) pelas empresas concessionárias ou permissionárias, contado da data de implementação dos programas de avaliação de conformidade, em toda a frota em circulação, inclusive seus equipamentos (§ 2º, do Art. 40). Para aos fabricantes dos veículos aquaviários, fixou-se o termo de trinta e seis meses (3 anos), a partir da edição das respectivas normas técnicas, para adequação das unidades a serem produzidas.

Foi colocada em consulta pública pelo INMETRO[6] proposta de texto da Portaria nº 329, de 11 de dezembro de 2006, que tem por objeto instituir o Regulamento Técnico da Qualidade para Inspeção da Adequação de Acessibilidade em Veículos de Características Urbanas para o Transporte Coletivo de Passageiros. Vencido o prazo estipulado para a consulta pública, o INMETRO passará a articular-se com as entidades representativas do setor, que tenham manifestado interesse na matéria, para que indiquem representantes nas discussões posteriores, objetivando a consolidação do texto final (Art. 4º, da Portaria nº 329/06).

O prazo de dez anos também foi estendido para adaptação da frota de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário e sua infra-estrutura, após a publicação do Decreto nº 5.296/2004, obedecidas às normas técnicas da ABNT. Aos fabricantes desses veículos foi estipulado o prazo de trinta e seis meses (3

anos) a contar da data da publicação do Decreto, para que seja iniciada a fabricação de todos os modelos e marcas.

A acessibilidade ao transporte coletivo aéreo e aos equipamentos de acesso às aeronaves deve ser implementada e entrar em operação de forma a garantir o seu uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, em trinta e seis meses (3 anos) a contar da data de publicação do Decreto nº 5.296/2004, obedecida a Norma de Serviço da Instrução da Aviação Civil NOSER/TAC–2508-0796, de 1º de julho de 1996, expedida pelo Departamento de Aviação Civil do Comando da Aeronáutica – DAC e as normas técnicas da ABNT.

A Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC manteve em consulta pública até o dia 30 de abril de 2007, proposta de resolução que trata do acesso ao transporte aéreo de passageiros que necessitam de assistência especial, visando colher subsídios para edição de norma que substituirá a IAC nº 2508-0796.

A fiscalização e a aplicação de multas aos sistemas de transportes coletivos cabem à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, de acordo com suas competências (Art. 46, do Decreto nº 5.296/2004), consoante previsto no inciso II, do Art. 6º, da Lei nº 10.048/2000.

2. Gratuidade do transporte coletivo interestadual

Diferentemente do que acontece com a população idosa, para a qual é garantida constitucionalmente a gratuidade do transporte coletivo urbano aos maiores de sessenta e cinco anos bastando, tão somente, a implementação da idade para fruição do benefício (Art. 230, § 2º, Constituição), bem como a duas vagas gratuitas no transporte coletivo interestadual e a 50% de desconto, no mínimo, para os idosos que excederem este número e comprovarem ter renda igual ou inferior a dois salários mínimos (Art. 40, I e II, Lei nº 10.741/03), a garantia de gratuidade às pessoas com deficiência carentes foi assegurada no sistema de transporte coletivo interestadual, na quantidade de dois lugares.

A Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, concede à pessoa com deficiência isenção de tarifa somente no sistema de transporte interestadual, desde que seja comprovadamente carente. Trata-se de norma conhecida como Lei do Passe Livre, regulamentada pelo Decreto nº 3.691, de 19 de dezembro de 2000, onde ficou estabelecida a obrigação das empresas permissionárias e autorizatárias de transporte interestadual de passageiros, a reservarem dois assentos por veículo, destinado ao serviço convencional.

O conceito de "pessoa comprovadamente carente" para a obtenção de gratuidade no transporte interestadual pelas pessoas com deficiência, foi estabelecido nas Instruções Normativas STT nº 001/2001, de 10 de abril de 2001, que disciplina a concessão de passe livre nos transportes ferroviário e rodoviário

e STA nº 001/2001, que disciplina a concessão de passe livre nos transporte aquaviário, as quais exigem renda familiar mensal do interessado, per capita, inferior a um salário-mínimo estipulado pelo Governo Federal.

Assim, as pessoas maiores de sessenta e cinco anos têm direito, independentemente de sua condição econômica, à utilização gratuita do transporte coletivo urbano e a duas vagas no transporte coletivo interestadual, desde que comprovem auferirem renda igual ou inferior a dois salários mínimos mensais (R$ 760,00), além da redução mínima de 50%, para aqueles que ultrapassarem aos dois assentos reservados.

Às pessoas com deficiência, no entanto, o acesso é significativamente mais restrito pois, necessitam comprovar que "todos os integrantes de sua família" recebem renda mensal inferior a um salário mínimo (R$ 380,00), além de terem que comprovar através de laudo emitido por equipe multiprofissional a deficiência que possuem. Da mesma forma o quantitativo de assentos reservados é menor, limitando-se a dois em cada veículo, sem que haja qualquer redução no valor da passagem para aqueles que necessitem viajar em data determinada e excedam as duas vagas mencionadas.

Entendemos totalmente descabida a extensão da exigência de limite de renda para além da pessoa com deficiência, ultrapassando a pessoa do beneficiário, como se ele devesse depender de seus familiares indefinidamente. Ademais, não é crível que a renda mínima considerada para idosos seja o dobro daquela estabelecida para as pessoas com deficiência que, sabidamente, têm mais dificuldade de inserir-se no mercado de trabalho, enquanto aqueles, normalmente, já estão aposentados e amparados pela previdência social.

Impõe-se, portanto, a padronização das exigências para ambos os grupos, tanto no que se refere à renda mínima, quanto ao número de assentos reservados em cada veículo, para que não seja ferido o princípio constitucional da igualdade.

3. Procedimento para obtenção e utilização do Passe Livre

As Instruções Normativas STT nº 001/2001 e STA nº 001/2001, das Secretarias de de Transportes Terrestres e Aquaviários do Ministério dos Transportes, disciplinam o processo de concessão do Passe Livre instituído pela Lei nº 8.899/94 às pessoas com deficiência no transporte coletivo interestadual, nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário.

Para obtenção do passe livre o interessado deve cadastrar-se preenchendo o formulário Requerimento de Habilitação, instruí-lo com cópia de um documento de identificação, laudo de avaliação da deficiência emitido por equipe interprofissional do Sistema Único de Saúde - SUS, declaração de carência firmada pelo interessado, em formulário próprio de que a renda familiar *per capita* é

igual ou inferior a um salário-mínimo mensal, remetendo-o ao Ministério dos Transportes, Caixa Postal 9800 – CEP 70001-970 – Brasília (DF).

Os formulários destinados a solicitação do passe livre, podem ser baixados no endereço eletrônico do Ministério dos Transportes: www.transportes.gov.br/ascom/PasseLivre/apresentação.htm. Se preferir, o interessado também poderá escrever ao Ministério dos Transportes solicitando a remessa do kit do passe livre.

Após o exame da documentação, o prazo para emissão da carteira de Passe Livre é de quinze dias, tendo validade de três anos, a partir da data de emissão. A renovação da carteira deverá ser requerida pelo interessado, até trinta dias antes do término da validade da anterior, quando deverá renovar a documentação exigida pelas Instruções Normativas.

Para obtenção de uma das duas vagas reservadas no transporte convencional interestadual de passageiros, o interessado necessita comparecer junto à empresa de transporte ou navegação até três horas do início da viagem, munido da Carteira de Passe Livre e de documento de identidade, para emissão da Autorização de Viagem. Caso já tenham sido preenchidas as duas vagas no dia e horário pretendidos, a empresa deverá providenciar atendimento ao beneficiário em outro dia e horário.

De acordo com o Manual do Beneficiário do Passe Livre[7] o acompanhante do beneficiário não tem direito a viajar gratuitamente.

4. Gratuidade no transporte coletivo aéreo interestadual

Questão polêmica que o Decreto nº 5.296/2001 enfrentou parcialmente diz respeito ao transporte coletivo aéreo interestadual.

O Art. 44 garante a acessibilidade aos serviços de transporte coletivo aéreo e equipamentos de acesso às aeronaves, estabelecendo prazo para adaptação e disponibilização de forma a garantir o seu uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Todavia, não estabelece critérios para acesso gratuito a tais benefícios, posto que em muitos casos, o meio de locomoção da pessoa com deficiência é unicamente o aéreo, especialmente quando necessário tratamento de saúde fora do Estado de residência.

O judiciário foi chamado a se pronunciar sobre o assunto na Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público Federal junto à 2ª Vara Federal de Foz do Iguaçu/PR[8], cuja medida liminar foi deferida em 1º Grau, tendo sido mantida em sede de Agravo de Instrumento pelo Tribunal Regional Federal, concedendo passe livre no sistema coletivo interestadual às pessoas com deficiência comprovadamente carentes. A TAM Linhas Aéreas interpôs Agravo Regimental objetivando a suspensão da medida confirmada no primeiro recurso porém, o

pedido foi negado pela Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrére, da 3ª Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, em decisão com a seguinte ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL. TRANSPORTE AÉREO. DEFICIENTES. REGULAMENTAÇÃO.
>
> Tendo a Lei nº 8899, de 29 de junho de 1994, concedido passe livre aos portadores de deficiência, comprovadamente carentes, sem distinguir o transporte aéreo do terrestre, deve ser mantida a decisão que, em ação civil pública deferiu a antecipação de tutela para determinar a concessão de passe livre aos deficientes carentes que necessitem de atendimento médico, hospitalar ou ambulatorial, em razão de problemas relacionados à enfermidade. (AI 2003.04.01.012902-0/PR, do TRF da 4ª Região, decisão unânime)

O corpo da decisão transcrita evidencia que:

> O fato de o decreto que regulamentou a lei não ter explicitado o transporte aeroviário não desobriga as empresas concessionárias de prestá-lo, na forma da lei. Nos termos da decisão, a lei não fez distinção entre as empresas que prestam transporte aéreo e as que exploram o transporte terrestre, visando assegurar as pessoas portadoras de deficiência o exercício de seus direitos básicos, entre eles o adequado tratamento médico.

A determinação judicial em questão encontra-se em vigência desde março de 2003, embora ainda pendente de julgamento definitivo a ação, em decorrência de novo recurso aforado pela TAM, perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

5. Gratuidade no transporte coletivo intermunicipal

O legislador estadual, dada a competência concorrente de que é detentor para dispor sobre serviços de transporte, querendo, pode isentar as pessoas com deficiência do pagamento de passagem, nos deslocamentos entre municípios de seu território.

O Estado do Ceará isenta as pessoas com deficiência pobres do pagamento de tarifas para uso de ônibus de empresa permissionária de serviço regular comum intermunicipal, por meio da Lei Estadual nº 12.568, de 3 de abril de 1996. A constitucionalidade dessa lei foi questionada junto ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso extraordinário interposto contra Mandado de Segurança, cuja decisão unânime é a seguinte:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. INSURGÊNCIA CONTRA ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ. SANÇÃO DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS. TRANSPORTE INTERURBANO. CONCESSÃO DE GRATUIDADE NA PASSAGEM DE ÔNIBUS PARA DEFICIENTES FÍSICOS POBRES. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO REEQUÍLIBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. DIREITO HUMANO E

DEMOCRÁTICO, JUSTO E LEGÍTIMO, CONFORME OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.[9]

No Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 666, de 26 de novembro de 1991, isenta do pagamento de tarifas nos serviços de transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado as pessoas com deficiência, cuja gravidade comprometa sua capacidade de trabalho, e ao menor de 14 anos com deficiência que igualmente justifique o benefício e a um acompanhante, devidamente registrado junto à entidade ou órgão prestador de serviço.

No Distrito Federal, a Lei nº 566, de 14 de outubro de 1993, concede transporte gratuito às pessoas com deficiência física, mental ou sensorial, em grau acentuado, com renda de até três salários-mínimos, e respectivos acompanhantes, quando comprovadamente necessários.

Em Santa Catarina, a Lei Estadual nº 1.162, de 30 de novembro de 1994, assegura a gratuidade do transporte coletivo nas linhas intermunicipais de características urbanas, desde que o usuário seja credenciado pela Fundação Catarinense de Educação Especial - FCEE ou pelas associações das diversas categorias de pessoas com deficiência por ela autorizadas. Esse sistema vem funcionando relativamente bem e, inclusive, tem outorgado o mesmo benefício aos acompanhantes das pessoas com deficiência que dependem de apoio para se locomoverem.

Com o advento da Lei Estadual nº 13.740, de 25 de abril de 2006, o benefício da gratuidade foi estendido aos passageiros "portadores de necessidades especiais" no transporte rodoviário intermunicipal. Contudo, essa norma ainda não foi implementada, sob a alegação de ausência de regulamentação[10], bem como pela dificuldade que o Estado encontra em operacionalizá-la. Com certeza este último óbice sustentado pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER/SC é o real motivo da demora na implementação da lei, associado ao impacto financeiro que tal providência provocará. A FCEE, que é uma fundação de direito público, possui profissionais habilitados para avaliar deficiências mentais; as entidades credenciadas para complementarem o trabalho da Fundação estão preparadas para avaliar as pessoas com deficiências físicas e estão distribuídas por todo território catarinense, o que já não ocorre com as entidades que atendem pessoas com deficiência sensorial ou deficiências múltiplas.

A pessoa com deficiência poderá se utilizar gratuitamente dos meios de transporte fluvial, lacustre ou marítimo, como balsa, ferry-boat, canoa ou similar, de propriedade do Estado de Santa Catarina, bastando comprovar documentalmente a deficiência[11].

6. Outros direitos na utilização do transporte coletivo intermunicipal

No Estado do Mato Grosso Sul, a Lei nº 3.300, de 7 de dezembro de 2006, dispõe sobre a obrigatoriedade da instalação de placas em BRAILLE contendo a relação das linhas de ônibus e seus itinerários nos terminais rodoviários do Estado.

Em Florianópolis/SC, a Lei Complementar nº 156, de 17 de janeiro de 2005, também tornou obrigatória a apresentação dos horários de ônibus coletivos municipais e respectivos destinos no Sistema BRAILLE, pela empresa transportadora de passageiros.

7. Gratuidade no transporte coletivo municipal

O Município de Caçador/SC, utilizando-se da permissão constitucional do Art. 23, II, da Constituição, editou a Lei nº 1.348/99 isentando do pagamento das tarifas do transporte coletivo urbano, as pessoas com deficiência que usufruem dos serviços de educação e saúde no Município.

Na apelação cível datada de 15 de dezembro de 2005 (MS nº 2005.032114-3), o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em votação unânime, referendou sentença de Primeiro Grau que reconheceu o direito líquido e certo da pessoa com deficiência de utilizar-se gratuitamente do serviço de transporte coletivo municipal, em Caçador/SC[12].

Em Florianópolis-SC, as Leis nº 5.185, de 24 de outubro de 1997 e nº 6.212, de 23 de julho de 2003, asseguram passagem gratuita no transporte coletivo municipal, em suas linhas regulares e convencionais, às pessoas com deficiência mental, deficientes físicos, visuais e auditivos.

Em Natal/RN, a Lei Municipal nº 4.034, de 25 de setembro de 1991, estabelece o direito à isenção de pagamento de tarifas no sistema de transportes coletivos para pessoas com deficiência, pessoas com doença crônica que exijam tratamento continuado e seu acompanhante, desde que comprovada a carência de recursos financeiros e o interessado apresente atestado médico contendo seu diagnóstico.

8. Outros direitos na utilização do transporte coletivo municipal

A Lei Complementar nº 156, de 17 de janeiro de 2005, tornou obrigatória a apresentação dos horários de ônibus coletivos municipais escritos no sistema BRAILLE, para todas as empresas de ônibus transportadoras de passageiros que operam em Florianópolis/SC.

Atenta contra os direitos humanos quem impede qualquer pessoa conduzida por cão-guia a ter acesso a locais públicos, meios de transporte municipais,

intermunicipais ou estabelecimentos aos quais outras pessoas têm direito ou permissão de acesso, é o que dispõe o Art. 3º da Lei nº 11.807, de 30 de abril de 1999, do município de Florianópolis/SC, ao regular o direito de acesso da pessoa com deficiência visual acompanhada de cão-guia, desde que observadas as condições impostas com relação ao animal.

9. Tipo especial de gratuidade

Trata-se do financiamento realizado com recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, para os usuários do Sistema que necessitem de tratamento fora do município de residência. O programa é conhecido pela sigla TFD (Tratamento Fora do Domicílio), destinado a cobrir as despesas com o deslocamento de pacientes em distâncias superiores a 50 Km, em município diverso da residência, após esgotados todos os meios de tratamento no próprio município, que abrange o pagamento de passagens (em qualquer modalidade de transporte) e diárias para alimentação e pernoite, inclusive para um acompanhante. A solicitação deste benefício deve ser realizada pelo médico assistente do paciente nas unidades assistenciais vinculadas ao SUS e autorizada por comissão nomeada pelo respectivo gestor municipal ou estadual, que solicitará, se necessário, exames ou documentos para complementar a análise de cada caso[13].

Destaque-se que a gratuidade é universal, por isto deve ser disponibilizada a todos os usuários do SUS, sejam eles pessoas com deficiência ou não, destinando-se a qualquer tipo de tratamento cujo prestador público ou credenciado se localize fora do domicílio do beneficiário (noutro município) numa distância igual ou superior a 50 Km.

10. Taxa de embarque e pedágio

Questão que tem motivado grande celeuma diz respeito a obrigatoriedade ou não do pagamento da taxa de embarque e pedágio pelas pessoas com deficiência detentoras do passe livre, quando da emissão da Autorização de Viagem. Em que pese a Lei nº 8.899/94, ao instituir o passe livre, não haja realizado nenhuma ressalva a este respeito, não é incomum a cobrança de tais valores pelas empresas transportadoras.

E, mesmo o Manual do Beneficiário do Passe Livre, constante da página do Ministério dos Transportes[14] estabelecendo que, para conseguir a Autorização de Viagem nas empresas basta apresentar a Carteira de Passe Livre junto com a Carteira de Identidade, a determinação tem sido desrespeitada. O episódio levou o Ministério Público Federal de Santa Catarina a ajuizar Ação Civil Pública (nº 2006.72.00.009356-4) contra a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e duas empresas de transporte, em virtude de representação

formulada por pessoa com deficiência residente em Florianópolis/SC, que foi obrigada a pagar R$ 1,35 de taxa de embarque e R$ 0,47 de pedágio, ao tentar usar o transporte do Rio Grande do Sul até Santa Catarina.

Em brilhante e acalentada sentença, datada de 16 de março de 2007, o juiz Federal Substituto Hildo Nicolau Perón situa o contexto das cobranças da taxa de embarque nos terminais[15]:

> Cobrada dos usuários dessas instalações e serviços disponibilizados, quando da compra da passagem, sendo apresentado em separado, por ser o valor devido ao município; enquanto que o pedágio é um valor cobrado dos usuários das rodovias operadas por contrato de concessão, sendo o valor apurado em forma de rateio que leva em conta o número de passageiros transportados." E, depois de constatar que o quadro normativo é incompleto, declara "que os beneficiários/carentes portadores do Passe Livre do Governo Federal, que gozam da passagem gratuita nos termos da Lei 8.899/94, também têm o direito, em todo o território nacional, de obterem a competente Autorização de Viagem fornecida pelas empresas responsáveis pelo transporte interestadual de passageiros, sem terem de pagar taxa de embarque e/ou preço de pedágio relacionado ao trânsito do veículo transportador em quaisquer rodovias[16].

11. Isenção de tributos federais na aquisição de veículos

A isenção é uma modalidade de exclusão do crédito tributário, que se dá por intermédio de lei ordinária, a qual deve especificar as condições e requisitos exigidos para sua concessão, os tributos a que se aplica e se a lei for temporária, o prazo de sua duração (Art. 176, Código Tributário Nacional). Já a imunidade tributária tem origem em norma constitucional.

No âmbito federal a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI é tranqüila, eis que disciplinada pela Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre a isenção deste tributo na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas com deficiência física. O Art. 1º e seu inciso IV consignam:

> Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema de reversível de combustão, quando adquiridos por[17]:
>
> [...]
>
> IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal[18].

A Lei nº 8.989/95 define o que considera deficiência física e visual, deixando para a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da Repú-

blica e o Ministério da Saúde a definição, em ato conjunto, dos conceitos de pessoas com deficiência mental severa e profunda, ou autistas, devendo estabelecer os requisitos para emissão dos laudos de avaliação (Art. 1º, § 4º).

O Art. 2º estabelece que a isenção do IPI somente poderá ser utilizada uma vez, salvo se o veículo tiver sido adquirido há mais de dois anos, porém não atinge quaisquer acessórios opcionais que não sejam equipamentos originais do veículo adquirido (Art. 5º). Assim, além de diminuir o lapso temporal entre uma compra e outra de três para dois anos, deixou de limitar a uma segunda vez a possibilidade de compra de veículo com isenção de IPI, ao retirar a limitação que fazia o Art. 2º, da Lei nº 9.317/96.

O Decreto nº 3.691, de 19 de dezembro de 2000, que regulamenta a Lei nº 8.989/2000, determina às empresas permissionárias e autorizatárias de transporte interestadual de passageiros a reserva de dois assentos em cada veículo, destinado ao serviço convencional, para ocupação por pessoas beneficiadas pelo Art. 1º da Lei 8.989/2000.

Inobstante a clareza do artigo supra transcrito, já houve quem recorresse à Justiça para buscar isenção de IPI e de Imposto de Importação na aquisição de veículos importados, a qual assumiu a seguinte posição:

> TRIBUTÁRIO – ISENÇÃO DE IPI PARA DEFICIENTES FÍSICOS NA COMPRA DE VEÍCULOS NACIONAIS – LEI 8.199/91 – DESCABIMENTO DA EXTENSÃO DO BENFÍCIO PARA CARROS IMPORTADOS – 1 – No universo da Ciência Tributária, todo benefício concedido pelo legislador há de ser interpretado de forma restritiva, SEMPRE. 2 – O Judiciário não pode, a seu bel prazer, estender isenção tributária, ato discricionário do poder tributante. Neste sentido o artigo 111 do CTN. 3 – Só aproveitam ao similar estrangeiro as isenções objetivas, quais sejam, aquelas concedidas em função da qualidade do objeto, da mercadoria enquanto tal, não tendo nada a ver com a figura do sujeito passivo da obrigação tributária. 4 – No caso vertente, a isenção concedida pela Lei 8.199/91 é subjetiva, foi dada intuitu personae, ou seja, em função da qualidade de deficiente físico da pessoa do contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária. 5 – Apelação a que se nega provimento. (TRF 1ª Região, MAS 01225508–MG, 3ª Turma, Relatora Juíza Sônia Diniz Viana, DJ 23/4/99, p. 146)

No mesmo sentido decidiu o TRF da 1ª Região:

> IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO – VEÍCULO USADO – PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA – EXISTÊNCIA DE SIMILAR NACIONAL – IMPOSSIBILIDADE.
>
> Veículo usado. Importação. Portador de deficiência física. Existência de similar nacional. Impossibilidade. 1. É vedada a importação de veículo usado para uso de deficiente físico, dada a existência de similar nacional, cuja aquisição goza de isenção tributária. 2. Sentença confirmada. (TRF 1ª Região, MAS 96.01.05172-4–DF, 3ª. Turma, Relator Juiz Fernando Gonçalves, DJ 23/9/96, p. 70.753)

A Lei nº 8.383, de 31.12.1991, que instituiu a unidade fiscal de referência – UFIR, alterou a legislação sobre o Imposto de Renda e no Art. 72, inciso IV isentou do pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF as operações financeiras destinadas à compra de veículos por pessoas com deficiência, assim dispondo:

> Art. 72. Ficam isentas de IOF as operações de financiamento para a aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), quando adquiridos por:
>
> [...]
>
> IV – pessoas portadoras de deficiência física, atestada pelo Departamento de Trânsito do Estado onde residem em caráter permanente, cujo laudo de perícia médica especifique;
>
> a) o tipo de defeito físico e a total incapacidade do requerente para dirigir veículos convencionais;
>
> b) a habilitação do requerente para dirigir veículo com adaptações especiais, descritas no referido laudo;

12. Isenção de tributos estaduais na aquisição de veículos

Desde 1991, por meio do Convênio nº 40, celebrado entre o Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, no Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, isenta-se de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e de Prestação de Serviços - ICMS a saída dos veículos automotores nacionais de uso exclusivo do adquirente, paraplégico ou pessoa com deficiência física, impossibilitado de utilizar o modelo comum, nos termos estabelecidos na legislação de cada Estado ou do Distrito Federal.

O convênio, repetido ao longo dos anos (43/94; 35/99; 85/00; 77/04; 150/06) condiciona a fruição da isenção ao reconhecimento prévio do Fisco, mediante requerimento do adquirente e instruído com documentos próprios, com comprovação da deficiência.

A exemplo do ICMS, possível isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA dependerá de legislação específica de cada Estado da Federação ou do Distrito Federal.

Em Santa Catarina, até bem pouco tempo, enquanto vigia o Decreto nº 2.870/2001, havia previsão de isenção do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços somente na compra de veículo adaptado dirigido pela própria pessoa com deficiência, com até 127 HPs. A isenção de pagamento do IPVA estava regulamentada pela Lei nº 7.543/1988, desde que preenchidas as condições mencionadas. A jurisprudência catarinense, porém, estendeu o alcance das

isenções para veículos automáticos ou hidráulicos adaptados pelos fabricantes, desde que o comprador com deficiência, só pudesse dirigir veículos com essas adaptações, conforme se extrai da seguinte decisão:

> TRIBUTÁRIO – ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA EXTRAPOLOU OS SEUS LIMITES – NÃO ACOLHIMENTO – DEFICIENTE FÍSICO – COMPRA DE VEÍCULO AUTOMOTOR ADAPTADO – EMBRAGEM AUTOMÁTICA – ISENÇÃO DO PAGAMENTO DO IPVA – LEI ESTADUAL 7.543/88 – ISENÇÃO DO PAGAMENTO DO ICMS – DECRETO 2.870/01. 1. Dados os fatos, cabe ao juiz dizer se há direito no caso concreto (Da mihi factum, dabo tivi jus). 2. São isentos do pagamento do IPVA os adquirentes de "veículo terrestre adaptado para ser dirigido, exclusivamente, por motorista portador de deficiência física que o impeça de dirigir veículo normal" (Lei 7.543/88, art. 8º, V, 'e', e RIPVA/SC, art. 6º, IV, 'e').
>
> Também são isentos do pagamento do ICMS os adquirentes de veículo automotor novo com até 127HP de potência bruta (SAE) que se destine a uso exclusivo do adquirente, portador de deficiência física, impossibilitado de utilizar os modelos comuns" (Decreto 2.870/0', Anexo II, art. 38, caput). O veículo com embreagem automática/hidráulica, de produção em série, adquirido por portador de deficiência física, também é, para fins de benefício, um veículo adaptado, pois não importa se a adaptação é realizada pela própria montadora ou por oficina especializada. O que releva é que o adquirente não possa fazer uso de veículo sem o equipamento especial. (MS 2001.013694-5, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, 12/5/03)

Atualmente, vigora a Lei Estadual nº 13.707, de 17 de janeiro de 2006[19], que, seguindo o caminho apontado pela jurisprudência catarinense, dispõe sobre a isenção de na aquisição de automóveis por pessoas com deficiências físicas e seus representantes legais, desta maneira:

> Art. 1º. Ficam isentos do imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustível de origem renovável, quando adquiridos por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais para uso do próprio portador de deficiência ou autista, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

Notas

[1] Coordenadoria Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência.
[2] Decreto nº 3.691, de 19 de dezembro de 2000, que regulamentou a Lei nº 8.899/94.
[3] Processo 2004.034.00022884-3, oriundo da 14ª Vara Federal do Distrito Federal.
[4] Arts. 1º e 4º, incisos XVIII, XIX, XX, XXVI e XXVII, da Lei nº 7.405/85.
[5] Para serem elaboradas em vinte e quatro meses a contar da data da publicação do

Decreto nº 5.296/2004.

[6] Conforme o endereço www.inmetro.gov.br.

[7] www.transportes.gov.br/ascom/PasseLivre/apresentação.htm

[8] Ação Civil Pública nº 2002.70.02.007250-7

[9] Processo 2001/0047579-5, 1ª Turma, julgamento em 28/5/2002, Relator Min. José Delgado.

[10] Embora não exista previsão legal da necessidade de regulamentação, conforme Art. 2º "esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

[11] Lei nº 8.038, de 18 de julho de 1990, publicada no DOE/SC 13.993, de 23.07.1990.

[12] Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.032114-3, de Caçador, rel. Des. Volnei Carlin.

[13] Portaria SAS nº 055, de 24.2.1999, do Ministério da Saúde.

[14] www.transportes.gov.br/ascom/PasseLivre/Manual/htm

[15] Informação 040/2006/PasseLivre/SPNT, do Ministério do Trabalho, fls.134/5.

[16] http:sistemas.jffsc.gov.br/consultaProcessual/servlet/proxyGedproServelet?codigoDocu...

[17] Redação da Lei nº 10.690, de 16.6.2003.

[18] Idem.

[19] Regulamentada pelo Decreto Estadual nº 4.158, de 29 de março de 2006.

Bibliografia

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). www.anac.gov.br

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). www.antt.gov.br

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Corde, 3ª edição, 2001, www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/corde/proteçao_constl.asp

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. www.alesc.sc.gov.br

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. www.al.sp.gov.br

ASSIS, Olney Queiroz e Lafayette Pozzoli. Pessoa Portadora de Deficiência – Direitos e Garantias, editora Damásio de Jesus, 2ª edição, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE TRANSPORTE TERRESTRE (ABRATI). www.abrati.org.br

FAVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência – Garantia de Igualdade na Diversidade, editora WVA, 2004.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A Inclusão da Pessoa Portadora de Deficiência e o Ministério Público. www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/sicorde/diversos.

GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ. http://www.ceara.gov.br

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL (INMETRO). www.inmetro.gov.br

JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: http://www.trf4.gov.br

JURISPRUDÊNDIA. Disponível em: http://www.trf1.gov.br

JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: http://www.stj.gov.br

JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: http:sistemas.jffsc.gov.br

LORENZETTI, Maria Silvia Barros. Gratuidade no Sistema de Transporte Público Coletivo de Passageiros, Consultoria Legislativa, Estudo, Câmara dos Deputados, maio/2004. www2camara.gov.br/publicações/estnotec/pedf/210201.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. http.fazenda.gov.br

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/abnt
MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. http://dtr2001/saude.gov.br/sas
MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. www.transportes.gov.br/ascom/PasseLivre/
MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/normas_legais.asp
NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Junior. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional, editora Revista dos Tribunais, 2006.
PREFEITURA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS. www.pmf.sc.gov.br
PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis
RECEITA FEDERAL DO BRASIL. http:www.receita.fazenda.gov.br
VERÍSSIMO, José da Silva. O Transporte de Passageiros no Brasil sob a Ótica dos Direitos de Pessoas com Deficiência, Necessidades Especiais, Mobilidade Reduzida ou Dificuldade de Locomoção. http://www/corecondf.org.br
TEPERINO, Maria Paula e outros. Comentários à Legislação Federal Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência, editora Forense, 2001.

LAZER, CULTURA E TURISMO

Naide Maria Pinheiro

Resumo: O estudo dispõe sobre os direitos da pessoa com deficiência à cultura, ao lazer e ao turismo, situando-os sob o aspecto legislativo e fático. Nesse sentido, demonstra um processo incipiente de reconhecimento da dignidade da pessoa com deficiência, que não pode ser turvada por condutas meramente assistencialistas. Sustenta-se a necessidade de garantias efetivas de acesso à cultura através de medidas como: a obrigação de as editoras publicarem obras em *Braille* ou em meio digital acessível; a implantação de dispositivos como a legenda para o cinema nacional (objetivando a apreensão do texto pelas pessoas com deficiência auditiva) e o sistema de áudio-descrição para peças teatrais (que tem por fim permitir às pessoas com deficiência visual a obtenção de elementos naturalmente visuais, como expressão facial dos atores, vestimentas e cenários). Procura-se demonstrar que o acesso da pessoa com deficiência à cultura não se restringe ao aspecto físico (chegar ao ambiente), devendo, necessariamente, contemplar o aspecto do conteúdo. Há referência, também, ao acesso a sítios e portais eletrônicos, cujo prazo para adaptação já se encerrou, bem como ao acesso de "quase" todos à televisão. Observa-se que, aos poucos, vem sendo permitido o acesso das pessoas com deficiência auditiva ao conteúdo dos programas televisivos, à medida que, gradativamente, vem-se implantando o sistema de legenda oculta (*closed caption*). Verifica-se que, aos deficientes visuais, esse acesso ainda é negado, posto que não foi implantado pelas televisões brasileiras o sistema SAP, através do qual será possível a áudio-descrição de cenas ou mensagens silenciosas. Aborda-se o tema turismo, demonstrando que, embora a legislação vigente exija do Poder Público uma postura mais positiva, o processo de abertura para um turismo inclusivo ainda é tímido.

Palavras-chaves: Cultura. Lazer. Turismo. Pessoa com Deficiência. Livros em Braille. Cinema Nacional Legendado. Áudio-descrição. Legenda Oculta.

Abstract: *This paper deals with the rights of the person with disability to take part in cultural life, leisure and tourism, by looking at these rights from both a legal and factual standpoint. In this sense, it shows that an inceptive process of recognition of the dignity of the person with disability is taking place, which should not be obscured by measures of a merely assistive nature. The article at issue supports the need to have effective access guarantees to culture through measures such as: having publishing*

companies publish materials in Braille or in accessible digital media; adopting devices such as closed captioning for national films (aiming at enabling people with hearing disability to apprehend meaning) and an audio-description system for the theater (to enable visually disabled people access to typically visual elements such as facial expression, costumes and settings). The text attempts at demonstrating that access to culture of the person with disability is not restricted to the physical aspect (getting to the place), but must of necessity take into account the aspect of contents. Reference is also made to access to websites and portals, whose period for adaptation has already expired, and to television for "almost" everyone. It has been noticed that, little by little, the person with hearing disability is being allowed access to the contents of television programs, as the closed-caption system is gradually being established. Visually disabled persons are still being denied such access in view of the fact that Brazilian television networks have not yet introduced a SAP service by means of which it is possible to broadcast audio-descriptions of scenes or silent messages. An approach to the theme of tourism shows that even though the law now in force requires Government Authorities to have a more positive attitude, the process of opening up the way to inclusive tourism is still timid.

Keywords: *Culture. Leisure. Tourism. Person with Disability. Books in Braille. Closed-Captioned National Films. Audio-Description. Closed Caption.*

1- Contexto legislativo

De início, visando a contextualizar os temas "cultura", "lazer" e "turismo" no ordenamento jurídico pátrio, torna-se importante observar que, hoje, está em vigor no Brasil a Constituição mais voltada à garantia dos direitos sociais de todos os tempos, onde o lazer desfruta do *status* de direito social fundamental[1], e a cultura, embora não tenha sido catalogada dentre os direitos fundamentais, teve sua importância devidamente reconhecida, à medida que está estabelecido no Art. 215, *caput*, a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional.

Assim, foi com a Constituição de 1988 que os temas lazer e cultura foram reconhecidos como direitos constitucionais. Na verdade, o tema lazer não havia sequer sido citado nas Constituições anteriores, e a cultura, mesmo mencionada desde a Constituição Imperial, jamais havia sido declarada expressamente como um direito de todas as pessoas, como se poderá constatar pelo que segue.

A Constituição Brasileira de 1824 restringiu-se a estabelecer que nenhum gênero de cultura poderia ser proibido, salvo se este se opusesse aos costumes públicos, à segurança ou à saúde dos cidadãos.

A primeira Constituição da República – a de 1891 – não estabeleceu o direito à cultura e ao lazer, tendo tratado, apenas, dos direitos dos autores de obras, omitindo-se quanto ao acesso dos indivíduos à produção cultural.

A Constituição de 1934, embora tenha sido a primeira a dedicar um capítulo inteiro à Educação e Cultura, estabeleceu, no entanto, no que concerne a esta última, apenas a obrigação de o Poder Público estimular a produção cultural, não mencionando o direito do cidadão de ter acesso a ela.

Já a Constituição de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, foi marcada, quanto ao tema cultura, pela restrição das manifestações culturais, através da criação de uma censura prévia.

No que se refere à Constituição de 1946, mesmo tendo mencionado ser dever do Estado amparar a cultura, não trouxe o acesso àquela como um direito dos cidadãos. Igual regramento trouxe a Constituição de 1967 que, embora prevendo o dever do Estado de amparar a cultura, não a reconheceu como um direito das pessoas. O mesmo ocorreu com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que inovou absolutamente nada quanto ao tema cultura, mantendo, apenas, o dever do Estado de ampará-la.

A Constituição de 1988 inova, portanto, ao elevar os temas cultura e lazer ao patamar de direito subjetivo do cidadão, pois antes, como já citado, o tema lazer ainda não havia sido mencionado e o disciplinamento sobre a cultura só previa o dever do Estado de estimulá-la e ampará-la.

Quanto ao tema turismo, a Constituição dispõe no Art. 180, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico. Ora, uma vez considerado como um fator de desenvolvimento social, inadmissível seria o entendimento de que uma parcela da população estaria excluída do acesso a tal desenvolvimento. De qualquer modo, sendo o turismo uma modalidade de lazer, e considerando que este é um direito social, deve ser entendido como um direito de qualquer cidadão.

Partindo-se, então, da premissa de que a cultura, o lazer e o turismo constituem direitos dos cidadãos, é interessante observar que se trata de direitos de todos eles, isso em homenagem ao Art. 3º, IV, da Carta de 1988, que prescreve como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de *todos,* sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, a cultura, o lazer e o turismo devem ser tratados como direitos das pessoas com deficiência, não sendo mais admissível a idéia de que os organismos e entidades que os promovem possam excluir uma parcela da população de seu acesso a eles.

Em sede internacional, foi aprovada em 6/12/2006, por meio da resolução A/61/611, da Assembléia Geral das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[2] que enumera, dentre os seus princípios, os

seguintes: não-discriminação; respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da humanidade; igualdade de oportunidades e acessibilidade.

No Art. 30, da mesma Convenção, os Estados Parte reconhecem o direito das pessoas com deficiência de participar da vida cultural, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e estabelecem que se devem tomar todas as medidas apropriadas para que aquelas primeiras possam desfrutar o acesso a materiais culturais, programas de televisão, cinema, teatro e outras atividades culturais, todas em formato acessível.

Restou fixado, ainda, no mesmo Art. 30, que os Estados Parte, visando garantir a participação das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, em atividades de lazer, devem assegurar: que as pessoas com deficiência tenham acesso a locais de eventos esportivos, recreativos e turísticos; que as crianças com deficiência possam, em igualdade de condições com as da mesma idade, participar de jogos e atividades recreativas, esportivas e de lazer, inclusive no sistema escolar; que as pessoas com deficiência tenham acesso aos serviços prestados por pessoas envolvidas na organização de atividades recreativas, turísticas, esportivas e de lazer.

Reportando-se, agora, ao direito pátrio, verifica-se que a legislação infraconstitucional, que dispõe sobre os direitos das pessoas com deficiência, como não poderia deixar de ser, vem reforçando a noção de que tais pessoas são detentoras, também, dos direitos à cultura, ao lazer e ao turismo.

De fato, a Lei nº 7.853/89 dispõe, em seu Art. 2º, que cabe ao Poder Público e seus órgãos assegurarem às "pessoas portadoras de deficiência"[3] o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive do direito ao lazer.

O Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a lei referida, mencionou, também em seu Art. 2º, a obrigação de o Poder Público assegurar às "pessoas portadoras de deficiência"[4] o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos ao "turismo", ao "lazer" e à "cultura".

O mesmo Decreto no Art. 46, determinou caber aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, responsáveis pela cultura, desporto, turismo e lazer, dispensarem tratamento prioritário e adequado aos assuntos daquele decreto, a fim de viabilizar, dentre outras medidas, a promoção do acesso da pessoa com deficiência aos meios de comunicação social; o apoio e promoção de publicações e o uso de guias de turismo com informação adequada à pessoa com deficiência; o estímulo à ampliação do turismo à pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida, mediante a oferta de instalações hoteleiras acessíveis e de serviços adaptados de transporte.

2 - Acesso à cultura e ao lazer, sem paternalismos

O Decreto nº 3.298/99 ao regulamentar a Lei nº 7.853/89, enumera como um dos princípios da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência o respeito a referidas pessoas, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade, "sem privilégios ou paternalismo"[5]. Ficou estabelecida, ainda, como uma das diretrizes da referida Política, a garantia do efetivo atendimento das necessidades da pessoa portadora de deficiência, "sem o cunho assistencialista"[6].

Inobstante tais dispositivos, percebe-se, Brasil afora, várias leis que visam a garantir alguns privilégios[7] às pessoas com deficiência, sobretudo na área do lazer e da cultura, tais como descontos nos ingressos para eventos culturais, esportivos ou de lazer, ou até mesmo gratuidade. Referidas normas desvalorizam e desrespeitam as pessoas com deficiência, à medida que lhes conferem privilégios de cunho meramente paternalista. Embora o objetivo dessas leis seja, em regra geral, promover a inclusão social das pessoas com deficiência, estimulando-as a freqüentar locais de lazer e cultura, verifica-se que elas apenas tentam compensar a ineficiência e omissão do Poder Público e da sociedade quanto às adaptações que precisam fazer para garantir, efetivamente, acesso das pessoas com deficiência aos meios culturais e de lazer.

Para uma pessoa com deficiência auditiva ter efetivo acesso, por exemplo, ao cinema nacional, não precisa ela de gratuidade no pagamento da tarifa. Necessita, na verdade, da exibição de filme nacional legendado. A concessão de abatimentos ou gratuidades, sem a tomada de medidas para garantir efetivo acesso da pessoa com deficiência aos locais e conteúdos das manifestações culturais constitui uma política de "faz-de-conta", em que o Poder Público aparenta o desejo de inclusão social da pessoa com deficiência e a sociedade finge acreditar.

Não se está aqui referindo a algumas gratuidades indispensáveis ao exercício da cidadania, como é o caso da gratuidade no transporte coletivo concedida a pessoas com deficiência carentes, que estão recebendo atendimento educacional, de habilitação ou de reabilitação profissional.

A própria gratuidade precisa ser vista como um direito meio e jamais como um fim em si mesma. Ela deve servir para garantir a cidadania e não para compensar, com uma vantagem financeira, a omissão social em relação a tais pessoas.

Especificamente no campo da cultura e do lazer, é preciso garantir igualdade de acesso a todos os meios de comunicação social e a todas as instalações culturais, de turismo e de lazer, incluindo museus, arquivos, bibliotecas e afins. É necessária a implantação, nas salas de espetáculos, de sistemas de sonorização assistida para pessoas com deficiência auditiva; meios eletrônicos que permi-

tam o acompanhamento por meio de legendas em tempo real; disposições especiais para garantir a presença de intérprete de libras; sistema de áudio-descrição para pessoas com deficiência visual, dentre outras medidas. Deve, ainda, ser garantida a impressão em BRAILLE do registro de hospedagem e normas internas dos hotéis, dos guias de turismo e dos cardápios dos restaurantes. Além disso, faz-se necessário que seja garantida a produção de obras em formato digital acessível (conversível em áudio, em sistema BRAILLE ou em outro sistema de leitura digital) para usuários com deficiência visual. Enfim, deve ser permitida à pessoa com deficiência a possibilidade efetiva de exercício do seu direito à cultura, ao lazer e ao turismo.

É preciso atentar para o fato de que a redução ou a gratuidade das tarifas previstas apenas simulam uma postura garantidora do direito, não o garantindo de fato, já que, em regra, para o efetivo acesso da pessoa com deficiência à cultura e ao lazer, o órgão promotor do evento necessita realizar muitas adaptações (de ordem física, tecnológica e de pessoal), não sendo suficiente o acesso gratuito.

3 - Brasil – um país em processo de reconhecimento da dignidade da pessoa com deficiência

Na prática, inobstante as inúmeras normas citadas anteriormente, observa-se que são poucas as realizações no campo da garantia dos direitos das pessoas com deficiência ao lazer, ao turismo e à cultura. Os desrespeitos constituem a regra; observâncias à legislação, raras e preciosas exceções.

Em sua expressiva maioria, os hotéis, bares, restaurantes, cinemas, teatros, parques, entre outros, não garantem a sua utilização com conforto e segurança às pessoas com deficiência. Normalmente, muitos daqueles estabelecimentos até garantem o acesso à pessoa com deficiência, porém não permitem a sua circulação nem adequada utilização.

A garantia de acessibilidade física é, sem qualquer dúvida, o primeiro grande passo a ser dado. Mas acessibilidade não é um conceito que se liga apenas à utilização física dos ambientes, ela pressupõe, também, o acesso aos sistemas e meios de comunicação e informação.

Se o Brasil se mostra longe de garantir amplamente acessibilidade das pessoas com deficiência ao meio físico, parece estar ainda mais distante o acesso delas aos meios de comunicação e informação. Embora, atualmente, existam parques, restaurantes, shoppings e cinemas acessíveis fisicamente às pessoas com deficiência, por outra via, entretanto, aquele mesmo restaurante que oferece acessibilidade à pessoa com deficiência física nega àquele com deficiência visual a possibilidade de conhecer vastamente o seu cardápio, pela ausência de sua disponibilização em BRAILLE, levando-o ao constrangimento da dependên-

cia. Os shoppings, por sua vez, embora garantam, em sua maioria, acesso a pessoas com deficiência física ou com mobilidade reduzida, negam àquelas com deficiência visual a informação tátil, impondo-lhes, necessariamente, a presença de um guia, seja este último uma pessoa ou um animal[8].

No Brasil, atualmente, a pessoa com deficiência, especialmente aquela que possui alguma deficiência sensorial, conta com pouquíssimas opções de lazer e cultura, em face da omissão da sociedade e do poder público na implementação dos comandos normativos garantidores de tais direitos.

Fala-se em omissão, porque os mandamentos legislativos já dispõem de previsão suficiente para garantia dos direitos citados, faltando, então, ações concretas para realizá-los.

4 – Direito à cultura e acesso às informações

Informação e cultura são conceitos indissociáveis, tendo em vista que não há como se acessar a segunda se estiver ausente a primeira. Garantir acesso à informação significa, portanto, permitir alcançar-se a cultura. Tal alcance, entretanto, é especialmente difícil para as pessoas com deficiência visual, diante da ausência de livros em BRAILLE ou em formato digital acessível, além da dificuldade de acesso à tecnologia.

4.1 – Acesso aos livros e demais publicações

A dificuldade de acesso aos livros não é exclusividade da população carente brasileira. As pessoas com deficiência visual, ainda que pertencentes às classes sociais mais favorecidas, encontram muita dificuldade de acesso à cultura por meio dos livros, tendo em vista que estes não são regularmente oferecidos em BRAILLE ou noutro formato acessível. Atualmente, a maioria das pessoas cegas fica dependente de ledores (designação dada àqueles que lêem para a pessoa cega) para ter acesso ao conteúdo de livros impressos.

Sobre o BRAILLE, considerando a constante confusão quanto a sua escrita (alguns escrevem "BRAILLE" e outros "Braile"), torna-se necessário esclarecer que a nomenclatura adequada é "BRAILLE" com dois "l", conforme recomendação expedida pela Secretaria de Educação Especial do Ministério da Educação, cujas partes do seu texto se transcrevem a seguir:

> 1. O Sistema BRAILLE foi inventado pelo francês Louis Braille no ano de 1825. Na Institution Royale des Jeunes Aveugles, de Paris, onde foi criado, desenvolvido, experimentado, e de onde foi difundido, recebeu inicialmente a denominação de "Procédé de L. Braille".
>
> 2. Expandiu-se pela Europa, América Latina, Estados Unidos. Ásia e África, a partir dos anos 50 do século XIX, identificado sempre como "Sistema

> BRAILLE". Hoje é o processo de leitura e escrita tátil adotado em todo o mundo e reconhecido oficialmente pela UNESCO com a criação do Conselho Mundial do Braille, em julho de 1952, com caráter de órgão assessor daquela organização mundial.
>
> 3. O Sistema BRAILLE foi trazido para o Brasil por José Álvares de Azevedo, um jovem cego, ex-aluno do Instituto de Paris, no ano de 1850, empregado oficialmente em nossa pátria, a partir da instalação do Imperial Instituto dos Meninos Cegos (hoje Instituto Benjamin Constant), em 1854, prevalecendo a grafia original francesa: "BRAILLE".
>
> [...]
>
> RECOMENDAÇÃO
>
> Pelas razões históricas, culturais, lingüísticas e legais, anteriormente explicitadas, A Comissão Brasileira do Braille recomenda que a palavra "BRAILLE" seja sempre grafada com dois "l", segundo a forma original francesa, internacionalmente empregada." Claudia Pereira Dutra, Secretária de Educação Especial do Ministério da Educação e Presidente da Comissão Brasileira do BRAILLE.

No Brasil, a primeira norma jurídica a dispor sobre a produção de obras em BRAILLE foi a Lei nº 4.169/62, cujo Art. 2º possui o seguinte teor:

> Art. 2º. A utilização do Código de Contrações e Abreviaturas BRAILLE será feita gradativamente, cabendo ao Ministro da Educação e Cultura, ouvido o Instituto Benjamin Constant, baixar regulamento sobre prazos da obrigatoriedade a que se refere o artigo anterior e seu emprego nas revistas impressas pelo sistema BRAILLE no Brasil, livros didáticos e obras de difusão cultural, literária ou científica".

A referida lei atribuía ao então Ministério da Educação e Cultura a obrigação de regulamentá-la, de modo a estabelecer os prazos a partir dos quais seria obrigatória a impressão pelo sistema BRAILLE de revistas, livros didáticos e demais obras de difusão cultural, literária ou científica.

Todavia, até o presente momento, não se tem notícia da regulamentação prevista no mencionado Art. 2º da Lei nº 4.169/62, estando o Poder Público Federal em débito com as pessoas com deficiência visual que, em face de tal omissão, ficam sujeitas, na melhor das hipóteses, a adquirir obras reproduzidas pelos institutos especializados às pessoas cegas.

A reprodução de obras para o Sistema BRAILLE foi prevista, primeiramente, pela Lei nº 9.045/95, cujo Art. 2º dispôs da seguinte forma:

> Art. 2º. As editoras deverão permitir a reprodução de obras e demais publicações, por elas editadas, sem qualquer remuneração, desde que haja concordância dos autores, que a reprodução seja feita por Imprensa BRAILLE ou Centros de Produção de BRAILLE, credenciados pelo Ministério da Educação e do Desporto e pelo Ministério da Cultura, e o material transcrito se destine, sem finalidade lucrativa, à leitura de pessoas cegas.

Observe-se que referida lei não criou para as editoras uma obrigação de produzir em BRAILLE suas obras e demais publicações. Previu, apenas, a possibilidade de as editoras virem a permitir, gratuitamente, a reprodução de suas obras, desde que com a concordância dos autores. A citada lei foi revogada pela Lei nº 9.610/98, que consolidou toda a legislação sobre direitos autorais do Brasil.

A Lei nº 9.610/98, atualmente em vigor, estabelece em seu Art. 46, I, d, o seguinte acerca do assunto:

> Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:
>
> I – a reprodução:
>
> d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braile ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários.

Verifica-se que a Lei nº 9.610/98 foi um avanço em relação à revogada Lei nº 9.045/95, no que diz respeito às reproduções de obras para pessoas com deficiência visual. O avanço se deveu, basicamente, a dois pontos: 1) a lei vigente não condiciona a reprodução à concordância do autor da obra, deixando claro que tal reprodução "não" constitui ofensa aos direitos autorais; e 2) a Lei nº 9.610/98 previu a reprodução não apenas mediante o sistema BRAILLE, como fizera a lei anterior, mas também mediante qualquer outro procedimento de suporte para as pessoas com deficiência visual. Esse segundo ponto é bem importante, pois permite a reprodução também em meio magnético, que tem se mostrado como um recurso mais simples e menos oneroso.

Analisando-se as normas vigentes, conclui-se que, hoje, no Brasil, inexiste a obrigatoriedade de produção de obras em BRAILLE ou em sistema digital acessível, em face da omissão do Poder Executivo Federal quanto à regulamentação da Lei 4169/62. Há, apenas, a possibilidade de reprodução de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de pessoas com deficiência visual, desde que tal reprodução seja realizada sem fins comerciais.

Atualmente, portanto, as pessoas com deficiência visual, que desejam adquirir obras em BRAILLE, ficam sujeitas à restrita oferta dos livros reproduzidos pelas entidades especializadas, não usufruindo o direito de comprar qualquer obra posta à venda nas livrarias em geral.

No caso, a negativa de acesso ao livro tem se constituído uma restrição no acesso à cultura, caracterizando-se, por isso, como uma discriminação[9] contra as pessoas com deficiência, conforme preceituado no Artigo I, item 2, da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional

através do Decreto Legislativo nº 198/2001 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.956/2001.

Espera-se, pois, que essa discriminação seja afastada o quanto antes pelo Poder Público e sociedade.

4.2 – Acesso aos cinemas, teatros e casas de espetáculos

O acesso a cinemas, teatros e casas de espetáculos tem sido promovido, preponderantemente, sob o seu aspecto físico, sendo incipiente o movimento pelo acesso ao conteúdo das manifestações culturais. Isso se deve, sobremaneira, ao arcabouço legislativo vigente. De fato, embora a legislação pátria venha exigindo, cada vez mais, a implementação de medidas para acesso da pessoa com deficiência aos sistemas de comunicação e informação, a preocupação com o acesso ao conteúdo das manifestações culturais realizadas em cinemas, teatros e casas de espetáculo ainda se mostra discreta.

4.2.1 – Acesso físico aos cinemas, teatros e casas de espetáculos

Sob o aspecto físico, previu o Art. 12 da Lei nº 10.098/2000 que os locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar deverão dispor de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual. Por sua vez, o Decreto nº 5.296/2004 dispôs, em seu Art. 23, que:

> Os teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios, casas de espetáculos, salas de conferências e similares reservarão, pelo menos, dois por cento da lotação do estabelecimento para pessoas em cadeiras de rodas, distribuídos pelo recinto em locais diversos, de boa visibilidade, próximos aos corredores, devidamente sinalizados, evitando-se áreas segregadas de público e a obstrução das saídas (...).

O § 1º desse último artigo previu, ainda, a reserva de 2% (dois por cento) dos assentos para pessoas com deficiência visual ou com mobilidade reduzida, em locais de boa recepção de mensagens sonoras.

É importante observar que, conforme preceituado no § 8º do Art. 23 do Decreto nº 5.296/2004, os teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, casas de espetáculos, salas de conferências e similares deverão garantir acessibilidade às pessoas com deficiência dentro dos seguintes prazos, a contar da publicação daquele Decreto: 1) se o prédio for de uso público, dispõe do prazo de 30 (trinta) meses, ou seja, até junho/2007, e 2) se for de uso coletivo, tem o prazo de 48 (quarenta e oito meses) para finalização das adaptações, portanto, até dezembro/2008.

4.2.2 – Acesso ao conteúdo da manifestação cultural

Analisando-se a possibilidade de acesso da pessoa com deficiência ao conteúdo das manifestações culturais, verifica-se que a legislação foi mais ousada no que diz respeito aos espetáculos realizados em teatros, casas de shows e similares do que quanto às exibições realizadas em cinemas.

De fato, previu a NBR 9050:2004 (item 5.8 combinado com o 8.2.1.4.4) que nas casas de espetáculos, deve haver um local determinado para posicionamento do intérprete da LIBRAS, com identificação através do símbolo internacional de pessoas com deficiência auditiva, devendo ser garantido, ainda, um foco de luz posicionado de forma a iluminar o intérprete de sinais, desde a cabeça até os joelhos, evitando-se a projeção de sombras no plano atrás do intérprete.

Quanto às exibições realizadas em cinemas, a sociedade espera uma regulamentação acerca do assunto, devendo ser especificado, pormenorizadamente, todos os itens que deverão ser disponibilizados pelos referidos estabelecimentos, visando a garantir acesso a esse meio de cultura às pessoas com deficiência.

Enquanto não vem a norma legal, a sociedade tem encontrado caminhos alternativos. Desde 2004, vem sendo realizada a mostra Cinema Nacional Legendado[10], que consiste na exibição, com legenda oculta (*closed caption, CC)*, de longas-metragens premiados do cinema nacional. O Cinema Nacional Legendado ganhou, em dezembro/2006, sua versão videoteca[11], que consiste na distribuição gratuita de kits compostos por filmes nacionais, com legenda oculta (CC), para instituições e associações em todo o País, objetivando a diminuição da carência de programas culturais voltados para as pessoas com deficiência auditiva.

O projeto de lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que tramita no Congresso Nacional, embora preveja ótimas medidas para inclusão cultural da pessoa com deficiência auditiva (obrigatoriedade de sistemas de sonorização assistida, de legendas em tempo real ou presença física de intérprete de Libras e de guias-intérpretes), não foi tão feliz quanto à inclusão cultural das pessoas com deficiência visual, posto que deixou de prever a obrigatoriedade de sistemas de áudio-descrição para as casas de espetáculos.

Através do sistema de áudio-descrição, a pessoa com deficiência visual pode acompanhar o espetáculo não só ouvindo os diálogos, mas também descrições de cenas, com detalhes quanto a cenário, figurinos, adereços, movimentações e expressões faciais apresentadas pelos atores[12].

4.3 – Acesso aos portais e sítios eletrônicos

A Lei nº 10.098/2000 estabeleceu, genericamente, em seu Art. 17, a obrigação de o Poder Público promover a eliminação de barreiras na comunicação. Já o Decreto nº 5.296/2004, que regulamentou referida lei, determinou, em seu Art. 47, que no prazo de até doze meses a contar da data de publicação deste Decreto, será obrigatória a acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos da administração pública na rede mundial de computadores (internet), para o uso das pessoas portadoras de deficiência visual, garantindo-lhes o pleno acesso às informações disponíveis. O § 1º desse mesmo artigo previu a possibilidade de tal prazo ser estendido por mais um ano, no caso de portais e sítios de grande porte.

Considerando que o Decreto nº 5.296 foi publicado em dezembro de 2004, verifica-se que o prazo para conclusão dos procedimentos visando à garantia de acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos da administração pública já se encerrou, ainda que aplicada a dilação prevista no § 1º do Art. 47.

É importante observar que a referida norma não se dirige, apenas, aos portais da administração pública federal, mas a todos os portais e sítios eletrônicos da administração pública de uma forma geral, incluindo-se, portanto, aqueles pertencentes às esferas estaduais, distritais e municipais.

Vale destacar que, após doze meses da edição do Decreto nº 5.296/2004, ou seja, desde dezembro de 2005, a acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos de interesse público na rede mundial de computadores (internet) constitui requisito indispensável à obtenção de financiamento de projetos com a utilização de recursos públicos (Art. 48 combinado com Art. 2º, III, ambos do Decreto nº 5.296/2004).

Diante disso, cabem aos órgãos públicos financiadores de projetos observarem se a entidade solicitadora do financiamento possui portal e sítio eletrônico totalmente acessível. Em caso negativo, deve o financiamento ser negado. Tal negativa servirá de estímulo à construção de sites que respeitem a diversidade humana.

5 – Televisão – lazer para "quase" todos

Situando a questão do acesso à televisão no âmbito legislativo e cronológico, faz-se necessário citar, em primeiro lugar, a Resolução nº 14.550, de 1º/09/94, que previu a possibilidade de os partidos políticos utilizarem intérpretes de sinais, visando a garantir plena comunicação aos portadores de deficiência auditiva, no horário da propaganda eleitoral gratuita através da televisão.

Em seguida, veio a Lei nº 10.098/2000, cujos Artigos 17 e 19 possuem o seguinte teor, respectivamente:

> Art. 17. O Poder Público promoverá a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecerá mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer.
>
> Art. 19. Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens adotarão plano de medidas técnicas com o objetivo de permitir o uso da linguagem de sinais ou outra substituição, para garantir o direito de acesso à informação às pessoas portadoras de deficiência auditiva, na forma e prazo previstos em regulamento.

O Art. 53 do Decreto nº 5.296/2004, com a redação dada pelo Art. 1º do Decreto nº 5.645/2005, estabeleceu que os procedimentos a serem observados para implementação do plano de medidas técnicas, previstos no Art. 19 da Lei nº 10.098, de 2000, serão regulamentados, em norma complementar, pelo Ministério das Comunicações.

Para regulamentar referido dispositivo, foi expedida a Portaria nº 310, de 27/6/2006, através da qual o Ministro de Estado das Comunicações aprovou a norma complementar nº 1/2006, que dispõe sobre recursos de acessibilidade para pessoas com deficiência, na programação veiculada nos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão.

Nos termos da citada norma, acessibilidade é a condição para utilização, com segurança e autonomia, dos serviços, dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação por pessoa com deficiência auditiva, visual ou intelectual (item 03 da norma).

A Norma Complementar nº 1/2006 determina, em seu item 5.1, que a programação veiculada pelas estações transmissoras ou retransmissoras dos serviços de radiodifusão de sons e imagens deverá conter:

a) Legenda Oculta em Língua Portuguesa;

b) Áudio-descrição em Língua Portuguesa, devendo ser transmitida através do Programa Secundário de Áudio (SAP), sempre que o programa for exclusivamente falado em português; e

c) Dublagem em Língua Portuguesa dos programas veiculados em língua estrangeira, no todo ou em parte, devendo ser transmitida através do Programa Secundário de Áudio (SAP) juntamente com áudio-descrição definida na alínea b, de modo a permitir a compreensão dos diálogos e conteúdos audiovisuais por pessoas com deficiência visual e pessoas que não consigam ou não tenham fluência para leitura das legendas de tradução.

A produção e a veiculação dos recursos de acessibilidade, objeto da Norma Complementar nº 1/2006, deverão ser realizadas com observância

dos critérios e requisitos técnicos especificados na NBR 15290:2005 da Associação Brasileira de Normas Técnicas, vigente desde 30/11/2005.

Hoje, portanto, para ser considerada técnica e legalmente acessível, a programação televisiva no Brasil deve obedecer aos preceitos descritos na mencionada NBR 15290:2005. Tal norma tem por objetivos, dentre outros, os seguintes: a) viabilizar para maior quantidade possível de pessoas, independentemente de idade, limitação de percepção ou cognição, o acesso à programação televisiva; b) dar acesso à informação e ao entretenimento proporcionados pela TV a pessoas com deficiência auditiva, visual ou cognitiva, e c) permitir a pessoas cegas ou com baixa visão o acesso às mensagens transmitidas de forma essencialmente visual.

Os prazos para implantação dos recursos de acessibilidade previstos na Norma nº 1/2006 são gradativos, variando desde vinte e quatro meses, para implantação de duas horas diárias de programação acessível até cento e trinta e dois meses, para a implantação de uma programação totalmente acessível (item 7.1). É importante que a sociedade fique atenta aos prazos referidos, para exigir o fiel cumprimento da norma.

Da NBR 15290:2005, extraímos alguns conceitos imprescindíveis ao entendimento do tema "acessibilidade à televisão":

- *Closed Caption* (CC): Legenda oculta em texto que aparece, opcionalmente, na tela do televisor, a partir do acionamento do dispositivo decodificador, interno ou periférico. Disponível somente em televisores que possuam decodificadores. Concebida originalmente para surdos;

- *Closed Caption* ao vivo (CC ao vivo ou legenda oculta ao vivo): Legenda produzida em tempo real, ou seja, no mesmo instante em que o programa está sendo exibido. É utilizada comumente em programas de auditório, jornalísticos e esportivos;

- *Closed Caption* pré-gravada (CC pré-gravada ou legenda oculta pré-gravada): Legenda produzida após o programa pronto e gravado. É utilizada, comumente, em filmes, novelas, desenhos animados e comerciais;

- Decodificador de *closed caption* (decoder): Dispositivo que reconhece e transforma em legenda de texto, na tela do televisor, as informações de CC. Pode ser interno, embutido no televisor, ou periférico;

- Decodificador de SAP: Dispositivo que reconhece e transmite os sinais do programa secundário de áudio, quando acionada a tecla SAP;

- Descrição em áudio de imagens e sons: Narração descritiva em voz de sons e elementos visuais-chaves, tais como movimentos, vestuário, gestos, expressões faciais, mudanças de cena, textos e imagens que apareçam na tela, sons ou ruídos não literais – despercebidos ou incompreensíveis sem o uso da visão;

- Janela de LIBRAS: Espaço delimitado no vídeo, onde as informações veiculadas em Língua Portuguesa são interpretadas através da Língua Brasileira de Sinais;

- Legenda aberta (*subtitling*): Tradução escrita da língua estrangeira falada no programa, destinada à audiência que necessite da tradução. Quando disponível, aparece na tela do televisor, não necessita de decodificador;

- SAP (s*econdary audio program* ou programa secundário de áudio): Segundo canal de áudio para a programação, disponível somente em televisores que possuam decodificador.

As televisões brasileiras já iniciaram, há algum tempo, a implantação do sistema de legenda oculta (*closed caption)*, valendo a pena lembrar que a TV Globo foi a primeira no Brasil e na América Latina a adotar referido sistema. Isso ocorreu, pela primeira vez, durante o "Jornal Nacional", em julho de 1997. Hoje, a maioria das televisões abertas já dispõe do sistema em alguns dos seus programas. O *closed caption* é especialmente importante para garantir o acesso das pessoas com deficiência auditiva ao conteúdo da linguagem falada na televisão.

Os avanços práticos obtidos em favor da pessoa com deficiência auditiva no campo do acesso à TV não alcançaram, até o momento, as pessoas com deficiência visual, isso porque o sistema SAP ainda não foi disponibilizado pelas televisões brasileiras. A implantação de mencionado sistema se mostra extremamente útil às pessoas com deficiência visual, uma vez que será através do acionamento do recurso SAP que se viabilizará o sistema de áudio-descrição ou narração oculta. A descrição em áudio serve para narrar cenas silenciosas, placas, letreiros, enfim, todas as informações que se manifestam exclusivamente por intermédio da visualização.

É fundamental esclarecer, ainda, que para o usuário ter acesso aos sistemas mencionados, faz-se necessário que os televisores utilizados disponham de decodificar interno de *closed caption* e de SAP.

Outro importante recurso para facilitar o acesso da pessoa com deficiência auditiva ao conteúdo da programação televisiva é a janela da LIBRAS. Tal recurso passou a ser obrigatório, no âmbito do Poder Executivo Federal, desde a expedição da Instrução Normativa nº 1, de 2/12/2005, da Secretaria-Geral da Presidência da República, que determinou sua utilização em todos os pronunciamentos oficiais (aqueles destinados à divulgação de atos, programas, obras, campanhas e serviços realizados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Secretários Especiais e outras autoridades do Poder Executivo Federal). Antes de tal instrução, a janela com intérprete da LIBRAS era obrigatória, apenas, nos pronunciamentos oficiais do Presidente da República, isso desde ju-

nho/2005, por força do parágrafo único, do Art. 57 do Decreto nº 5.296/2004.

A janela da LIBRAS é obrigatória, ainda, em toda a propaganda político-partidária e eleitoral, em campanhas institucionais e informativos de utilidade pública veiculados pelas pessoas jurídicas concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens, ou pelas pessoas jurídicas que possuem permissão ou autorização para executar o serviço de retransmissão de televisão. Tudo isso em face do disposto no item 5.3 da Norma Complementar nº 1/2006.

É necessário destacar que a janela da LIBRAS tem se mostrado, para a pessoa com deficiência auditiva, um sistema ainda mais acessível do que a legenda oculta (*closed caption*), pois boa parte da população de surdos compreende melhor a LIBRAS do que o português oficial. Isso se deve, especialmente, ao fato de que a Língua Brasileira de Sinais é a língua materna e língua oficial das pessoas surdas, cujo reconhecimento se deu através da Lei nº 10.436/2002[13] e Decreto nº 5.626/2005[14]. É importante perceber que, para ter acesso às janelas da LIBRAS, o usuário não necessita de televisor com tecnologia especial, diferentemente do que ocorre com a legenda oculta e sistema SAP, para os quais é indispensável a existência dos respectivos decodificadores, requisito que encarece o acesso da pessoa com deficiência à televisão.

Faz-se necessário lembrar que o projeto de desenvolvimento e implantação da televisão digital no Brasil deverá contemplar, obrigatoriamente, o circuito de decodificação de legenda oculta, o recurso para Programa Secundário de Áudio (SAP) e os sistemas de entrada para fones de ouvido, com ou sem fio, tudo isso por força do Art. 52 e 56 do Decreto nº 5.296/2006. Além disso, previu a Norma Complementar nº 1/2006 que a televisão digital deverá permitir, também, o acionamento opcional da janela com intérprete da LIBRAS, para os espectadores que necessitarem deste recurso, de modo a possibilitar sua veiculação em toda a programação.

6 – Turismo

> O turismo, como qualquer outro setor de uma sociedade que se diz defensora da equiparação de oportunidades para todos, precisa ser adequado às necessidades especiais de um expressivo número de pessoas com deficiência, a fim de que todos possam curtir a vida como turistas de vez em quando e/ou que alguns possam ser funcionários em atividades turísticas. (*Romeu Kazumi Sassaki*[15])

O turismo é considerado um direito universal – pertencente a todas as pessoas -, não estando aquelas com deficiência excluídas do seu exercício. A propósito, vale mencionar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Assembléia-Geral das Nações Unidas, preceituou, em seu Art. 30,

item 5, letra "c", que os Estados Membros tomarão medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência acesso aos locais de turismo.

Atualmente, o Canadá, a Grã-Bretanha e os Estados Unidos são os países mais avançados no que diz respeito à oferta de turismo acessível à pessoa com deficiência[16].

No âmbito nacional, embora a Lei nº 7.853/89 não tenha se referido expressamente à obrigação do Poder Público de assegurar às pessoas com deficiência o exercício do direito ao turismo, a regulamentação à referida lei, advinda através do Decreto nº 3.298/99, explicitou tal obrigação em seu art. 2º[17].

O mesmo Decreto especificou a obrigação de os órgãos e entidades da Administração Pública Federal apoiarem e promoverem a publicação e o uso de guias de turismo com informação adequada à pessoa com deficiência para estimular a ampliação do turismo à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a oferta de instalações hoteleiras acessíveis e de serviços adaptados de transporte (Art. 46, inciso VII e VIII).

A NBR 9050:2004, cuja aplicabilidade é uma decorrência do disposto no Art. 10 do Decreto nº 5.296/2004, estabelece, em seu item 8.3, que em hotéis, motéis, pousadas e similares, os auditórios, salas de convenções, salas de ginástica, piscinas, entre outros, devem ser acessíveis às pessoas com deficiência. Além disso, dispõe que pelo menos 5% (cinco por cento), com no mínimo um, do total de dormitórios com sanitários, devem ser acessíveis, não podendo tais dormitórios estar isolados dos demais, mas distribuídos em toda a edificação.

Um importante instrumento para inclusão turística da pessoa com deficiência foi produzido pelo Ministério do Turismo. Trata-se de um manual de orientações voltado especialmente ao setor turístico brasileiro, que pode ser encontrado no site oficial do Ministério do Turismo[18].

Embora vigentes todas as normas acima, o plano fático apresenta realidade diversa - o setor turístico ainda é muito acanhado quanto à oferta de opções que garantam turismo para todos. Constata-se a ausência de hotéis acessíveis, de transportes adaptados, de funcionários capacitados, de tecnologia adequada e de informações precisas. A realidade ainda deixa muito a desejar, o que não impede de se reconhecer a existência de iniciativas importantes, visando à efetiva inclusão turística da pessoa com deficiência como, por exemplo, a realização de seminários[19] acerca do tema; implementação de projetos[20] de inclusão; expansão do turismo radical inclusivo[21]; incentivo ao ecoturismo[22] e adaptação de aeroportos[23].

Notas

[1] O Art. 6º da Constituição Federal de 1988, inserido no seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – estabeleceu que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

[2] O Brasil é signatário de referida Convenção, tendo-a assinado em 30.03.2007.

[3] A Lei 7853/89 ainda trazia a nomenclatura "pessoa portadora de deficiência", considerada ultrapassada atualmente, apresentando-se como mais adequada a expressão "pessoa com deficiência", que é, inclusive, a definição utilizada no Projeto de Estatuto da Pessoa com Deficiência que tramita no Congresso Nacional.

[4] Referido Decreto também utilizou a nomenclatura "pessoa portadora de deficiência", hoje considerada ultrapassada.

[5] Art. 5º, III, Decreto nº 3.298/99.

[6] Art. 6º, VI, Decreto nº 3.298/99.

[7] Consideramos "privilégios", pois são vantagens concedidas a um grupo de pessoas, com exclusão de outros e contra a regra geral.

[8] A Lei nº 11.126/2005 garante às pessoas com deficiência visual usuárias de cães-guias o direito de ingressar e permanecer com o animal nos veículos e estabelecimentos públicos e privados de uso coletivo. Referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 5.904/2006.

[9] A referida convenção, conhecida como Convenção da Guatemala, estabelece que constitui discriminação contra as pessoas com deficiência toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

[10] A mostra "Cinema Nacional Legendado" é uma criação da ARPEF – Associação de Reabilitação e Pesquisa Fonoaudiológica -, em parceria com o Centro de Produções de Legendas (CPL) e realização do Centro Cultural Banco do Brasil (CCBB).

[11] O Cinema Nacional Legendado – Videoteca – é da responsabilidade da ARPEF – Associação de Reabilitação e Pesquisa Fonoaudiológica, com o patrocínio da Petrobrás.

[12] Em São Paulo, em março/2007, pela primeira vez no Brasil e na América Latina, foi apresentada uma peça – "Andaime" – com a técnica da áudio-descrição. Além disso, foi distribuída uma sinopse da peça em BRAILLE.

[13] Art. 1º. É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados."

[14]Art. 2º. Para os fins deste Decreto, considera-se pessoa surda aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais – Libras.

[15] Autor do livro "Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos", Rio de Janeiro: WVA, 4a. ed., 2002.

[16] Conforme informação contida no texto de Romeu Kazumi Sassaki, publicado na Revista Nacional de Reabilitação, nº 28, ano V, set./out. 2002.

[17] Decreto 3298/99: Art. 2º. Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurarem à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos

básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. Grifo acrescido.

[18] www.turismo.gov.br

[19] O Seminário Turismo Acessível, organizado pela Braztoa – Associação Brasileira das Operadoras de Turismo - discutiu as dificuldades e alternativas para inclusão turística da pessoa com deficiência.

[20] No período de 06.11.05 a 29.01.06, o Instituto Muito Especial iniciou o Projeto Percepções, que se baseou na realização de uma expedição pela América do Sul com uma equipe formada por 8 pessoas, sendo uma com deficiência visual, uma com deficiência auditiva e uma usuária de cadeira de rodas. Em 10.12.06, foi implementado o Projeto Serra Cadeira – Natal Luz, através do qual turistas em cadeiras de rodas foram levados a Gramado, onde visitaram os pontos turísticos da cidade, encerrando-se a programação com o desfile do Natal Luz.

[21] Em Boituva/SP, uma escola de pára-quedismo dispõe do serviço "salto de pára-quedas adaptado".

[22] No Parque Estadual Altamiro de Moura Pacheco, em Goiânia, uma de suas trilhas, a Trilha Peba, é acessível às pessoas com deficiência visual, permitindo a esse público a prática do ecoturismo como meio para inclusão social.

[23] Desde março de 2004, a Infraero e a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República firmaram parceria visando à verificação das barreiras arquitetônicas e de informações existentes nos aeroportos brasileiros e suas respectivas remoções.

Bibliografia

Brasil. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Acessibilidade – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005.

PRADO, Adriana Romeiro (Coord). Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM. Unidade de Políticas Públicas – UPP. Município acessível ao cidadão. São Paulo: 2001.

CUNHA, Alexandre Sanches. Todas as Constituições brasileiras. Campinas: Brookseller, 2001.

PINHEIRO, Naide Maria (Org). Estatuto do Idoso Comentado (organizadora). – Campinas: LZN, 2006.

A SINERGIA ENTRE A PSICOLOGIA NO ESPORTE ADAPTADO E OS QUATRO PILARES DA EDUCAÇÃO

O que uma coisa tem a ver com a outra?
Muito mais do que se imagina

Eliane Lemos

Resumo: A opinião dos que atuam com o processo de reabilitação de pessoas com deficiência é unânime quanto aos benefícios que a prática do esporte adaptado traz em relação ao processo de reabilitação física, psicológica e social. O esporte têm sido uma das ferramentas para o resgate da auto-estima, fortalecimento da personalidade e na facilitação do exercício da cidadania de cada um dos seus praticantes. A diversidade que existe entre os praticantes, contempla amplo espectro da humanidade quanto a: sexo, idade, classe social, cultural, grau de escolaridade, etnia e tipo de deficiência. Unir a psicologia, esporte adaptado e educação nesse contexto, representa um desafio que é superado em companhia de pessoas que sabem o real significado do conceito SUPERAÇÃO. A psicologia é uma ciência que facilita a descoberta do próprio EU e por ser um processo, utiliza a mesma base que é aplicada no processo de educação: Aprender a conhecer, Aprender a fazer, Aprender a viver junto e Aprender a Ser. Processos que se unem e estabelece a devida sinergia para facilitar o processo de inclusão e integração da pessoa com deficiência.

Palavras-chaves: deficiência, psicologia do esporte adaptado, esporte adaptado, sinergia, pilares da educação, reabilitação física, psicológica e social.

Abstract: *Experts who deal with the process of rehabilitation of persons with disabilities are unanimous in affirming the benefits presented by adapted sports to the process of physical, psychological and social rehabilitation. Sport has been regarded as one of the most helpful tools in regard to the strengthening of self-esteem and character, and to the exercise of citizenship of each and every of its practitioners. Practitioners of adapted sports are very diverse, especially in relation to gender, age, social class, culture, educational level, ethnicity and type of disability. To bring together psychology, adapted sport and education, in this context, represents a challenge that will be overcome together with people who know the real meaning of*

OVERCOMING. Psychology is a science that enables persons to find their inner selves and, because this is a continuous process, it uses the same bases applied in the processes related to education: learn to learn, learn to do, learn to live together and learn to be. These are processes that get together and establish the synergy that enables the processes of inclusion and integration of person with disability.

Keywords: *disability, psychology of adapted sport, synergy, pillars of education, physical, psychological and social rehabilitation.*

1. Sinergia entre as ciências e a pessoa com deficiência

Sinergia tem sido um termo em voga nos últimos tempos, principalmente por quem discute o trabalho em equipe. Pode ser definida de forma estrita, como encontrada no dicionário Aurélio, [do grego *synergía*]

> 1. Ato ou esforço coordenado de vários órgãos na realização de uma função.
>
> 2. Associação simultânea de vários fatores que contribuem para uma ação coordenada; ou então compreendida mais intensa, como a introduzida por Igor Ansoff no livro Corporate Startegy, que se refere à convicção de que dois mais dois podem ser cinco. Esta é uma não evidência que serviu para justificar as injustificáveis operações de fusão e aquisição que caracterizaram o mundo dos negócios nos anos 80 e procura provar que duas empresas juntas valem mais do que a soma das duas separadas.

A união é maior do que a soma das partes.

Nessa linha de raciocínio, a psicologia se une às demais ciências e se apresenta como a que favorece a descoberta da competência humana. Essa união fortalece e preserva a identidade de cada um dos seus membros para compor uma equipe forte e vencedora.

Nem faz tanto tempo assim que para qualquer pessoa, ir a um psicólogo era declarar estar louco ou então que psicólogo era um profissional frio que somente escutava enquanto o paciente ficava deitado em um divã. Mitos em torno dessa ciência foram criados, porém com o passar do tempo, os profissionais dessa área conquistaram respeito, reconhecimento e espaço para atuarem.

Psicologia é a ciência que estuda o comportamento humano e seus processos psíquicos. Diretamente ligado ao processo de mudança e transformação com o objetivo de encontrar o equilíbrio emocional.

Aliar a psicologia no esporte adaptado é passar por conceitos como reabilitação, inclusão e integração da pessoa com deficiência. Para compreender a psicologia no esporte é preciso compreender a psicologia do esporte:

> No esporte – ciência que aplica seus recursos para o autoconhecimento do atleta e toda a equipe técnica. Pode ser realizada fora do contexto esportivo.

> Do esporte – ciência da psicologia aplicada ao esporte e às situações esportivas, dessa forma Singer (1978) a define.

Outras contribuições são trazidas por Alderman (1980 in: Brandão, 2000) que afirma ser o efeito do esporte sobre o comportamento humano e mais ampliado sobre a visão de Gill (1986), ramo das ciências do esporte e do exercício que busca fornecer respostas para questões sobre o comportamento humano no esporte.

Cratty (1989) resume satisfatoriamente quando diz que a psicologia do esporte é uma subárea da psicologia que focaliza o atleta e o esporte. Tanto a psicologia no esporte como a do esporte, se preocupam com o autoconhecimento do atleta.

Brandão (2000) nos lembra que para alguns autores a Psicologia do Esporte é um ramo da Psicologia; para outros, uma subárea das Ciências do esporte e, para outros, ainda, uma ciência aplicada. Assim, se é difícil encontrar um consenso sobre o que é o campo da psicologia do esporte, mais difícil ainda se torna saber quem é o profissional que trabalha com a Psicologia do Esporte.

Mais complicado ainda, saber quem atua com a psicologia do esporte adaptado no Brasil, país onde os dados estatísticos de pessoas com deficiência aumentam a cada ano e que o atendimento desse público, em sua maioria fica sob a responsabilidade do terceiro setor, que por sua vez não possui recursos para manter esse processo.

No Brasil, são 24,5 milhões de pessoas que possuem qualquer tipo de deficiência (física, visual, cognitiva ou auditiva) dado registrado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no ano de 2001. Por mês, em média, 10.000 pessoas ficam deficientes, ou seja, nos tempos atuais esse número já foi superado. Isso significa que em média 24,5 milhões de pessoas buscam o direito de exercer sua cidadania de forma digna e respeitável.

O esporte adaptado surge como uma possibilidade de incluir o que a sociedade excluiu, por não saber fazer diferente. Lidar com a deficiência seja ela inata ou adquirida, requer mais do que amor requer informação. Serve como base para que essa pessoa seja quem deve ser, nem mais, nem menos. É possibilitar a sua atuação no mundo como um ser que se relaciona e está em equilíbrio interno e externo.

Na busca desse equilíbrio surge a psicologia como instrumento que viabiliza a aceitação da própria deficiência por meio do autoconhecimento. A pessoa com deficiência descobre nesse processo que a aceitação é muito mais ampla do que a própria condição, é aceitar a sua própria identidade.

> Após o acidente que me paralisou, tive que re-aprender a ter uma vida normal e conviver com essa deficiência e com a ajuda da minha família

> e apoio de alguns amigos cheguei onde estou. O principal problema que me deparei após o acidente, não foi à deficiência e sim o meu estado mental para viver assim. Um acidente desse gênero realmente afeta qualquer ser humano. F.B. – tetraplégico (14 anos).

O homem é uma peça inserida numa sociedade que se desenvolve, da qual ele propicia o desenvolvimento do próprio ser humano. Nessa relação social ele estabelece suas bases de aprendizagem e desenvolvimento. Não apenas os profissionais da saúde pousam seu olhar no desenvolvimento, seja ele físico, social ou emocional, os órgãos governamentais, da educação e política, também o fazem e esse olhar é cada vez mais comprometido com a forma holística de compreensão do homem inserido na sociedade na qual ele deve ser um protagonista.

As desigualdades sociais acentuam cada vez mais as diferenças individuais, não como forma de valorização, mas sim de depreciação no que o ser humano tem de maior riqueza, sua própria identidade. Dessa forma, ser uma pessoa com deficiência torna-o excluído do que se propõe como normal.

Para o sociólogo francês Émile Durkheim (1858 – 1917), normal é aquilo que é ao mesmo tempo obrigatório para o indivíduo e superior a ele. Como mudar o curso da natureza humana quando ninguém fez a opção em nascer com ou adquirir uma deficiência para si próprio? Então falar de normal é amplo, complexo e polêmico.

A conceitualização de normal sempre será uma questão polêmica, normal para quem e para quê?

Pensar em normal, nos leva a compreender o que Schwartzman diz sobre a normalização:

> termo que tem sido utilizado também no sentido de identificar uma série de ações que propiciam ao individuo portador de deficiências as mesmas oportunidades que são oferecidas aos indivíduos ditos normais, porém, particularmente, tenho restrições ao uso desta palavra, pois receio que ela seja utilizada com a conotação de transformar o individuo portador de deficiência em um individuo normal.(SCHWARTZMAN, 1997)

Lidar com o diferente requer algo maior que o amor próprio, requer tolerância com as diferenças e informação. Para se ter acesso à informação, é preciso que toda a sociedade tenha acesso ao conhecimento, e conhecimento é a transformação da ignorância em saber.

Cabe à educação a missão de transformar a ignorância em conhecimento, e nesse contexto, as demais ciências podem contribuir e se tornam co-responsáveis pelo desenvolvimento humano.

No espaço que cabe à psicologia, seja social, do trabalho, jurídica e esportiva, entre tantas outras formas de atuação dessa ciência - que tem como foco principal à alma do ser humano - que ela esteja em perfeita harmonia com suas

características individuais e únicas. É essa a riqueza que deve ser descoberta por todos nós seres que compõem uma sociedade.

O que há de potência para gerar a força motriz que nos leva adiante? O que não permite a nossa desistência e continuar em frente?

Trilhar o aprendizado de si próprio em companhia dos quatro pilares da educação, no relatório da UNESCO realizado pela Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, coordenada por Jacques Delors: Aprender a Ser, Aprender a Conviver, Aprender a Conhecer e Aprender a Fazer, é poder estabelecer um forte alicerce para a descoberta de sua identidade.

Aliar as ferramentas da psicologia às ferramentas do conhecimento toma-se como base os quatro pilares da educação, que é uma forma viável de união, ultrapassa a soma das partes, provoca a sinergia entre forças que podem transformar e nos torna quem somos na maior plenitude, é o ser pelo ser![1]

2. Quatro Pilares da Educação e a Psicologia no Esporte Adaptado.

Mais do que nunca a educação parece ter, como papel essencial, conferir a todos os seres humanos a liberdade de pensamento, discernimento, sentimentos e imaginação de que necessitam para desenvolver seus talentos e permanecerem, tanto quanto possível dono do seu próprio destino. (Unesco, 1999)

Na psicologia essa preocupação com liberdade do ser humano, torna-se a base de todo o seu trabalho científico.

A educação, assim como a psicologia, ao longo de toda a sua existência, baseia-se em quatro pilares:

Aprender a conhecer

Aprender a fazer

Aprender a viver junto

Aprender a ser

Dessa forma, há de se buscar o desenvolvimento das competências cognitivas, produtivas, relacionais e pessoais.

2.1 Aprender a Conhecer. Desenvolvimento das Competências Cognitivas.

Conhece-te a ti mesmo! Sócrates

Torna-te consciente de tua ignorância - como sendo o ápice da sabedoria, que é o desejo da ciência mediante a virtude, essa era a proposta de Sócrates e que sempre esteve presente no âmago da psicologia. Conhecer a si mesmo significa precisamente ter consciência racional de si mesmo, para organizar racionalmente a própria vida.

A psicologia utiliza a observação e análise do comportamento, além de alguns testes de personalidade e inteligência, para mensurar de forma científica essa etapa. Os resultados dos testes psicológicos servem como informações adicionais a todo o processo de avaliação. Variáveis como: currículo educacional e profissional dos atletas deve ser levado em consideração nesse processo.

Compreender essa etapa significa compreender o motivo pelo qual a lei de reserva de cotas para a contratação da pessoa com deficiência, ainda esteja abaixo do esperado. Muitas vagas estão disponíveis no mercado de trabalho, além da questão benefício social e aposentadoria, o nível de escolaridade tem se apresentado como um fator que dificulta a contratação. Fica a reflexão: que processo de inclusão na educação está em discussão em todo o país que ainda mantêm tantos do lado de fora? Falta informação? Acessibilidade? Enfim, isso daria uma outra pauta de análise e discussão.

Aprender a conhecer, combinando uma cultura geral, o que também significa aprender a aprender para beneficiar-se das oportunidades oferecidas pela educação ao longo de toda a vida. No processo do autoconhecimento, é preciso aprender sobre quem você é. Responder a essa pergunta é superar a primeira etapa de uma trilha que o levará ao encontro da sua potencialidade e individuação humana.

Ser diferente não é ser melhor nem pior, é simplesmente ser diferente!

Atualmente a mídia atua como um agente que busca a normalização do diferente, todas as pessoas devem ser iguais em peso, medidas, na escolha das marcas de suas roupas e alimentos. Os resultados demonstram o desequilíbrio que isso proporciona, aumento nos índices dos distúrbios alimentares (bulimia e anorexia), no início precoce das atividades sexuais, entre tantos outros desserviços para a sociedade. Faz-se urgente reconhecer a importância de validar a diferença, respeitar a individualidade.

Saber quem eu sou, me manterá no caminho do exercício da livre escolha!

A cobrança externa de quem eu deveria ser se manterá apenas como algo externo do que deveria ser aceito e nada mais. Essa criança, jovem ou adulta, se manterá fiel ao seu EU e não ao EU de quem acredita poder ditar regras para que o outro seja.

Algumas atividades que a psicologia do esporte pode desenvolver com os atletas para facilitar o desenvolvimento das competências cognitivas:

- § Incentivar a descoberta pela leitura, realização de cálculos, análise e interpretação de textos, fatos e situações.
- § Vivenciar situações polêmicas por meio da dramatização ou outras formas de comunicação que favoreça a participação do time.

§ Analisar vídeos, filmes ou situações de jogos que desafiaram seu equilíbrio emocional e grupal.

2. 2 Aprender a fazer. Desenvolvimento das Competências Produtivas

Aprender a fazer, a fim de adquirir, não somente uma qualificação profissional, mas de uma maneira mais ampla, competências que tornem a pessoa apta a enfrentar numerosas situações e a trabalhar em equipe. Aprender a fazer, no âmbito das diversas experiências sociais ou de trabalho que se oferecem aos jovens e adolescentes, quer espontaneamente, fruto do contexto local ou nacional, quer formalmente, graças ao desenvolvimento do ensino alternado com o trabalho.

Se eu sei quem sou, saberei falar sobre o que desejo em minha vida e dessa forma, planejar para chegar onde pretendo estar!

O que pode ser observado entre as pessoas com deficiência é que vivenciam mais a própria deficiência do que o planejamento de seu futuro. Ao nos depararmos com as pessoas que ficam nos faróis da cidade veremos que eles vivem um dia por vez. Muitas são as correntes que circulam pela Internet que devemos viver o dia de hoje como se não houvesse amanhã.

Essa é uma premissa verdadeira, porém há de se incluir que planejar o dia seguinte nos deixará mais confiantes do futuro. Viver o dia de hoje está diretamente ligado ao saborear o que a vida te deu hoje.

O momento exato em que está com a sua família, amigos e principalmente com você mesmo, porém, isso não o exime de acreditar que haverá um amanhã.

Acreditar que existirá um amanhã é um convite para realizar seus sonhos, para isso é preciso um plano estratégico. O que devo aprender para que o meu plano alcance resultados positivos.

As pessoas que obtém o sucesso descobriram que existe dentro dela a força criadora que a levará para onde ela deseja ir. O contrário também é verdadeiro, acreditar-se um desafortunado, só o manterá nos faróis da cidade.

Ao apresentar o projeto Cesta de Três, que em 2001, implantei na ADD – Associação Desportiva para Deficientes, para uma criança com oito anos de idade, ela me perguntou: "Quer dizer que quando eu crescer eu não vou precisar vender balas no farol?" G.R.

Esse questionamento surgiu do coração de uma criança que perdeu a perna num acidente de carro. Aos cinco anos de idade, preciso re-aprender a andar com uma prótese, até então desconhecida de suas brincadeiras com as bonecas.

Fatalidade adquirir uma deficiência por negligência de uma pessoa alcoolizada ao volante, fatalidade ver uma criança com um sonho de vida negativo. Em seu coração infantil não havia espaço, até aquele momento, de ter em

suas mãos a possibilidade de sonhar como as crianças de sua idade. Crescer, estudar, trabalhar, casar e ter filhos. Transformar essa fatalidade em força motriz que gera a realização de sonhos, é o desafio da psicologia.

2.3 Aprender a viver junto, aprender a conviver com os outros. Desenvolvimento das Competências Relacionais

> Nenhum homem é uma ilha em si mesmo, todo homem é uma partícula do continente, uma parte da terra... John Donne (1572-1631).

A educação tem por missão, por um lado, transmitir conhecimentos sobre a diversidade da espécie humana e, por outro, levar as pessoas a tomarem consciência das semelhanças e da interdependência entre todos os seres humanos do planeta e a psicologia favorece o autoconhecimento para transitar nesse âmbito com segurança.

Aprender a viver junto desenvolvendo a compreensão do outro e a percepção das interdependências - realizar projetos comuns e preparar-se para gerir conflitos - no respeito pelos valores do pluralismo, da compreensão mútua e da paz. Somos todos partes integrantes desse universo.

Saber quem eu sou, saber o que quero e o que devo realizar para conquistar meu sonho, e não ter com quem celebrar, não permitirá saborear a vitória!

O esporte atua como um forte exemplo do trabalho em equipe. No início somos apenas um grupo de pessoas, nada mais do que isso. Quando conhecemos a riqueza da diversidade que compõem esse grupo e respeitamos e valorizamos essas diferenças, damos início à construção de um time. Passamos pela etapa de equipe até conseguirmos a sinergia que move uma equipe de sucesso, ou seja, um time.

Quando o time ganha, celebramos juntos. Quando o time perde, analisamos os pontos que devem ser melhorados juntos também. Somos co-responsáveis e compartilhamos sucessos e fracassos. Somente existe um time, se houver a consciência de que somente somos iguais frente aos direitos e responsabilidades. Nossas semelhanças nos unem, porém nossas diferenças nos fortalecem.

Aprender a conviver com a diferença do outro, é facilitar o processo para que o outro aprenda a conviver com a minha diferença. Podemos dizer que é nesse ponto que existe o equilibro. Fator tão cobiçado por todos os seres humanos. A psicologia irá facilitar o processo de desenvolvimento da competência relacional, por meio da reflexão: Quem é diferente: eu ou você?

Trabalhar temas como as diferentes formas de comunicação inter e intrapessoal, conviver em sociedade, atitudes com o coletivo e com ambiente, interação, reconhecimento do outro, afetividade e sexualidade da pessoa com deficiência, favorece a sinergia do time.

2.4 Aprender a ser. Desenvolvimento das Competências Pessoais

Torna-te aquilo que és.

Faze sempre o que quiseres;

Mas sê desde logo daqueles que podem querer. Nietzsche

Fortalecer a identidade de cada ser deveria contar como uma das premissas de cada ciência humana. Todos somos responsáveis pelo equilíbrio na sociedade, dessa forma, todos devem ser mais do que muitos dizem que deveriam ser. Devemos ser o nosso melhor.

O técnico competente facilita a participação de seus atletas, pede sugestões, opiniões, soluções para problemas e conflitos. Todos participam. Dar uma opinião, uma sugestão, criticar, elogiar, ou seja, ficar em evidência por alguns minutos, é se expor. Falar em público, por mais que pareça fácil para muitas pessoas, o mesmo não é verdadeiro para tantas outras. Pessoas com baixa autoestima, dificilmente se posicionam de forma positiva, seja para concordar ou não de qualquer coisa que se apresente.

Todos os seres humanos são dotados de memória, raciocínio, sentido estético, capacidades físicas, aptidão para comunicar-se, seja em menor ou maior grau. Para alguns, esses fatores são muito simples, para outros não.

Novamente só posso mudar o que conheço. Se existe a dificuldade de raciocínio, que característica positiva da personalidade dessa pessoa irá favorecer o processo de desenvolvimento?

Trabalhar com a psicologia no esporte adaptado é um convite para ingressar no mundo das possibilidades e potencialidades de qualquer ser humano, com ou sem deficiência.

A psicologia nesse aspecto auxilia as pessoas com deficiência e todos os que circulam nesse universo, para que facilitem o despertar do verbo SER. Ser uma realização dos sonhos mais coloridos. Ser a possibilidade de substituir o infelizmente pelo felizmente. Ser a mudança de fracasso para sucesso. Ser nos mais variados espectros de sua existência humana. Algumas vezes, ter êxito passa por um período de ajuste emocional que pode ser expresso pela sintomatologia depressiva, em alguns casos.

Muitas pesquisas mostram que a deficiência pode desencadear sintomas depressivos. No passado, afirmava-se que a depressão era uma resposta inevitável à aquisição de uma lesão medular, que era um estágio necessário no processo de reabilitação. Lemos (2000)

Os pacientes que não se deprimissem estariam negando sua condição física. Muitos estudos realizados entre as décadas de 1950 e 1970 (apud

Bombardier, 1994 In: Lemos, 2000), com esse enfoque e seus resultados, foram utilizados como um guia prático para a definição, diagnóstico e tratamento da depressão, chegando aos 100%.

Lemos (2000) lembra que na década de 1980, preocupados com o alto índice de depressão entre os lesionados, novos estudos utilizaram com maior cuidado a definição de depressão e demonstraram que a depressão não era inevitavelmente uma resposta à lesão medular. De fato, alguns pacientes tornaram-se deprimidos durante o processo de reabilitação, outros não, sugerindo assim, que a depressão não era uma etapa saudável do ajustamento, devendo ser tratada como uma outra complicação. Uma das intervenções foi agregar às técnicas de reabilitação a prática do esporte adaptado para atenuar os sintomas da depressão e da angústia. (Bombardier,1994)

O processo de equilíbrio emocional tem como primeira etapa o delinear se sua própria identidade que tem como primeira pergunta: Quem sou eu?

Nesse processo de autoconhecimento, a psicologia do esporte propõe alguns exercícios como:

§ Desenvolver a linha da vida para contar a história, do nascimento aos dias atuais e com projeção de futuro. Tomar consciência da própria linha da vida faz nascer o desejo de construir algo novo para o futuro.

§ Auto-retrato - identidade pessoal, autoconhecimento, auto-estima, auto-conceito, auto-confiança, como anda sua saúde, pontos fortes e fracos.

§ Aprender a lidar com esses aspectos da saúde.

§ Escrever a missão de vida, valores e a visão que tem do futuro. Momento para pensar sobre seu projeto de vida: expectativas e metas da vida pessoal e profissional.

Questões como:

a) Qual a minha missão de vida? Por que estou aqui?

b) Que valores permeiam minha vida? Do que não abro mão para cumprir minha missão?

c) Onde estarei daqui a dois anos? Cinco anos? Dez Anos?

§ Realizar o levantamento das expectativas dentro do esporte que escolheu para praticar, estimular a organização da própria equipe esportiva para ser um time.

§ Estimular a percepção das diversas dimensões de suas escolhas até o momento (redação, dramatização, falar de suas escolhas, qual o sentido da vida e a autodeterminação).

§ Trabalhar temas como:

§ Competência

§ Habilidade

§ Atitude.

§ Pensar sobre a visão que a sociedade tem e como ele próprio vê a deficiência. Focar deficiência x eficiência, onde está o ponto da resiliência?

3. Considerações Finais

> "Não sei por onde começar, mas aqui vai : Todos os meus problemas são conseqüentes de um acidente de carro que sofri dia 25 de agosto de 1997, ..." Ronaldo, 23 anos, tetraplégico.

Esse relato é de um jovem que está diante de condições incapacitantes ocasionadas por uma lesão medular. Em momento algum ele planejou esse fato em sua vida, porém terá que aprender a conviver com isso. Nessa constatação, ele dá início ao seu processo de descoberta de uma nova condição.

Não sei por onde terminar, mas aqui vai ...

Em se tratando do assunto deficiência, finalizar o assunto sempre será um desafio porque é um processo que está em constante aquisição de novos conceitos. Talvez seja essa uma das características que atrai os profissionais que falam sobre a deficiência. Muitos são os pontos de vistas, análises, reflexões, divergências e conclusões.

Demorei a compreender que dava mais ênfase a deficiência do que a pessoa, dessa forma montava uma grande lista do que não poderia ser feito. Aliás, era essa a forma utilizada pelos professores quando lecionavam a tão famigerada disciplina de Psicologia do Excepcional. Quando aprendi a olhar além das aparências, descobri que o protagonista estava pronto para superar limites e tomar suas próprias decisões. Afinal, a vida é dele.

Nós profissionais da área podemos apenas pensar sobre a mudança, porém está na decisão dele ser a própria mudança em sua vida. Somos apenas companheiros de viagem. Pensar e repensar as condições das pessoas com deficiência, é a ampliar as possibilidades da tão falada inclusão e integração.

Quando nos deparamos com o número alarmante de pessoas que nascem ou se tornam deficientes, nos deparamos também com as dificuldades que existem para que ele possa exercer sua cidadania, porque esse processo passa obrigatoriamente pela informação, como estratégia para eliminar não apenas as barreiras arquitetônicas, mas também o preconceito. Focalizamos a necessidade, quando deveríamos focalizar o potencial de cada um.

Pedrinelli & Verenguer (2005) nos diz que há um universo de possibilidades definidas pelas necessidades, desejos e potencialidades do praticante. O planejamento de um programa deve contemplar o desenvolvimento do saber, do saber fazer, do saber ser e do saber conviver, o que pressupõe considerar o

ser humano na sua totalidade, incluídos os domínios cognitivos, motor, emocional e social.

Rever a forma de pensar o outro como um universo de possibilidades, é estabelecer novos paradigmas, não apenas para os programas educacionais e esportivos, como também para os de intervenção psicológica e social.

Os quatro pilares da Educação podem ser utilizados como base para qualquer projeto de vida individual, com reflexos positivos na convivência em sociedade.

Todo ser humano tem o direito de decidir qual o caminho a trilhar, enquanto alguns ainda não crescem o suficiente para tal façanha, sejamos como o leal companheiro que respeita a individualidade de cada viajante que espera pelo amanhã.

> ... amanhã, apesar de hoje, será estrada que surge, para se trilhar.
>
> Guilherme Arantes

Nota

[1] Esse tem sido o aprendizado que venho conquistando há quase duas décadas. Conhecendo atletas, profissionais e familiares do CADEVI, Clube dos Paraplégicos de São Paulo, Equipe Magic Hands, Associação Desportiva para Deficientes, Equipe Cesta de Três, Crianças em Rodas e Kids, Clube Amigos dos Deficientes e Confederação Brasileira de Desportos para Cegos, a todos agradeço de coração. Muitas histórias foram compartilhadas com tanta profundidade que hoje fazem parte da minha biografia, porque me ensinaram que cada um deles tem nome e sobrenome e isso é mais importante que um diagnóstico.

Bibliografia

BOMBARDIER, C. H.; WHITE, D.M. Prediciting Inpatient Depression Following Spinal Cord Injury. Spinal Cord Injury Update. New York; Spring/Summer, 1994.

BRANDÃO, M. R. A formação e profissionalização do psicólogo do esporte. In: Rubio, K. (Org.) Psicologia do Esporte: interfaces, pesquisa e intervenção. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

CRATTY, B. J. Psychology in contemporary sport. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1989.

GILL, D. L. Psychological dynamics of sport. Champaign: Human Kinetics, 1986

LEMOS, E. A Estudo da sintomatologia depressiva entre adolescentes com lesão medular.Tese (Mestrado) São Paulo, 1999. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Área de concentração: Distúrbios do desenvolvimento.

PEDRINELLI, V. J. e VERENGUER, R. C. G. Educação Física Adaptada: Introdução ao universo das possibilidades. In: Atividade Física Adaptada. Gorgatti, M. G., Costa, R. F. (Org). – Barueri, SP: Manole, 2005.

RUBIO, K. O trajeto da psicologia do esporte e a formação de um campo profissional.

In: Rubio, K. (Org.) Psicologia do Esporte: interfaces, pesquisa e intervenção. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

SCHWARTZMAN, J. S. Integração: do que e de quem estamos falando? In: Mantoan, M. T. E.(Org.) A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema. São Paulo: Memnon: Editora SENAC, 1997.

SINGER, R. N. APPLIED Sport Psychology in the United States applied sport psychology. 1, 61-80, 1989

UNESCO – Relatório da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, coordenada por Jacques Delors. O Relatório está publicado em forma de livro no Brasil, com o título Educação: Um Tesouro a Descobrir (UNESCO, MEC, Cortez Editora, São Paulo, 1999).

ESPORTE TRANSFORMANDO VIDAS

Steven Dubner
Elisabeth Fernandes

Resumo: O esporte é uma das mais fabulosas ferramentas que a pessoa com deficiência tem a sua disposição para redescobrir a vida social. Ao abraçar a prática esportiva, ele percebe que esforço e dedicação são as chaves para conquistar qualquer coisa. Enfrentando com valentia suas próprias limitações, a pessoa com deficiência passa a perceber que ele pode trabalhar, namorar, casar, estudar, conhecer novos amigos, atividades que até então achava inatingíveis. O esporte é também o campo onde se colhe as melhores provas de sua capacidade, de seu potencial. A convivência praticada no esporte contribui para a inclusão e integração da pessoa com deficiência no seu contexto social.

Palavras Chaves: esporte, deficiência, inclusão, integração.

Abstract: *Sports is one of the most fabulous tools that the person with disability has at their disposal to rediscover their social life. Embracing the pratice of sports, the person perceives that effort and dedication are the keys to achieving anything. Confronting their own limitations with courage, person with disability begins to realize that he or she can work, date, get married, study, meet new friends, do activities that, until then, they thought unattainable. Sports is also the place to gather the best proof of your capacity and your potencial. The companionship experienced in sports contributes to the inclusion and integration of person with disability in a social context.*

Keywords: *sports, disability, inclusion, integration.*

1. O impacto do esporte no desenvolvimento psicossocial das pessoas com deficiência

O esporte é hoje um fenômeno social, cultural e educacional extremamente relevante, que pode contribuir para a melhorar da qualidade de vida e desenvolvimento psicossocial de seus praticantes, além de ser um agente de transformação social, e uma importante ferramenta de integração e inclusão social. Caracterizado por sua pluralidade, atualmente representa muito mais do que uma prática isolada, sendo considerado um fenômeno sócio-cultural dos mais importantes deste século.

Prova deste movimento é a mobilização criada em torno dos dois maiores eventos esportivos mundiais – as Olimpíadas e as Paraolimpíadas, que atraem e despertam a atenção de milhões de pessoas em todo o mundo. Para nós brasileiros, a realização dos Jogos Pan-Americanos e Parapan-Americanos 2007, que acontecerão pela primeira vez na mesma cidade, o Rio de Janeiro, reforçam o debate sobre a relevância do esporte. Campanhas sociais promovidas pelos meios de comunicação têm reforçado o papel educacional do esporte ao retratar as histórias de vidas de atletas brasileiros consagrados no cenário esportivo mundial. Percebe-se, assim, que cada vez mais o esporte se consolida como parte de nossa cultura.

Capaz de resgatar a auto-estima e desenvolver valores humanos necessários a uma sociedade saudável, o esporte promove o equilíbrio biológico, sociológico e psicológico das crianças, adolescentes e adultos, fortalecendo o elo com a escola, família e amigos; tirando-os da ociosidade, auxiliando na socialização, ajudando a respeitar, compartilhar e integrar-se com diferentes pessoas; ensinando a cooperação, a solidariedade, a expressão e controle de sentimentos e emoções; incentivando o arriscar-se; a superação de limites, a lidar com vitórias e derrotas; conhecer suas próprias forças e fraquezas, e a dos outros, vivenciar e desenvolver atividades em grupo; aprender espírito de equipe, de cooperação; de não discriminação, e a compreensão e aceitação das diferenças.

A teoria faz-se verdadeira em cada história de vida de crianças e adultos integrantes dos programas esportivos da ADD – Associação Desportiva para Deficientes, que há 11 anos desenvolve um trabalho de reintegração da pessoa com deficiência à sociedade por meio da prática esportiva e da educação. Esse é o caso de Wesley Ventura Ramos da Silva, de 10 anos, integrante de uma das equipes infantis de basquete em cadeira de rodas da ADD:

> Ele era uma criança insegura, tinha dificuldade para se comunicar e se relacionar com os amiguinhos da escola. Wesley venceu barreiras, se superou e hoje as crianças o ajudam com a mochila, conseguiu se sociabilizar e adora se comunicar com os atletas adultos contou orgulhosa a mãe de Wesley, Cleusa Ventura.

O esporte é um processo dinâmico e inclusivo, vivenciado em uma situação de grande diversidade de temperamentos, personalidades, idéias, sentimentos e ações e, aceitar as diferenças individuais é fundamental. Afinal, o princípio da diversidade é fundamental para que as atitudes das crianças sejam norteadas pela generosidade, solidariedade, respeito e ética. Na vida ninguém é igual a ninguém, e só temos a ganhar convivendo com as diferenças.

O convívio social através do esporte ajuda crianças, adolescentes e adultos a superar dificuldades e a tornarem-se mais autônomas. O esporte colabora na construção e educação de uma geração confiante no futuro, com maiores condições de conquistar seu espaço na sociedade, ajuda a ter uma visão de mundo mais abrangente, a serem cidadãos comprometidos e envolvidos na transformação de nossa sociedade. É quase uma escola por si só. As atividades esportivas, os jogos e as brincadeiras têm potencial para educar e proporcionar alegria e bem-estar.

2. O esporte como ferramenta educacional

O esporte como ferramenta educacional visa desenvolver as competências cognitivas, de gestão, relacionais e pessoais, fundamentais para o desenvolvimento humano, oferecendo uma oportunidade de desenvolvimento integral às crianças e aos adolescentes.

A prática esportiva como instrumento educacional visa o desenvolvimento integral das crianças, jovens e adolescentes, capacitando-as a lidar com suas necessidades, desejos e expectativas, bem como com as necessidades, expectativas e desejos dos outros, de forma que possam desenvolver as competências técnicas, sociais e comunicativas, essenciais para o seu processo de desenvolvimento individual e social.

O esporte como instrumento pedagógico precisa se integrar às finalidades gerais da educação, de desenvolvimento das individualidades, de formação para a cidadania e de orientação para a prática social.

Graças ao potencial que o esporte tem de educar, várias competências são aprendidas e desenvolvidas nas diversas etapas do desenvolvimento e aprendizagem esportiva. O esporte ajuda a formar indivíduos autônomos e livres, fortalecendo o ser humano e suas relações com os outros e com o mundo que o cerca. O esporte contribui para o desenvolvimento de todas as dimensões da vida despertando nas crianças e jovens a capacidade de compreender a sua realidade, realizar seus sonhos, estimulando a criatividade e criticidade para participar de sua sociedade como cidadãos e contribuir com idéias e ações para a transformação da sua própria vida, de suas comunidades e da sociedade como um todo, cientes de seus direitos e suas responsabilidades e sem perder de vista a identidade cultural.

3. Início do esporte para pessoas com deficiência

O Esporte Adaptado surgiu no início do século XX, de forma muito tímida. Na primeira década do século, iniciaram-se as atividades competitivas para jovens com deficiências auditivas, especialmente em modalidades coletivas. Por volta de 1920, tiveram início às atividades para jovens com deficiência visual, especialmente a natação e o atletismo.

Para pessoas com deficiências físicas, o início do esporte oficialmente se deu ao final da Segunda Guerra Mundial, entre 1944 e 1952, quando os soldados voltaram para os seus países de origem com vários tipos de mutilações e outras deficiências físicas.

As primeiras modalidades tiveram origem na Inglaterra e nos Estados Unidos. Na Inglaterra, por iniciativa do médico Ludwig Guttmann, indivíduos com lesão medular ou amputações de membros inferiores começaram a praticar jogos esportivos em um hospital em Stoke Mandeville.

Nos Estados Unidos, por iniciativa da PVA (Paralyzed Veterans of América), surgiram as primeiras equipes de basquetebol em cadeira de rodas e as primeiras competições de atletismo e natação.

Desde então, o esporte para pessoas com deficiência não parou de crescer e, desde 1960, ocorrem os Jogos Paraolímpicos, sempre alguns dias após e, na mesma sede dos Jogos Olímpicos convencionais.

Este segmento esportivo é muito praticado e muito divulgado em todo o mundo, principalmente nos Estados Unidos e Europa. As Paraolimpíadas e o Esporte Adaptado, nesses países, são muito divulgados e acompanhados pela mídia e pela população, na mesma proporção que acontece com os esportes convencionais.

No Brasil, o esporte adaptado surgiu em 1958 com a fundação de dois clubes esportivos (um no Rio e outro em São Paulo). Nos últimos cinco anos, o Esporte Adaptado brasileiro vem evoluindo, mas por falta de informação e, principalmente, de condições específicas para a sua prática, muitas pessoas com deficiência ainda não têm acesso a ele.

Mesmo sem o apoio necessário, as conquistas podem ser facilmente constatadas em algumas marcas alcançadas pelos atletas com deficiência. Os atletas paraolímpicos brasileiros conquistaram nas Paraolimpíadas de Atenas em 2004, 23 medalhas a mais que a equipe olímpica, foram 33 medalhas: 14 de ouro, 12 de prata e 7 de bronze, além dos vários recordes mundiais e paraolímpicos quebrados.

Os Jogos Paraolímpicos são o segundo maior evento do mundo perdendo apenas para as Olimpíadas.

4. A pessoa com deficiência e o esporte

De acordo com Organização Mundial de Saúde, 15% da população de países em desenvolvimento são compostas por pessoas com qualquer tipo de deficiência. Estima-se que no Brasil 10.000 pessoas fiquem deficientes físicas por mês, vítimas de acidentes de trabalho e da violência urbana – acidentes de trânsito e armas de fogo. Segundo o Censo 2000, realizado pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, cerca de 24.5 milhões de brasileiros apresentam alguma deficiência física, mental ou dificuldade para enxergar, ouvir ou locomover-se.

Há 27 anos trabalho com o esporte para pessoas com deficiência e é impressionante como a maioria da sociedade brasileira desconhece a dimensão do cenário da deficiência no Brasil. E muitos perguntam: "Mas onde estão essas pessoas?". Elas estão dentro de suas casas, porque em muitos casos, elas ficam desmotivadas e sem perspectivas de reagir diante dessa realidade. Quando finalmente criam coragem para sair da reclusão, são vítimas do preconceito e da falta de espaços públicos adequados que propiciem o mínimo de condições de acesso e conforto.

Pessoas que apresentam limitações físicas, sensoriais ou mentais são freqüentemente consideradas incapacitadas não devido a uma doença diagnosticada, mas porque não têm acesso à educação, aos mercados de trabalho e a serviços públicos. Essa exclusão leva à pobreza e, num círculo vicioso, a pobreza acarreta ainda mais deficiência, pelo aumento da vulnerabilidade à má nutrição, às doenças e à insegurança na vida e nas condições de trabalho.

Por isso a importância de que familiares e instituições ligadas diretamente à questão da pessoa com deficiência propiciem e ofereçam oportunidades que, possibilitem e contribuam para o bom desenvolvimento físico, emocional e social, estruturando-as e fortalecendo-as para lidarem com os preconceitos e discriminação e a buscarem como cidadãos sua integração e inclusão na sociedade.

A pessoa com deficiência tem poucas oportunidades para se movimentar, jogar ou praticar atividades físicas ou esporte, elas necessitam de oportunidades nas quais possam conhecer-se, auto-explorar-se, perceber e descobrir dentro de si suas potencialidade e limitações, testar suas possibilidades, além de prevenir doenças secundárias conseqüência da falta de movimento. A prática de esporte é uma das grandes possibilidades de ganhos para a pessoa com deficiência, o esporte é uma importante e eficaz ferramenta de autodesenvolvimento, de auto-gestão, de vida independente, fatores fundamentais para a inclusão da pessoa com deficiência em uma sociedade excludente.

Famílias que oferecem às crianças e adolescentes com deficiência a oportunidade da prática de uma atividade esportiva adaptada as suas necessidades, estão preparando seus filhos para o mundo, para enfrentar as dificuldades do cotidiano.

"Apesar da preocupação comum dos pais, agora conseguimos imaginar Felipe mais velho, saindo com a turma de amigos e se divertindo", contou Valéria Kohlmann Salas quando perguntada sobre o futuro do filho, Felipe Kohlmann, adolescente integrante do Programa Crianças da ADD. O grande tranqüilizador foi a oportunidade que o filho teve ao conviver com os atletas adultos da ADD. "Eu e o meu marido ficamos observando os atletas adultos. De cadeira ou muletas, eles atingem sua independência e tratam a deficiência com naturalidade e bom humor", lembrou Valéria que completou, "neste momento, meu marido comentou que já imaginava o Felipe integrado e feliz".

Essas experiências acrescidas a outras oportunidades ajudam na formação de cidadãos conscientes de suas possibilidades e limitações, seus deveres e seus direitos. A falta dessas oportunidades irá limitar as experiências e vivências das pessoas com deficiência, que cada vez mais irão ficar alienadas e excluídas de uma sociedade dinâmica e altamente competitiva.

5. Esporte no desenvolvimento de crianças e adolescentes com deficiência

A importância da prática esportiva para crianças e adolescentes pode ser vista através do processo de desenvolvimento humano em suas diversas etapas. Os programas esportivos devem ser pensados sempre tendo como ponto de partida o estágio de desenvolvimento nos quais as crianças e adolescentes se encontram.

Dos 3 a 6 anos, as crianças já apresentam progresso em habilidades motoras gerais tais como saltar, correr; ocorre o desenvolvimento das áreas sensoriais e motoras do córtex; os ossos e músculos ficam mais fortes e a capacidade respiratória aumenta. Há melhora nas habilidades motoras finas como abotoar e desenhar e a definição do uso de uma das mãos. Neste período as crianças têm desenvolvimento motor melhor em brincadeiras ativas livres não organizadas e ainda não estão preparadas para participar de esportes organizados.

O desenvolvimento psicossocial também é de fundamental importância, o desenvolvimento do Eu inicia-se com o autoconceito que é a imagem de nós mesmos. O senso de identidade tem raízes sociais, as crianças incorporam em seu autoconceito uma compreensão de como os outros a vêem. Elas também desenvolvem a autodefinição que é a identificação de um conjunto de caracte-

rísticas para descrever a si mesmo, e a auto-estima que é o julgamento que fazemos acerca de nosso próprio valor.

As crianças também crescem pelo brincar, elas estimulam os sentidos, aprendem a usar os músculos, coordenam o que vêem com o que fazem, e adquirem domínio sobre seus corpos, exploram o mundo e a si mesmas, adquirem novas habilidades, tornam-se mais eficientes na comunicação, experimentam diferentes papéis e situações da vida real, lidam com emoções complexas. Dos 6 aos 10 anos a participação em grupos torna-se cada vez mais importante para a socialização infantil.

Dos 6 a 12 anos, as crianças tornam-se mais fortes, rápidas e bem coordenadas; preferem brincadeiras livres que envolvem lutas, golpes, perseguições, que ocorrem desde a terceira infância até a adolescência; as brincadeiras ajudam as crianças a avaliarem sua própria força.

As diferenças entre habilidades motoras de meninos e meninas tornam-se maiores quando se aproximam da puberdade; depois dos 13 anos as habilidades motoras dos meninos se aperfeiçoam enquanto os das meninas não mudam ou diminuem. Na adolescência, tanto meninos quanto meninas crescem rapidamente tanto em peso, altura e desenvolvimento muscular e esquelético.

A criança precisa vivenciar tanto as situações em que ela adquira novas habilidades quanto aquelas em que ela tem a autonomia para vivenciar as habilidades já adquiridas.

Considerada pelos pais como benéfica para crianças e adolescentes a prática esportiva é tão importante quanto às atividades intelectuais; pois auxiliam na aquisição de regras de conduta, de normas de comportamento, valores sociais; a competitividade prepara as crianças e adolescentes para a competitividade da vida social e principalmente profissional; ajudam a transmitir valores como respeito a regras e limites, a aceitação da vitória ou da derrota e ajuda a fortalecer as relações de solidariedade.

Brincar e praticar esportes são mais do que um prazer é um direito de todas as crianças que está assegurado na Carta dos Direitos da Criança no Esporte – elaborada no X Congresso do Panathlon Internacional em Avignone, 1995, "toda criança tem o direito de se divertir e brincar e de praticar esporte".

O esporte é um meio de inclusão social e ajuda a assegurar o desenvolvimento integrado e completo da mente, corpo e espírito, elementos importantes do desenvolvimento humano sadio.

Por isso quanto mais cedo as crianças tiverem a oportunidade de iniciar uma atividade esportiva, melhor será para seu desenvolvimento.

6. Benefícios da prática do esporte para pessoas com deficiência

A prática de atividades esportivas para a pessoa com deficiência traz inúmeros benefícios. O esporte colabora com o desenvolvimento motor proporcionado o funcionamento adequado de todo seus sistemas de modo que a pessoa possa responder adequadamente as demandas que o ambiente impõe; no neuromuscular possibilitando um harmonioso funcionamento de seu sistema nervoso para produzir os movimentos desejados; social ajustando a pessoa tanto individualmente quanto coletivamente, auxiliando na melhora da comunicação, a capacidade de interação e troca de idéias e informações, aceitação e participação no grupo, e finalmente ganhos em seu desenvolvimento emocional.

O aumento da auto-imagem, melhorando a imagem mental que ele faz de si mesmo de suas características físicas, emocionais; aumento da auto-estima acentuando o sentimento de valor próprio, aumento da confiança diante dos desafios da vida, aumento da certeza de seu valor pessoal; aumento do senso de valorização, aquele sentimento interno de ter valor pessoal, proporcionado maior respeito e valorização por si mesmo; aumento da autoconfiança proporcionando segurança intima em suas capacidades e potencialidades; aumento da independência dando maior autonomia, liberdade, a capacidade de assumir a responsabilidade pela condução de sua própria história; possibilita também a auto realização, a pessoa sente-se mais capaz de realizar, criar, fazer existir ou tornar real aquilo que imagina, almeja, deseja com próprios recursos, capacidade e esforço.

Praticar esporte também diminui a depressão, o abatimento, a ansiedade, angústia, letargia, libera a tensão, aumenta a criatividade; melhora qualidade de vida; aumenta o respeito a si mesmo; melhora a imagem corporal; contribui para a reabilitação física e psicológica, colabora no processo de tornar a pessoa com deficiência capaz de atingir um melhor nível mental, físico, social, para que ele possa produzir transformações em sua vida.

O esporte transforma as pessoas com deficiência em verdadeiros campeões. A cada dia eles encontram em seu interior uma energia extraordinária para vencer o medo, superar o preconceito e conquistar resultados expressivos tanto no esporte quanto em sua vida pessoal e social.

6.1 Para as pessoas com deficiência visual

As atividades esportivas e motoras voltadas para as pessoas com deficiência visual contemplam tanto os aspectos da educação motora proporcionado uma maior independência e confiança na execução das tarefas do dia-a-dia, quanto as competências sociais relativas aos valores e comportamentos fortale-

cendo o alicerce psicossocial, auxiliando o deficiente visual em sua adaptação ao cotidiano e sua inclusão na sociedade.

6.2 Para as pessoas com deficiência física

As pessoas com deficiência física são beneficiadas com a prática de atividade motoras ou esportivas em seus aspectos físicos, visando proporcionar maior independência e autonomia para as atividades diárias, nos aspectos psicológicos aumentando a autoconfiança, a auto-estima, favorecendo a auto superação, aumento da motivação.

6.3 Para as pessoas com deficiência mental

As atividades motoras e esportivas para o deficiente mental principalmente para que ela auxilie na manutenção da saúde e bem-estar, no aperfeiçoamento das capacidades motoras, e dar a pessoa com deficiência mental a oportunidade de fazer escolhas, tomar decisões.

6.4 Para as pessoas com deficiência auditiva

Para a pessoa com deficiência auditiva, ainda pouco contemplada com atividades motoras e esportivas, os benefícios são o desenvolvimento da capacidade sensorial, física e auditiva, aumentado sua autoconfiança, dando maior segurança e independência em sua interação e integração social.

7. O que falta para o Esporte?

Não existem dados oficiais a respeito do número de pessoas com deficiência que praticam alguma atividade esportiva. No entanto, de um universo de 24,5 milhões deficientes no Brasil com deficiência, especula-se que menos de 10% dos brasileiros com deficiência pratiquem alguma modalidade adaptada. Um número muito pequeno diante do potencial que o país possui, que pode ser atribuído a inúmeros fatores, como, por exemplo, falta de informação, falta de acessibilidade ou falta de equipamentos esportivos adaptados.

Acreditamos que o investimento no esporte, tanto de base como profissional, seja o caminho para que, através da participação nas atividades esportivas, os milhares de deficientes enclausurados em suas casas, inconformados, desmotivados e sem motivação para reagir diante dessa nova realidade, possam vislumbrar novas perspectivas de vida!

Algumas empresas e parte da sociedade já vêm fazendo um importante papel na fomentação do esporte adaptado ao patrocinar e apoiar as iniciativas de instituições que trabalham seriamente para o desenvolvimento da prática esportiva entre as pessoas com deficiência. Os 11 anos de trabalho à frente da ADD[1],

com milhares deficientes e familiares beneficiados com os nossos programas, somente foram possíveis porque conseguimos conscientizar o empresariado brasileiro sobre o potencial social e educacional por trás da atividade esportiva. Entretanto, significa alguns passos na longa caminhada que precisamos dar em direção de tornar o esporte adaptado em política pública e um direito de todo cidadão com deficiência.

Neste sentido, a Lei de Incentivo ao Esporte, sancionada em 29/12/06, pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, vem ao encontro de uma demanda por parte de organizações e instituições oficiais do esporte, de maiores investimentos no desenvolvimento e incremento do esporte para pessoas com deficiência. De acordo com a lei, as empresas que declaram Imposto de Renda pelo lucro real (7% do total das empresas brasileiras) poderão usar até 4% do valor devido para patrocinar projetos esportivos. No entanto, a isenção não poderá ultrapassar 1% do total arrecadado com o Imposto de Renda das empresas que optam por essa forma de cálculo.

Esperamos que os benefícios fiscais estimulem e contribuam para o crescimento dos investimentos no esporte adaptado porque há um enorme trabalho a ser feito. O Brasil tem vocação para ser uma potência paraolímpica. Temos atletas guerreiros que, sem as condições ideais, enchem suas bagagens de ouros, pratas e bronzes a cada nova Paraolimpíadas. Mas sem investimentos em esporte de base, para a formação esportiva de tantas crianças e adolescentes com deficiência, o Brasil deixará de conhecer novos Clodoaldos, Tenórios, Ádrias...

E mais que a descoberta de novos talentos esportivos, a falta de investimento também deixará a margem da sociedade milhares de pessoas com deficiência que podem encontrar no esporte a oportunidade de ganharem sua verdadeira medalha de ouro: seu desenvolvimento pessoal e sua qualidade de vida.

Nota

[1] O Esporte na ADD. Fundada em 1996, a ADD vai além, seu objetivo não é apenas formar atletas, sua principal preocupação diz respeito à qualidade de vida da pessoa com deficiência e, para isso, auxilia na inclusão e formação de cidadãos preparados para superarem preconceitos e medos. Na ADD crianças, adolescentes e adultos através da vivência esportiva, ultrapassam barreiras psicológicas, físicas e sociais impostas inicialmente pela deficiência para construir uma perspectiva de futuro. A ADD, com sua filosofia pautada principalmente no trabalho em equipe e na valorização da pessoa humana busca reintegrar a pessoa com deficiência à sociedade através da prática esportiva, investindo no desenvolvimento e na profissionalização do esporte adaptado. Em inglês, a palavra *add* significa somar, adicionar. A ADD acredita que cada um pode fazer um pouquinho e que essas ações somadas são o caminho para a construção de um grande ideal e de uma sociedade melhor para todos. Hoje a ADD apóia atletas

nas modalidades basquete em cadeiras de rodas adulto e infantil, atletismo, ciclismo tandem, escalada e surf. Na área de capacitação e geração de renda, a ADD oferece cursos para pessoas com deficiência e familiares. Em 2006, cerca de 2.800 pessoas foram beneficiadas diretamente pelos programas e atendimentos feitos pela ADD.

Programa esportivo para crianças da ADD. Embora o esporte tenha toda a sua relevância no aspecto social, educacional e cultural, como já amplamente exposto neste artigo, e que, quando praticado desde a infância, proporcione ganhos emocionais e sociais para as crianças, poucas têm sido as oportunidades que as crianças com deficiência possuem para o seu desenvolvimento esportivo. Nem mesmo a vivência esportiva dentro do âmbito escolar é, em muitos casos, concretizada. Isto porque as crianças com deficiência acabam sendo liberadas das aulas de educação física devido à falta de informação dos educadores.

Ao criar a primeira equipe infantil de basquete em cadeira de rodas do Brasil, em 2001, a ADD atendia duas demandas latentes: garantir às crianças com deficiência o direito ao esporte, previsto na Carta dos Direitos da Criança no Esporte, na Constituição Brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); e iniciar um trabalho de formação de base esportiva. Junto com a formação da equipe infantil, nascia o Programa Crianças ADD que visava levar a prática esportiva às crianças com deficiência, trazendo o aspecto lúdico do esporte ao processo, propiciando uma reflexão mais saudável sobre o comprometimento da deficiência, buscando o fortalecimento da personalidade da criança para que ela estabeleça um projeto de vida com confiança no futuro.

A vivência esportiva acontece entre crianças com e sem deficiência, permitindo que, paralelamente, haja um processo educacional e de conscientização no sentido de colaborar com a formação de novos cidadãos mais comprometidos e informados sobre a deficiência e sobre o potencial das pessoas com deficiência.

É interessante observar que a formação de atletas foi uma conseqüência natural pela própria falta de um trabalho de base e não uma condição de participação das crianças. Vale mencionar que, embora o desempenho dos para-atletas brasileiros nas Paraolimpíadas seja destacado, não existia um trabalho de formação esportiva com crianças e adolescentes em 2001.

Neste sentido, a história da adolescente Mariana do Nascimento Costa, integrante da primeira equipe infantil de basquete em cadeira de rodas e hoje atleta da equipe juvenil da ADD retrata bem esse processo. Com 18 anos, Mariana foi convocada para a primeira seletiva da Seleção Brasileira Feminina de Basquete em Cadeira de Rodas. "Foi uma grande experiência. Foi interessante treinar e conviver com atletas vindas de equipes diferentes". Mariana também contou que ficou surpresa com sua primeira convocação. "Quando me falaram que fui convocada, demorou um pouco para eu realmente acreditar", confessou a atleta.

Em 2006, após cinco anos de atividades, o Programa Crianças ampliou sua atuação e tornou-se mais abrangente proporcionando a criança à oportunidade de obter os benefícios da prática esportiva através da prática e vivência esportiva de várias modalidades esportivas, além de atividades recreativas, de lazer e culturais. Ampliando assim a gama de vivências e experiências que ajudarão as crianças a ter uma visão de mundo mais ampla.

O Programa Crianças tem como principais objetivos garantir a crianças e adolescentes com deficiências acesso à atividade física e esportiva; oferecer conteúdos diversificados através de vivências corporais nos jogos, esportes, dança, ginástica. Auxiliar o desenvolvimento integral da criança e adolescente, a buscar

e alcançar a autonomia e independência para atividades diárias e sociais é também seu objetivo; agregar valores como a capacidade de enfrentar desafios, solidariedade, cooperação através das atividades esportivas em grupo.

Temos muitos exemplos na ADD de crianças e adolescentes que através da vivência esportiva, ultrapassaram as barreiras psicológicas, físicas e sociais impostas inicialmente pela deficiência para construir uma perspectiva de futuro.

A experiência de 26 anos na área do esporte para pessoas com deficiência tem demonstrado o quanto elas podem ensinar para a sociedade. Infelizmente grande parte dos brasileiros desconhece o incrível potencial dos deficientes, marginalizando-os por falta de informação e de aproximação. Sabemos que falta de conhecimento é uma das maiores razões do preconceito e, precisamos quebrar este movimento para promover a aceitação da diversidade. As pessoas munidas de informação aprendem a enxergar as pessoas com deficiência com outros olhos.

A Grande Conquista!

A ADD quer mais, ela quer que toda pessoa com deficiência conquiste sua medalha de ouro! Ganhar uma medalha nas Paraolimpíadas é um feito surpreendente e imaginável, mas ganhar uma medalha de ouro todo dia é uma necessidade para muitos brasileiros!

Acordar de manhã e sair para trabalhar, pegar um ônibus que não tem elevador, subir calçadas que não têm rampas, pegar metrô que só tem escadas rolantes, ir de um lado para o outro. Passar por centenas de obstáculos: atravessar ruas correndo e com medo de ser atropelado, pois o tempo do semáforo é muito curto, ir ao banco e não conseguir entrar, tentar andar nas calçadas que são tão irregulares que acabam levando a andar na rua, correndo risco de atropelamento. Ir para a escola, estudar e depois fazer o mesmo percurso de volta para casa. Esse usuário de cadeira de rodas (poderia ser um cego ou qualquer pessoa com deficiência) merece ganhar uma medalha de ouro!

A ADD trabalha para que as pessoas com deficiência conquistem sua medalha da integração em todos os setores da sociedade, da inclusão numa sociedade que valorize e respeite a diversidade, da educação, da saúde, do emprego, do lazer, da cultura, do esporte, da cidadania, da participação sem barreiras, preconceitos ou discriminação. Essa é a medalha que eles querem e merecem conquistar. A medalha de ouro!

8. Bibliografia

ADAMS, Ronald. *Jogos, Esportes e Exercícios para o Deficiente Físico*, Ed. Manole Ltda, 1985.

BRASIL, Decreto nº 2.574, de 29 de abril de 1998 – Capítulo II – Da Natureza e das Finalidades do Desporto, Artigo 2º.

CAMPOS, Dinah M. S. *Psicologia e Desenvolvimento Humano*, Petrópolis, 2003, Editora Vozes, 3ª edição.

DE ROSE, Dante, Jr. Esporte e Atividade Física na Infância e na Adolescência, Porto Alegre, 2002, Artmed Editora.

FREITAS, Patrícia Silvestre. Educação Física e Esporte para Deficientes, INDESP, 2000.

GREGUOL, Márcia Gorgatti. Atividade Física Adaptada, Qualidade de Vida para Pessoas com Necessidades Especiais, Manole, 2005.

INSTITUTO ALPARGATAS. Educação por Meio do esporte, 2004.

KREBS, Ruy Jornada. A criança e o Esporte: Reflexões sustentadas pela Teoria dos Sistemas Ecológicos, Universidade do Estado de Santa Catarina (SC) e Universidade de Santa Cruz do Sul (RS).

PAPALIA, Diane. E. Desenvolvimento Humano, Porto Alegre, 2000, Artmed Editora, 7ª. Edição.

REVISTA Sentidos, Julho de 2005.

REVISTA Crescer, Julho 2005.

REVISTA Pais e Filhos, Julho 2005.

SAMULSKI, Dietmar. Manual de Treinamento Psicológico para o Esporte, Benno Becker Junior e Feevale, 1998.

http://www.mec.gov.br

http://www.cpb.org.br

http://www.webrun.com.br

http://www.universia.com.br

http://www.saudeprev.com.br

http://www.educacaopeloesporte.org.br

http://www.add.org.br

http://www.abradecar.org.br

http://www.ibge.gov.br

PESSOA COM DEFICIÊNCIA, BIOÉTICA E CÉLULAS-TRONCO

Waldir Macieira da Costa Filho

Resumo: Com o nascimento do primeiro ser humano gerado *in vitro* em laboratório, em julho de 1978 na Inglaterra, nasceram e se desenvolveram as técnicas de reprodução assistida. Com o desenvolvimento dos métodos de procriação em laboratório, a ciência passou a pesquisar e desenvolver modos de utilização de células-tronco. No Brasil, a Lei de Biossegurança, nº 11.105, de 29 de abril de 2005, regulamenta a manipulação, pesquisa e comércio dos Organismos Geneticamente Modificados – OGM, e, permite (Art. 5º) a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Em maio do mesmo ano, o Procurador-Geral da República ajuíza no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Art. 5º, com o argumento de que fere o direito de embriões e a inviolabilidade do direito à vida. O presente estudo demonstra a constitucionalidade do Art. 5º e a necessidade da pesquisa das células-tronco para a cura e tratamento de pessoas com deficiências graves e doenças degenerativas.

Palavras-chave: Bioética, Células-tronco, Pessoas com Deficiência, Lei de Biossegurança, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 junto ao STF

Abstract: *With the birth of the first baby generated in vitro in a laboratory, on July 1978, England, the new area of assisted reproduction arose and were developed thereafter. From the study on procreation methods came a research and development of techniques to use stem cells. In Brazil, the Law of Biosecurity, nº 11,105, of April, 29, 2005, regulates the manipulation, research and commerce of Genetically Modified Organisms - (GMOs). This law allows, in its 5th. Article, the use of embryonic stem cells for use in research and therapy. In May of the same year, the General Prosecuter of the Republic filed a suit at the Supreme Court, disputing the constitutionality of the 5th. article under the argument that it would hurt the right of embryos and the inviolability of the right to life. The present study demonstrates the constitutionality of the 5th. article and the need for the research of stem cells aiming the cure and treatment of people with serious deficiencies and degenerative illnesses.*

Keywords: *Bioethics, Stem Cells, People with Disabilities, Law of Biosecurity, Direct Unconstitutionality Suit No. 3510.*

Eu superei os meus limites, e consegui alcançar alguns dos meus objetivos. Nós nunca devemos desistir de nossos sonhos. Nunca tenha pena de si mesmo, e não deixe que alguém tenha. As pessoas portadoras de qualquer deficiência são tão dignas e normais como qualquer outra.

(**Patrícia Vaitsman dos Santos**, paraplégica, desde os 13 anos de idade, e que com a ajuda da medicina e de novas tecnologias recuperou alguns movimentos e voltou a estudar. Hoje é advogada).

1. Introdução

No dia 20 de maio de 2007 reuniram-se em audiência pública no Egrégio Supremo Tribunal Federal - STF especialistas na área da biogenética para esclarecer os Senhores Ministros sobre as pesquisas com células-tronco realizadas no Brasil. O Ministro Carlos Ayres de Brito, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que pede que o Art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) seja declarado contrário à Constituição, assim se manifestou durante a sessão: "estamos em busca de um conceito jurídico de vida, o significado do princípio da dignidade humana. O direito de saúde se configura em quê? O direito à liberdade da ciência tem limites?"

Para Ayres Britto, do ponto de vista técnico não existe na Constituição um conceito claro de quando começa a vida. O subsídio oferecido pela comunidade científica, segundo ele, permitiria aos ministros do STF formular "um conceito operacional de vida".

A audiência pública só foi necessária porque vivemos em um novo século, em uma nova ordem denominada pós-modernidade, num sistema que se caracteriza pelo grande avanço tecnológico e científico, pela velocidade das informações e das relações profissionais e humanas, pela globalização do capital, das relações econômicas e até políticas, porém nem sempre refletindo tais avanços na diminuição das desigualdades sociais e econômicas das nações e das iniqüidades e injustiças ao ser humano.

Dentre esses avanços tecnológicos e científicos nesse novo tempo, se destaca o desenvolvimento fantástico da Biotecnologia, a qual se utiliza de seres vivos, ou suas partes funcionantes, na produção industrial de bens e serviços, seja para fins terapêuticos, estéticos ou simplesmente comerciais.

Esse avanço da Biotecnologia, principalmente na concepção de seres humanos em tubos de ensaio e até mesmo na manipulação de tecidos e órgãos humanos, provocou a necessidade de se proteger juridicamente o homem e seu mais valioso valor: a vida. Novas normas jurídicas foram criadas, nova juris-

prudência e doutrina surgiram, tudo para regulamentar estas práticas científicas em vários países do mundo, inclusive o Brasil.

2. A Pesquisa com Células-tronco e o advento da Lei de Biossegurança

Desde que o primeiro ser humano gerado *in vitro*, em um tubo de ensaio no laboratório, em meados de 1978 na Inglaterra, nasceram as técnicas de reprodução assistida que se desenvolveram e se aperfeiçoaram no planeta. Para o desenvolvimento destas técnicas aumentou-se o número de embriões gerados *in vitro* para serem transferidos ao útero, ocorre que a produção de um número elevado de embriões gerou embriões sobrantes ou pré-embriões, os quais descartados após o êxito da concepção, são congelados em técnica de criopreservação em clínicas especializadas. No Brasil estima-se que existam mais de três mil embriões congelados, muitos há mais de três anos.

Concomitantemente com o desenvolvimento dos métodos de procriação em laboratório, a ciência passou a pesquisar e desenvolver modos de utilização de células-tronco, que são células mestras que têm a capacidade de transformarem-se em outros tipos de células podendo regenerar e recuperar tecidos, órgãos e partes do corpo humano danificados.

As células-tronco para a ciência se dividem em embrionárias e adultas. As embrionárias são retiradas de embriões gerados pelo processo de fertilização in vitro. Estas células têm o potencial de formar todos os mais de duzentos tipos de tecidos humanos. Elas podem ser extraídas dos embriões excedentes que são descartados em clínicas de fertilização e pela técnica de clonagem terapêutica.

As células-tronco se dividem ainda em:

a) Totipotentes ou embrionárias: que conseguem se diferenciar em todos os 216 tecidos que forma o corpo humano.

b) Pluripotentes ou multipotentes: que conseguem se diferenciar em quase todos os tipos de tecidos humanos, com exceção da placenta e anexos embrionários.

c) Oligopotentes: são as que conseguem diferenciar-se em poucos tecidos.

d) Unipotentes: as que conseguem se diferenciar em um único tecido.

As células-tronco totipotentes e pluripotentes só são encontradas nos embriões. As oligopotentes ainda são objetos de pesquisa, porém já foi comprovado que são encontradas no trato intestinal. E as unipotentes estão presentes, por exemplo, no tecido cerebral adulto e na próstata.

Em nosso País, a Lei nº nº 11.105, denominada Lei de Bios-segurança, entrou em vigência no dia 29 de abril de 2005, para regulamentar a manipulação, pesquisa e comércio dos Organismos Geneticamente Modificados – OGM,

e permitiu no Art.5º, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. Impondo algumas condições para utilização desses embriões sobrantes, como o congelamento por no mínimo três anos, a aquiescência dos genitores e a aprovação do comitê de ética correspondente.

A referida lei prevê, também, organismos governamentais voltados à política de biossegurança e de controle, como o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, ligado à Presidência da República (Arts. 8º e 9º), a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio (Art. 10), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, a par de outros órgãos e entidades de registro e fiscalização (Art. 16) e de comissões internas de biossegurança (CIBio) em cada instituição que venha a se valer de métodos e técnicas de engenharia genética (Art. 17), bem como a possibilidade de convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios (Parágrafo 2º, Art. 23).

A pessoa física com atuação autônoma ficou proibida pela lei, ainda que vinculada à empresa, de exercer as atividades que envolvam OGM e seus derivados (Parágrafo 2º, Art. 2º).

Ponto importante é que a Lei da Biossegurança estabelece a responsabilidade objetiva (independentemente de culpa) daqueles que, manipulando OGM, vierem a causar danos a terceiro ou ao meio ambiente (Art. 20), bem como das entidades públicas ou privadas, inclusive as internacionais, que venham a financiar ou patrocinar as atividades e projetos sem o devido Certificado de Qualidade em Biossegurança (Parágrafo 4º, Art. 2º). Proíbe, outrossim, o comércio dos embriões a que se refere, classificando a transgressão como crime (Parágrafo 3º, Art. 5º).

Destaque é para a clonagem humana, reprodutiva ou terapêutica. A prática, com a nossa concordância, é condenada pela maioria dos países e até pela ONU, que por intermédio do Comitê da Assembléia-Geral, aprovou por maioria, em 18 de fevereiro de 2005, declaração não obrigatória que pede aos governos dos países membros para adotarem medidas para proibir esse expediente genético. A Lei de Biossegurança vai nesse sentido, veda a clonagem humana no Art. 6º, inciso IV, a par de prever para o transgressor pena de dois a cinco anos de reclusão e multa (Art. 26).

3. Constitucionalidade do Art. 5º da Lei de Biossegurança

Em 2005 as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas foram aprovadas no Brasil, no âmbito da Lei de Biossegurança. Em maio do mesmo ano, no entanto, o Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, ajuizou

junto ao Supremo Tribunal Federal – STF ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) contra o artigo a respeito das pesquisas, sob a alegação de que estudos do gênero "ferem o direito de embriões".

Para Fonteles, o Art. 5º e parágrafos, da Lei de Biossegurança "inobserva a inviolabidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana". Sendo assim, a destruição de um embrião humano vai contra o Art. 5º da Constituição, que garante a todos o direito à vida. O representante do Ministério Público Federal sustenta que o embrião é um ser humano na fase inicial da sua vida e que desta forma já deve ser observado o seu direito à vida e, em decorrência, pede, a declaração de inconstitucionalidade do Art. 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

Na defesa da tese de que a vida humana tem início na fecundação, Fonteles cita a opinião de vários especialistas em sua peça inicial:

> 1. A tese central desta petição afirma que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.
>
> 2. Assim, a lição do Dr. Dernival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, verbis:
>
> "O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético".
>
> O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Down (mongolismo), nos diz: "Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato". (publicação: VIDA: o primeiro direito da cidadania – pg. 10 – em anexo, grifei)".

Esses depoimentos sustentam que a vida não começa quando o embrião se fixa no útero da mãe, e sim no momento da fecundação.

O Art. 5º da Lei de Biossegurança permite o uso de embriões humanos obtidos a partir de fertilização *in vitro* para fins de pesquisa, desde que eles sejam considerados embriões inviáveis ou estejam congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei (28 de março de 2005). A partir dessa data, os embriões poderão ser usados em pesquisa. Em qualquer caso, é necessária a autorização dos genitores.

O Procurador-Geral também lembra que as pesquisas com células-tronco adultas, retiradas de tecidos ou órgãos de pessoas sãs ou em estado terminal, têm mostrado resultados mais promissores do que os estudos com células embrionárias.

Ele cita o professor Damián Garcia-Olmo, da Universidade de Madrid. Em entrevista, o professor explica o trabalho de Catherine Verfaillie, da Universidade de Minnesota, que descobriu que as células-tronco obtidas na medula óssea de adultos podem se transformar em praticamente todos os tecidos conhecidos. Portanto, essa seria a fonte ideal de células para tratamento de enfermidades degenerativas.

O pedido de Fonteles foi recebido no fim de 2006 pelo Ministro do STF Carlos Ayres Britto, que é o relator do caso. Para Ayres Britto, do ponto de vista técnico não existe na Constituição um conceito claro de quando começa a vida. O subsídio oferecido pela comunidade científica, segundo ele, permitiria aos ministros do STF formular "um conceito operacional de vida".

Para alguns dos cientistas presentes na supracitada audiência pública, a vida começa na fecundação. Outros alegaram que ela surge apenas no terceiro ou quarto dia, quando ocorre a nidação – processo em que a célula migra para o útero materno. Um terceiro grupo defendeu que o embrião só pode ser considerado vivo quando acontece a formação do sistema nervoso e que questões éticas que envolvem o tema impediram, até agora, o avanço de pesquisas na área.

A geneticista do Instituto de Biologia da USP Lygia da Veiga Pereira, juntamente com a professora Patrícia Helena Lucas Pranke, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Pontifícia Universidade Católica (PUC) e presidente do Instituto de Pesquisa com Célula-tronco, em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, de 04 de março de 2005, sustentam que o embrião humano fertilizado *in vitro*, do zigoto ao chamado blastocisto, não apresenta resquício de sistema nervoso nos primeiros 14 dias, período dentro do qual se dá o congelamento. Este embrião nesse estado não encerraria vida propriamente, já que não haveria atividade cerebral, tanto que, quando criado por técnicas de reprodução assistida, a possibilidade de se transformar em um bebê é de menos de 1%, enquanto a reprodução natural oferece o percentual de 30%, tudo segundo as referidas especialistas.

O Art. 2º, do Código Civil Brasileiro, faz referência à concepção ao ressalvar o direito do nascituro, mas deixa claro que está a tratar do embrião que venha a lograr nascimento com vida ou que possa vir a ser uma pessoa e, portanto, necessariamente implantado em útero ou ali presente naturalmente.

Assim verificamos que alguns consideram o pré-embrião igual a uma pessoa e fundamentam sua posição na potencialidade de que ele tem de se transformar num ser humano. A posição contrária sustenta que a personalidade vem com o nascimento, ou, no caso do nascituro, com sua implantação no útero da mãe, e no caso dos embriões sobrantes e congelados há mais de três anos isso não ocorrerá.

Entendemos que os pré-embriões não podem ser considerados juridicamente pessoas. No entanto, não são coisas e necessitam de um tratamento específico e de proteção - quem sabe até mesmo um Estatuto do Embrião como alguns especialistas pregam -. Porém a lei de Biossegurança deixou claro quais os casos de permissão de pesquisa em células-tronco embrionárias. Assim, não se vê violação ao direito à vida se os mesmos iriam ser descartados e incinerados, ainda porque a própria ciência considera os embriões congelados há mais de três anos inviáveis para implantação. Violação haveria se fossem jogados no lixo, em vez de aplicá-los em procedimentos terapêuticos para salvar vidas, regenerando idosos, pessoas com deficiência e outras pessoas com graves enfermidades degenerativas.

Se os embriões sobrantes com até 14 dias, depositados em frascos plásticos e congelados há mais de três anos não podem ser considerados pessoas ou mesmo nascituro pelo ordenamento pátrio, e por grande parte da ciência, não há que se falar em violação do principio fundamental da dignidade da pessoa humana. Ao inverso, podemos interpretar que fere o princípio da dignidade humana deixar de investigar e encontrar novos meios de atenuar ou curar doenças degenerativas e graves que sacrificam e torturam vários cidadãos em nosso País.

O advogado e especialista em Biodireito e Bioética, Erickson Gavazza Marques, em artigo publicado na Internet (http://genoma.ib.usp.br/noticias/pdf/rep-erickson_marques070420.pdf), assim leciona:

> Outrossim, há que ser feita uma analogia entre o dispositivo da Lei de Biossegurança que se pretende seja declarado inconstitucional e a Lei de Transplantes de Órgãos (Lei nº 9.434/97). Com efeito, o artigo 3º da Lei de Transplantes estabelece as condições necessárias para que possa ser feito um transplante de órgão de pessoa morta. E por pessoa morta a Lei de Transplantes entende que seja aquela que tenha sido vítima de morte encefálica, cuja caracterização é a presença de coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal, apnéia e falta de atividade metabólica, elétrica e perfusão sanguínea no cérebro (Resolução nº 1.480/

> 97 do CFM). Ora, se não há vida quando a pessoa é considerada morta, e se esta condição ocorre uma vez existentes as circunstâncias apontadas na Resolução nº 1.480/97, então é forçoso concluir que, para haver vida é necessária a reunião das condições apontadas na Resolução nº 1.480/97, a saber: atividade motora supra-espinal, movimentos respiratórios, atividade metabólica, elétrica e perfusão sanguínea no cérebro. Se ausentes tais condições, *"verbi gratia"* como no caso dos embriões excedentes, inviáveis, e congelados há pelo menos 3 anos, concluímos não haver vida nessa hipótese. E se não há vida, do ponto de vista da Lei nº 9.434/97 porque haveria em se tratando da Lei nº 11.105/05? Afinal, vida é vida, seja ela prevista na Lei de Transplantes seja na Lei de Biossegurança. Por conseguinte, se não há vida no embrião objeto das pesquisas com células-tronco, pergunta-se onde estaria a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança?.

Marlene Braz, em artigo publicado no livro Bioética e Saúde, pela Ed. Fiocruz, p. 187, diz:

> Quanto tempo os embriões devem ser congelados? Pela nova Lei de Biossegurança, os embriões congelados há três anos ou mais podem ser utilizados para pesquisa com células-tronco. Preconizava-se cinco anos, só que as experiências atuais mostram a viabilidade de embriões que foram implantados depois de uma década. Deixar por tempo indefinido, no entanto, coloca em evidência outro problema de difícil equacionamento: a angústia das pessoas que deixam nas clínicas os embriões.(...) Desse modo seria importante estabelecer um prazo máximo findo o qual os embriões deveriam ser descartados, doados ou liberados para a pesquisa, desde que as pessoas beneficiárias concordem com o destino. Não parece correto, sob o ponto de vista moral, deixar as pessoas ligadas, para sempre, a um material biológico, material reprodutivo, feto, pré-embrião, concepto, criatura concebida, denominações diversas que tentam substituir a palavra embrião, no intuito de desviar a atenção da questão que se coloca em relação ao estatuto do mesmo, isto é, se ele é ou não uma pessoa.

O importante é que o advento da Lei nº 11.105 é conseqüência natural do que vem se verificando no mundo, e o Brasil precisava evoluir neste setor sob pena de perder terreno na área do desenvolvimento científico e tecnológico, sujeitando-se aos efeitos danosos dessa omissão, como a dependência científica de outros países, com sérios reflexos econômicos e prejuízos aos brasileiros ansiosos pelo tratamento com células-tronco embrionárias.

É bem verdade que existem outros meios menos polêmicos de obtenção de células-tronco, como a extração do próprio tecido do paciente, ou do cordão umbilical ou da placenta, as chamadas células-tronco adultas. Porém, tais unidades não são totipotentes ou pluripotentes, ou seja, podem produzir apenas alguns tipos de tecidos do corpo humano e não os 216, não sendo eficazes em muitos tratamentos para regenerar órgãos ou membros humanos, principalmente de pacientes com deficiências graves, portadores de doenças cardíacas, mal de Parkinson e Alzheimer.

4. Pessoas com Deficiência e a pesquisa científica com células-tronco

A Constituição da República, a partir do que prescrevem os Arts. 23, II e 24, XIV, define que cabe ao Estado a proteção e integração social das pessoas com deficiência, cuidando de sua saúde e assistência pública. Segue-lhe a Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, e que no Art. 2º, II, confere competência ao poder público e seus órgãos assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive na área da saúde, com a promoção de ações eficazes que propiciem sua reabilitação e habilitação.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 13 de setembro de 2006, estabelece no Art. 25 que os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de usufruir o padrão mais elevado possível de saúde, sem discriminação baseada na deficiência, e que os Estados Partes deverão tomar todas as medidas apropriadas para assegurar o acesso de pessoas com deficiência a serviços de saúde sensíveis às questões de gênero, incluindo a reabilitação relacionada à saúde.

Maria Casado (2005, p.13-18) afirma em estudo "Sobre la Investigación con Embriones y la Obtención de Células Madre Embrionárias" que toda a sociedade tem a obrigação moral e jurídica de fomentar a investigação científica, especialmente aquelas que incidam na melhoria de qualidade de vida da população. A autora ressalta que especialistas e estudiosos do assunto sustentam que a tutela e proteção da saúde e promoção da investigação científica constituem importantes finalidades da atividade estatal. Por isso, deve-se garantir a realização dessas pesquisas com fins terapêuticos, analisando com cuidado e técnica os benefícios e riscos das técnicas de obtenção das células-tronco embrionárias, que devem se restringir somente aos embriões sobrantes, pois passaram do limite legal de criopreservação e congelados até os quatorze dias de desenvolvimento.

Verifica-se portanto, que a pesquisa com células-tronco prevista no Art.5º da Lei de Biossegurança adapta-se às normas nacional e internacional referidas e se insere nas ações em favor da reabilitação das pessoas com deficiência, a fim de ajudar na sua autonomia e independência, além de possibilitar uma melhor qualidade de vida.

O Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência - CONADE, por meio da Resolução nº 28, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2004, referendando Parecer nº 05/2004 da Coordenadoria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – CORDE, da Secretaria Especial de Direitos Humanos

da Presidência da República - SEDH, assim se pronunciou sobre a pesquisa com células-tronco:

> Se for vetado o uso destas células para fins terapêuticos, impede-se que, por exemplo, sejam realizadas pesquisas no sentido de enxertar tais células no organismo de pessoas que sofram de doenças como Alzheimer, Parkinson, cegueira, câncer ou doenças neuromusculares, objetivando a reposição de tecidos perdidos ou enfraquecidos. Isto é, veta-se pesquisas que tenham como objetivo buscar a cura para infinitas doenças hoje incuráveis. Apenas para mencionar alguns números, estima-se que 3% da população do país têm doenças genéticas, 15% possuem diabetes e que surgem 8.500 novos casos de paraplegia ou tetraplegia por ano. É preciso lembrar, ainda, que não permitir a cura destas pessoas (com deficiência) significa, além de todas as questões morais envolvidas no tema, uma grande perda econômica para o País. Anualmente, o Estado gasta milhões de reais em tratamentos paliativos, e benefícios nas áreas da saúde, previdência e assistência social. Afora isso, há que se considerar os lucros cessantes das pessoas da família do doente, que passam a atuar como cuidadores, e das próprias pessoas doentes, que, a depender do seu grau de comprometimento, acabam por ficar fora da população economicamente ativa.

Pais de crianças com deficiência, ouvidos pelo Jornal Correio Brasiliense, de Brasília-DF, em matéria da repórter Erika Klingl, de 3 de dezembro de 2004, defendem a pesquisa com células-tronco embrionárias, como o casal André e Tataiana Saad Adams:

> Até conhecer as pesquisas com células-tronco, só podia esperar pela ajuda de Deus. Agora, tenho outra fonte de esperança, afirma o agrônomo André Carlos Adams, de Mato Grosso, pai de duas meninas que nasceram com atrofia espinhal progressiva. A doença, com nome complicado, impede que as duas andem e se desenvolvam como as outras crianças. 'Passamos por mais de 60 médicos. Todos falaram que minhas filhas morrerão antes dos 15 anos', conta o pai de Mayanna, de 6 anos, e de Monique, com 3. 'Outro dia, minha caçula me pediu para comprar pilha e colocar nas costas dela para que pudesse andar, assim como sua boneca preferida. Doeu muito ouvir isso', conta Tatiana Saad Adams, a mãe das meninas.

Mayana Zatz (2004, p. 23-27) , cientista brasileira, em artigo científico sobre "Clonagem e células-tronco", esclarece:

> Em relação à destruição de 'embriões humanos', novamente devemos lembrar que estamos falando de cultivar tecidos ou, futuramente, órgãos a partir de embriões que são normalmente descartados, que nunca serão inseridos em um útero. Sabemos que 90% dos embriões gerados em clínicas de fertilização e que são inseridos em um útero, nas melhores condições, não geram vida. Além disso, um trabalho recente (Mitalipova *et al*., 2003) mostrou que células obtidas de embriões de má qualidade, que não teriam potencial para gerar uma vida, mantêm a capacidade de gerar linhagens de células-tronco embrionárias e portanto, de gerar tecidos. Em resumo, é justo deixar morrer uma criança ou um jovem afetado por

uma doença neuromuscular letal para preservar um embrião cujo destino é o lixo? Um embrião que, mesmo que fosse implantado em um útero, teria um potencial baixíssimo de gerar um indivíduo? Ao usar células tronco embrionárias para regenerar tecidos em uma pessoa condenada por uma doença letal, não estamos, na realidade, criando vida? Isso não é comparável ao que se faz hoje em transplante quando se retiram os órgãos de uma pessoa com morte cerebral (mas que poderia permanecer em vida vegetativa**).**

5. Conclusão

O avanço tecnológico e científico iniciado no século XX passou a oferecer melhores condições para sobrevivência do ser humano neste século, o que acarretou na sua longevidade - o número de idosos no mundo cresceu bastante. Segundo a Organização Mundial de Saúde estima-se que em 2050 tenhamos mais idosos do que jovens com menos de 15 anos no planeta. Isto só foi possível com a descoberta de novos medicamentos e vacinas, novas técnicas na medicina terapêutica e preventiva, na busca de novos produtos e serviços que melhorassem as condições de vida do homem. A investigação em pesquisas e estudos levou o homem a viver mais.

Com as pesquisas genéticas foi possível o homem mapear o seu DNA, por meio do projeto Genoma, gerar um ser humano em um tubo de ensaio, clonar animais, produzir novos alimentos, descobrir novas curas para doenças terminais, e até ter esperança de num futuro próximo identificar previamente doenças e melhorar a qualidade de vida no planeta.

Esses avanços tecnológicos trouxeram a possibilidade de uma vida melhor, mas também causaram preocupação e inquietação à humanidade. No caso das pesquisas com células-tronco, ao mesmo tempo que significam a possibilidade de cura de várias doenças e/ou deficiências degenerativas, muitas consideradas incuráveis, protagonizam o medo da humanidade numa nova geração eugênica, numa sociedade semita, na manipulação de embriões humanos para fins comerciais e escusos.

Foi necessário buscar no Direito os limites para as novas pesquisas científicas. A Lei nº 11.105/2005 veio traçar diretrizes, impor condições para uma investigação responsável, que respeite o ser humano, e o seu valor maior: a vida. Ao mesmo tempo em que traça limites à investigação de células-tronco e Organismos Geneticamente Modificados, a lei permite que não haja o engessamento de pesquisas genéticas no País, necessárias para o seu próprio desenvolvimento político, econômico e social.

Conclui-se que a discussão sobre a inconstitucionalidade do Art. 5º, da Lei nº 11.105/2005, em curso no Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ação direta

de inconstitucionalidade ADIn nº 3510, encontra-se na seara da religião, da ética e da moral do que propriamente no Direito. Não há inconstitucionalidade no Art. 5º, porque a norma definiu que os pré-embriões a serem pesquisados, serão os considerados sobrantes e inviáveis, armazenados há mais de três anos, não utilizados para implantação e geração de um ser humano. Embriões estes que serão descartados, destruídos, caso não forem utilizados para as pesquisas terapêuticas que podem salvar vidas, trazer esperança de cura para muitas pessoas com deficiência grave ou doenças degenerativas, e alento às suas famílias. O princípio da dignidade da pessoa humana só pode ser garantido a um ser humano em potencial, seja o nascido ou nascituro, que tenha possibilidade de nascer, que esteja em desenvolvimento no útero de uma mulher, seja por concepção natural ou *in vitro*.

Nos pré-embriões a serem descartados não haverá vida, e não havendo vida não há o que ser protegido. Vida haverá se puderem ser utilizados em procedimentos terapêuticos para a cura de doenças e deficiências degenerativas de seres humanos. É necessário afastar os dogmas, os mitos, os tabus, e aplicar o Direito, o que é correto, o que concretamente fará a humanidade se desenvolver e se aperfeiçoar. As pessoas com deficiência e suas famílias não podem esperar muito, aliás, já esperaram demais. Vida a ser protegida é das pessoas que dependem da pesquisa para poderem andar, ver, falar, escutar, sorrir, brincar, gritar que é feliz, que têm esperança de viver mais um pouco com qualidade e dignidade.

Bibliografia

BRASIL. Presidência da República. Legislação Federal Básica sobre Pessoas Portadoras de Deficiência. SEDH/CORDE. Brasília, DF, 2007.

BRAZ, Marlene. Bioética e reprodução Humana in Bioética e Saúde, SCHRAMM, Fermin Roland (org.), Rio de Janeiro : 2005.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 3ª. Ed.. São Paulo : Saraiva, 2006.

GAUER, Gabriel José Chittó, Organizador. Ciclo de Conferência em Bioética I. Artigo de Maria Casado "Sobre La Investigación com Embriones y la Obtención de células Madre Embrionárias", p.1-19, Rio de janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2005.

MARQUES, Erickson Gavazza .Biodireito e Bioética, Artigo publicado na Internet (http://genoma.ib.usp.br/noticias/pdf/rep-erickson_marques070420.pdf), acessado em 10 de julho de 2007.

SANTOS, Patrícia Vaitsman dos. O Cotidiano de um Deficiente, Rio de Janeiro: Interciência, 2001.

PEREIRA, Lygia da Veiga Pereira e Patrícia Helena Lucas Pranke. Pesquisa com Célula-tronco, O Estado de São Paulo de 04 de março de 2005.

SCHEIDWEILER, Claudia Maria Lima. Utilização das Células-tronco Embrionárias para fins Terapêuticos: Uma Análise Crítica à Luz dos Limites impostos pela Lei nº 11.105/2005. Curitiba, Departamento de Direito da PUC-PR : 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores : 2005.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A Proteção Jurídica do Ser Humano na Era da Biotecnologia. São Paulo : Atlas, 2006.

ZATZ, Mayana. Clonagem e células-tronco, in *Cienc. Cult.*, jun. 2004, vol. 56, nº 3.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Hugo Nigro Mazzilli

Resumo: Faz parte da condição humana conviver com limitações de toda a natureza, que atingem um contingente de mais de 10% da população mundial. Essas limitações constituem condições que, de forma inadmissível, marginalizam os indivíduos, porque acabam atingindo-os também em áreas nas quais suas limitações não deveriam ser óbices para exercerem com plenitude seus direitos de pessoa. Seguindo a tendência mundial, nos últimos anos, o Brasil começou a dedicar maior atenção à proteção jurídica e fática da pessoa com deficiência. Em razão de normas constitucionais baseadas no princípio da igualdade, o Ministério Público brasileiro também se tem empenhado nessa atuação protetiva (ad coadjuvandum). O Código Civil de 2002 protege de maneira mais eficiente a pessoa com deficiência que o Código Civil de 1916. O Ministério Público deve usar o inquérito civil, a ação civil pública, as audiências públicas, os compromissos de ajustamento de conduta, o inquérito policial e a ação penal pública, conforme o caso, para a proteção das pessoas com deficiência. A instituição deve, ainda, atuar protetivamente nos processos que versem a defesa de interesses relacionados com a deficiência das pessoas.

Palavras-chave: Ministério Público, Pessoa com deficiência, condições marginalizantes, proteção jurídica, atuação protetiva do Ministério Público.

Abstract. *It is part of the human condition to interact with people subjected to all sorts of limitation that reach more than 10% of world's population. It is unacceptable that such limitations might keep people apart from society, by affecting them even where their limitations should pose no obstacles to their fulfillment as human beings. Following the worldwide tendency, in the last years, Brazil began to dedicate more attention to the person with disability. Due to constitutional norms inspired in the equality principle, the Brazilian Public Attorneys have also engaged themselves in such a protective trend. The 2002 Civil Code is more efficient than the 1916 Civil Code in that respect. The Public Attorneys can resort to investigations, civil or penal processes, public audiences and some agreement types, to assure more effective protection to the person with disability. The Public Attorneys must also act in the process if its object is an interest related with the handicap condition.*

Keywords: *Public Attorneys, person with disability, social excluding conditions, legal protection.*

1. Introdução

Desde a raiz dos tempos, faz parte da condição do ser humano conviver com limitações tanto na área sensorial, motora, intelectual, funcional, orgânica, comportamental ou de personalidade.

Constituem contingente muito expressivo da sociedade as pessoas que ostentam alguma forma de limitação, seja congênita ou adquirida. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde – OMS, estima-se que, só no campo da deficiência física, estejam atingidos mais de meio bilhão de pessoas em todo o mundo. Além dos problemas congênitos, as guerras, a subnutrição, o subdesenvolvimento social e econômico, os acidentes ecológicos, pessoais, de trânsito ou do trabalho, a criminalidade violenta, o uso indevido de drogas e a falta de uma política pré-natal, sanitária ou previdenciária adequada — tudo isso contribui para o surgimento de diversas limitações para o ser humano. Essas limitações, infelizmente, acabam tornando-se verdadeiras condições marginalizantes dos indivíduos, afastando-os de uma vida plena. Esse afastamento dá-se basicamente ora em decorrência da própria impossibilidade material do exercício de certas atividades, ora — e aqui está o mais grave —, em decorrência de inadmissíveis preconceitos sociais de toda a espécie.

Enquanto é compreensível que, no estágio atual da ciência, por exemplo, uma pessoa cega não possa ser contratada como motorista de uma ambulância municipal, ao mesmo tempo é inaceitável, é criminoso mesmo que uma pessoa portadora de uma deficiência qualquer seja impedida do acesso a cargos e empregos ou impedida da fruição de bens da vida que em nada dependam de sua limitação. E isso porque — ainda que portadora de deficiência de qualquer natureza — a pessoa jamais tem diminuída, em proporção mínima que seja, sua dignidade de ser humano. Para esse fim, a pessoa, ainda que porte a limitação mais acentuada, é sempre uma pessoa inteira, é sempre uma pessoa merecedora de todo o respeito, amor e dignidade como qualquer outro ser humano.

A Humanidade sempre conviveu com a existência de pessoas com limitações de toda a natureza, nem sempre as tratando de forma adequada. De qualquer maneira, porém, é bem sabido que não vem de hoje a preocupação da sociedade para com as pessoas que ostentem alguma forma de deficiência. Mas, sem dúvida, não deixa de ser relativamente recente a melhor conscientização social e jurídica do problema.

A comunidade internacional começou a dar atenção mais direta e intensa para o problema quando a Organização das Nações Unidas – ONU se voltou para a reabilitação de pessoas que a guerra tornara deficientes — não só os militares como as vítimas civis. Este fenômeno acentuou-se especialmente de-

pois da II Grande Guerra Mundial (1939-1945). Mas é evidente que o campo das deficiências mentais, sensoriais, orgânicas, comportamentais e sociais é muito maior e mais complexo do que o das pessoas mutiladas pelas guerras. Com efeito, as deficiências podem decorrer de vários fatores, como vimos, inclusive podem ter origem em doenças, ou mesmo resultar do simples advento de idade avançada e de outras tantas causas, naturais ou não…

Ampliando gradualmente a atenção para o problema, em 1971, a Assembléia Geral da ONU aprovou, em resolução, a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental. Em 9 de dezembro de 1975, aprovou resolução, consistente na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. A seguir, a ONU declarou 1981 O Ano Internacional das Pessoas Deficientes, o que acentuou, quando não despertou, a verdadeira preocupação mundial com a questão.

No Brasil, a Constituição de 1988 não destoou da evolução que já se vinha operando no mundo todo. Dedicou diversos de seus dispositivos à proteção das pessoas com deficiência. Foi seguida por diversas leis protetivas, valendo destacar, inicialmente, a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que, entre outros pontos, disciplinou o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, bem como instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos ligados a essa condição.

O que são pessoas com deficiência?

Segundo a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, passou-se a admitir uma conceituação de deficiência de forma bastante abrangente: "O termo pessoas deficientes refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais".

Já anotamos serem inúmeras as condições marginalizantes, como, entre outros, os desvios intelectuais, motores, sensoriais, funcionais, orgânicos, de personalidade, sociais; também são condições que marginalizam aquelas que podem chegar para todos, como as limitações decorrentes da idade avançada. São ainda marginalizadas pessoas em razão do sexo, da raça, da religião, da proveniência, de opções sexuais e, ainda, em função de inúmeros outros preconceitos. Em razão disso, tornam-se objeto de preocupação social e jurídica, portanto, não só as pessoas com deficiência física ou mental, propriamente consideradas, mas até mesmo as pessoas que são socialmente marginalizadas e passam a sofrer qualquer forma de restrição ou de discriminação (quer em virtude da avançada condição etária, quer por força da estatura ou em decorrência até da própria aparência física, ou qualquer outro motivo subalterno).

2. O princípio da igualdade

Como acentuou Anacleto de Oliveira Faria, "faz-se mister esclarecer o conceito de igualdade, para que sua aplicação possa cada vez se tornar mais efetiva, impedindo-se não só as distorções como as falsas reivindicações em nome do referido princípio".

No que diz respeito às pessoas com deficiência de qualquer natureza, o objetivo da lei é semelhante, quando procura compensar aquele que suporta um tipo de limitação física ou psíquica, ou de qualquer outra natureza, ao conferir-lhe maior proteção jurídica.

Assim, como exemplo, o verdadeiro princípio de isonomia consistiria em conceder mais tempo, num concurso, ao candidato que tenha problema motor, justamente para igualá-lo aos demais candidatos no que diz respeito à oportunidade de acesso ao cargo cujo preenchimento dependesse dos conhecimentos e não da velocidade de execução da prova escrita. Ao revés, antes da Constituição de 1988, de constitucionalidade duvidosa, para dizer o mínimo, nos pareceram dispositivos legais que, ainda que sob nobre inspiração, procuravam proteger pessoas portadoras de deficiência em áreas onde a sua deficiência necessariamente poderia não inspirar cuidados. Como exemplo, que, entretanto, é agora expressamente permitido pela Constituição Federal, teríamos a isenção de preços de transportes coletivos a idosos, quando a deficiência destes pode não ser econômica. Mais sentido, evidentemente, teria a isenção de preço aos economicamente necessitados: nisto sim consistiria a correta aplicação do verdadeiro princípio da igualdade. Entretanto, a própria Constituição de 1988 resolveu conceder gratuidade às pessoas de mais de sessenta e cinco anos dos transportes coletivos urbanos, sejam ou não necessitadas economicamente (Art. 230, § 2º).

O certo, porém, é verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador escolhido, conferir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.

É preciso, pois, compreender que o verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, é tratar diferentemente os desiguais, na medida em que se busque compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades.

Para melhor compreender como funciona o mecanismo de compensação jurídica que a lei estabelece em favor do mais fraco, tomemos alguns exemplos. A lei processual confere especial proteção a algumas pessoas, como ao incapaz e ao ausente. Por que o faz? Segundo Couture, para assegurar a igualdade constitucionalmente prevista, existe o curador especial, que busca um equilíbrio processual não meramente aritmético, mas fundado na razoável igualdade entre as possibilidades de exercício de ação e defesa. Da mesma forma, para compensar a

deficiência fática de que sofrem os incapazes (que, justamente em vista da incapacidade, não podem dispor de seus interesses), e que também suportam os ausentes (que, justamente pela ausência, não podem melhor defender seus próprios interesses), a lei assegura, em seu favor, medidas protetivas visando a suprir essa deficiência fática que os impede de pessoalmente assumir a defesa de seus próprios interesses. Está aí o traço protetivo que cria uma desigualdade jurídica, para compensar uma desigualdade fática.

A necessidade de instituir um sistema de proteção especial ultrapassa, obviamente, os incapazes e ausentes, e alcança todo tipo de pessoa que sofra de alguma forma acentuada de limitação ou inferioridade, ou seja, deve cobrir não apenas as hipóteses clássicas dos incapazes, indígenas e acidentados do trabalho, mas sim deve alcançar todas as pessoas que ostentem alguma forma grave de deficiência, de qualquer natureza.

3. O Código Civil de 2002 e a Pessoa com Deficiência

O Código Civil de 2002 acertadamente abandonou alguns conceitos arcaicos e nada técnicos que vinham da legislação anterior, a qual se referia à incapacidade absoluta dos "loucos de todo o gênero", além dos "surdo-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade" (Art. 5º, II e III, do Código Civil de 1916). Agora, no pertinente, o novo Código Civil fala apenas na incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil em relação aos que, "por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos", e aos que, "mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade" (Art. 3º, II e III, do Código Civil de 2002); por outro lado, o novo Código considera existir incapacidade relativa em relação a certos atos, ou à maneira de os exercer, entre outros, quanto aos que, "por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido", bem como quanto aos "excepcionais, sem desenvolvimento mental completo" (Art. 4º, II e III, do Código Civil de 2002).

Afora essas singelas alterações, a nova legislação codificada muito pouco avançou na área da proteção à pessoa com deficiência.

O Art. 1.747 do novo Código também atualizou aquela terminologia que vinha do direito anterior (o Art. 446 do Código Civil de 1916 falava em submissão à curatela dos "loucos de todo o gênero" e dos "surdos-mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade"). Agora, a nova lei civil fala em estarem sujeitos à curatela, entre outros, a) aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; b) aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; c) os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; d) os excepcionais sem completo desenvolvimento mental.

Admitiu o novo estatuto civil a imposição de curatela em relação àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil (Art. 1.767, I), bem como em relação aos deficientes mentais, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos (Art. 1.767, II), e, ainda, em relação às pessoas excepcionais, sem completo desenvolvimento mental (Art. 1.767, III).

A interdição poderá ser promovida pelos pais ou tutores, pelo cônjuge ou qualquer parente, ou, nos casos da lei, pelo Ministério Público (Arts. 1.768-9). A nova lei civil admitiu, agora instituindo regra que não encontra correspondência no Código anterior, que o próprio enfermo ou o próprio portador de deficiência física também requeira diretamente a nomeação de curador para cuidar de todos ou apenas de alguns de seus negócios ou bens (Art. 1.780).

Os limites da curatela serão, naturalmente, fixados caso a caso (Art. 1.772). O Código Civil de 1916 só previa por expresso que o juiz fixasse os limites da curatela na interdição do surdo-mudo e do pródigo (Arts. 451 e 459). Agora, de maneira mais correta e ampla, o Art. 1.772 do Código de 2002 dispõe que, pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do Art. 1.767 (pessoas que, por causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade, os deficientes mentais, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os excepcionais sem completo desenvolvimento mental), o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do Art. 1.782 (interdição do pródigo). Confortando essa regra, o já lembrado Art. 1.780 admite que, a requerimento do interessado, pode-se-lhe dar curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

Por fim, o Código Civil de 2002 ainda se refere à pessoa com deficiência ao cuidar da deserdação, em duas hipóteses: a) na deserdação de descendente por ascendente, admite-se como causa o "desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade" (Art. 1.962, IV); b) na deserdação de ascendente por descendente, admite-se como causa o "desamparo do filhou ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade". Note-se que a nova lei quebrou o paralelismo ao definir essas hipóteses de deserdação, falando ora em "alienação mental", ora em "deficiência mental".

Para o sistema do Código Civil vigente, os atos praticados por pessoa absolutamente incapaz serão nulos; se praticados por pessoa relativamente incapaz, serão anuláveis (Arts. 166, I, e 171, I). Entretanto, o próprio incapaz, não obstante sua condição, responderá pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes (Art. 928).

4. O Ministério Público e a pessoa com deficiência

Foi mais especialmente nestas duas últimas décadas que o Ministério Público brasileiro começou a preocupar-se de forma direta com a defesa das pessoas com deficiência.

Mas exatamente como e quando foi que o Ministério Público brasileiro começou efetivamente a incluir entre suas funções a defesa da pessoa com deficiência?

Já muito antes de ingressar nessa nova área de atuação funcional, de há muito o Ministério Público brasileiro exercitava tradicional atuação protetiva em favor de certas pessoas atingidas por alguma forma de hipossuficiência: é o que se dava quando já vinha atuando em proteção aos incapazes (Art. 82, I, do CPC), aos acidentados do trabalho (Art. 82, III, do CPC), aos trabalhadores em geral (Art. 17 da Lei nº 5.584, de 26 de julho de 1970), aos indígenas (Art. 6º, III, do Código Civil de 1916, e Art. 82, I, do CPC), aos favelados (cf. RT, 602/81) ou aos consumidores (Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90).

Entretanto, pelo menos até meados da década de 1980, inexplicavelmente o Ministério Público ainda não tinha voltado sua atenção institucional para a proteção direta às pessoas com deficiência.

Foi então que, em fins de 1987, no Ministério Público de São Paulo, o Procurador-Geral de Justiça Cláudio Ferraz Alvarenga nos externou — a nós, que éramos seu Assessor de Gabinete — sua preocupação com o problema da proteção jurídica das pessoas com algum tipo de deficiência. Recebemos, então, a honrosa e pioneira incumbência de estudar se o Ministério Público teria ou não algum papel a desempenhar na área de proteção à pessoa com deficiência, até porque, naquela época, não só o Ministério Público não desenvolvia qualquer atuação nesse campo, como não se tinha certeza se estava vocacionado institucionalmente a fazê-lo.

Nesse trabalho, nosso ponto de partida consistiu em desenvolver uma cuidadosa pesquisa de ordem legislativa. Com a colaboração das então estagiárias do Ministério Público Cláudia Eda, Ana Luísa Lourenço Rodrigues, Elaine do Nascimento e Ana Maria de Augusto Isihi — as duas primeiras hoje Promotoras de Justiça no Estado de São Paulo —, fizemos vários levantamentos de leis relacionadas com a proteção das pessoas com deficiência, bem como estabelecemos contato com o Conselho Estadual para Assuntos da Pessoa Deficiente, colhendo diversificado material de estudo sobre a matéria.

A seguir, preparamos um parecer jurídico sobre a questão e, invocando a base constitucional do princípio da igualdade, sustentamos que, para compensar a deficiência fática que sofrem algumas pessoas, devem-se assegurar, em seu favor,

medidas protetivas, visando a suprir essa deficiência fática que os impede de pessoalmente assumir a defesa ou o exercício de seus próprios interesses ou direitos.

Em nosso parecer pioneiro, de 17 de fevereiro de 1988, que serviu de base para a criação da Coordenação das Curadorias de Proteção aos Deficientes — Coordenação que corresponderia hoje, obedecida a terminologia atual, a um verdadeiro Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência —, assim nos manifestamos então:

> Acredito perfeitamente pertinente que o Ministério Público seja desde já destinado, de forma institucional, também a esse importante campo de atividades, zelando pela eficácia de normas constitucionais e ordinárias que já dispõem sobre a matéria referente à proteção às pessoas portadoras de deficiência. Deve-se descortinar, entretanto, um campo amplo, muito mais amplo, porém, do que o atualmente desenvolvido pela instituição.
>
> [...]
>
> Na área interventiva, acredito, assim, perfeitamente compatível que o Ministério Público, ampliando seu campo de atuação dentro do próprio ordenamento jurídico ainda em vigor, possa encaminhar-se para a atuação protetiva das pessoas que ostentem qualquer forma de deficiência, seja intelectual, motora, sensorial, funcional, orgânica, de personalidade, social, ou meramente decorrente de fatores outros, como a idade avançada. A tanto o legitima o art. 82, inc. III, do Código de Processo Civil — norma residual ou de extensão da fattispecie, que comete ao Ministério Público a intervenção diante do interesse público evidenciado pela qualidade de uma das partes.
>
> No campo da propositura da ação civil pública, além das já tradicionais iniciativas nessa área, como ocorre na interdição (Art. 447, III, e 448 do Código Civil; Art. 1.177, III, e 1.178 do Código de Processo Civil) e noutras medidas de proteção a incapazes (cf. nosso Manual do Promotor de Justiça, 1ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1987, p. 202 e seg.), — a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, conferiu ao Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública na defesa de alguns interesses difusos. Ora, dentro da interpretação mais larga que temos preconizado (v. nosso A defesa dos interesses difusos em juízo, 1. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1988, p. 26 e s.), é desejável (...) alcançar hipóteses como a de iniciativa de ações visando à defesa dos direitos dos deficientes físicos na aplicação das leis que dispõem sobre lugares especiais em ônibus e trólebus, aquisição de veículos adaptados, acesso ao ensino etc.

Para viabilizar todas essas propostas de atuação funcional, naquele parecer pioneiro, propusemos, então, dentro do âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, a criação de uma Coordenadoria das Promotorias de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência, bem como, agora para preservar o princípio do promotor natural — princípio este que sempre defendemos, pois também estamos dentre seus precursores —, propusemos ainda a criação de uma Promotoria de Justiça especializada na proteção à pessoa com deficiência.

Nossas propostas, de fevereiro de 1988, desencadearam, então, no Ministério Público paulista, os primeiros passos em direção à atuação ministerial em defesa da pessoa com deficiência.

Essa atuação do Ministério Público na defesa da pessoa com deficiência veio a ser reforçada com a importância que à matéria deu o legislador constituinte de 1988. Com efeito, a Constituição de outubro de 1988 trouxe normas protetivas e garantias de sua integração, como no tocante à acessibilidade a edifícios e transportes. E a Lei nº 7.853/89 disciplinou a proteção e integração social da pessoa com deficiência. Pela primeira vez, a lei aludiu expressamente à atuação do Ministério Público nessa área, especialmente à vista do caráter transindividual da defesa dos direitos e interesses ligados à proteção das pessoas com deficiência.

Lembro-me dos primeiros casos concretos que chegaram à Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, que diziam respeito à defesa efetiva de interesses ligados à proteção de pessoas com deficiência. Esses primeiros casos surgiram antes mesmo do advento da Constituição de 1988 e da Lei nº 7.853/89. No primeiro desses casos, e em alguns outros subseqüentes, fomos nós que, na qualidade de assessor do Procurador-Geral de Justiça da época, preparamos a fundamentação jurídica que foi apresentada e encampada pelos Procuradores de Justiça que oficiaram nos autos, e por força da qual o Ministério Público paulista passou a sustentar junto ao Tribunal de Justiça local o cabimento dessa atuação tuitiva da instituição ministerial.

Interessa, então, referir esses casos pioneiros, quando, antes da Lei nº 7.853/89, o Ministério Público já começou a tomar a iniciativa de intervir em processos cíveis, em prol da defesa de interesses transindividuais de pessoas com deficiência.

Corria ação sumaríssima na Capital paulista, movida por algumas pessoas com deficiência física, contra a Companhia do Metropolitano de São Paulo, cujo objeto era a construção de acessos especiais e a eliminação de barreiras arquitetônicas. Tendo sido obstada sua atuação no feito pelo juiz de Direito da Vara, o membro do Ministério Público ali oficiante impetrou mandado de segurança junto ao Tribunal de Justiça. Depois de apresentado o parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Tribunal entendeu, corretamente, que, quando pessoas com deficiência se põem a litigar sobre matéria que diga respeito com a deficiência, e, mais ainda, que aproveite a toda a uma categoria de pessoas, o interesse público justifica a intervenção do Ministério Público.

Noutro caso, também ainda anterior à Lei nº 7.853/89, bem se conseguiu alcançar a medida da distinção que vimos defendendo. Após parecer favorável da Procuradoria-Geral de Justiça, o mesmo tribunal paulista reconheceu novamente

o cabimento da intervenção do Ministério Público em mandado de segurança impetrado individualmente por pessoa com deficiência, mas cujo objeto também visava a discutir o acesso de pessoas com deficiência física às instalações do metrô de São Paulo. Afiançou o acórdão, com grande acerto e sensibilidade, que:

> No caso dos deficientes físicos, parece-nos que a só qualidade da parte não é suficiente para ensejar, sempre e sempre, a intervenção ministerial. Com efeito, a título de exemplo, um deficiente físico, que esteja propondo uma demanda patrimonial (a cobrança de uma cambial, v.g.), não necessita, em tese, de qualquer intervenção protetiva ministerial. Contudo, quando tal deficiente se põe a litigar sobre matéria que diz respeito com sua própria deficiência, e, mais ainda, que interessa a toda a categoria dos deficientes — como, no caso dos autos, a eliminação das barreiras arquitetônicas para seu acesso ao transporte público — é inegável, na hipótese concreta, que o interesse público evidenciado pela qualidade da parte se soma ao interesse público despertado pela natureza da lide, a ensejar a intervenção ministerial. No zelo do princípio da igualdade, permitirá atuação evidentemente protetiva a essas pessoas que ostentam grave forma de hipossuficiência. Afinal, a proteção das formas acentuadas de hipossuficiência interessa a toda a coletividade. À sociedade convém intensamente que menores, incapazes, acidentados e deficientes físicos sejam defendidos, mesmo porque todos nós poderemos um dia encontrar-nos nessas situações.

Com a superveniente edição da Lei nº 7.853/89, conjuntamente com outros legitimados ativos, o Ministério Público passou a ser expressamente incumbido da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas com deficiência. Passaram a aplicar-se à matéria, portanto, os mesmos princípios referentes à instauração do inquérito civil, seu arquivamento, propositura e julgamento das ações civis públicas e ações coletivas. Isso em muito facilitou a atuação do Ministério Público, evitando sobreviessem decisões judiciais como aquelas que, antes do advento dessa lei, equivocadamente pretendiam negar a existência de interesse público na atuação do Ministério Público em defesa dos interesses globais das pessoas com deficiência.

Depois dessas ações pioneiras, e em vista da nova instrumentação jurídica que adveio para a matéria, passou a ser mais intensa e até costumeira, nas lides forenses, a atuação do Ministério Público em defesa dos interesses transindividuais ligados à proteção das pessoas com deficiência, inclusive na fiscalização dos estabelecimentos que abrigam pessoas nessa condição.

Assim visto, em rápida síntese, como nasceu e como evoluiu a atuação do Ministério Público na área de proteção da pessoa com deficiência, resta agora indagar: o que, de concreto, pode hoje o Ministério Público fazer em defesa da pessoa com deficiência?

Em primeiro lugar, pode e deve cumprir, dentro da própria instituição ministerial, as normas legais protetivas, ou seja: deve dar o bom exemplo, e não discriminar em seus concursos públicos as pessoas com deficiência; deve assegurar-lhes a reserva de vagas que vem prevista na Constituição e nas leis; deve, ainda, assegurar-lhes as condições de acessibilidade física aos próprios da instituição; deve, enfim, instituir os Centros de Apoio Operacional e criar as Promotorias ou Procuradorias especializadas nessa importante área de atuação funcional, para melhor desempenho de seus misteres legais e observar o princípio do promotor natural.

No que diz respeito ao ingresso à carreira dos servidores do Ministério Público ou dos seus próprios agentes, os editais de concurso devem consignar a necessária reserva de cargos; no requerimento de inscrição, os candidatos devem indicar a natureza e o grau da incapacidade, bem como as condições especiais necessárias para que participem das provas. Eles concorrerão em igualdade de condições com os demais, no que diga respeito ao conteúdo e à avaliação das provas. Após o julgamento das provas, haverá duas listas: a geral, com a relação de todos os candidatos aprovados, e a especial, com a relação dos portadores de deficiência aprovados. Em outras palavras, a reserva de percentual não afasta a necessidade de aprovação no concurso, devendo ser compatíveis com a deficiência as atribuições a serem desempenhadas.

Mas ainda há indevidas resistências. Há anos, um acórdão do Supremo Tribunal Federal afirmou inexistir discriminação quando se eliminou do concurso um candidato com cegueira bilateral, porque isso geraria impossibilidade de desempenho pleno da função de juiz federal. O acórdão por certo não teria sido proferido se os juízes tivessem considerado que é muito diferente a situação de quem conseguiu tornar-se habilitado para exercer os ofícios do Direito já quando portador daquela deficiência, e a de quem, tendo visão normal, supervenientemente, se torne cego bilateral. Enquanto este último será aposentado por invalidez, já o primeiro fez seu curso jurídico iluminado apenas pela luz interna de sua força e sua vontade, que, não raro, é a bastante para ver muito além dos limites estreitos de quem não lhe reconhece aptidão para levar vida operosa e produtiva na sociedade. Como ele julgará, se não pode ler os autos? Da mesma forma que um juiz ouve uma testemunha que só se comunica em língua estrangeira: valer-se-á de um intermediário, compromissado na forma da lei.

De nossa parte, conhecemos Promotor de Justiça que, por falta dos membros superiores, longe de inválido, exerce com zelo as atribuições de seu cargo; conhecemos ainda Procurador do Trabalho com cegueira bilateral, que, apesar de discriminado em anterior concurso de ingresso à Magistratura, não só ingressou no Ministério Público sem dever favor algum aos demais candidatos sem

depender nem mesmo da cota especial, como ainda, mercê de sua maturidade e cultura jurídica invulgares, tornou-se líder entre seus próprios colegas de visão completa…

Como ele exerce suas funções se não enxerga? Da mesma maneira que o já mencionado juiz, o qual, ainda com tenha visão bilateral, para ler e entender algo em língua estrangeira, deve valer-se de um intérprete ou tradutor — ou seja, um intermediário ou um ledor, compromissado e autorizado a tanto.

Além, pois, do importante papel de, dentro de sua própria casa, o Ministério Público dever combater a discriminação contra as pessoas com deficiência, ainda lhe resta a tarefa, não menos árdua, de lutar contra todas as formas de discriminação que a sociedade em geral impõe às pessoas com deficiência.

Em matéria cível, na esfera extrajudicial, o Ministério Público dispõe de vários instrumentos de atuação funcional.

Em primeiro lugar, pode instaurar e presidir inquérito civil para investigar lesões relacionadas com a proteção das pessoas com deficiência, para, a seguir, tomar as eventuais providências judiciais cabíveis.

Outrossim, agora da mesma maneira como ocorre com os demais órgãos públicos legitimados, pode o Ministério Público tomar compromissos de ajustamento de conduta, para que os causadores de danos a interesses das pessoas com deficiência possam adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações, tendo esses compromissos a eficácia de título executivo extrajudicial.

Por fim, ainda no campo extrajudicial, deve o Ministério Público zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os princípios constitucionais de proteção às pessoas com deficiência, como o acesso a edifícios públicos ou o preenchimento de empregos públicos (Constituição, Art. 129, II; Lei nº 8.625/93, Art. 27, IV; LC nº 75/93, Art. 6º, XX). No exercício dessa atividade de *ombudsman*, pode a instituição, entre outras providências, realizar audiências públicas e expedir recomendações a respeito. Caso as recomendações não sejam atendidas, poderá valer-se do inquérito civil ou da ação civil pública.

Na área criminal, cabe ao Ministério Público requisitar inquérito policial ou exercitar a ação penal pública, nos casos de eventuais crimes cometidos contra as pessoas com deficiência, como por exemplo: a) recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta; b) obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência; c) negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho; d) recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de

prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, a pessoa portadora de deficiência; e) deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida em ação civil pública; f) recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público.

Na esfera judicial, agora em matéria cível, afora seu papel de órgão agente (legitimado ativamente a propor as ações que versem a discussão de interesses transindividuais relacionados com as pessoas com deficiência), o Ministério Público ainda tem papel interventivo, não apenas em ações que versem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos relacionados à proteção das pessoas com deficiência, mas até mesmo em qualquer ação em que seja parte uma pessoa com deficiência física ou mental, posto não se trate de incapaz para os fins dos Arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, obedecida, porém, uma limitação: desde que o objeto dessa ação esteja relacionado com a deficiência da pessoa.

Essa ressalva final, trazida no Art. 5º da Lei nº 7.853/89, é muito importante, porque bem dá a medida da intervenção ministerial. Assim, por exemplo, o Ministério Público não oficiará em qualquer ação proposta por pessoa com deficiência ou contra ela, se não estiver em discussão problema relacionado com a deficiência . Entretanto, numa ação indenizatória promovida por pessoa com acentuada deficiência e cujo objeto seja a reparação decorrente do acidente que lhe causou a limitação, a intervenção do Ministério Público, na qualidade de assistência *ad coadjuvandum*, será justificável; com mais razão, portanto, estará o Ministério Público presente nas ações civis públicas ou coletivas que versem a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, relacionados com a deficiência das pessoas, pois neste último caso estará em questão o direito de todo um grupo de pessoas.

É protetivo o ofício ministerial em todas essas formas de atuação (ações ou intervenções) causadas por um interesse público evidenciado pela qualidade da parte (assistência *ad coadjuvandum*).

Na área civil, como vimos, cabe, pois, ao Ministério Público instaurar inquérito civil e propor as ações civis públicas pertinentes, em defesa dos interesses transindividuais relacionados à proteção das pessoas com deficiência. Assim, havendo interesses transindividuais que digam respeito a pessoas com deficiência (como os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), o Ministério Público está plenamente autorizado pela Constituição e pelas leis a instaurar inquérito civil para investigar a ocorrência de eventuais violações às normas protetivas, apurando os fatos na sua materialidade e autoria, para nele se basear

quando da decisão sobre se é caso ou não de propor a competente ação civil pública, visando a impedir o dano ou a obter sua reparação.

Em suma, pois, a defesa judicial de interesses difusos e coletivos ligados às pessoas com deficiência, por parte do Ministério Público, sobre estar hoje prevista nos Arts. 3º e 5º da Lei nº 7.853/89, ainda tem suporte no inciso IV, do Art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (acrescentado pela Lei nº 8.078/90), e, ainda, encontra embasamento no próprio Art. 129, III, da Constituição Federal, que lhe comete a instauração de inquérito civil e a propositura de ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos, tomados estes em seu sentido mais amplo.

Na esfera da propositura da ação civil pública, entre outras, podem ainda ser ajuizadas pelo Ministério Público medidas judiciais relacionadas à educação, saúde, transportes, edificações, bem como à área ocupacional ou de recursos humanos, ou ainda à área do meio ambiente do trabalho.

Na área da proteção das pessoas com deficiência no tocante ao acesso ao mercado de trabalho, há todo um campo a percorrer, justificando-se o ajuizamento de medidas judiciais protetivas, se for o caso.

Quanto ao acesso ao mercado de trabalho, a Constituição vedou qualquer forma de discriminação nos salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência, bem como exigiu lhes fosse reservado percentual dos cargos e empregos públicos (Arts. 7º, XXXI, e 37, VIII). O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União assegurou-lhes o percentual de até 20% (Lei nº 8.112/90, Art. 5º, § 2º). No Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 683/92, em seu Art. 1º, impôs o percentual de até 5% para preenchimento de cargos e empregos públicos.

Já na iniciativa privada, coube à Lei nº 8.213/91 — que cuida do sistema da previdência social — assegurar em favor dos beneficiários reabilitados e das pessoas com deficiência, desde que habilitadas, de 2 a 5% das vagas para trabalho em empresas com cem ou mais empregados (Art. 93). O Decreto nº 3.298/99 estabelece as proporções: a) 2%, para empresas de 100 a 200 empregados; b) 3%, de 201 a 500; c) 4%, de 501 a 1000; d) 5%, para as que excedam 1000 (art. 36).

Grandes empresas alegam que, se tiverem que contratar 5% de trabalhadores deficientes, teriam de demitir igual número de não deficientes. Mas o argumento é irreal, pois que, na rotatividade normal dos empregos, teria bastado ir cumprindo a lei gradualmente, que hoje o problema já estaria resolvido, sem que se tivesse que despedir ninguém. Outros alegam que não há condições de transporte ou acesso adaptado para recebê-los. Mas o que está tardando são essas adaptações!

De todos, o mais indigno é o argumento de que se deveria criar uma contribuição de cidadania, para as empresas que, não querendo manter o percentual, pagassem um valor a um fundo, o que as dispensaria de contratar pessoas com deficiência. Ou seja, pagariam uma taxa para poder discriminar!

5. Conclusão

Enfim, cabe ao Ministério Público exercer uma atuação firme e decidida para prevalência dessas normas que garantem os direitos das pessoas com deficiência.

É preciso deixar bem claro que não se trata de um ato de caridade que o Estado, o Ministério Público ou as pessoas em geral devem em relação às pessoas que sofrem tais limitações de qualquer natureza. Nem a luta em defesa destas pessoas é uma luta apenas destas pessoas. Essa é uma luta de todos nós; é um dever social, até porque todos nós já estivemos ou estaremos em condições deficitárias. A pessoa com deficiência — qualquer que seja ela, motora, sensorial, intelectual ou de qualquer outra natureza — essa pessoa é inteira, no que diz respeito à dignidade e direitos.

Vencer todos esses obstáculos — não estamos falando apenas dos obstáculos físicos, que existem e são muitos, mas de todos os obstáculos, inclusive os sociais — vencer todos esses obstáculos é tarefa árdua e consiste num longo caminho a ser percorrido, mas que só será vencido com a força, a coragem e a determinação de todos nós.

Bibliografia

FARIA, Anacleto de Oliveira. Do princípio da igualdade jurídica, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, p. 268.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. O controle jurídico do princípio da igualdade, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1978, p. 28.

COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958, p.185.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. ed. 2006, São Paulo, Saraiva.

_____. Hugo Nigro, Regime jurídico do Ministério Público; análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista. 6. ed. 2007, Saraiva.

_____. Hugo Nigro, O inquérito civil — investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas, São Paulo, 2ª ed., Saraiva, 2000.

_____. Hugo Nigro, O deficiente e o Ministério Público, artigo publicado no

jornal O Estado de S. Paulo, 13-3-88, p. 55, bem como nas revistas JTACSP, 108:6 (março/abril de 88); RT, 629:64 (março de 88); Justitia, 141:55 (1º trimestre de 88).
SILVA, Otto Marques da. A epopéia ignorada – a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje, ed. Sociedade Beneficente São Camilo, São Paulo, 1987, p. 19.

A DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFENSORIA PÚBLICA E CONSELHOS DE DIREITOS

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Resumo: Abordam-se as grandes dificuldades para a adequada otimização dos comandos constitucionais. Avalia-se a superação da classificação tradicional das normas constitucionais. Registra-se que a manutenção da tradicional classificação das normas constitucionais no imaginário dos juristas contribui para a ineficácia da Constituição de 1988. Expõe-se o conceito de deficiência. Abordam-se as atribuições do Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos de Direitos na defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

Palavras-chaves: normas constitucionais, pessoa com deficiência, atribuições Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos de Direitos.

Abstract: *This paper deals with the main difficulties for the appropriate improvement of the constitutional provisions. It values the exceeding of the traditional classification of the constitutional norms. It defends that keep the traditional classification of the constitutional provisions in the jurists mind contributes to constitution of 1988 ineffectively. It shows the disability concept. It deals with the functions of the attorneys, public lawyers, rights council in defense of the persons with disability rights.*

Keywords: c*onstitutional provisions, person with disbility, functions of the attorneys, public lawyers, rights council.*

1. Conhecendo um pouco o meu contexto

As normas garantidoras dos direitos fundamentais do homem eram no Brasil, até antes da vigência da atual Constituição, meramente retóricas, considerando que as próprias agências do Estado agiam no sentido de sua violação[1]. Com a promulgação do novo estatuto constitucional, marcadamente comprometido com a construção de um Estado Democrático de Direito substancial, às agências estatais ficaram reservadas as tarefas de criação das condições necessárias para que os habitantes do país possam desenvolver de forma adequada as suas potencialidades.

Nesse contexto, o Estado brasileiro, de acordo com os novos paradigmas estabelecidos pela Constituição em vigor, deve otimizar o papel reservado a todo e qualquer Estado realmente comprometido com a dignidade da pessoa humana: o de devedor da construção de um contexto favorável ao desenvolvimento das potencialidades de cada um por meio da oferta de serviços essenciais adequados e de um ambiente em que os governados não são submetidos a qualquer tipo de terrorismo estatal e também protegidos, por meio da certeza de punição adequada, de eventuais comportamentos ilegais de seus semelhantes. É a própria idéia do império das leis, visceralmente comprometidas com a dignidade da pessoa humana, sendo positivada no meio ambiente social brasileiro.

De fato, com a Constituição de 1988 as agências do Estado brasileiro só estão autorizadas a movimentar-se dentro do quadrante normativo estabelecido pela Constituição. Qualquer iniciativa ou ação das autoridades no sentido de ultrapassar as balizas constitucionais pode ser questionada judicialmente.

O Poder Judiciário por ser também um dos tentáculos do Estado deve decidir de acordo com as balizas Constituição, já que lhe é reservada a função de guardião último dos valores constitucionais.

O problema sério no Brasil tem sido o de preparar os operadores das agências estatais, nelas incluídos os operadores dos chamados poderes da República, para agirem de acordo com os valores e princípios estabelecidos na Constituição, de forma que todas as decisões do Estado venham a otimizar os comandos constitucionais, sem qualquer possibilidade de atentado ou fraude à Constituição.

Essa tarefa não tem sido fácil. A função de interpretação das normas constitucionais, considerando o fato de a Constituição brasileira contemplar valores e princípios vistos muitas vezes como incompatíveis, tem provocado, em razão de vários posicionamentos do Poder Judiciário, grande insatisfação e dúvidas sobre se ele vem efetivamente cumprindo a missão que lhe foi confiada pela própria Constituição: a de seu intérprete último e guardião máximo.

A Constituição e, consequentemente, os valores que ela abriga estão efetivamente sendo protegidos pelo Poder Judiciário ante as investidas contrárias do Poder Executivo, do Poder Legislativo, das forças econômicas, de particulares com grande poder de influência não somente considerando o viés econômico, como também social?

A resposta é não. O Poder Judiciário não tem sido capaz de frear movimentos de fraude à Constituição. Por outro lado, muitas vezes os seus integrantes cometem atos que podem ser denominados de sabotagem à Lei Superior a qual deveriam guardar, na medida em que se posicionam considerando pressupostos não contemplados por essa Lei. Isso acontece no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ainda em situações em que se voltam à criação exagerada de benefícios de ordem pecuniária ou de contratação irregular de parentes, abusos os quais se tenta enfrentar por meio da implantação de um sistema de controle externo, o qual também passa a dar sinais de que não será capaz de fazer com que a Constituição efetivamente seja respeitada em pontos essenciais, especialmente no que diz respeito à consolidação de um Poder Judiciário republicano e moderno.

Essa situação é uma repetição de fatos que já se tornaram rotineiros no Brasil. A Constituição como estatuto legal meramente semântico, ou seja, como Lei capaz de disciplinar a sociedade apenas no universo simbólico, porquanto aprovada e publicada apenas para dar satisfação à comunidade internacional quanto a compromissos meramente formais com os direitos fundamentais.

Isso tudo é resultado de uma praga conhecida como a indistinção entre o público e o privado, o que impossibilita ao Brasil construir um efetivo Estado Democrático de Direito. Essa praga impossibilita a idéia de a legalidade associar-se à idéia de legitimidade. Nesse contexto, as leis não são comandos dirigidos a todos. Diante disso, a legalidade não transforma, não revoluciona. Essa situação que ora se repete, levou Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 160), há algumas décadas atrás, a dizer que a ideologia impessoal do chamado liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós, o que faz da democracia brasileira um lamentável mal entendido.

Esse é o quadro em que pretendo falar das atribuições do Ministério Público, da Defensoria e dos Conselhos responsáveis pela defesa dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Não pretendo ser pessimista. Fazendo uma comparação entre os períodos anterior e posterior à Constituição de 1988, percebo que a partir de 1988 foi sendo construído um arcabouço legal muito mais generoso no que se refere ao reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência. Da mesma forma, há

um contingente maior de pessoas engajadas na afirmação dos direitos fundamentais desse mesmo segmento. Isso não quer dizer, entretanto, que os direitos dessas pessoas estejam sendo integralmente respeitados. Caso estivessem sendo respeitados, a Constituição de 1988 teria sido suficiente para sua garantia, fato que não aconteceu, vez que desde a edição da Constituição de 1988 inúmeros textos normativos foram editados para o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, como se a solução para todos os males da não efetividade dos direitos estivesse na edição de novos comandos legais.

Além da Lei nº 7.853/89, que deve ser considerada um verdadeiro Estatuto da Pessoa com Deficiência, advieram as Leis nºs. 10.048 e 10.098, ambas de 2000 e os Decretos nºs. 3.298/98 e 5.296/04, apenas para citar os mais importantes. Por outro lado, tramita no Congresso Nacional projeto de lei cujo objetivo é instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.

Toda essa legislação aprovada e por aprovar representa, sem qualquer dúvida, um grande salto na consolidação da idéia de que as pessoas com deficiência são titulares de direitos fundamentais e, portanto, atores sociais importantes e merecedores de respeito e consideração.

A questão que deve ser colocada é por que os direitos dessas pessoas não estão sendo efetivamente garantidos, mesmo diante de um rico arsenal normativo?

Ora, todo esse arsenal, incluindo a Constituição de 1988, reconhece e garante não somente os direitos desse segmento populacional, como também os direitos fundamentais dos outros integrantes da sociedade brasileira. A própria Constituição de 1988 diz que todos são iguais perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza, ao mesmo tempo em que arrola os direitos dos quais todos são titulares, os quais englobam não somente os direitos civis (direito de ir e vir, pensamento, liberdade religiosa), políticos (de votar e ser votado), sociais, culturais e econômicos (de participar de todos os benefícios produzidos pela sociedade moderna), difusos (meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo), como também o direito à paz, á informação, dentre tantos outros.

Pois bem. Diante disso, retomo a questão anteriormente colocada. Por que ainda há necessidade de falar da garantia de direitos das pessoas com deficiência se ela está claramente registrada na Constituição e nas leis?

Não está claro que a arquitetura das cidades e os sistemas de transportes devem estar adaptados às pessoas com deficiência (§ 2º, II, do Art. 227 e Art. 244 da Constituição, bem como Leis nºs 7.853/89, 10.048/00, 10.098/00, Decretos nºs. 3.298/99 e 5.296/04)?

Por que as cidades não estão adaptadas e os obstáculos não estão superados ou em claro movimento de superação?

É possível que essa trágica situação decorra, dentre outros fatores, do fato de a democracia no Brasil tratar-se, como disse Sérgio Buarque de Holanda, de um lamentável mal entendido. No Brasil pouca coisa realmente é levada a sério. Não sou um crítico mordaz ao dizer isso, estou apenas constatando fatos depois de 15 anos de atuação no Ministério Público como Promotor de Justiça e de 11 anos de atuação como professor universitário, seja no âmbito da graduação como da pós-graduação. Que fatos são esses, afinal: o constante desrespeito aos direitos fundamentais a ao real sentido das instituições.

Esse lamentável mal entendido ao qual se refere Sérgio Buarque de Holanda e que também tenho constatado, é escamoteado no âmbito do sistema judiciário (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Judiciária, Advocacia) por meio de comportamentos não republicanos e não democráticos e, ainda, através da perpetuação de teses inadequadas sobre o sentido e o alcance da constituição.

No segundo tópico vou demonstrar como percepções erradas sobre o fenômeno constitucional podem inviabilizar a própria efetivação de uma verdadeira ordem constitucional e, logo em seguida, refletir sobre as repercussões dessas percepções na efetivação dos direitos fundamentais.

2. Conhecendo o sentido e alcance de uma Constituição

A constituição possui uma natureza. E como a natureza de cada coisa é o seu fim, o fim da Constituição é o reconhecimento e a garantia dos direitos humanos fundamentais, razão pela qual as suas normas[2] são obrigatórias e sua observância e aplicação dever de todos (Zavascki, 1993, p. 181).

Considerando que nenhuma lei, seja ela de que hierarquia for, não pode ser editada para não ser cumprida, a Constituição precisa ter eficácia e aplicabilidade. É sabido, por outro lado, que ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o dever-ser tipificado na norma e o ser da realidade social. Todavia, isso não é um obstáculo à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Foi com o objetivo de mudar o mundo do ser que a Constituição veio a lume. Se não fosse assim, seria desnecessária a norma, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via constitucional, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico, o qual invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade de fato. Isto seria sua negação (Barroso, 1990, p.53).

Com o objetivo de nortear e, consequentemente, transformar a realidade, os constituintes elaboraram a Constituição de 1988. Referida Constituição acolheu no seu corpo não somente normas declaratórias de direitos como também normas instrumentais[3].

Ao se referir aos direitos humanos fundamentais, a Constituição de 1988 (Art. 5º, § 1º) os tem como de aplicabilidade imediata (Sarlet, 1998, p. 242). Essa perspectiva representou um grande avanço em relação às Constituições precedentes. Apesar de muitos direitos tidos como fundamentais requererem iniciativa legislativa infraconstitucional para que possam perfeitamente produzir efeitos, não ficam obstaculizados por conta disso. Ora, os direitos fundamentais são de aplicação imediata. Não será o fato de necessitarem de uma lei que determine a sua esfera de abrangência ou os procedimentos para que possam ser usufruídos que irá impedir o seu exercício. Não fosse assim não existiriam as normas instrumentais, muito menos teria sido declarado o que foi declarado no Art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

O fato de a Constituição de 1988 ter prestigiado o legislador ordinário, entregando-lhe a tarefa de pensar nas especificidades, decorreu muito mais do caráter aberto da Constituição, que se dispõe a ser atualizada através de interpretações tanto dos legisladores quanto dos juízes, desde que essas interpretações não se afastem do seu espírito e estejam voltadas a otimizar a sua intenção de garantir os direitos fundamentais[4] e não de espezinhá-los, como acontece quando não se reconhece a possibilidade de gozo dos direitos em razão de a norma constitucional não ter sido regulamentada.

Por outro lado, confirmando ser impostergável o compromisso para com os direitos humanos fundamentais, foi inserido na Constituição de 1988 o conteúdo do Art. 5º, § 2º, que aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem ainda a possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição (Sarlet, 1998, p. 75).

Toda essa engenharia constitucional não foi construída gratuitamente, de forma a que a Constituição de 1988 pudesse ser interpretada da mesma forma que as anteriores Constituições brasileiras foram interpretadas[5]. Não, decididamente não. A Constituição de 1988 colocou-se não somente como a lei, a lei superior, mas especialmente como o instrumento através do qual valores caracterizadores do avanço do processo civilizatório seriam incorporados à sociedade brasileira pois, é expressão daquilo a que chamo patrimônio cultural comum da humanidade.

Sendo assim, torna-se adequado reavaliar as classificações das normas constitucionais desenvolvidas por importantes juristas brasileiros[6], os quais reconhecem na Constituição normas com capacidade de aplicação imediata e outras sem esse efeito. A questão é saber se a Constituição de 1988 tolera normas enquadradas nessa segunda perspectiva e em que medida.

A Constituição de 1988 indica os meios para que os direitos constitucionalmente reconhecidos sejam usufruídos quando necessitarem ser usufruídos e não quando as autoridades entendam devam ser usufruídos. Diante dessa situação, os juristas e os operadores do direito precisam ficar do lado da Constituição, do lado dos cidadãos, daí ter razão Luigi Ferrajoli ao afirmar que o direito é sempre uma realidade não natural, portanto artificial, construída pelos homens, incluídos os juristas, que têm uma parte não pequena de responsabilidade no assunto. E nada há de necessário e nem de sociologicamente natural na ineficácia dos direitos e na violação sistemática das regras por parte dos titulares dos poderes públicos (Ferrajoli, 1999, p. 18).

Diante disso, outra não deve ser a atitude do jurista que não a de interpretar a Constituição no sentido que todas as suas normas, notadamente as referentes aos direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata, muito mais quando se tem em vista que os direitos fundamentais para o seu integral respeito necessitam da efetivação de normas comumente chamadas programáticas[7] e que têm merecido uma interpretação não condizente com a sua natureza, uma vez que muitos juristas e operadores do direito vêem nelas poucos efeitos, quando muito o de eficácia paralisante de todas as normas inferiores, se contrastantes com o seu sentido[8].

As normas programáticas necessitam de ações concretas, construtivas, serviços públicos à sua efetivação, daí demandarem tempo para sua total e integral aplicação. Não podem, por isso, instantaneamente satisfazer aquilo a que Constituição almeja construir desde o princípio. Todavia, apontam para a necessidade de a partir do primeiro dia da vigência da Constituição, os poderes públicos iniciarem as medidas para que o programa nela contido comece a ser implementado. As normas programáticas não concedem liberdade às autoridades para começarem a agir quando bem quiserem, quando acharem que possuem recursos para colocar em andamento os programas que elas prevêem. A implementação imediata dos programas previstos nas normas constitucionais faz parte da sociedade que a Constituição deseja construir. Se iniciativas voltadas à execução desses programas não forem tomadas desde o primeiro dia de vigência da Constituição, esta estará sendo flagrantemente desrespeitada e as autoridades agindo fora dos parâmetros constitucionais, perdendo assim a legi-

timidade para o exercício do poder. O programa de cada governo deve ser o programa constitucional. Cada governo é apenas o executor do programa traçado pela própria Constituição (Piovesan, 1992, p. 73).

3. Os riscos de os comandos constitucionais não serem levados a sério

Na medida em que as autoridades se afastam dos comandos constitucionais e o Poder Judiciário ratifica essa postura sob o argumento de que determinadas normas constitucionais são privadas de eficácia – mesmo a Constituição deixando claro que as normas constitucionais, especialmente sobre direitos fundamentais, têm aplicabilidade imediata –, contribuem decisivamente para a corrosão do texto constitucional.

Esse tipo de postura inviabiliza a maioria dos direitos das pessoas com deficiência.

Não posso cerrar os olhos para o grande número de direitos assegurados pela Constituição de 1988 e para o fato de que todos os direitos possuem um custo. Mesmo os direitos civis, comumente tidos como direitos que independem da atuação do Estado, na realidade possuem um custo. O acesso à justiça, o devido processo legal, o direito de ir e vir, todos enfim implicam em gastos para a sua efetividade. É impossível, por exemplo, assegurar o direito de acesso à justiça sem a manutenção da máquina do sistema judiciário.

Ademais, é preciso registrar que hoje os direitos só podem ser visualizados dentro de uma ótica sistemática, de interdependência e inter-relacionamento, pois não é mais possível falar em direito à liberdade de pensamento sem que as pessoas tenham acesso à educação e à informação. O mesmo vale para o usufruto de outros direitos.

Mesmo diante da ponderação econômica, não sei até que ponto se justifica negar a implementação de direitos constitucionais sem que isso constitua uma inconstitucionalidade, portanto uma fraude à Constituição. Em um país como o Brasil esse fato pode até parecer sem importância, mas significa o próprio comprometimento do futuro do país. Não levar a sério a Constituição é algo muito grave. Significa comprometer pela base as instituições brasileiras.

As justificativas de que a Constituição garantiu muitos direitos e não indicou as correspondentes fontes de recursos ou mesmo que priorizou em um contexto globalizado um sistema econômico protecionista, portanto incompatível com a criatividade e risco inerentes à livre iniciativa exigidos na atualidade, servem apenas àqueles que não querem se submeter às regras rigorosas para o exercício do poder. O arbítrio para essas pessoas é condição essencial para a manutenção do seu *status*.

A Constituição, por exemplo, quis valorizar os Municípios, mas a maior parte dos recursos continua com a União. A Constituição quis fortalecer o Ministério Público e a Defensoria Pública, mas estas instituições não dispõem de recursos necessários para o desempenho de suas funções. Por outro lado, os atores mais antigos dessas mesmas instituições muitas vezes ao invés de gerirem esses órgãos dentro de parâmetros republicanos, privilegiando a impessoalidade, a competência técnica e a inteligente otimização de recursos, trabalham incessantemente para transformarem-nas em cópia fiel de um Poder Judiciário que a própria Constituição quis desmontar, mas que seus operadores recusam-se invariavelmente a aceitar. Daí porque continuam sem trégua buscando vantagens de ordem pecuniárias abusivas e afrontando o princípio constitucional da impessoalidade contratando parentes, ou se isso é eventualmente proibido, buscando fórmulas para obstruir a proibição e continuar com as mesmas atitudes.

Essas práticas desacreditam a Constituição, como se ela fosse a causa dos males, quando na verdade é o instrumento para combatê-los.

Na Constituição de 1988 não está escrito que se deva gastar mais do que se arrecada. Não está escrito que não se deva combater a corrupção. Não está escrito que não se deva estimular a concorrência e a livre iniciativa. Pelo contrário. Essas preocupações encontram-se contempladas na Constituição. Registro ainda que essa mesma Constituição também reconhece o direito de acesso a um sistema educacional de qualidade, a um sistema de saúde eficiente e a um sistema judiciário competente e célere. Entretanto, age-se como se a Constituição não registrasse nada sobre essas temáticas. Pelo contrário, apregoa-se que ela é incapaz de oferecer ao país condições de alcançar um futuro promissor porque completamente dissociada das necessidades do presente.

Isso demonstra que o Brasil não desenvolveu algo que irei chamar de sentimento constitucional. Por sentimento constitucional entendo a percepção por parte de governantes e governados de que as normas da Constituição representam verdadeiros comandos normativos, os quais devem efetivamente determinar o comportamento de todos. O sentimento constitucional impõe a percepção de que a Constituição é um sério pacto para que uma determinada sociedade tenha algum futuro, uma vez que a Constituição estabelece o caminho para alcançá-lo.

Todo o país que não leva a sério a sua Constituição não tem futuro, justamente porque não tem um projeto civilizatório. Não tem noção das etapas que deve superar para alcançar determinado resultado.

O sentimento constitucional é justamente a consciência de que as normas constitucionais constituem-se na segurança de um futuro muito melhor que o

presente, já que estas racionalizam as etapas para que o avanço no processo civilizatório seja possível.

O Brasil tem colocado em risco o seu futuro seriamente na medida em que as autoridades e os cidadãos não levam suficientemente a sério a sua Constituição. Demonstram incapacidade na percepção de que a Constituição só possui força normativa se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, porquanto não são nos tempos felizes que as Constituições são colocadas à prova, mas sim nos difíceis (Hesse, 1991, p.25).

Apesar desse quadro, alguns atores sociais e institucionais têm se esforçado para resgatar o verdadeiro sentido e alcance da Constituição. Neles posso inserir uma parte relevante do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Conselhos de Direitos. As duas primeiras instituições e esses últimos órgãos têm representado um pouco de luz onde as sombras predominam.

Sem a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública - os quais têm, em virtude de comando constitucional obrigação inclusive de agir contra o próprio Estado na medida em que vulnere os direitos fundamentais, por ação ou omissão - e, dos Conselhos de Direitos a Constituição de 1988 nada teria representado para a grande maioria da população brasileira pois é constituída de pessoas sem conhecimento mínimo de seus direitos essenciais e, por conta disso, incapaz de reivindicá-los.

4. O papel do Ministério Público, a Defensoria Pública e os Conselhos de Direitos na defesa dos direitos das pessoas com deficiência

Não é possível defender determinado segmento populacional sem que se tenha nítida noção das características dos seus integrantes.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, logo no seu Art. 1º, registra que pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Para que uma pessoa seja considerada com deficiência precisa apresentar características que a distinga. A apresentação de limitações, dificuldades ou impedimentos associados a determinadas barreiras obstruem a participação das pessoas com deficiência na sociedade.

A própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência registra no seu preâmbulo que deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras

atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A Constituição de 1988 não define pessoa com deficiência como faz a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Estabelece, entretanto, de maneira muito adequada os direitos das pessoas com deficiência, os quais são os mesmos direitos fundamentais dos quais todas as outras pessoas são titulares, como direito à vida, saúde, educação, trabalho, lazer, dentre outros. Ademais, impõe para materialização desses direitos no que se refere às pessoas com deficiência, a criação de programas de prevenção e atendimento especializado àqueles com deficiência física, sensorial ou mental (Art. 227, II).

Comando idêntico ao da Constituição de 1988 foi absorvido pela Lei nº 7.853/89.

A Lei nº 10.098/00, por outro lado define a pessoa com deficiência, entendendo-a como aquela que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e utilizá-lo. Já os Decretos nºs 3.298/99 e 5.296/04 conceituam categorias de pessoas com deficiência.

Mais recentemente a minuta do substitutivo ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, em tramitação do Congresso Nacional, define deficiência como toda restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou remunerada, podendo ser deficiência física, auditiva, visual, mental, múltipla, além da surdez, autismo, condutas típicas, lesão cerebral traumática, todas definidas no referido projeto de Estatuto.

Do anotado acima, é fácil perceber a amplitude do universo de pessoas consideradas com deficiência, bem como a urgência de sua adequada proteção social e estatal.

Para que essas pessoas, enfim, tenham efetivamente os seus direitos assegurados precisam ter conhecimento de que são titulares de direitos, bem como conhecer os mecanismos para acessá-los. Quando isso não for possível em razão de elas não possuírem a maioridade ou apresentarem deficiência mental que impossibilite o necessário discernimento para os atos da vida civil, a família, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os Conselhos de Direitos terão papel primordial na garantia de seus direitos, e possuem responsabilidade indeclinável no sentido de agirem no sentido de sua efetivação.

Para que o Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos de Direitos possam defender adequadamente os direitos das pessoas com deficiência têm obrigação de conhecer a realidade dessas pessoas, as principais causas de deficiência na população, bem ainda desenvolver estratégias para possibilitar às

pessoas com deficiência os serviços de que necessitam para que possam desenvolver a sua autonomia.

Portanto, o primeiro passo para qualquer ação conseqüente do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Conselhos de Defesa de Direitos é conhecer a realidade do público que desejam promover.

Segundo o Censo do IBGE havia no Brasil, em 2000, aproximadamente 24,6 milhões de pessoas com deficiência, das quais 150 mil são cegas, 5,7 milhões com algum problema de deficiência auditiva e 170 mil pessoas surdas.

A mesma pesquisa destacou que a proporção de pessoas com deficiência aumenta com a idade, passando de 4,3% nas crianças até 14 anos, para 54% do total das pessoas com idade superior a 65 nos. À medida que a estrutura da população está mais envelhecida a proporção de pessoas com deficiência aumenta, surgindo um novo elenco de demandas para atender as necessidades específicas deste grupo (IBGE, censo demográfico 2000).

O conhecimento da realidade das pessoas com deficiência, amparado não somente nas demandas que chegam a esses órgãos como também em pesquisas oficiais realizadas, somado a necessária articulação entre Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos de Direitos são essenciais para a implementação das políticas públicas adequadas para o atendimento das necessidades desse segmento populacional.

5. As atribuições do Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos de Direitos na defesa das Pessoas com Deficiência

Devo dizer que não irei desenvolver um inventário completo das atribuições do Ministério Público, Defensoria e Conselhos de Direitos dentro da tradicional postura de arrolar todos os comandos legais que tratam desse assunto.

Importa registrar, entretanto, que se faz imprescindível a atuação conjunta e articulada do Ministério Público, Defensoria Pública e Conselho de Direitos, uma vez que desenvolvem atividades complementares na garantia dos direitos das pessoas com deficiência.

5.1 As atribuições do Ministério Público

Considerando o disposto nos Arts. 127 e 129 da Constituição e Art. 25, VI da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, destaco como atribuições mais relevantes do Ministério Público no concernente à defesa dos direitos das pessoas com deficiência, as seguintes:

> a) a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

b) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

c) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

d) exercer a fiscalização dos estabelecimentos que abriguem pessoas com deficiência.

Sendo o Ministério Público o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis possui inarredável compromisso em assegurar a dignidade das pessoas com deficiência, uma vez que a ordem jurídica democrática implantada com a Constituição de 1988 impõe a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, portanto de sua ordem jurídica. É justamente por isso que o Ministério Público deve zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, por meio de todos os meios contemplados por essa mesma ordem jurídica.

Dentre os instrumentos mais importantes os quais o Ministério Público pode lançar mão para assegurar os direitos das pessoas com deficiência, devo registrar o inquérito civil, a ação civil pública, o termo de ajustamento de conduta e a recomendação.

O inquérito civil é um instrumento de uso exclusivo do Ministério Público. Trata-se de uma investigação desenvolvida para apurar a existência de uma determinada lesão aos direitos fundamentais, seja por meio de ação ou omissão do Estado ou também de ação ou omissão de particulares que venham a ocasionar prejuízos aos direitos fundamentais dos outros cidadãos. Nesse ponto deve ser lembrado que as normas constitucionais possuem eficácia horizontal, porquanto obrigam também os particulares e não somente o Estado.

O inquérito civil confere poderes ao representante do Ministério Público para requisitar documentos, determinar a realização de perícias, notificação inclusive de autoridades para prestar esclarecimentos e de condução coercitiva em caso de não comparecimento sem justificativa. O objetivo desse instrumento é a coleta provas para eventual ajuizamento de ação civil pública ou celebração de termo de ajustamento de conduta.

A ação civil pública - diferente do inquérito civil público que se restringe ao âmbito do Ministério Público - é uma demanda levada ao Poder Judiciário para que este, diante de provas colhidas, em regra, nos inquéritos civis, possa determinar aquele que está lesando direitos fundamentais dos cidadãos por ação ou omissão, faça algo, deixe de fazer algo ou arque com os ônus de prejuízo eventualmente causado.

O termo de ajustamento de conduta, como a própria expressão indica, é um acordo celebrado entre o Ministério Público e aquele que eventualmente esteja se comportando de forma inadequada quanto ao correto respeito dos direitos fundamentais para que ajustem sua conduta de forma a respeitar integralmente esses direitos.

Os termos de ajustamento de conduta possuem, além de aspecto jurídico, caráter pedagógico e são de grande utilidade para a conscientização da sociedade, uma vez que são precedidos de audiências públicas e, muitas vezes, de recomendações emitidas pelo Ministério Público.

As audiências públicas constituem-se em eventos organizados pelo Ministério Público com o objetivo de ouvir a sociedade civil e os gestores públicos acerca de do desenvolvimento de determinada política pública ou de sua inexistência. Neste último caso, o objetivo é desenvolver um debate e coletar dados para o correto encaminhamento de ações voltadas à implementação dessa política.

As recomendações são instrumentos dos quais se valem o Ministério Público para requerer dos órgãos públicos, especialmente, o desenvolvimento de determinadas ações ou mesmo o cumprimento de determinada lei em prazo determinado, sob pena, inclusive, do ajuizamento de ações civis públicas.

Para comprovar a grande utilidade desses instrumentos na garantia dos direitos fundamentais registro as ações civis públicas ajuizadas para assegurar a adaptação de transporte coletivo às necessidades das pessoas com deficiência; termos de ajustamento de condutas com permissionários do sistema de transporte coletivo e poder público para realização de cursos para fiscais cobradores e motoristas para que mantenham tratamento adequado às pessoas com deficiência; termos de ajustamento de conduta com escolas particulares para que adaptem seus espaços fisicamente às necessidades das pessoas com deficiência, bem como capacitem seus funcionários e professores para atender alunos com necessidades educacionais especiais, só para citar alguns.

5.2 As atribuições da Defensoria Pública

A Defensoria Pública, de acordo com o disposto no Art. 134 da Constituição e no que dispõe a Lei Complementar nº 80/94, possui como principal atribuição a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Essa atribuição possui grande relevância em relação às pessoas com deficiência na medida em que parte do contingente de pessoas com algum tipo de deficiência pertence às camadas mais pobres da população.

Importante ressaltar, inclusive, que muitas deficiências são ocasionadas por problemas de ordem social e econômica. Há estudos que comprovam que

a alimentação inadequada ou mesmo a sua falta durante o processo de gestação ou nos primeiros anos de vida pode acarretar sérios problemas para o desenvolvimento físico e mental da criança. É preciso dizer ainda que a fome também acarreta nefastas conseqüências em todos os momentos da existência, sendo portanto intolerável que o Brasil conviva com essa chaga.

Ora, se muitas pessoas com deficiência, por pertencerem aos extratos mais vulneráveis da população, não possuem o mínimo necessário sequer para a sua sobrevivência, necessitam para a defesa dos seus direitos disponíveis de algum órgão que possibilite o seu acesso ao Poder Judiciário. Esse órgão é a Defensoria Pública.

Os Defensores Públicos são os advogados das pessoas mais necessitadas, isto é, das pessoas que não possuem recursos para a defesa dos seus direitos individuais disponíveis.

Como exemplo da atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos das Pessoas com Deficiência, destaco o ajuizamento de ações cominatóras para o fornecimento de cadeiras de rodas, órteses, próteses e até mesmo medicamentos.

De acordo com a Lei nº 11.448/07, a Defensoria Pública passou a ter clara atribuição para ajuizamento de ação civil pública.

5.3 As atribuições dos Conselhos de Direitos

Os Conselhos de Direitos são considerados órgãos de controle social e também democrático. Formados por representantes da sociedade civil e do Estado, possuem, no dizer de Potyara Pereira (2007, p. 10), caráter público e representação paritária. Trata-se de um efetivo meio de que a sociedade civil dispõe para não somente acompanhar e fiscalizar as políticas públicas, como também deliberar sobre elas.

Os governantes no Brasil ainda não estão acostumados com a existência de qualquer tipo de controle. Esse tipo de atitude, conforme foi verificado anteriormente, possui uma longa história e é resultado de uma cultura de gestão da coisa pública não comprometida com os princípios democráticos.

Os Conselhos de Direitos não são espaços para discussões intermináveis sobre políticas públicas. Para que tenham eficácia, precisam ser integrados por pessoas capacitadas e dispostas a desempenhar o difícil trabalho de monitoramento e fiscalização da execução das políticas públicas.

Os Conselhos de Direitos devem evitar que recursos sejam desperdiçados por conta de execução equivocada, ou mesmo inadequada de ações que não propiciem benefícios para os segmentos cujos direitos objetivam garantir.

Em muitos Municípios, em vários Estados da Federação e, mesmo no âmbito Federal, há uma grande resistência, não somente quanto à instalação de

Conselhos de Direitos, como também a previsão de recursos e disponibilização de meios necessários para os seus funcionamentos.

Os Conselhos de Direitos, por serem paritários, otimizam o comando constitucional de que todo o poder emana do povo que o exerce, inclusive diretamente. Ademais, a própria Constituição de 1988, no seu Art. 204, II, determina que deverá existir participação da sociedade civil, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas públicas e no controle das ações em todos os níveis.

Os Conselhos de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente o Conselho Nacional de Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência – CONADE, de caráter paritário e deliberativo, tem como principais atribuições:

> a) zelar pela efetiva implantação da Política Nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência;
>
> b) acompanhar o planejamento e avaliar a execução das políticas que digam respeito à pessoa portadora de deficiência;
>
> c) divulgar os direitos das pessoas portadoras de deficiência
>
> d) propor a elaboração de estudos e pesquisas que objetivem a melhoria da qualidade de vida das pessoas portadoras de deficiência.

Para desempenhar essas relevantes funções os Conselhos de Direitos necessitam dispor de uma estrutura mínima de trabalho, bem como ser integrado por Conselheiros efetivamente capacitados para dar conta de todas as suas atribuições.

Esses dois elementos são essenciais para que os Conselhos de Direitos cumpram a suas funções. O acompanhamento, avaliação, monitoramento de políticas públicas exige conhecimento técnico de alto nível, do qual decorre quando adequadamente desempenhado um andamento mais racional da administração pública, o que tem como conseqüência uma melhor prestação do serviço público.

Os Conselhos de Direitos não são órgãos públicos (o que não é o mesmo que ser estatal) que se bastam em si mesmos. Fazem parte de todo um complexo de órgãos públicos voltados a permanentemente delimitar as esferas de atuação do Estado e da própria sociedade civil, de forma que essas instâncias não se afastem dos princípios estabelecidos pela Constituição de 1988.

Sendo assim e na medida em que os Conselhos de Direitos são suficientemente aparelhados e formados por representantes da sociedade civil e do Estado, comprometidos com a dignidade da pessoa e suficientemente capacitados, constituem-se em órgãos de efetivo controle social e democrático, capazes de

contribuir para a formação de cultura de responsabilidade no exercício da função público como também da racionalidade dos recursos aplicados.

A criação de Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos com esse perfil contribuirá fortemente para a consolidação do regime democrático, o qual se aperfeiçoará cada vez mais na medida em que referidos conselhos aprenderem a conviver como outras instituições, como o Ministério Público e Defensoria Pública e, estas, por sua vez, passarem a compreender a relevância dos Conselhos de Direitos para o aprimoramento da democracia no Brasil.

Notas

[1] Se na democracia o Estado não organiza mais a coerção paralela e ilegal, sua responsabilidade consiste em não se omitir, em impedir as práticas repressivas ilegais por parte das agências do Estado e em debelar a impunidade desses crimes como daqueles cometidos por particulares (PINHEIRO, Paulo Sérgio. O passado não está morto: nem passado é ainda. In: *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 08).

[2] Compreender uma norma jurídica não é analisar as suas expressões lógico-sintáticas ou gramaticais, mas penetrar nos valores que estão no âmago do enunciado (REALE, Miguel. A sociedade contemporânea, seus conflitos e a eficácia do direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 10, 1997. p. 140).

[3] Utilizaram-se as terminologias declaratória e instrumental para facilitar a compreensão das idéias expostas. Normas declaratórias são aquelas que simplesmente declaram o direito, como, por exemplo: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Normas instrumentais são aquelas que podem ser utilizadas quando os direitos declarados não são levados a sério, especialmente pelas autoridades. Exemplo: mandado de injunção.

[4] A força vinculante dos direitos fundamentais há de ser convertida em referencial a orientar a implementação das políticas públicas, impondo-se a criação de um instrumento de garantia da realização dessas políticas. As garantias não são outra coisa que as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional (PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 37, 1992. p. 72 & COMPARATO, Fábio Konder. Função social do jurista no Brasil contemporâneo. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 670, 1991. p. 12 & FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías . La ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 25).

[5] Grande parte dos obstáculos colocados para a concretização dos direitos econômicos e sociais depende da base socioeconômica capitalista e/ou neocapitalista da ordem constitucional que opõe resistências, às vezes incríveis para a sua realização. Neste sentido, o estabelecimento de uma estrutura democrática e socialista favorece indubitavelmente a aplicação dos direitos (VERDU, Pablo Lucas. Curso de Derecho Politico. Madrid: Tecnos, vol. III, 1976. p. 78).

[6] José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Maria Helena Diniz reconhecem que o texto constitucional é feito para ser aplicado. Todavia, estimulados pela existência de normas que, segundo eles, estão embutidas na Constituição reclamando normação ulterior, completante de sua prescrição e normas cujo comando admite restrições, por meio de leis posteriormente editadas, desenvolvem sofisticadas classificações das normas constitucionais. José Afonso da Silva apresentou a seguinte classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade: I – normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; II – normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; III – normas de eficácia limitada: a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórias de princípios programáticos (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 75). Para Celso Bastos e Carlos Ayres de Britto, as normas constitucionais classificam-se em: quanto ao modo de incidência: normas integráveis (ou de integração): a) normas restringíveis; b) normas completáveis; c) normas inintegráveis (ou de mera aplicação): a) normas de conteúdo e operatividade reforçáveis; b) normas de conteúdo e operatividade irreforçáveis; quanto à produção de efeitos: normas de eficácia parcial: as completáveis; normas de eficácia plena: normas inintegráveis e normas restringíveis (BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres de. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 122). Maria Helena Diniz propõe a seguinte classificação das normas constitucionais: a) normas com eficácia absoluta; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível; d) normas com eficácia relativa completável ou dependentes de complementação (DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 97).

[7] Citando Giuseppe Chiarelli, Geraldo Ataliba anota que a Constituição é essencialmente um ato de vontade normativa, sendo, portanto, um absurdo admitir contenha disposições com eficácia meramente dispositiva, para o futuro legislador, de forma que nas disposições constitucionais deverá prevalecer a idéia de norma sobre a de programa (ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 13, 1969. p. 43).

[8] Há poucos anos, quando se falava em norma programática, havia uma espécie de sorriso no jurista prático, quase a dizer: - norma programática é norma ética, é norma moral, sem nenhuma obrigatoriedade jurídica. No entanto, hoje cresce dia a dia a importância das chamadas normas programáticas, que são aquelas que fixam diretrizes para todos, inclusive para o legislador, se se trata de normas constitucionais; mas que impõem vias de execução ao aplicador do Direito, se se trata de normas complementares ou ordinárias. Se a norma programática é de natureza constitucional dirige-se a todos, indistintamente, desde o legislador até o juiz e o advogado; se ela se insere na legislação ordinária, representa um limite, e, ao mesmo tempo, uma norma de orientação, tanto no momento da exegese como no da aplicação do Direito, para superamento dos conflitos de interesse (REALE, p. 137).

Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis

complementares. Revista de Direito Público. São Paulo, nº 13, 1969.
BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro, 1990.
BASTOS, Celso e BRITTO, Carlos Ayres. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.
COMPARATO, Fábio Konder. Função social do jurista no Brasil contemporâneo. Revista dos Tribunais. São paulo, nº 670, 1991.
DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989.
FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
PEREIRA, Potyara Amazoneira P. Controle democrático como garantia de direitos da pessoa idosa. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2007.
PINHEIRO, Paulo Sérgio. O passado não está morto: nem passado é ainda. In: Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, nº 37, 1992.
REALE, Miguel. A sociedade contemporânea, seus conflitos e a eficácia do direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 10, 1997.
SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. Normas Programáticas – análise político-constitucional. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 86, 1986.
SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
VERDU, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Madrid: Tecnos, vol. III, 1976.
ZAVASCHI, Teori Albino. O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais homogêneos. Revista de Informação Legislativa, 1993.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Alexandre de Matos Guedes

Resumo: A sociedade contemporânea caracterizada como sociedade de consumo estabelece como parâmetros de valorização do individuo a sua capacidade de adquirir produtos e serviços, bem como a possibilidade de usufruir dos bens adquiridos; a dignidade da pessoa em nossa sociedade também é aferida pela capacidade de consumir; a pessoa com deficiência para fazer valer o seu direito à dignidade, precisa ser incluída na sociedade de consumo, de forma a poder gerir e usufruir os produtos e serviços por ele adquiridos; o direito das pessoas com deficiência se constitui em microssistema jurídico, assim como o direito do consumidor e se relaciona com este; existe a necessidade de se construir uma teoria do direito do consumidor da pessoa com deficiência; atualmente existe inadequação de várias das regras de proteção do consumidor com deficiência; alguns temas atualmente se sobressaem na questão dessa categoria de consumidores, como acesso a planos de saúde e seguros, adequado relacionamento com os serviços bancários e ações afirmativas de isenção tributária como elemento de facilitação em adquirir veículos destinados à concretização do direito de ir e vir da pessoa com deficiência.

Palavras chave: consumidor, pessoa com deficiência, dignidade, inclusão.

Abstract: *Modern consumption society establishes as parameters of personal evaluation the individual capacity to purchase products and services, as well as his/her ability to consume the acquired goods. The dignity of a person depends on his/her consumption power and, in order to fulfill their right to dignity, persons with disabilities are constrained to insert themselves in the consumption society, to manage and make full use of acquired products and services. Rights of those persons are a part of the legal system closely associated with the laws of consumer rights; there is a need for elaboration of a theory of the rights of consumers with disability. Several of present day protection rules for this group of consumers are inadequate, some aspects being particularly relevant such as access to health and insurances plans, properly adapted interaction with banking services and affirmative actions of tax exemption for vehicle acquisition as means of implementing the right of movement of persons with disabilities.*

Keywords: *consumer, persons with disabilities, dignity, inclusion.*

1. Introdução

Segundo alguns, uma das principais características do mundo contemporâneo é de que o mesmo é marcado pela denominada sociedade de consumo, onde o valor coletivo e individual é mensurado pelos bens e serviços que são adquiridos pelos diversos elementos sociais (Bittar, 1991, p.2).

Sem quaisquer dogmatismos, a sociedade de consumo apresenta, como qualquer outra que já tenha existido ou que ainda existirá, aspectos positivos e negativos, a respeito dos quais não poderemos nos aprofundar, devido aos limites deste trabalho.

Entretanto, podemos dizer que, se uma das características desta sociedade é a valoração do ser humano (inclusive para efeitos de auto-avaliação) pelo que ele pode adquirir e consumir, verifica-se que o indivíduo que integra este tipo de coletividade precisa, para seu próprio bem-estar material e emocional, ter condições de efetivamente poder usufruir dos produtos e serviços que estão à disposição no mercado, sob pena de grave frustração que irá interferir em sua auto-estima.

Essa frustração geralmente decorre da limitação econômica da imensa maioria das pessoas que não têm como adquirir tudo que lhe é oferecido pela publicidade com a qual somos submetidos constantemente e que ideologicamente nos impulsiona a acreditar que a solução de todos os nossos problemas, e a conquista do sucesso, encontra-se na aquisição dos produtos e serviços divulgados. Aos que não conseguirem o acesso a tais fornecimentos só resta a infelicidade!

Mas existe ainda um outro tipo de frustração decorrente da existência da sociedade de consumo e ocorre quando, independentemente ou não da sua possibilidade econômica, o indivíduo não consegue ter acesso direto e pessoal (ser intermediários) a determinados bens e serviços em virtude de eventual deficiência que possua, deficiência esta que se torna elemento preponderante para negar-lhe acesso pleno à sociedade de consumo que a ele se apresenta de acordo com as suas condições econômicas.

Se vivemos em uma sociedade de consumo em que o valor das pessoas é medida pelo que ele pode consumir e que por isso, gostemos ou não, o valor da dignidade humana (auto estima) é diretamente relacionado com aquilo que podemos consumir, fica evidente que qualquer limitação de acesso a bens e serviços por razão de deficiência física, sensorial ou mental se torna elemento, ao menos potencialmente, violador do direito fundamental já mencionado, tão importante que é colocado desde o Art. 1º (inciso III) da nossa Constituição.

Observe-se que não estamos falando aqui de acesso mediato de bens e

serviços aos quais a pessoa com deficiência, mas com capacidade econômica proporcional a cada caso, pode adquirir e até mesmo acessar por intermédio de terceiros, mas sim do acesso imediato, ou seja, aquele que é manejado diretamente por esse tipo de indivíduo sem quaisquer intermediários.

Fique ainda claro que não estamos aqui medindo a dignidade da pessoa apenas pelo viés da capacidade de consumo, mas inegavelmente, em nosso tipo de sociedade sem dúvida o viés da aquisição de bens é realmente um dos parâmetros pelos quais se avalia a existência e eventual violação desse direito humano básico, sendo que para os fins deste trabalho nos limitaremos a este ponto especifico, deixando de lado o restante do problema inerente a essa prerrogativa fundamental para outros estudos.

A partir das constatações acima, verifica-se ser necessário um estudo da pessoa com deficiência na condição de consumidor diferenciado em virtude das dificuldades suplementares que enfrenta nas suas relações com fornecedores de bens e serviços que por suas características inerentes, no caso concreto, sofrem restrições de uso em virtude da deficiência particular do contratante.

O estudo de tal tema se apresenta ainda mais relevante na medida em que inexiste legislação sistematizada a respeito do tema, sendo que até mesmo o projeto do Estatuto das Pessoas com Deficiência, em tramitação atualmente pela Câmara dos Deputados após aprovação pelo Senado Federal deixa de oferecer capítulo específico sobre o tema, contendo meramente, dispositivos soltos ao longo do texto[1].

2. Direito do Consumidor e Direito das Pessoas com Deficiência como microssistemas jurídicos interligados.

O direito do consumidor, como é típico dos direitos de terceira geração, transborda todas as barreiras consagradas pela divisão artificial do direito em ramos estanques (direito civil, penal, processual, por exemplo). Une dentro de seus preceitos áreas diversas do conhecimento jurídico que se relacionam com o objetivo comum de estabelecer a melhor e mais abrangente proteção possível à parte mais fraca da relação de consumo. Neste sentido, preleciona José Geraldo de Brito Filomeno:

> Pelo que se pode observar, por conseguinte, trata-se de lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microssistema jurídico.
>
> Ou seja: ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo que atualiza e dá roupagem a antigos institutos jurídicos.

> Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas no Direito Constitucional, Civil, Penal Processuais Civil e Penal, Administrativo, mas sempre tendo uma pedra de toque a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor e sua condição de destinatário final de produtos e serviços, ou desde que não vissem o uso profissional.
>
> Sem essa conotação, aliás, não haveria necessidade desse microssitema jurídico [...] (FILOMENO : 1999, p. 19-20).

O interessante desses microssistemas jurídicos é que os mesmos, por sua própria natureza interpenetram-se entre si, de forma que na verdade, o ordenamento jurídico, na atualidade, compõe-se não de um sistema perfeitamente organizado em diversos departamentos sem quaisquer lacunas entre si, como nos informaram os positivistas mas, se organiza na forma de um verdadeiro ecossistema. Nesse, cada uma das suas partes relaciona-se com a outra de forma que qualquer alteração em um instituto repercute necessariamente nos demais, criando por vezes falhas, omissões e sobreposições que devem ser integradas e resolvidas mediante o trabalho dos operadores jurídicos envolvidos.

O direito das pessoas com deficiência também é também direito de terceira (ou quarta, como queiram) geração, fixado mediante o critério da proteção dessa categoria de cidadãos naturalmente fragilizados em virtude de sua condição física, sensorial ou mental, e que por conta disso necessitam de proteção jurídica integral que lhes permita contrabalançar as eventuais desvantagens que sofram em suas relações jurídico sociais nos mais diversos aspectos de sua vida.

Conquanto ainda não tenha alcançado o nível científico-legislativo do direito do consumidor, ainda falta muita elaboração doutrinária para se atingir um núcleo comum satisfatório de princípios e preceitos desse campo jurídico.

Para se obter esse núcleo satisfatório, entende-se, ressalvadas as respeitáveis opiniões em contrário, que a edição de Estatuto próprio em tramitação no Congresso Nacional será uma ferramenta valiosa, talvez indispensável, eis que a edição de tais normas se apresenta como marco legal e cultural adequado para criar uma ambiência de evolução e sensibilização jurídicas notáveis para a melhor garantia do valor jurídico a ser protegido.

Nesse aspecto, ninguém pode negar que o direito do consumidor, da criança e do adolescente e, mais recentemente, do idoso tiveram enorme incremento a partir da edição de seus estatutos próprios.

A verdade é que o direito das pessoas com deficiência, a despeito de seu estágio evolucionário mais primitivo, é totalmente similar, em termos de qualidade jurídica, com o direito do consumidor podendo ser aplicadas ao primeiro todos os preceitos mencionados na lição doutrinária acima transcrita.

Deste modo, o direito das pessoas com deficiência, já é, a despeito da existência de lei unificadora, verdadeiro microssistema jurídico, com princípios próprios que se espalham pelos demais ramos do direito.

Assim, a partir do momento em que se verifica que a pessoa com deficiência pode assumir, dependendo da relação jurídica na qual se envolver, a condição de consumidor diferenciado em virtude da restrição no usufruto de bens ou serviço adquirido em razão da deficiência específica, fica evidenciada a necessidade do direito dos deficientes estabelecer relações com o direito consumerista e vice-versa.

Embora o Brasil possua um dos mais avançados direitos do consumidor do mundo, que propicia uma imensa cobertura à parte mais fraca deste tipo de relação jurídica resta evidente que a condição peculiar da pessoa com deficiência, mais frágil ainda que o consumidor comum, pode precisar de preceitos específicos que garantam a integralidade da manutenção de sua dignidade e de seus bens, eis que as leis gerais de defesa do consumidor, feito geralmente para situações ordinárias, deixa de oferecer proteção eficaz aos que se encontram em excepcional situação, como ocorre com a categoria de pessoas a que estamos aqui tratando.

Assim, cabe ao direito das pessoas com deficiência identificar as áreas e situações em que o direito ordinário do consumidor não lhe oferece proteção suficiente e assim, pelos meios adequados proporcionar a defesa integral que lhes é garantida pelo ordenamento.

Os termos aqui expostos encontram suporte na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, relativas ao tema das pessoas com deficiência, como se denota de um dos itens de seu preâmbulo, a seguir transcrito:

> c. Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de que todas as pessoas com deficiência tenham a garantia de poder desfrutá-los plenamente, sem discriminação;

Resta, portanto, o problema prático de como realizar esta identificação da necessidade de proteção suplementar à pessoa com deficiência consumidora.

3. As demandas específicas das pessoas com deficiência na condição de consumidoras

Uma outra faceta da sociedade de consumo relacionada ao tema aqui proposto, refere-se ao fato de que toda a publicidade de oferta de bens e serviços, bem como a ideologia de inculpação do valor do indivíduo e da auto-estima das pessoas com base na aquisição de bens e serviços, é formulada com fundamento na existência de um consumidor ideal, a quem as pessoas devem imitar ou emular para se sentirem integradas satisfatoriamente no meio social em questão.

Esse consumidor ideal, justamente pelo fato de ser uma construção do "mercado" na verdade possui muito pouco contato com a maioria das pessoas comuns, não abarcando assim diversas categorias de cidadãos que justamente pela impossibilidade de integração ao paradigma da sociedade, acabam por ser marginalizados na sociedade de consumo, de forma a perder não apenas a sua auto-estima, mas também o seu valor como indivíduos em relação ao meio social com que convive.

Ora, a perda de auto-estima e a posição de inferioridade social são pressupostos claros de perda da dignidade da pessoa humana, direito jurídico básico, conforme já vimos anteriormente.

Deste modo, por exemplo, os obesos e os idosos que não são enquadrados dentro do perfil do consumidor ideal, acabam por ser de uma forma ou de outra degradados em situações de consumo. É o que ocorre com os obesos que freqüentemente são obrigados a serem segregados, pois só podem comprar roupas em poucas lojas que comercializam os tamanhos apropriados, eis que as grandes grifes e lojas de ordinário não produzem peças além de um determinado (e não muito grande) número, eis que o seu perfil de freguês contempla apenas os que são mais "esbeltos", digamos assim.

Já os idosos são constrangidos, por exemplo, a usar no meio social ou roupas mais escuras ou formais em virtude do fato de que essa é a "moda" para os acima de sessenta anos, eis que as roupas mais vivas e elegantes estão reservadas aos "jovens".

Essa segregação também atinge as pessoas com deficiência, pois elas não se enquadram no perfil do consumidor ideal.

Aliás, no campo do consumo a pessoa com deficiência enfrenta essa situação de forma ainda mais aguda, em virtude do fato de que a sua própria condição orgânica, bem como a indiferença e invisibilidade que lhe são atribuídas pela sociedade em geral, que não os leva em conta na vivência social – basta olhar os prédios e espaços públicos, vários modernos, que são elaborados com uma infinidade de barreiras arquitetônicas, como se na verdade não existissem pessoas que são impossibilitadas, em virtude de suas características físicas, de neles transitar sem auxilio de terceiros.

A sociedade de consumo, desta forma, em termos gerais não foi feita para as pessoas com deficiência, obrigando-as, em diversas situações, a recorrer à mediação de terceiros para ter acesso, não apenas ao processo de compra, mas também para usufruírem das benesses dos bens e serviços adquiridos.

E aí está um ponto fundamental.

Uma das condições para a integralidade do princípio da dignidade da pessoa humana é a de que esta possua atuar com autonomia, isto é possa executar pessoalmente, se assim o quiser, sem quaisquer intermediários, as decisões que toma ao longo da vila, auferindo assim dos bônus de duas decisões e, enfim, gerindo a sua própria vida e negócios, podendo tomar as suas próprias decisões a respeito de seus interesses específicos.

Neste sentido, a palavra de Edilson Pereira de Farias (1996, p. 51) de que a "dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas".

Ora, a partir do momento em que a relação de consumo, por inadequação de seus termos, obriga a pessoa com deficiência a se servir de terceiros para tomar decisões quanto à aquisição de bens ou serviços, ou exige a mediação de outras pessoas para que ele possa efetivamente, consumir (usufruir) aquilo que comprou, resta claro que este tipo de negócio jurídico fere a autonomia deste ser humano e, portanto, viola a sua dignidade básica, e por conseguinte, o ordenamento jurídico.

Temos de ressaltar que a dignidade resta violada quando a situação física, sensorial ou mental da pessoa com deficiência ou limitações tecnológicas, impedem que o indivíduo em questão exerça a sua autonomia plena na decisão e usufruto quanto à aquisição de bens e serviços.

Entretanto, quando a tecnologia disponível e a condição orgânica da pessoa com deficiência lhe permitem, pelo menos em tese, tomar diretamente as decisões quanto à constituição da relação de consumo, executar as medidas necessárias para tanto e usufruir das vantagens do negócio feito – que não ocorre por falta de vontade e/ou consciência de fazê-lo por parte do fornecedor ou das autoridades responsáveis pelo cumprimento das regras do ordenamento em fazer valer a autonomia e dignidade já mencionadas – existe a necessidade da aplicação do direito, pelos agentes competentes, a fim de restaurar o equilíbrio da relação jurídica e a integridade do direito fundamental previsto no Art. 1º, III, da Carta Magna[2].

Isso ocorre em casos como o que veremos mais adiante, onde as regras de proteção ao consumidor de serviço bancário que tenha deficiência visual, e tem conhecimento do Braille, garantem-lhe o "direito" de ter o seu contrato de abertura de conta lido em voz alta por terceira pessoa, quando a tecnologia disponível permite a disponibilização de via contratual em Braille para que o cliente possa, diretamente e sem intermediários, ter conhecimento do documento que pretende assinar.

4. Principais temas de direito do consumidor de interesse das pessoas com deficiência

Estabelecida a relação entre a pessoa com deficiência e o direito do consumidor, bem como a importância deste último em relação ao primeiro, passamos a examinar alguns dos pontos mais relevantes, pelo menos na atualidade, relativas ao assunto.

4.1. Planos de saúde

Realmente, o direito à saúde é um dos mais básicos a pertencer a qualquer ser humano.

A pessoa com deficiência, devido à sua peculiar condição orgânica necessita de uma maior assistência dos serviços de saúde.

Entretanto, é preciso deixar bem claro que essa assistência à saúde possui duas facetas: A primeira, refere-se ao direito ao atendimento integral da pessoa com deficiência que deve ser prestada necessariamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos da Constituição Federal, Art. 198.

Esse direito ao atendimento pelos serviços públicos de saúde é direito universal de qualquer ser humano que se encontra em território brasileiro e não se constitui em relação de consumo, mas em prestação de serviço público, a ser prestado de forma obrigatória pelo poder estatal, de forma a não se configurar a relação fornecedor-consumidor, o qual se caracteriza necessariamente pela contraprestação pecuniária direta e específica pela prática do atendimento realizado.

A relação usuário/SUS é custeada pelo pagamento de impostos, pagos genericamente sem a vinculação direta do serviço prestado, como ocorre, por exemplo, no serviço de transporte coletivo, onde o usufruto da condução da pessoa de um lado para o outro está diretamente relacionado ao pagamento do preço da passagem relativa ao trecho a ser percorrido.

Assim, como não se trata de relação de consumo, não irá se tratar aqui da prestação de serviços à pessoa com deficiência pelo SUS, mas sim dos serviços suplementares de saúde fornecidos pela iniciativa privada mediante o pagamento de mensalidades a operadoras de planos e seguros médicos.

A pessoa com deficiência, devido às eventuais falhas e demoras da prestação do serviço público de saúde, pode optar pela contratação de serviços suplementares privados, na forma da Lei nº 9.656/98.

A contratação de seguro saúde por parte das pessoas aqui tratadas acaba por se tornar problemática, na medida em que ainda se confunde "doença" com "deficiência", sendo que muitas vezes se nega cobertura para o atendimento médico aos indivíduos em tela, em decorrência de situações relacionadas à

deficiência específica, sob a alegação de que se tais casos constituem "doença preexistente" que não seria de responsabilidade do fornecedor.

Por outro lado, justamente por saberem que os problemas decorrentes da deficiência não podem ser juridicamente considerados como preexistentes, muitos planos, inclusive os de grupo fechado (aos quais o deficiente têm o direito de aderir em virtude de pertencer a determinado segmento profissional, por exemplo) acabam por negar o direito de inscrição destes cidadãos, violando assim os termos do Art. 14 da Lei acima mencionada que regulamenta o funcionamento dos planos de saúde no país.

A conduta dos planos de saúde, nestes casos, acaba por violar os direitos da pessoa com deficiência na condição de consumidor, como demonstram as Promotoras de Justiça Isabel Dorsa Gerner Maggion e Deborah Pierri do Centro de Apoio do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo, em nota técnica a seguir transcrita[3]:

> Plano Saúde – Recusa imotivada – Deficiência - Discriminação – Prática Abusiva - Impossibilidade Jurídica do Pedido – Liberdade de contratar – Direito à Saúde. A operadora de Plano de Saúde não pode recusar de forma imotivada a inclusão de portadores de deficiência ou de doenças preexistentes.
>
> 1- O princípio da liberdade de contratar deve ser exercido em razão e dentro dos limites da função social do contrato (artigo 421 do CC).
>
> A função social do contrato prevista no art.421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua e reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".(Enunciado 23 do CEJ)
>
> 2- O artigo 196 da CF assegura o direito à saúde a todos e impõe como dever do Estado à necessidade de garanti-lo através de políticas sociais e econômicas, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (ver também artigos 5º, 6º 170 "caput", e 197 da CF).
>
> 3-Constitui prática abusiva, prevista no artigo 39, incisos IX, do Código de Defesa do Consumidor "recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais.".
>
> 4-A própria lei do plano de saúde, prevê em seu artigo **14** "Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos ou seguros privados de assistência à saúde" (Lei nº 9656/98). (Lei nº 7.853/89 e Decreto nº 3.298/99 – dispõem sobre as pessoas portadoras de deficiência)
>
> 5-A Lei Federal nº 8.884/94, em seu artigo 21, caracteriza como infração da ordem econômica:

> "XII- discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
>
> XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;"..
>
> 6- Por outro lado, a Lei Estadual nº 9495/97 prevê a obrigatoriedade das operadas de plano de saúde garantirem o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde. (Síndrome Down – CID Q90).
>
> 7- Caberia ao Plano de Saúde ofertar cobertura parcial temporária (CPT) ou agravo, com opção exclusiva do consumidor. (Resolução Consu nºs 02 e 17)."

Deste modo, cabe aos agentes adequados, ANS, PROCON, MP, dentre outros, reprimir toda e qualquer discriminação à pessoa com deficiência, operada por plano de saúde, que busque frustrar os direitos assegurados nos dispositivos elencados.

3.2. Aquisição de seguros de vida

Uma parte do preconceito que envolve as pessoas com deficiência reside no fato de que, em virtude de sua peculiar condição, as mesmas não têm o direito de ter a vida ou integridade física garantida para si e para seus familiares e beneficiários mediante a constituição de contrato de seguro.

Ou pior: As empresas operadoras vendem os contratos de seguro de vida ou de acidente às pessoas com deficiência a fim de recolherem os pagamentos, e, em caso de ocorrência do sinistro, se recusam a pagar, atribuindo a culpa pelo dano exclusivamente à vítima alegando que o prejuízo ocorreu integralmente em virtude da deficiência desta, o que exoneraria o fornecedor da responsabilidade pelo pagamento, já que seria o "defeito" da vítima a causa do problema e não a ocorrência da conduta objeto do seguro.

Felizmente, a jurisprudência tem rejeitado a culpabilização das pessoas pela existência de sua deficiência, como demonstra o acórdão a seguir transcrito, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará:

> Ementa: Direito civil e processual civil. Ação de indenização por danos morais. Agravo retido: Ato judicial que deferiu a juntada de documento novo, bem como designou audiência de conciliação. Cabe ao magistrado a livre apreciação das provas para a formação de seu convencimento, sem olvidar que o art. 397, do CPC, permite que se junte novos documentos, desde que ouvida a parte contrária. Recurso conhecido e improvido. Apelação cível: verificado o nexo de causalidade pela recusa do contrato de seguro por ter a vítima-apelado informado ser portadora de hemiplegia (paralisia) na perna direita, mas que não compromete sua higidez física, e a dor moral pela discriminação sofrida, exsurge a responsabilidade do

> apelante e o dever de indenizar. Entretanto, em obediência ao princípio da razoabilidade, há que se reduzir o quantum indenizatório para 100(cem) salários mínimos, a fim de evitar o enriquecimento sem causa. Recurso conhecido e parcialmente provido. DECISÃO: A TURMA, POR VOTAÇÃO UNÂNIME, DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA. 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA. 09/06/2005. Doutrina: Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil, p. 78. Precedentes: STJ-RESP 7870-SP, STJ-RESP 23575/DF, STJ-RESP 86271/SP, RSTJ-14/359.
>
> (Ac. nº 57292; Processo nº 200430018195; Apelação Cível, julgada em 24/8/2005; Comarca Belém-PA; Relator Dahil Paraense de Souza).

Fica evidente assim que existe conduta abusiva, nos termos do Art. 39, , incisos V e IX, do Código de Defesa do Consumidor, por parte de operadora que se recusa a firmar contrato de cobertura de seguro de vida ou acidentes em razão da deficiência do segurado.

Resta claro também que a conduta é abusiva quando, ao invés da recusa direta, a operadora opta por cobrar valores manifestamente excessivos apenas para desestimular a contratação pela pessoa com deficiência.

3.3 Isenções tributárias

As ações afirmativas constituem-se de políticas e ações públicas destinadas a compensar a excepcional dificuldade que diversas categorias de cidadãos que, em virtude de sua especial condição, possuem dificuldades excepcionais para ter acesso a diversos serviços e produtos.

As pessoas com deficiência, genericamente marginalizadas pela indiferença sistemática e cultural do nosso meio social, constituem-se em categoria merecedora de medidas destinadas a compensar a sua natural fragilidade permitindo-se assim uma maior inclusão na vida cotidiana, como se depreende do conceito explanado por Clemerson Merlin Cleve e Melina Breckenfeld Reck**:**

> As ações afirmativas - na terminologia européia discriminação positiva - surgiram nos EUA como políticas públicas e privadas que visavam não só concretizar o princípio da igualdade material, mas também reduzir e neutralizar os efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de nacionalidade.
>
> Com efeito, a discriminação positiva consiste em propiciar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, impedindo que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não consideram os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade.
>
> Em síntese, trata-se de conferir tratamento preferencial, favorável àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a inseri-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente beneficiaram-se da sua exclusão.

> Por outro lado, essa modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, justifica-se, constitucionalmente, por sua natureza temporária e pelos objetivos sociais por ela almejados[4].

Um dos pontos em que se torna necessária à edição de políticas compensatórias para as pessoas com deficiência é justamente o acesso a bens de consumo destinados a seu transporte, eis que notoriamente uma das grandes dificuldades desta categoria de cidadãos é o regular exercício de seu direito de ir e vir, assegurado pela Constituição Federal e reconhecido como uma das prerrogativas mais básicas de qualquer ser humano. A prerrogativa do livre deslocamento confunde-se com o próprio direito à liberdade, eis que o cativo, por definição, é a pessoa que não pode deslocar-se por sua própria vontade.

Como se sabe um dos obstáculos à livre locomoção das pessoas com deficiência reside na notória inadequação dos meios de transporte público neste país, incentivado por inúmeras medidas governamentais que permitem aos concessionários dos serviços de transporte coletivo de se esquivar do seu dever de fornecer serviço acessível a todos, inclusive aos que não se enquadram aos padrões físicos ideais da sociedade de consumo, como prova, por exemplo, o Art. 38 do Decreto nº 5.296/2004 que atribui aos concessionários dessa atividade prazos excessivamente longos para a adaptação de seus veículos ao recebimento da categoria de cidadãos aqui tratada.

Por outro lado, os serviços públicos de educação e saúde não possuem, pelo menos em termos gerais, serviços adequados de transporte de pessoas com deficiência para a freqüência em aula ou comparecimento às unidades de tratamento médico e odontológico como seria de seu dever. Mesmo onde esses serviços existem, a estrutura é deficiente e o atendimento ineficiente.

É por isso que se torna especialmente necessário incentivar e facilitar à pessoa com deficiência, bem como para seus familiares, a possibilidade de acesso de consumo de bens de transporte individuais.

Aqui existem duas vertentes; existem as pessoas com deficiência que devido à sua peculiar situação têm condições de pessoalmente dirigir veículos adaptados, e existem casos de indivíduos que não tem condições, em virtude de sua situação específica, de conduzir pessoalmente seu veículo que é entregue a pessoa da família sem qualquer necessidade de adaptação.

Devido especialmente ao alto preço dos tributos envolvidos na compra de qualquer veículo, que se constituem na maior parte do valor a ser pago, fica evidente que a facilitação da aquisição deste bem de consumo passa por uma política de ação afirmativa de isenção de tributos incidentes sobre o veículo e sua comercialização, eis que a maior parte da população com deficiência, não

tem condições de adquirir veículos pelos preços normais de mercado e, muito menos, de custear as modificações necessárias para adaptar os veículos às suas necessidades.

Esclareça-se que embora a necessidade de isenção tributária se faça mais evidente no caso dos veículos adaptados que serão conduzidos pelos próprios indivíduos com deficiência, nos casos em que estes não irão, por sua condição específica, dirigir seus carros, mas sim alguém de sua família, a ação afirmativa se faz igualmente necessária. Não raro com a ocorrência de gastos extraordinários relacionados a tratamento que demandam a necessidade das isenções em tela. Neste sentido, aliás, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o julgado a seguir transcrito:

> RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - MANDADO DE SEGURANÇA - IPI - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POR PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA – ISENÇÃO - EXEGESE DO ARTIGO 1º, IV, DA LEI N. 8.989/95. A redação original do artigo 1º, IV, da Lei n. 8.989/95 estabelecia que estariam isentos do pagamento do IPI na aquisição de carros de passeio as "pessoas, que, em razão de serem portadoras de deficiência, não podem dirigir automóveis comuns". Com base nesse dispositivo, ao argumento de que deve ser feita a interpretação literal da lei tributária, conforme prevê o artigo 111 do CTN, não se conforma a Fazenda Nacional com a concessão do benefício ao recorrido, portador de atrofia muscular progressiva com diminuição acentuada de força nos membros inferiores e superiores, o que lhe torna incapacitado para a condução de veículo comum ou adaptado. A peculiaridade de que o veículo seja conduzido por terceira pessoa, que não o portador de deficiência física, não constitui óbice razoável ao gozo da isenção preconizada pela Lei n. n. 8.989/95, e, logicamente, não foi o intuito da lei. É de elementar inferência que a aprovação do mencionado ato normativo visa à inclusão social dos portadores de necessidades especiais, ou seja, facilitar-lhes a aquisição de veículo para sua locomoção. A fim de sanar qualquer dúvida quanto à feição humanitária do favor fiscal, foi editada a Lei nº 10.690, de 10 de junho de 2003, que deu nova redação ao artigo 1º, IV, da Lei n. 8.989/95: "ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional" (...) "adquiridos por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal". Recurso especial improvido. (REsp 523971/MG, RE 2003/0008527-7, Relator Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 28.03.2005, p. 239 RSTJ vol. 190 p. 235).

Desde algum tempo tem sido concedida às pessoas com deficiência a isenção de IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) pela União Federal, na compra de veículos. Recentemente, tal isenção se estendeu ao ICMS, por decisão do Conselho Nacional de Política Fazendária, CONFAZ, em janeiro de 2007, realizando assim um passo muito importante para a inclusão de inúmeras pessoas que podem ter restaurado o direito de ir e vir com dignidade[5].

3.4. A pessoa com deficiência como consumidora de serviços bancários

Uma parte extremamente relevante da sociedade de consumo reside na prestação dos serviços bancários.

Isso decorre não apenas da tradicional função das instituições financeiras de proporcionar a concessão de créditos destinados ao pagamento de dívidas ou para possibilitar a compra de bens e serviços de monta, como também do fato de que hoje em dia o recebimento de salários e o pagamento de débitos se encontram quase que exclusivamente concentrados na rede bancária, onde um cidadão, ainda que contra a vontade, acaba por ser obrigado, por menor que seja a sua renda, a abrir pelo menos uma conta-salário destinada ao recebimento de seus salários.

Fica evidente, portanto, que considerável parcela da autonomia da gestão dos negócios individuais passa pela relação de consumo do indivíduo com os bancos e suas agências.

Após recente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal resta isento de dúvidas, se é que havia alguma fora do ambiente financeiro, que a relação existente entre correntista e consumidor constitui-se em uma relação de consumo.

Entretanto, devido ao poder financeiro e à cultura existentes aos negócios bancários, já é difícil ao cidadão comum obter acesso e total compreensão de todos os documentos que assina e avisos que recebe, freqüentemente vazados em linguagem hermética.

Imagine-se, portanto, no caso da pessoa com deficiência, especialmente aquelas que possuem disfunção visual, poder ter acesso adequado e direto a todas as informações concernentes a sua vida financeira.

Devemos nos lembrar que de acordo com o Ar. 6º do CDC são direitos básicos do consumidor ser protegido dos riscos à sua segurança decorrente da prestação dos serviços e o direito à informação adequada e clara a respeito dos produtos e serviços adquiridos.

O Banco Central, procurou editar normas, mais especificamente a Resolução nº 2.878/2001, que possibilitassem a preservação dos direitos do cliente bancário, prevendo inclusive, supostamente com a melhor das intenções, o atendimento às necessidades da pessoa com deficiência:

> RESOLUÇÃO nº 2.878/2001
>
> Dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 26 de julho de 2001, com base no art. 4º, inciso VIII, da referida lei, considerando o disposto na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, R E S O L V E U:

Art. 1º Estabelecer que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, sem prejuízo da observância das demais disposições legais e regulamentares vigentes e aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional, devem adotar medidas que objetivem assegurar:

I - transparência nas relações contratuais, preservando os clientes e o público usuário de práticas não eqüitativas, mediante prévio e integral conhecimento das cláusulas contratuais, evidenciando, inclusive, os dispositivos que imputem responsabilidades e penalidades;

[...]

III - clareza e formato que permitam fácil leitura dos contratos celebrados com clientes, contendo identificação de prazos, valores negociados, taxas de juros, de mora e de administração, comissão de permanência, encargos moratórios, multas por inadimplemento e demais condições;

IV - recepção pelos clientes de cópia, impressa ou em meio eletrônico, dos contratos assim que formalizados, bem como recibos, comprovantes de pagamentos e outros documentos pertinentes às opera- ções realizadas;

V - efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, causados a seus clientes e usuários.

Art. 2º As instituições referidas no art. 1º devem colocar à disposição dos clientes, em suas dependências, informações que assegurem total conhecimento acerca das situações que possam implicar recusa na recepção de documentos (cheques, bloquetos de cobrança, fichas de compensação e outros) ou na realização de pagamentos, na forma da legislação em vigor.

Parágrafo único. As instituições referidas no caput devem afixar, em suas dependências, em local e formato visíveis, o número do telefone da Central de Atendimento ao Público do Banco Central do Brasil, acompanhado da observação de que o mesmo se destina ao atendimento a denúncias e reclamações, além do número do telefone relativo ao serviço de mesma natureza, se por elas oferecido.

Art. 5º É vedada às instituições referidas no art. 1º a utilização de publicidade enganosa ou abusiva.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto no caput:

I - é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação capaz de induzir a erro o cliente ou o usuário, a respeito da natureza, características, riscos, taxas, comissões, tarifas ou qualquer outra forma

de remuneração, prazos, tributação e quaisquer outros dados referentes a contratos, operações ou serviços oferecidos ou prestados.

II - é abusiva, dentre outras, a publicidade que contenha discriminação de qualquer natureza, que prejudique a concorrência ou que caracterize imposição ou coerção.

[...]

Art. 9º As instituições referidas no art. 1º devem estabelecer em suas dependências alternativas técnicas, físicas ou especiais que garantam:

I - atendimento prioritário para pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida, temporária ou definitiva idosos, com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por criança de colo, mediante:

a) garantia de lugar privilegiado em filas;

b) distribuição de senhas com numeração adequada ao atendimento preferencial;

c) guichê de caixa para atendimento exclusivo; ou

d) implantação de outro serviço de atendimento personalizado;

II - facilidade de acesso para pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida, temporária ou definitiva, observado o sistema de segurança previsto na legislação e regulamentação em vigor;

III - acessibilidade aos guichês de caixa e aos terminais de auto atendimento, bem como facilidade de circulação para as pessoas referidas no inciso anterior;

IV - prestação de informações sobre seus procedimentos operacionais aos deficientes sensoriais (visuais e auditivos).

Parágrafo 1º Para fins de cumprimento do disposto nos incisos II e III, fica estabelecido prazo de 720 dias, contados da data da entrada em vigor da regulamentação da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, às instituições referidas no art. 1º, para adequação de suas instalações.

[...]

Art. 10. Os dados constantes dos cartões magnéticos emitidos pelas instituições referidas no art. 1º devem ser obrigatoriamente impressos em alto relevo, no prazo a ser definido pelo Banco Central do Brasil.

Art. 11. As instituições referidas no art. 1º não podem estabelecer, para portadores de deficiência e para idosos, em decorrência dessas condições, exigências maiores que as fixadas para os demais clientes, excetuadas as previsões legais.

Art. 12. As instituições referidas no art. 1º não podem impor aos deficientes sensoriais (visuais e auditivos) exigências diversas das estabelecidas para as pessoas não portadoras de deficiência, na contratação de operações e de prestação de serviços.

> Parágrafo único. Com vistas a assegurar o conhecimento pleno dos termos dos contratos, as instituições devem:
>
> I - providenciar, no caso dos deficientes visuais, a leitura do inteiro teor do contrato, em voz alta, exigindo declaração do contratante de que tomou conhecimento de suas disposições, certificada por duas testemunhas, sem prejuízo da adoção, a seu critério, de outras medidas com a mesma finalidade;
>
> II - requerer, no caso dos deficientes auditivos, a leitura, pelos mesmos, do inteiro teor do contrato, antes de sua assinatura. [...]

A transcrição da norma administrativa acima, conquanto longa, torna-se necessária para verificar a premência, no momento da edição de normas administrativas que tratem das pessoas com deficiência, de interlocução com os órgãos e conselhos que tratem da defesa dessas pessoas, sob o risco de, em não o fazendo, não obstante a boa vontade, acabem produzindo dispositivos inadequados para assegurar os direitos dos indivíduos em questão.

As regras acima, especialmente para as pessoas com deficiência visual são claramente atentatórias ao direito à dignidade e ao de obter a correta e adequada informação a respeito dos serviços bancários contratados.

Observe-se que ao estabelecer que as pessoas com deficiências visual terão seu contrato lido em voz alta "com duas testemunhas", na verdade não se oferece garantia segura ao correntista eis que as "testemunhas" podem tomar conhecimento de um documento, devidamente lido, enquanto outro pode ser levado à assinatura.

Por outro lado, a pessoa com deficiência visual passa pelo constrangimento de - para obter um serviço para o qual irá pagar (eis que existem, como é público e notório, várias e custosas tarifas bancárias) – ter de ouvir, perante terceiros a leitura de um contrato geralmente produzido em linguagem complexa e cansativa, com muitas cláusulas extensas, sem portanto, qualquer eficácia de obtenção de segurança.

Cabe assim à instituição financeira, para cumprir os ditames constitucionais e legais acima mencionados possibilitar uma informação adequada e imediata ao correntista com deficiência visual permitindo a ele o acesso e recebimento de documentos em BRAILLE, como cópia de seu contrato, cópia de extratos, dos cartões do crédito e débito bem como de todas as documentações provenientes do banco.

Não há outra maneira de assegurar ao deficiente visual, versado em BRAILLE, a condução autônoma de seus negócios, inclusive para a preservação de sua intimidade e sigilo bancário perante terceiros (mesmo seus familiares) a não ser que a comunicação se faça de forma tecnologicamente acessível ao correntista,

sem qualquer custo adicional, na forma da resolução acima mencionada, que impede a imposição de ônus extraordinários às pessoas com deficiência.

Aliás, fazendo uma breve digressão, entendo que o direito à informação adequada aos deficientes visuais, nos termos do prefalado Art. 6º, do CDC se estende a todos os comunicados das concessionárias de serviço público às quais a pessoa com deficiência esteja juridicamente vinculada por relação de consumo, como ocorre, por exemplo, com as contas de água, luz, telefone, gás, dentre outras, sendo juridicamente possível e factível que a pessoa com deficiência visual, mediante requerimento próprio devidamente fundamentado e instruído à concessionária demande receber suas contas e correspondências em Braille.

4. Conclusões

Pelo exposto, denota-se a necessidade de iniciar uma discussão da inclusão da pessoa com deficiência na sociedade de consumo contemporânea, eis que tal circunstância é indispensável à eficaz proteção da dignidade constitucionalmente garantida a essa categoria de cidadãos.

Notas

[1]Conferir, por exemplo, o Art. 83 do Projeto de Lei nº 7.699/2006 que dispõe sobre o direito de acesso ao deficiente visual às informações pertinentes relativas a estabelecimento de turismo e lazer: Art. 83 Serão impressos em Braille: I - o registro de hospedagem e as normas internas dos hotéis, pousadas e similares; II - *folders*, volantes e impressos de atrativos turísticos, agências de viagens e similares; III - cardápios em restaurantes, bares e similares. b. Facilitando às pessoas com deficiência o acesso a tecnologias assistivas, dispositivos e ajudas técnicas de qualidade, e formas de assistência direta e intermediária, tornando-os disponíveis a um custo acessível; c. Propiciando às pessoas com deficiência e ao pessoal especializado uma capacitação sobre habilidades de mobilidade; d. Incentivando entidades que produzem ajudas técnicas de mobilidade, dispositivos e tecnologias assistivas a levarem em conta todos os aspectos relativos à mobilidade de pessoas com deficiência.

[2]A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência da Organização das Nações Unidas reconhece a autonomia dessa categoria de cidadãos bem como obriga o acesso aos meios tecnológicos necessários ao exercício dessa autonomia. Assim dispõem as cláusulas 19 e 20 da regra internacional em questão: Artigo 19 Vida independente e inclusão na comunidade Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade como as demais e deverão tomar medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno desfrute deste direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que: a. As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a morar em determinada habitação; b. As pessoas com deficiência

tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para viverem e serem incluídas na comunidade e para evitarem ficar isoladas ou segregadas da comunidade; c. Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades. Artigo 20 Mobilidade pessoal Os Estados Partes deverão tomar medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência sua mobilidade pessoal com a máxima autonomia possível: a. Facilitando a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência, na forma e no momento em que elas quiserem, a um custo acessível;

[3] www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/201848C22F55ED05E040A8C02C015BDC, acesso em 31 de março de 2007.

[4] www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%252011.pdf+a%C3%A7%C3%B5es+afirmativas+conceito&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=16&gl=br, acesso em 31 março 2007.

[5] Confaz/ICMS nº 3, de 19 de Janeiro de 2007 DOU 22.01.2007. Concede isenção do ICMS nas saídas de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física. O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 100ª reunião extraordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 19 de janeiro de 2007, tendo em vista o disposto na Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte Convênio: Cláusula primeira. Ficam isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais de veículo automotor novo com características específicas para ser dirigido por motorista portador de deficiência física, desde que as respectivas operações de saída sejam amparadas por isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, nos termos da legislação federal vigente. § 1º O benefício correspondente deverá ser transferido ao adquirente do veículo, mediante redução no seu preço. § 2º O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica a veículo automotor novo cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).§ 3º A isenção de que trata esta cláusula será previamente reconhecida pelo fisco da unidade federada onde estiver domiciliado o interessado, mediante requerimento instruído com: I - laudo de perícia médica fornecido pelo Departamento de Trânsito do Estado - DETRAN, onde estiver domiciliado o interessado, que: a) especifique o tipo de deficiência física; b) discrimine as características específicas necessárias para que o motorista portador de deficiência física possa dirigir o veículo; II - comprovação de disponibilidade financeira ou patrimonial, do porta dor de deficiência, suficiente para fazer frente aos gastos com a aquisição e a manutenção do veículo a ser adquirido; II - cópia autenticada da Carteira Nacional de Habilitação, na qual conste as restrições referentes ao condutor e as adaptações necessárias ao veículo; IV - cópia autenticada da autorização expedida pela Secretaria da Receita Federal para aquisição do veículo com isenção do IPI; V - comprovante de residência. § 4º Não será acolhido, para os efeitos deste convênio, o laudo previsto no inciso I do parágrafo anterior que não contiver detalhadamente todos os requisitos exigidos pelo mencionado dispositivo. § 5º Quando o interessado necessitar do veículo com característica específica para obter a Carteira Nacional de Habilitação, poderá adquirí-lo com isenção sem a apresentação da respectiva cópia autenticada. § 6º Sem prejuízo do disposto nesta cláusula, a unidade federada poderá editar normas

adicionais de controle, bem como definir os casos de deficiência para os quais o benefício se aplica. § 7º A autoridade competente, se deferido o pedido, emitirá autorização para que o interessado adquira o veículo com isenção do ICMS em quatro vias, que terão a seguinte destinação: I - a primeira via deverá permanecer com o interessado; II - a segunda via será entregue à concessionária, que deverá remetê-la ao fabricante; III - a terceira via deverá ser arquivada pela concessionária que efetuou a venda ou intermediou a sua realização; IV - a quarta via ficará em poder do fisco que reconheceu a isenção. § 8º O adquirente do veículo deverá apresentar à repartição fiscal a que estiver vinculado, nos prazos a seguir relacionados, contados da data da aquisição do veículo constante no documento fiscal de venda: I - até o décimo quinto dia útil, cópia autenticada da nota fiscal que documentou a aquisição do veículo; II - até 180 (cento e oitenta) dias: a) cópia autenticada do documento mencionado no § 5º; b) cópia autenticada da nota fiscal referente à colocação do acessório ou da adaptação efetuada pela oficina especializada ou pela concessionária autorizada, caso o veículo não tenha saído de fábrica com as características específicas discriminadas no laudo previsto no inciso I do § 3º. § 9º O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica se o adquirente não tiver débitos para com a Fazenda Pública Estadual ou Distrital. Cláusula segunda O adquirente deverá recolher o imposto, com atualização monetária e acréscimos legais, a contar da data da aquisição constante no documento fiscal de venda, nos termos da legislação vigente e sem prejuízo das sanções penais cabíveis, na hipótese de: I - transmissão do veículo, a qualquer título, dentro do prazo de 3 (três) anos da data da aquisição, a pessoa que não faça jus ao mesmo tratamento fiscal; II - modificação das características do veículo, para lhe retirar o caráter de especialmente adaptado; III - emprego do veículo em finalidade que não seja a que justificou a isenção; IV -não atender ao disposto no § 8º da cláusula primeira. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso I desta cláusula nas hipóteses de: I - transmissão para a seguradora nos casos de roubo, furto ou perda total do veículo; II - transmissão do veículo em virtude do falecimento do beneficiário; III -alienação fiduciária em garantia. Cláusula terceira O estabelecimento que efetuar a operação isenta deverá fazer constar no documento fiscal de venda do veículo: I - o número de inscrição do adquirente no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF; II - o valor correspondente ao imposto não recolhido; III - as declarações de que: a) a operação é isenta de ICMS nos termos deste convênio;b) nos primeiros 3 (três) anos, contados da data da aquisição, o veículo não poderá ser alienado sem autorização do fisco. Cláusula quarta Ressalvados os casos excepcionais em que ocorra a destruição completa do veículo ou seu desaparecimento, o benefício somente poderá ser utilizado uma única vez, no período previsto no inciso I da cláusula segunda. Cláusula quinta Nas operações amparadas pelo benefício previsto neste convênio, não será exigido o estorno do crédito fiscal de que trata o art. 21 da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996. Cláusula sexta A autorização de que trata o § 7º da cláusula primeira será emitida em formulário próprio, constante no Anexo Único deste convênio. Cláusula sétima Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos em relação aos pedidos protocolados a partir de 1º de fevereiro de 2007, cuja saída do veículo ocorra até 31 de dezembro de 2008.

Bibliografia

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CLEVE, Clemerson Merlin e RECK, Melina Breckenfeld. Princípio Constitucional da Igualdade e Ações Afirmativas, www.unibrasil.com.br .

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Aprovado pelos autores do Anteprojeto, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

MAGGION, Isabel Dorsa Gerner e PIERRI, Deborah. www.mp.sp.gov.br .

A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO GARANTISTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cláudio Drewes José de Siqueira

Resumo: A explanação do conceito de isenção tributária, a partir do princípio da capacidade contributiva e outros, visando expor exemplificativamente dois tipos de isenção de impostos, como instrumentos legais importantes, para conferir maior efetivação a direitos fundamentais, notadamente no que se refere às pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Isenção Tributária, Conceito, Capacidade Contributiva, Proporcionalidade, Razoabilidade, Direitos Fundamentais, Pessoas com Deficiência, Efetivação, Instrumento Garantista.

Abstract: *The explanation of the concept of tax exemption, from the principal of taxpayer capacity and others, like an important legal instrument to give more effectiveness for fundamental rights of persons with disabilities.*

Keywords: *tax exemption, concept, taxpayer capacity, fundamental rights, person with disability, effectiveness, legal instrument.*

1. Introdução

O tributo pode ser encarado como uma contrapartida indispensável de cada um, quer pessoa física, quer pessoa jurídica, para ajudar na manutenção do Estado e das necessidades sociais. Assim, assume um viés de solidariedade imposta para que ninguém se abstenha de contribuir para o bem comum, e para que não haja interrupções no custeio dos contínuos gastos públicos e no cumprimento das metas sociais.

Do tributo, quando ocorrente o fato gerador ora previsto em sua hipótese de incidência tributária, estabelecida por norma impositiva, nasce a obrigação tributária principal, desdobrando-se daí sua eficácia plena – por sua vez, esta obrigação tributária surgida, definimo-la, adaptando o conceito de Washington de Barros Monteiro, como a

> relação jurídica, de caráter transitório, não decorrente de ato ilícito, estabelecida, por lei (sendo então uma obrigação *ex lege*), entre devedor (contribuinte) e o credor (Estado) e cujo objeto consiste numa prestação econômica, positiva (dar dinheiro, quer dizer, prestação pecuniária ou estimável em moeda nacional), devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe seu adimplemento com seu patrimônio (MONTEIRO : 1977, p. 8).

Há exceções a esta impositividade generalizada quando se verifica a ocorrência de motivos de orbe superior que afetam ou transcendem aos interesses daquela coletividade diretamente envolvida, tanto é que tão-só ocorrentes quando previstas constitucionalmente ou oriundas de lei específica, que, por tal razão, *contrario sensu,* acabam por reforçar aquela regra da impositividade (obrigatoriedade) inerente aos tributos.

Dessa forma, não obstante ser o tributo teoricamente exigível de todos os fatos que assim se encaixem no quadro hipotético da norma que o criou, há diversas situações que, em virtude da não-incidência constitucional qualificada (as imunidades), de antemão, encontram-se já excluídas, inexistindo, portanto, sequer a formação daquela relação jurídica. Há outras situações que, pela sua excepcionalidade e embora formada perfeitamente a relação jurídica obrigacional e apta a produzir seus efeitos, justificam a suspensão da eficácia da norma impositiva, gerando daí a exclusão do próprio crédito tributário (as isenções).

No caso das imunidades, muitas razões são invocadas para sua existência, a exemplificar: a) a impossibilidade de um ente federativo tributar o outro, evitando-se algum desequilíbrio no pacto federativo; b) ou a de uma função estatal tributar a outra, quebrando-se a harmonia necessária da separação de poderes; c) guardando homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, a da manutenção do mínimo necessário para sobrevivência do ser, impedindo daí, pautado no princípio da razoabilidade, o efeito confiscatório do tributo;

d) a preservação do princípio da liberdade de expressão, notadamente por meio de livros, jornais e impressos de todo gênero, e da difusão do pensamento e da cultura, como também da liberdade do culto de religiões, todos necessários a garantia e a manutenção do Estado democrático.

A isenção tributária, por seu turno, como privilégio fiscal não-odioso, é reconhecida sua necessidade como instrumento eficaz decorrente de lei para atender a importantes anseios sociais ou econômicos, sem esquecer que traz ínsito também a realização e a preservação de princípios indispensáveis para a existência da sociedade e do próprio Estado.

Obviamente, a tributação, por mais que seja a principal fonte de custeio estatal, pela própria variedade e enormidade de carências a serem supridas e pela natural limitação quantitativa dos recursos, por vezes não consegue ver destinado ou dar em retorno o que ela naturalmente se justificou existir. Daí que, o que quer que aquelas duas excepcionalidades signifiquem conceitualmente, e tenham por razão de ser, o que de interessante deve ser salientado é que, quando em sua utilização adequada, o resultado acaba também por se reverter, numa última instância, em benefício da própria sociedade e do Estado, trazendo melhorias consideráveis tanto a uma quanto ao outra – especialmente porque o retorno e o resultado são visivelmente mais rápidos e diretos quando ainda mantidos na origem, próximos aos beneficiários.

Para o presente trabalho, o que tem a importar é que, ambas, ainda, podem ser meios assaz eficientes para proporcionar o reequilíbrio da balança da justiça, quando esta estiver afetada por quebra da isonomia de tratamento – mormente também quando passarem a ser indispensáveis para promoverem o resgate da cidadania e o fortalecimento do princípio da dignidade da pessoa, junto àquelas pessoas que a realidade se torna mais cara e onerosa pela própria condição existencial: as pessoas com deficiência.

Nessa sebe, apesar de a existência das isenções e imunidades tributárias funcionar também como um meio mecânico de conserto ou de ajustamento de imperfeições que surgem ao longo do funcionamento do sistema, quando em disputa valores que significam maior dignificação ao ser humano e que podem proporcionar maior resgate da cidadania, talvez até seu verdadeiro reconhecimento como ser indispensável na mola propulsora da sociedade, o papel desses mecanismos transcende a este mero corretivo para atingir sua principal razão de ser: um instrumento garantista dos direitos fundamentais.

2. A Isenção Tributária e a Pessoa com Deficiência

A bem ver, quando planificadas diversas situações fáticas idênticas, como fatos geradores de um tributo, a oportunidade a criar injustiça é revelada se

tratadas de maneira igual, desconsiderando que cada realidade difere uma da outra, por mais que se agreguem elementos extremamente semelhantes. E por muitas, a necessidade de instrumentos mantenedores ou restauradores do equilíbrio e da justiça é que exsurge das relações jurídicas que mais aparentam normalizadas e eqüipendentes.

Assim sendo, a realidade fática trivial de uma pessoa pode ser aparentemente igual à de uma outra, mas fatores de ordem pessoal e familiar fazem desequilibrar a balança no tratamento, principalmente se estiverem gastos rotineiros e fixos, imprescindíveis à própria existência da pessoa, que à vista da lei e de seus regulamentos, não estão arrolados dentre aqueles que permitem ser abatidos (deduzidos) nos impostos.

Por tudo, conquanto deva existir, de fato, a solidariedade numa comunidade, a verdade que ressai, mas como voz da justiça, é a de que, quando cada um for dar àquela a sua contrapartida, associada às possibilidades de cada um, não poderá referida solidariedade impor um sacrifício exacerbado nem conduzir a um assolamento na qualidade de vida do indivíduo e de sua família, que tanto lutaram e lutam para manter; quando não o pior, causar-lhe o confisco de parte essencial que afetem a permanência de seu *status dignitatis vel societatis.*

Fatalmente, a readequação da régua dosadora tributária é medida que daí se impõe ao próprio Estado de Direito, porque a justiça funciona como a viga mestre que lhe dá sustentáculo e age também como pilar principal em sua estrutura. Ademais tendo que o próprio princípio da legalidade, quando necessitado de abrandamento em seu rigor, recorre ao princípio da razoabilidade, que lhe é ínsito, para melhor delimitação de seus contornos, ou quando não, extensão ou restrição de seus limites normativos.

Geralmente, quando em casos como o que aqui se refere, concretamente considerados, o princípio da capacidade contributiva entra logo em cena para corrigir estas distorções, trazendo o reequilíbrio à balança da justiça – sabendo que aquele é plena manifestação desta. Todavia, embora o ordenamento jurídico aparente ser dotado de mecanismo automático defensivo para sua autopreservação, a verdade é que ele efetivamente implora pela atuação de meios mais mecânicos, tal como o princípio supra, para viabilizar qualquer conserto ou ajuste no que vem ocasionando a sua desarmonia ou seu mau funcionamento.

Consoante isso, fazendo uso dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico, numa situação concreta, tem que se valer de toda a gama de princípios para tanto, ganhando muito destaque o da justiça fiscal, com seus consectários o da capacidade contributiva, o da proibição de confisco e o da razoabilidade. No campo abstrato, de outro lado, é a isenção tributária que assume relevo para

conduzir ao reequilíbrio geral de situações hipotética e aparentemente iguais, mas fática e efetivamente diferentes.

E esta, a isenção tributária, é o instrumento legítimo e adequado, criado por lei, que melhor alcança esse desiderato. Especialmente porque, fundada e em consideração a aspectos sociais ou de oportunidade econômica que propiciaram sua criação, é constantemente norteada pelos princípios da justiça distributiva, da capacidade contributiva e da razoabilidade de sua outorga, quando de sua criação e efetivação futura. Está seguramente atrelada à própria consagração do princípio da isonomia material, por entender que todos devem pagar seus tributos de acordo com suas capacidades econômicas individuais, já que a aplicação simplista do princípio da igualdade no ato da tributação acaba por produzir resultados desiguais por se desigualarem diversas situações existentes.

Outrossim, o princípio da capacidade contributiva, que lhe serve de sustentáculo, carrega em sua concepção a idéia de se preservar o mínimo vital, ou seja, aquela quota fundamental para a manutenção das necessidades do indivíduo e sua família, de acordo com suas manifestações econômicas reais, e consideradas as variações sociais, do tempo e do espaço.

No dizer de José Ricardo Meirelles:

> Com efeito, para que o concurso do indivíduo para com as despesas públicas seja adequado à sua capacidade contributiva, é necessário, além de atingir todos os ganhos decorrentes dos indícios mencionados, ter em conta sua situação pessoal e familiar.
>
> Há, portanto, que se proceder a uma isenção no que se refere à quota necessária ao "mínimo vital pessoal e familiar", eis que a atitude de concorrer às despesas públicas começa somente após a satisfação das necessidades pessoais e familiares dos contribuintes. Isto, além de corresponder a um evidente critério lógico, harmoniza-se com o caráter solidarístico do dever tributário.
>
> Outrossim, o "mínimo vital" deve corresponder ao mínimo necessário para uma"existência digna e livre", levando-se em conta a situação familiar do indivíduo (MEIRELLES : 1997, p. 336).

Mas para que o princípio da capacidade contributiva tenha seu indispensável alcance, servindo de baliza para a efetiva aplicação e realização do princípio da justiça fiscal, deve também participar da orientação na elaboração de normas abstratas futuras, a fim de preservar ao máximo o desiderato social e político que justificou a sua invocação.

Para tanto, quando está em processo de relação com outros valores, ora convoca a intermediação do princípio da igualdade, aqui como uma proporção para se medir valores diversos, para limitar e equilibrar qualquer colisão daí surgida, como também ora atua como legítimo orientador para que o próprio

princípio da igualdade alcance uma melhor compreensão e um maior grau de concretude e realização.

No tocante ao princípio da razoabilidade, por seu turno, juntamente com o da proporcionalidade, decorrem estes ínsitos do princípio da legalidade, mediando-lhe a interpretação e a aplicação, amoldando adequadamente seu espectro de incidência e suavizando seu rigor; dimanam próprios da essência do princípio do Estado de Direito, perpassando todos os princípios vinculados à liberdade, à justiça e à segurança jurídica, e atuam como elementos emolientes de ponderação na escolha dos princípios que devem prevalecer quando estiverem em colisão.

Num outro plano, tal como ocorre com o princípio da capacidade contributiva, quando ainda no estágio de produção das normas jurídicas, a fim de exercer também maior controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade estatal, a razoabilidade surge como instrumento indispensável de avaliação e adequação dos diversos fatores ali considerados, quer referentes às situações concretas que ensejaram a criação do referido direito, quer concernentes aos valores fundamentais da organização social a quem é dirigida, propiciando, em última instância, a observância do princípio do devido processo legal substantivo.

Assim,

> Nas lições de Luís Roberto Barroso é possível depreender que esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz respeito à existência de uma relação racional e proporcional entres seus motivos, meios e fins. De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional.
>
> Se a lei contravier valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente (PESSOA : p.12-13).

A partir da análise de todas essas considerações, *contrario sensu,* o que se pôde extrair conclusivamente, mesmo que furtivamente, é que o surgimento de uma isenção tributária como situação excepcional à regra geral de tributação acaba por se justificar pelos próprios princípios que lhe servem de supedâneo e o norteiam, porquanto atuantes quando invocados pela singularidade e importância dos valores postos em jogo e do eventual conflito axiológico surgido.

2.1 Isenção na operação de compra e venda de veículos

No dizer da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, bem assim está dentre seus objetivos fundamentais a construção de uma soci-

edade livre, justa e solidária; a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais; a promoção do bem de todos sem preconceitos de qualquer espécie.

De fato, exemplificativamente, a criação de uma lei que isenta impostos incidentes na operação de compra de veículos novos para pessoas com deficiência, em sua gênese normativa, encontra sua maior justificação nestes diversos princípios e objetivos fundamentais constitucionais que a embasaram.

No entanto, para que se deságüe numa verdadeira efetivação do princípio da justiça, imprescindível a participação dos princípios da capacidade contributiva e da razoabilidade desde o seu processo legislativo, para excluir os excessos de defeitos e para melhor delineamento de seu campo de atuação, até para se preservar de alegações infundadas de algum assistencialismo coadjuvante.

E tal ocorre, pois, no decorrer do processo legislativo, o legislador, para conferir à lei de isenção um melhor resultado social e efetivamente respeitar os princípios e os objetivos fundamentais constitucionais que serviram de assento à sua existência, termina por exorar pela constante intervenção dos princípios da razoabilidade e da capacidade; e que assim continua se repetindo em ulterior estágio, quando já em sua aplicação, tendo por base aquela perspectiva finalística da norma.

Prima facie, quando se aprecia a razão desse tipo de isenção, a resposta de imediato que se aflora é que as pessoas com deficiência têm que efetuar maiores gastos com adaptações e ajudas técnicas em seus veículos, ocasionando aí um desequilíbrio em relação às outras quanto à sua capacidade contributiva, já que não têm como escapar dessa oneração imprescindível para possuir um veículo – mas que, ao cabo, acaba por lhes proporcionar condições ou melhoria nestas para o gozo de seu direito constitucional de ir e vir.

Assim, noutro passo, traz também agregado nisso um elemento propiciador da inclusão social, porquanto, ao oportunizar o equilíbrio para se adquirir um veículo, independente da condição de se poder dirigi-lo, abrindo o campo para a pessoa com deficiência ter um veículo próprio, adequado à sua especifica situação e necessidade, causa-lhe um ânimo a mais para participar das relações diversas da sociedade.

Consoante a essa idéia, a isenção entra como um agente operador para dignificação e melhoria das condições da pessoa com deficiência, indo muito além que a primária e simples justificativa de reequilíbrio das situações econômicas face às outras pessoas. Aparece como mecanismo garantidor de vários direitos fundamentais, dando seqüência que se propala em cadeia e que age indefinidamente até se atingir a concretização dos objetivos fundamentais constitucionais.

Dessa forma, é de toda insustentável, para não adiantar inconstitucional, pela sua irrazoabilidade, qualquer diferenciação que algumas leis estaduais e a própria Lei nº 8.989/95 fazem, tais como: exigir que o pleiteante tenha essa ou aquela deficiência arrolada em tal regulamento; ou que tenha habilitação para dirigir o veículo; ou que se permita a aquisição de veículos de até uma certa potência, ou até um determinada cilindrada, ou de um só tipo de combustível; ou que a isenção atinja apenas o principal do carro, ou seja componentes básicos de série.

A manutenção de tais diferenciações, e a permanência de tratamento desigual na legislação estadual quanto ao que aqui se refere, notadamente quando há em um Estado federativo exigências infundadas, tal como a de Carteira Nacional de Habilitação para fazer jus a este benefício, não exigível em outro Estado, afetam ainda a isonomia formal preconizada constitucionalmente de que "todos são iguais perante a lei". Isso porque, acaba por causar não uniformidade de tratamento nas pessoas com deficiência residentes no País que precisam adquirir um veículo com isenção, atuando esta como instrumento viabilizador do exercício de um direito fundamental inerente a todo ser humano, sem distinção de qualquer natureza.

Com efeito, a lei deve e pode estabelecer critérios para o gozo de um direito. Contudo, tais critérios não podem ferir a razoabilidade ínsita em qualquer limitação legal, porquanto contraria sua própria causa de ser que é a busca da harmonização e da pacificação social, pois trará insatisfação e insegurança aos destinatários finais, ao criar critérios ilegítimos e pouco aceitáveis ao senso comum; proporcionam, via reflexa, em última instância, um esvaziamento no núcleo essencial do mencionado direito, pois que insere elementos que restringem inadequadamente o alcance da norma e a finalidade de sua existência.

De outra banda, tais diferenciações ocasionam ainda destemperamento e desestabilização ao princípio federativo, afetando o equilíbrio entre os entes federativos, eis que a isenção não uniformizada favorece a ocorrência de prejuízo de arrecadação em diferentes Estados, quando também fuga de produtores e consumidores para os Estados que favoreçam uma maior economicidade aos seus anseios.

De mais a mais, não se pode invocar como justificativa para essas distinções, motivos de política econômica ou financeira para subsistirem, pois a primazia deve ser dada aos de política social e para efetivação dos direitos fundamentais, quando em colisão tais razões, até mesmo porque a principal motivação da existência das isenções que tais está totalmente ligada a razões humanistas e de resgate de cidadania.

Por tudo, a constitucionalidade destas diferentes formas de regulação da isenção dos impostos incidentes na operação de compra e venda de veículos para pessoas com deficiência é assunto que tem que ser questionado, para, ao final, não a ver reconhecida, principalmente em relação àquelas que fogem completamente a razoabilidade de sua existência.

2.2 Isenção no Imposto sobre a Renda

Num outro contexto, a capacidade contributiva deve ser convocada para permear o conflito de desigualdade provocado pela política fiscal não atenta a diversas situações que, da mesma maneira, necessita do amparo do Estado e da solidariedade social. É a situação de muitas pessoas com deficiência que efetuam gastos rotineiros e fixos indispensáveis à sua sobrevivência e à sua manutenção, gastos estes que assumem parcela considerável do orçamento familiar, muitas vezes não deduzíveis no imposto sobre os rendimentos.

A variedade de categorias de deficiência é extensa demais, e difícil de ser previsto em texto normativo, o universo que a medicina domina, até bem mesmo pelas características de generalidade e abstratitividade da norma jurídica que devem ser preservadas. Não obstante, a própria norma se rende às vezes a arrolar alguns casuísmos pela importância que passam figurar no cenário geral, como também para reduzir suas aplicações apenas àqueles casos ora eleitos.

Os critérios utilizados para esse discrímen são de diversificada motivação, mas que acabam por deixar de fora situações que não conseguiram elevar seu grito de atenção, em razão ou de sua complexidade, ou de sua variedade, ou, quando não, da pouca expressividade representativa que são, ou do grande percentual de atingidos e acossados pela necessidade. E é o que ocorre com as pessoas com deficiência.

Nesse caso, a vasta gama de situações subjetivas variadas e ricas em complexidade, bem assim o grande percentual de atingidos que esperam pela abrangência do seu espectro de incidência, transpõem seu reconhecimento normativo para a sua inclusão nas diversas causas de isenção tributária, notadamente quando se refere ao imposto sobre a renda, sem faltar fatores de ordem econômica, financeira e orçamentária. A reserva do materialmente possível se alia também a essas justificativas.

Contudo, deve ser dado o devido atendimento tanto aos fundamentos e objetivos fundamentais constitucionais do próprio Estado Democrático de Direito em que vivemos, quanto aos princípios fundamentais em que estão assentados a sociedade e o Estado, dentre eles o da capacidade contributiva e o da proibição do confisco, como manifestações do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Por tal razão, sem desconsiderar as muitas justificativas para a não inclusão das pessoas com deficiência, no caso específico do imposto sobre a renda, deve haver alteração na previsão normativa para acrescentar as pessoas com deficiência no rol de isenções deste tributo, estas relacionadas a situações de problemas de saúde, ou de outra ordem qualquer que esteja interligada àquela de alguma maneira – obviamente pautada em rigoroso critério de avaliação e demonstração quanto à necessidade.

Isso porque há claramente situações de pessoas com deficiência que justificam plenamente mais a isenção do imposto sobre a renda, e não apenas a dedução de parcelas que a lei autoriza e especifica; porquanto esta, por não ser suficientemente abrangente, não consegue refazer os muitos gastos contínua e diuturnamente efetuados (muitos pela sua não previsão normativa), afetando deveras a capacidade contributiva daquelas, e fatalmente impingindo maior sacrifício a todos os integrantes da família, inclusive com o rebaixamento do status social familiar.

Como é definida doutrinariamente, a renda é aquele acréscimo patrimonial, aquela riqueza nova, que é incrementada no patrimônio preexistente, tendo como relação um determinado espaço temporal. Consoante isso, não podem ser consideradas renda, aquelas parcelas essenciais que visem garantir, atender e efetivar seus direitos fundamentais individuais e sociais, especialmente ligados a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, tais como: com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte.

A situação atual é totalmente iníqua: pessoas com cardiopatia grave têm direito à isenção no imposto de renda, levando em conta que muitas de suas necessidades de cuidados e de percepção de medicamentos podem ser encontradas na rede pública de assistência à saúde, não havendo também caracterização clara de afetação na capacidade contributiva. Outras, a exemplificar, com neoplasia maligna, uma vez reconhecida a doença, nunca são reavaliados seus casos para fim de verificação de alguma cura posterior, mantendo eternamente a graça estatal.

Com efeito, existem tipos de deficiência que impõem gastos particulares consideráveis e freqüentes, de artigos necessários que nunca são encontrados na rede pública, e não são deduzíveis do imposto sobre a renda: alimentação especial; fraldas; remédios de uso contínuo não enfeixados no rol da rede básica; coletores urinários; sondas uretrais; vestuário especial; mobiliário mais adequado; acompanhantes; e outros conforme a especificidade da deficiência.

Ora, a bem ver, a isenção do imposto em questão não ensejará tanto prejuízo à tão pesada carga tributária nacional, posto que se continuará a contribuir aos cofres públicos de maneira indireta, através dos inúmeros impostos

indiretos, sem falar os diretos também. Além disso, se houver a revisão de muitas outras isenções dadas por razões de doenças que também autorizam, fatalmente serão encontradas situações que não merecem mais a benevolência estatal, sem esquecer a possibilidade de rever os critérios legais para a sua concessão, com a imposição de uma avaliação, caso a caso, por comissão multidisciplinar oficial.

A avaliação bem feita e acompanhada por médicos e peritos oficiais, mais a efetiva demonstração de gastos fixos e rotineiros essenciais, certamente poderão delinear o contexto pessoal e familiar a caracterizar uma necessidade da correção das injustiças, visto que serão verificadas as afetações na capacidade econômica daquela família em continuar a contribuir diretamente com seus rendimentos nos custeios da sociedade. Ademais, se evita o falseamento, a dissimulação e a simulação de situações supostamente permissivas de isenção.

Com essas medidas serão acertadas as incoerências fáticas e normativas existentes, contribuindo para alcançar mais pessoas que igualmente necessitam, principalmente por serem a maioria da classe média, que, normalmente, pagam maior parte da fatura fiscal. Sem faltar, trarão mais dignificação às condições das pessoas com deficiência, carentes que são de políticas públicas que favoreçam sua inclusão, e que tornem seu fardo menos pesado.

3. Conclusão

A justiça fiscal, como revelação da justiça distributiva, tem agregada em seu âmago a capacidade contributiva, entendida como aquela aptidão econômica de uma pessoa ou de uma família para contribuir para os cofres públicos, de acordo com as suas possibilidades econômicas; revelada esta quando destacado da renda bruta total, aquele mínimo vital que consiga preservar na íntegra seus direitos fundamentais individuais e sociais essenciais, conforme o status social a eles pertencente.

A isenção tributária manifesta-se como importante meio de reparação de injustiça e como um instrumento eficaz de ação afirmativa para se efetivar direitos fundamentais, especialmente quando situada à consagração dos direitos das pessoas com deficiência, no que tange ao resgate da cidadania e à proteção da dignidade de tais pessoas.

A isonomia material só ganha sentido quando estiver apoiada e aparelhada de instrumentos que dêem efetividade ao seu conteúdo semântico, transformando o ideal em real. Mas, a busca para se atingir tal grandeza só passa a ter resultado quando impulsionada pela vontade de ser alcançada, qualquer que seja a esfera funcional. Atualmente, está a depender de lei, pois que sua formalidade necessária.

Os dois tipos de isenções que foram apontados exemplifica-tivamente, se efetivadas as alterações legislativas necessárias, significarão sincera e considerável política de inclusão social às pessoas com deficiência, posto que uniformizarão o tratamento dado por várias legislações estaduais e federais para concessão de isenção na aquisição de veículos novos para as pessoas com deficiência.

A outro, minimizarão o alto custo que é de ter que sobreviver com uma deficiência, especialmente aquelas mais complexas e por isso mais onerosas; livrando, assim, uma margem econômica significativa que poderá ser reinvestida na qualidade de todos os integrantes, proporcionando maior dignificação de suas condições – que, querendo ou não, indireta ou reflexamente, desencadearão em ondas de benefícios no restante da sociedade.

É fácil de imaginar[1] o que poderá ser daí convertido em conforto, em abundância material e imaterial e outros tantos benefícios que acabarão por reverter em futuras benesses sociais: maior investimento em cada um trará maiores resultados de cada um. Os impostos excluídos voltarão por meio de outros, indiretos ou não, como também significarão menos dependência de políticas sociais inclusivas ou assistenciais.

A capacidade está vinculada à sua real possibilidade; e não, à virtual. Eis por que deverá ser demonstrada e comprovada, para que seja concedido qualquer atendimento à pretensão que almeja ver realizada. A mera indicação de necessidade não é suficiente para restar configurada a situação ensejadora de qualquer ato de benemerência social e estatal.

De lege ferenda deve estabelecer a avaliação por uma junta médica oficial e a relação de documentação necessária para caracterizar bem a afetação na capacidade econômica daquela pessoa com deficiência ou de sua família, valendo essa aplicação para os demais casos de isenção existentes atualmente na legislação. Ademais, deverá impor a reavaliação do caso de tempos em tempos, para verificar se ainda estão presentes todas as condições que autorizaram a isenção.

De mais a mais, a isenção tributária, no caso do imposto sobre a renda, se assim for suficiente para possibilitar o reequilíbrio na balança, quer dizer, a readequação na capacidade contributiva, poderá recair apenas no rendimento de um dos integrantes que se responsabilizam pela pessoa com deficiência, tendo como paradigma abstrato o padrão de uma pessoa no mesmo status social.

Bem, o que pudemos constatar com tais idéias brevemente expostas é que a isenção tributária é um eficaz instrumento ao alcance do governante capaz de promover melhorias na vida das pessoas. Ela surge ao final das contas como um instrumento garantista de direitos fundamentais, que não raro quedam por não ter nenhum outro que efetivamente propiciem alguma proteção ou garantia.

A proximidade com o beneficiário quanto aos resultados almejados é o que torna mais ainda a isenção adequada e eficaz. Ao invés de ter que se aguardar algum agraciamento, por conta de alguma política pública direta, ou por reversão em benfeitorias dos valores pagos pelos impostos, o beneficiário terá a resposta mais imediata e adequada à sua situação específica.

A razão de ser do Estado é a de tornar a vida de todos os integrantes da sociedade melhor. A pluralidade de focos e de frentes de combate em sua atuação debela a exclusão de um ou outro segmento necessitado, principalmente pela exigüidade de recursos para alcançar concomitantemente tantas situações carentes. A eleição de instrumentos mais adequados e efetivos ressai como a opção desejável a todos, porém, nem sempre é apresentada realisticamente.

A escolha deve recair naquela opção ótima para determina situação, entendida esta como a que apresenta melhor relação de custo-benefício para todos. O que adianta a manutenção de meios que reconhecidamente não se destacaram, ou falharam em sua missão; que, na ponta, revertem em poucos ganhos, quando não, em nenhum. Aqui para o que se propõe para a realização de direitos fundamentais, mostrou-se a isenção como a melhor.

Outrossim, vem corrigir uma distorção no sistema tributário atual, especialmente no que se refere ao imposto sobre a renda, que hoje confere isenções tributárias aos racimos para inúmeros casos ou situações de comprometimento de saúde, que não têm a capacidade contributiva afetada, apenas por razões de compadecimento social e estatal.

Obviamente, não se quer propor a extinção de tais benefícios, nem tornar o Estado num leão feroz e empedernido. Apenas incluir no rol das isenções ao imposto sobre a renda, as pessoas com deficiência como também beneficiárias, de acordo com critérios simples, objetivos e diretos, com a devida averiguação da capacidade econômica contributiva de cada um atingida; mas tendo como meta final, e intenção verdadeira, a realização de direitos fundamentais que tantas vezes quedam inertes ou que não são exercidos em sua integridade.

Nota

[1] Por exemplo, considerando um percentual de 20% (vinte por cento) liberado naquele orçamento: poderá ser reaplicado em educação melhor e em materiais pedagógicos; acompanhamento psicológico e fisioterapêutico; lazer agregado à terapia ocupacional; adaptações e ajudas técnicas mais sofisticadas; vestuário mais adequado; a possibilidade de contratação de um terceiro para auxiliar nas atividades habituais e cotidianas, liberando um integrante para, quem sabe, trabalhar também; ou, também, para gerar a tranqüilidade que um dos integrantes não precisará trabalhar para continuar em casa se dedicando à pessoa necessitada.

Bibliografia

MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade tributária, Revista de Informação Legislativa, ano 34, nº 136 (outubro a dezembro de 1997), Senado Federal, Brasília, 1997, p. 336.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, Ed. Saraiva, 1977.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira. Disponível em http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/norte.pdf.

CRIMES CONTRA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE

Alexandre de Matos Guedes

Resumo: A proteção jurídico-penal das pessoas com deficiência praticamente inexiste em nosso país em virtude do desconhecimento cultural, acadêmico e institucional das normas penais relativas ao tema. Torna-se necessária a construção de uma cultura jurídica que concretize a proteção já prevista em norma que, entretanto, oferece cobertura insuficiente na área penal para a pessoa com deficiência.

Palavras-chave: crime, direito penal, pessoa com deficiência.

Abstract: *Legal and criminal protection of persons with disabilities are practically nonexistent in our country in virtue of cultural, academic and institutional lack of familiarity with criminal regulations on the subject. This renders it necessary to build a legal culture to enforce protection already predicted in norms, which, in turn, offer insufficient coverage, in criminal aspects, for persons with disabilities.*

Keywords: *crime, criminal law, person with disabilities.*

1. Introdução

A abordagem e o estudo dos crimes cometidos contra as pessoas com deficiência no momento presente é ao mesmo tempo fácil e difícil.

Fácil porque atualmente existem poucos tipos penais que tratem especificamente da pessoa com deficiência como sujeito passivo exclusivo de conduta típica.

De fato, quando consideramos que apenas cerca de três crimes constantes da Lei nº 7.853/89 se destinam a tutelar penalmente a defesa das pessoas com deficiência, o estudo dessas condutas típicas não nos tomaria muito tempo.

Entretanto, ao mesmo tempo esse estudo é difícil porque tais crimes são objeto de pouca ação prática dos operadores jurídicos, como menciona Eugênia Augusta Fávero (2004, p. 301), de forma que a avaliação de tais delitos resta incompleta na medida em que, pelo menos em tese, qualquer conduta delitiva só tem razão de ser quando é aplicada, sendo inútil o exame meramente abstrato.

Podemos citar como exemplo o fato de que no Superior Tribunal de Justiça só localizamos um único processo criminal relativo aos crimes tipificados na Lei nº 7.853/89 e, ainda assim, tratava-se de processo relativo a feito de natureza originária daquela Corte, em virtude de foro por prerrogativa de função de um dos denunciados, onde se concluiu pela improcedência da denúncia:

> CRIMINAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA. CRIME CONTRA PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. OBSTAR, SEM JUSTA CAUSA, O ACESSO A CARGO PÚBLICO.CONCURSO PARA MAGISTRATURA DO TRABALHO. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO DEFINITIVA DEVIDAMENTE MOTIVADO. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. CONDUTA ATÍPICA. ACUSAÇÃO ATRIBUÍDA À SEGUNDA ACUSADA, NÃO SUJEITA À JURISDIÇÃO DESTA CORTE, QUE TAMBÉM NÃO CONFIGURA ILÍCITO PENAL. ACUSAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. Hipótese em que a denúncia trata da suposta prática de crime contra pessoa portadora de necessidades especiais, consistente em obstar, sem justa causa, o acesso a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência, pois a acusada teria indeferido a inscrição definitiva de candidato ao XXIX Concurso para a Magistratura do Trabalho da 2ª Região, sendo ele portador de seqüelas de paralisia cerebral decorrente de traumatismo de parto. Cuidando-se de ação penal originária, faz-se mister examinar se é o caso de eventual conclusão sobre a improcedência da acusação, na forma de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 6º da Lei n.º 8038/90. A improcedência, contudo, só pode ser reconhecida quando evidenciada, estreme de dúvidas, a inviabilidade da instauração do processo, quando for possível afirmar-se, sem necessidade de instrução, que a acusação não procede. Deve ser levado em conta, de qualquer forma, que na decisão final a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação. Precedente da Corte Especial do STJ. Necessidade de avaliar a existência, ou não, de justa causa na conduta

imputada à primeira denunciada, MARIA APARECIDA PELLEGRINI, sem a necessidade de instrução probatória. Em observância ao direito à integração social, o Estado deve viabilizar medidas na área da formação profissional e do trabalho para promover o surgimento e manutenção de empregos destinados ao portadores de deficiência que não têm acesso aos empregos comuns. Obstar, sem justa causa, tal acesso aos cargos públicos configura comportamento contrário à intenção do referido Diploma Legal e, portanto, é conduta delituosa – que não é a situação dos autos. O indeferimento da inscrição, procedido pela primeira denunciada, detentora de prerrogativa de foro, foi devidamente motivado, eis que as necessidades especiais do candidato, relacionadas a dificuldades com motricidade, conjunto de funções nervosas e musculares que permite os movimentos voluntários ou automáticos do corpo, e à dicção, maneira de articular ou pronunciar as palavras, mostram-se incompatíveis com o exercício do cargo de Juiz do Trabalho, caracterizado pela realização de grande número de audiências, oportunidades em que o uso desenvolto da palavra é imprescindível. O tipo visa a impor sanção penal ao agente que discriminar deficientes quanto ao acesso a cargo público, sendo indispensável, para a configuração do delito, a inexistência de justa causa, pois o que se pretende submeter à persecução penal do Estado é a simples discriminação, por si só, o preconceito, a intolerância, ensejadores do óbice ao exercício de cargo público, pelo simples fato de alguém ser portador de deficiência. É penalmente relevante a discriminação propulsora do "obstar", do "impedir", o acesso a cargo público sem qualquer razão. O óbice ao acesso ao cargo de Juiz do Trabalho não resultou de mera discriminação pelos simples fato de o candidato ser portador de deficiência física. Caracterizada, in casu, a justa causa para o óbice ao cargo público, o que afasta a tipicidade da conduta da denunciada. Quanto à co-denunciada, mesmo não sendo detentora de prerrogativa de foro, esta Corte deve rejeitar a acusação também quanto a ela. Precedente do STF. A conduta atribuída à segunda denunciada consiste na expedição de declaração cujo teor dá conta do comparecimento do candidato ao local de realização das provas da primeira fase do XXIX Concurso da Magistratura do Trabalho da 2ª Região e do indeferimento de sua inscrição. O ato impeditivo da feitura dos exames do concurso foi o indeferimento da inscrição definitiva do candidato, procedido, justificadamente, pela Presidente da Comissão do Certame, a primeira denunciada, e, não, a declaração expedida pela Secretária e segunda acusada. Reputado atípico o indeferimento da inscrição do candidato pela denunciada detentora da prerrogativa de foro, não se pode admitir como delituosa a simples emissão de declaração retratando o óbice à realização das provas do concurso. Acusação julgada improcedente, nos termos do art. 6º da Lei 8.038/90. (Processo AP nº 324/SP, AÇÃO PENAL nº 2004/0058456-5, Relator Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJ 13/10/2005, p.153).

Quando se denota que a Corte nacional responsável pela unificação da legislação federal não recebeu, em sede de recurso originado dos Tribunais Estaduais e Tribunais Federais Regionais, para seu devido pronunciamento, qualquer feito que tratasse dos crimes mencionados na lei em tela, só podemos

concluir que a proteção jurídico-penal às pessoas com deficiência não apresenta qualquer repercussão no mundo real.

Obviamente, existe a possibilidade da ocorrência de erros na pesquisa realizada, a despeito do julgado mencionado não fazer remissão a quaisquer outros a respeito do tema relativo aos crimes da Lei nº 7.853/89, como geralmente ocorre , o que parece indicar a sua singularidade.

Por outro lado, Tribunais Estaduais podem ter tratado do tema, mas ainda assim é inegável que os delitos aqui tratados alcançam repercussão, na melhor das hipóteses, meramente periférica na prática forense.

2. A inclusão da proteção jurídico-penal às pessoas com deficiência na prática dos operadores do direito

A partir do momento em que constatamos que inexiste uma efetiva proteção jurídico-penal às pessoas com deficiência devemos verificar a razão pela qual isso acontece.

A primeira hipótese que poderíamos mencionar para explicar o vácuo processual é a de que as condutas típicas mencionadas nos Art. 8º, incisos I, II e III da Lei nº 7.853/89, não seriam cometidas no mundo real, de modo que não existem processos simplesmente porque não há o cometimento dos crimes respectivos.

Seria bom se assim fosse, mas infelizmente a realidade é menos rósea. Assim como acontece com outros segmentos de cidadãos vitimizados – crianças, mulheres, idosos, dentre outros –, os crimes cometidos contra as pessoas com deficiência, em virtude da imensa fragilidade da vítima e da falta de consciência social a respeito da gravidade das condutas cometidas acabam por cair no vazio estatístico dos *crimes de cifra oculta,* na forma definida por Vera Regina Pereira de Andrade[1], os quais são virtualmente invisíveis aos agentes encarregados de sua repressão, não obstante a sua efetiva ocorrência no mundo material.

A questão da invisibilidade do outro como elemento de discriminação cultural se constitui um dos maiores desafios para a inclusão de categorias de pessoas historicamente relegadas, como ensina Luis Eduardo Soares:

> A gente simplesmente percebe ou deixa de perceber, de acordo com limites e pressões psicológicas, sociais e culturais. Nossa sensibilidade segue uma disciplina que está longe de ser apenas cognitiva: é também emotiva, psicológica, simbólica e valoraiva. A cultura é uma espécie de cultura e linguagem que nos orienta. [...] Freud nos ensinou que censuramos algumas verdades – excluindo-as da consciência – porque são dolorosas demais ou excessivamente subversivas para a ordem que instauramos dentro de nós mesmos. (SOARES: 2005, p. 164)

A partir do momento em que percebemos a incapacidade do meio social de enxergar a pessoa com deficiência e de dar importância às suas necessida-

des, conferindo-lhe a dignidade típica de qualquer ser humano – basta o exemplo das nossas ruas e edifícios, mesmos os mais modernos, projetados com um imenso número de barreiras arquitetônicas contra qualquer um que não se enquadre no padrão "normal" da sociedade –, denota-se que os crimes contra as pessoas com deficiência efetivamente ocorrem, mas não são percebidos como tais, nem pelo autor do fato, nem pelo meio social onde ocorrem e, infelizmente muitas vezes, nem pelas próprias vítimas.

Se os crimes contra pessoas com deficiência efetivamente ocorrem, deve existir alguma razão – ou conjunto de razões – para que elas não alcancem os agentes encarregados da punição dos autores deste tipo de delito.

Dentro dos limites e finalidades deste artigo, podemos dizer desde logo que provavelmente a principal razão pela qual os operadores responsáveis pelo manejo do sistema jurídico penal não se dedicam à identificação, investigação e repressão dos crimes cometidos contra as pessoas com deficiência é o fato de que eles não são diferentes do meio social insensível no qual vivem.

Por mais que os operadores jurídicos, como grupo, pretendam se apresentar como segmento distinto – e por vezes até superior – à sociedade onde vivem, é inegável que o agente jurídico é indivíduo inserido na comunidade, compartilhando com esta seus preconceitos e prioridades, ou em outras palavras, a sua *cultura*.

Ora se a cultura da nossa sociedade, como já vimos e sentimos se dirige pela não visualização da pessoa com deficiência e de suas necessidades acreditando como normal e aceitável que não se pense e não se preocupe com eles no momento da delimitação dos espaços e prédios de uso coletivo, não se pode esperar, a princípio, do operador do direito que o mesmo tenha preocupações diferentes das demais pessoas com quem convive. Neste sentido é a lição de Edmundo Lima de Arruda Júnior: "As faculdades de direito (re)produzem senso comum, técnica e filosofia cimentadoras de vários níveis de reprodução da violência política do estado vigente" (ARRUDA : 1992, p. 61).

Obviamente não estamos condenados eternamente a esta situação. Cabe aos operadores *críticos* do direito, através de um trabalho ideologicamente e eticamente dirigido, mediante escolhas que se apresentem no processo educativo, construir e difundir uma nova cultura – e não apenas jurídica – de inclusão da pessoa com deficiência em nosso cotidiano.

Assim, o principal desafio que se apresenta na defesa da pessoa com deficiência no plano penal – e também nos outros planos – é buscar conscientizar os operadores jurídicos em geral, não apenas quanto à existência dessas condutas específicas, mas também da necessidade de sua aplicação dentro de uma cultura inclusiva.

O que chamamos aqui de cultura inclusiva não se refere apenas à compreensão comum de que devemos perceber a existência da pessoa com deficiência como elemento integrante da sociedade, mas também ao fato de que os crimes contra a pessoa com deficiência não pertencem ao imaginário comum dos juristas.

Verificamos que não importa o número de delitos estabelecidos em defesa da pessoa com deficiência e nem mesmo a qualidade técnica das condutas previstas a esse título[2], se tais previsões legislativas vierem desacompanhadas da existência de políticas destinadas a aplicar esse tipo de política penal.

Neste particular, a introdução de leis protetivas próprias e específicas (os denominados *estatutos*) têm exercido um papel fundamental na constituição de marcos culturais que permitem o desenvolvimento, difusão e efetiva aplicação das normas protetivas das categorias historicamente vitimizadas, sendo exemplo deste fato o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, que representou no aspecto jurídico e na percepção social, um enorme avanço no tratamento dos problemas e necessidades das pessoas maiores de sessenta anos que sempre foram objeto de uma virtual indiferença quanto à sua existência e necessidades, similar em tudo ao que ocorre com as pessoas com deficiência.

3. A visão do direito penal como menos relevante em face dos demais ramos do direito das pessoas com deficiência

Um outro obstáculo que nos defrontamos para um correto tratamento da questão em foco é o fato de que geralmente os operadores jurídicos envolvidos com a defesa das pessoas com deficiência – assim como de vários outros grupos, como idosos, crianças, etc – preferem concentrar a sua atuação e desenvolvimento teórico na matéria cível, deixando de lado um melhor tratamento da área penal.

A concepção de um direito penal mínimo, acaba por fazer com que a matéria criminal seja considerada, frente às outras áreas do conhecimento jurídico como de menos importância para a proteção dessas pessoas.

Na verdade, a concepção adequada de um direito penal mínimo implica não necessariamente na diminuição quantitativa dos tipos penais, mas na supressão e até mesmo descriminalização interpretativa de condutas que, conquanto consagradas como nocivas na lei penal, pouca ou nenhuma importância social tinham. É o que ocorria com o antigo crime de adultério que, embora tradicionalmente existente em nosso ordenamento, era praticamente letra morta em nossos fóruns e delegacias, servindo quando muito como instrumento de pressão para discussão de matéria de direito de família.

A esse respeito é interessante a colocação de Leonardo Rocha de Faria ao citar a lição de Ivete Senise Ferreira:

> Nessa linha de raciocínio o Direito Penal moderno, busca atender os anseios, de acordo com a atualidade levando em consideração a "criminalização ou descriminalização". Conforme ensina FERREIRA, "uma tendência para a descriminalização de certas condutas tipificadas na lei penal, de fato instala-se na doutrina contemporânea, sobretudo pela falência das penas privativas de liberdade e sua impossibilidade de evitar a ocorrência de crimes e conseguir a repercussão dos criminosos, sendo motivada também pela descrença na administração da justiça penal para resolver o problema da violência e da criminalidade na sociedade moderna". (FARIA : 1995, p. 69)

Uma verificação na bibliografia relativa ao tema das pessoas com deficiência revela que esta, pelo menos em sua maior parte, especialmente em relação aos que se propõem a falar genericamente dos "direitos da pessoa portadora de deficiência", pouco ou nada falam sobre matéria criminal, centrando foco nas atividades relativas à defesa cível de direitos difusos e coletivos, saúde, acessibilidade, dentre outros.

Assim, mesmo entre os operadores do direito que se dedicam ao tema, torna-se necessário um maior realce da matéria penal, que não é de modo algum pouco importante. Neste sentido, a lição de Antônio Baptista Gonçalves[3], relativa aos crimes ambientais:

> Exatamente por isso que a matéria migrou para o âmbito penal, porque o direito penal tem o condão de ser a ultima ratio, ou seja, a última instância de se coibir uma conduta, ou melhor, o último remédio para impedir que uma infração fique impune.
>
> Então, se o direito penal está sendo invocado é porque as esferas civil e administrativa não estão atendendo satisfatoriamente aos anseios da coletividade, do contrário não haveria que se falar em responsabilidade penal, ou tampouco implementar uma responsabilização num Código sabidamente individual, se não fosse para ter um amparo que outros ramos do direito não conseguiriam oferecer.
>
> Outrossim, creio que os favoráveis a não responsabilização da empresa esqueceram-se de atentar para o caráter social do Direito Penal, pois, na cultura brasileira, de uma maneira geral, o sinônimo de idoneidade de qualquer pessoa é possuir uma "ficha criminal" limpa, ou seja, ser primário.
>
> Ninguém se importa com o recebimento de uma infração administrativa, como uma multa de trânsito, por exemplo, pelo contrário, pode ser encarado até como um fato do cotidiano, mas uma sentença condenatória na esfera penal, a reação é totalmente adversa, gera uma reação de desconfiança, a moral ilibada deixa de ser confiável, e a até então inabalável credibilidade de qualquer cidadão sofre um revés irrecuperável, haja vista que na maioria das tentativas de obtenção de emprego o primeiro, e até

> mesmo, na maioria das vezes mais observado requisito é a análise da ficha de antecedentes, e quem tem condenação dificilmente obtém um emprego.

Estamos agora, mais ou menos no mesmo ponto em que estava o direito ambiental há alguns anos atrás, quando após o advento da lei de crimes ambientais, Lei nº 9.605/98, foi possível um maior vigor no estudo e aplicação dessa face do ordenamento, relativamente aos delitos contra a natureza, focada muitas vezes demasiadamente na matéria cível, processual e administrativa.

Anote-se que até o advento da referida lei, havia tipos penais que tutelavam, ainda que imperfeitamente, o ambiente natural, mas inexistia um efetivo trabalho dirigido nesta área.

Entretanto, nada mais equivocado, inclusive do ponto de vista teórico-conceitual, subestimar a proteção jurídico-penal eis que o direito penal mínimo não significa uma concepção de necessariamente menos crimes, mas sim da inexistência de tipos penais que não representem efetivo dano social – como o adultério, por exemplo.

Deve existir por parte do operador jurídico a construção de um direito penal protetivo às pessoas com deficiência como elemento primeiro de uma aplicação sustentável dos tipos penais existentes para a proteção dessa categoria de pessoas.

4. Desafios para a efetiva aplicação da tutela penal de proteção das pessoas com deficiência

A partir das conclusões de que a proteção da pessoa com deficiência não é considerada relevante por nossa sociedade; que no seio dos operadores jurídicos a tutela penal às pessoas com deficiência não é considerada; que a efetiva criminalização de condutas lesivas e a sua aplicação são essenciais à proteção dessas pessoas e da sociedade como um todo, resta evidente o desafio da quebra desse circulo vicioso. Faz-se necessária uma política de conscientização do operador jurídico para que ao manejar os dispositivos do ordenamento possa realizar a proteção jurídico-penal preconizada, objetivando a conscientização da sociedade, criando um circulo virtuoso de estabelecimento de novos paradigmas culturais de reconhecimento da dignidade e humanidade da pessoa com deficiência, inserindo-a no contexto de nosso cotidiano e abandonando a invisibilidade da qual atualmente padece.

Inicialmente, temos de considerar que o estudo de direito penal nas Faculdades de Direito – celeiro e *locus* da formação intelectual e cultural dos juristas - pouco ou nada abordam da legislação extravagante ao Código Penal, ou não tratando de leis importantes como a de tóxicos ou trânsito para citarmos

apenas alguns exemplos, que aliás têm maior aplicação cotidiana, privilegiando-se os artigos do estatuto criminal.

Muitas vezes o estudante de direito tem uma maior noção do crime de *emissão irregular do warrant* aos importantes crimes previstos em normas avulsas como, por exemplo, os crimes contra o consumidor.

O que não se conhece não se pratica. Assim, a ausência de estudo sobre crimes contidos em leis alheias ao Código Penal faz com que gerações de operadores jurídicos simplesmente ignorem e não utilizem ferramentas jurídico-penais essenciais à tranqüilidade de qualquer meio social, como os crimes contra o consumidor, crianças, idosos, dentre outros.

Assim, hoje em dia os estudantes de direito não conhecem os tipos penais vigentes de proteção às pessoas com deficiência, de modo que estes não se inserem no seu rol de preocupações.

Posteriormente, é de se verificar que como os crimes cometidos contra pessoas com deficiência não são, salvo as exceções eventualmente possíveis, objeto de programas de concurso para cargos públicos no meio jurídico, o que desobriga os candidatos de estudarem e conhecerem, ainda que em termos gerais, esses delitos. Esse desconhecimento se transmite à pratica profissional posterior à aprovação e à posse, eis que mesmo os cursos de adaptação ao ingresso da carreira, como os do Ministério Público, por exemplo, não abordam comumente o tema, e quando o fazem acabam por não mencionar a matéria criminal, privilegiando as matérias cível e processual respectivas.

Na advocacia privada ou pública não é diferente; não existindo esse delito na prática dos órgãos de repressão e julgamento, não existe a necessidade de estudo do assunto pela defesa, eis que sem demanda não há procura.

Assim sendo, a crítica feita por Eugênia Favero, já mencionada, ainda que justa, deve ser inserida no contexto do desconhecimento do assunto por agentes que, sobrecarregados por suas funções tradicionais e sem incentivo específico por parte de suas instituições e administrações superiores, simplesmente não possuem a ambiência cultural necessária para atuar decisivamente no assunto.

Portanto, faz-se necessária a existência de uma política que permita:

A - Inclusão dos crimes contra as pessoas com deficiência no currículo da matéria de direito penal das Faculdades;

B – Velar para que esse conteúdo seja efetivamente administrado;

C – Inclusão dessa categoria de tipos penais no programa dos concursos públicos e exames da Ordem dos Advogados do Brasil, de forma a impor, ainda que superficialmente, o estudo destes temas;

D – Incluir nos cursos de adaptação ao ingresso das carreiras jurídicas

(Ministério Público, Magistratura, Defensoria, Polícias, dentre outras) o tema da criminalidade cometida contra as pessoas com deficiência e a importância de sua repressão, tanto em termos individuais como coletivos;

E – O estabelecimento, nos planos de ação e estratégicos das diferentes instituições jurídicas já mencionadas, atividades específicas de exercício da tutela penal da categoria de cidadãos aqui tratados.

A partir das providências mencionadas, dentre outras que podem ser sugeridas e implementadas, poder-se-á começar a criar uma nova cultura de defesa das pessoas com deficiência, permitindo assim que o tema penetre na esfera psicológica e profissional dos operadores jurídicos responsáveis pela repressão desse tipo de criminalidade.

5. A atual legislação criminal protetiva das pessoas com deficiência

5.1. A Lei nº 7.853/89

Enquanto não é aprovado o Projeto de Lei do Estatuto das Pessoas com Deficiência, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, temos que a legislação penal específica de proteção das pessoas com deficiência resume-se principalmente nos termos do Art. 8º da Lei nº 7.853/89, que estabelece a política nacional relativa a esta categoria de cidadãos, sendo que este dispositivo contém a seguinte redação:

> Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:
>
> I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;
>
> II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;
>
> III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;
>
> IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;
>
> V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;
>
> VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Como se denota do dispositivo acima, o mesmo contém seis condutas, duas das quais, colocadas nos incisos V e VI constituem-se delitos contra a admi-

nistração da Justiça, não tendo como sujeito passivo direto a pessoa com deficiência.

Os três primeiros incisos do Art 8º em destaque prevêem condutas de discriminação da pessoa com deficiência no ambiente escolar e no ambiente de trabalho, seja no serviço público ou na atividade privada.

Para que seja caracterizado o cometimento destes delitos faz-se necessário que o autor cometa conduta dolosa com a intenção deliberada de prejudicar a pessoa com deficiência em virtude desta característica.

A discriminação para caracterizar os delitos em questão não pode ser embasada em outros critérios como raça, religião (que ingressam em outras condutas delitivas tuteladas por leis próprias) ou outro motivo pessoal.

Observem, no entanto, que a discriminação pelo motivo de deficiência pode ser ocultado por outra justificativa aparentemente menos inócua, mas de qualquer modo criminosa.

Assim, por exemplo, o critério de "boa aparência" pode ser usado para descartar pessoa com deficiência por um empregador que considere um usuário de cadeira de rodas, por exemplo, como pessoa que transmite uma imagem de pouco dinamismo aos clientes e fornecedores, o que deporia contra a "imagem" da empresa.

Neste caso, o crime em questão estaria claramente configurado, eis que, a despeito da eleição de critério supostamente "objetivo" e "profissional", denota-se que a deficiência é tida como "defeito" e "prejudicial ao serviço" sem qualquer base fática para apontar a eventual falta de qualificação da pessoa com deficiência para aquela função específica – único critério aceitável.

Anote-se, a dificuldade da delimitação do sujeito ativo deste tipo de crime, especialmente, no ambiente profissional, eis que muitas vezes a pessoa que comete diretamente a discriminação é profissional subalterno que obedece a parâmetros ilegais - geralmente não escritos - provindos da administração superior.

Conquanto ninguém deva ser isento da responsabilização penal pelo cometimento de crime por ordens de terceiros sem a existência de coação moral irresistível, é certo que freqüentemente os responsáveis primordiais pelas condutas criminosas não são identificados em virtude da impessoalidade e complexidade das empresas e repartições contemporâneas, sendo este um desafio real à aplicação da lei penal – e não apenas neste campo – eis que restará inócua a punição exclusiva dos "bagrinhos" enquanto os "tubarões" permanecem à solta.

O inciso IV do dispositivo em exame estabelece punição para os que não obedecem, no acesso aos serviços de saúde, ao direito de prioridade reservado a pessoas com deficiência.

É preciso ressaltar que embora deficiência não seja doença, as pessoas com deficiência apresentam uma fragilidade maior do que a dos indivíduos em geral e merecem prioridade de tratamento. Portanto, justifica-se a repressão penal deste tipo de conduta.

5.2. A pessoa com deficiência em outras normas penais.

É interessante notar que diferente das crianças, idosos e mulheres que merecem proteção específica como vítimas nos crimes comuns de violência (como se pode verificar dos diferentes parágrafos dos delitos previstos nos Arts. 121 – homicídio - e 129 – lesão corporal), as condutas agressivas dirigidas contra pessoa com deficiência não merecem reprovação adicional da norma penal, devendo-se contentar com as agravantes tradicionais do Art. 61, *h,* da Parte Geral do Código Penal (desde que consideremos toda pessoa com deficiência como "enferma", o que vulgarmente é sinônimo de doença, rótulo claramente prejudicial).

Com o advento da Lei nº 11.340/2006, a denominada Lei Maria da Penha, que determina a inclusão do § 11, no Art. 129 do Código Penal, prevendo causa especial de aumento de pena em um terço caso a vítima seja pessoa com deficiência. Enfim uma norma protetiva específica, embora não seja ainda suficiente.

A Lei específica de crimes de tortura, Lei nº 9.455/97, prevê no § 4º, do Art. 1º causa especial de aumento de pena, caso a vítima dessa modalidade de crime hediondo seja pessoa com deficiência. Trata-se de exceção em nosso ordenamento.

5.3. Avaliação da proteção jurídico-penal da pessoa com deficiência no direito positivo vigente

Pelo que verificamos, é evidente que a proteção jurídico-penal à pessoa com deficiência em nosso ordenamento é no mínimo insuficiente, sempre lembrando que mesmo o pouco que existe não é aplicado.

Com a maior complexidade de nosso meio social, é evidente a necessidade de se estabelecer uma maior cobertura às pessoas com deficiência que sofrem violência e exploração específicas decorrentes de sua condição.

Assim como ocorre com o idoso, a pessoa hipossuficiente com deficiência é objeto de ações de assistência social, na forma do pagamento de benefícios e pensões, muitas vezes desviados ou apropriados por terceiros - na imensa maioria das vezes pelos próprios curadores dos beneficiários-, gerando toda uma gama de condutas reprováveis que por seu caráter manifestamente individual e massificado precisa ser combatido pelo direito penal. Especialmente porque neste tipo de situação, como vimos acima, a aplicação de sanções civis e administrativas se mostra insuficiente para dar a resposta adequada à violação realizada.

Da mesma forma, os crimes de violência física contra a pessoa com deficiência, em virtude da fragilidade inerente à sua condição, merecem uma punição mais severa por parte do aparelho penal. Esse tipo de agressão se mostra mais grave que nos demais casos merecendo o mesmo tipo de proteção suplementar que a lei já reserva às outras categorias de cidadãos historicamente vitimizadas, à exemplo dos idosos, das mulheres e das crianças.

O atual Projeto de Lei nº 7.699/06, Estatuto das Pessoas com Deficiência, parece estar no caminho adequado, prescrevendo diversos tipos de condutas destinada a uma proteção mais eficaz do grupo em questão.

Aliás, é certo que os novos tipos penais do Projeto de Lei precisarão ter a sua tramitação legislativa concluída o mais rápido possível pois na atual forma do ordenamento jurídico brasileiro, o País se encontra em desconformidade com os preceitos da recente Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, da Organização das Nações Unidas, a qual exige dos Estados Parte (entre os quais encontra-se o Brasil que já se comprometeu a subscrevê-lo e incorporá-lo ao nosso direito), tomem medidas para proteger os indivíduos aqui tratados contra quaisquer formas de exploração, com medidas necessárias para a punição dos elementos abusivos[44] Assim dispõe o Art. 16 e seguintes da Convenção:

Artigo 16 Prevenção contra a exploração, a violência e o abuso

5.4. A pessoa com deficiência como sujeito passivo de crime

Uma questão que deve ser objeto de debate no âmbito da tutela penal da pessoa com deficiência é que esta, para ser considerada como sujeito passivo deste tipo de crime, não precisa se enquadrar como tal de acordo com os preceitos estabelecidos em outro diploma ou dispositivo legal diverso daquele que descreve as condutas delitivas em epígrafe.

Em outras palavras, os crimes contra as pessoas com deficiência não se constituem em norma penal em branco, na qual a delimitação do sujeito passivo depende de uma descrição positivada em outro local do ordenamento, sendo que o critério de delimitação da vítima dependerá das circunstâncias do caso concreto, onde muitas vezes o delito existe independentemente do grau ou tipo de deficiência das pessoas envolvidas.

É preciso levar em consideração que se, muitas vezes, para assegurar determinados direitos, especialmente os custeados pelo poder público, faz-se necessário algum tipo de delimitação das pessoas a serem beneficiadas, tal necessidade não ocorre no direito penal, pois a conduta delitiva que ofende este tipo de cidadãos tem por base a *inerente fragilidade* que lhes é própria que varia de acordo com cada caso concreto. Muitas vezes a deficiência que se

apresenta e que permite o crime não se encontra de molde a ser descrita como tal em outros diplomas e dispositivos.

É preciso levar em consideração a especificidade e autonomia do direito penal que tem características e necessidades diversas do direito administrativo, por exemplo. Se, neste último, faz-se necessária a correta delimitação do que é considerado deficiência para o usufruto de benefícios e pensões dentro de um sistema restrito e excepcional - pois a regra é que cada pessoa tenha seus próprios meios de sustento-, no direito penal a finalidade é a proteção extensiva e geral do maior número possível de pessoas que por uma razão ou outra, encontra-se em situação de fragilidade perante um elemento que abusa desta fraqueza.

Lembre-se que na Convenção sobre Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas já mencionada, a deficiência é um conceito em evolução que não pode ser simplesmente "congelado" na medida em que sempre surgem novas percepções de deficiências antes desconhecidas. Ao mesmo tempo, os avanços tecnológicos suprem deficiências já existentes de forma que seus detentores não mais precisem da proteção especial do Estado[5].

A discriminação da pessoa com deficiência independe do tipo e grau que esta assume na situação concreta; uma delimitação artificial do sujeito passivo nestes casos poderá acarretar a imposibilidade de punição do agente que, não obstante tenha o dolo de discriminar, ou de lesar, a pessoa com deficiência, acaba impune em virtude do não enquadramento da vítima à moldura legal do conceito de deficiência.

6. Conclusão

É necessária a construção de uma teoria da tutela penal de proteção às pessoas com deficiência, sendo que o presente trabalho se propõe a fomentar o início deste debate, estando a argumentação aqui delineada disponível para as críticas cabíveis.

Notas

[1] "'cifra negra', 'cifra obscura' ou zona obscura' (dark number) da criminalidade, designando a defasagem que medeia entre a criminalidade real (isto é, as condutas criminalizáveis efetivamente praticadas) e a criminalidade estatística (oficialmente registrada). Hulsman,1993,pp 64-5; Hassemer e Conde, 1989, pp. 46-7). (ANDRADE: p. 261-262). Art. 244. Abandonar a pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa. Art. 245. Negar o acolhimento ou a permanência da pessoa com deficiência como abrigado, por recusa deste em

outorgar procuração para entidade de longa permanência ou de abrigo. Pena - Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. Art. 246. Reter o cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão da pessoa com deficiência, bem como qualquer outro documento com fim de obter, indevidamente, proveito próprio ou alheio. Pena - Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

[2]O Projeto de Lei nº 7.699/06, do Estatuto da Pessoa com Deficiência em curso no Congresso Nacional, estabelece novos e diversos tipos penais para a defesa das pessoas com deficiência; assim sendo, temos como elementos de discussão criminogena as seguintes condutas: Art. 234. Discriminar pessoa com deficiência, impedindo ou dificultando, sem justa causa, o acesso a locais públicos e/ou de acesso ao público em geral, ainda que de propriedade privada, tais como cinemas, clubes, hotéis, pensões, pousadas, albergues, restaurantes, bares, estabelecimentos comerciais, teatros, shopping centers, instituições bancárias, espaços de lazer e recreação infantis e adultos, instituições religiosas, instituições de ensino, bibliotecas, espaços destinados a eventos artísticos, esportivos e culturais e outros congêneres, em razão de sua deficiência. Pena: Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. Art. 235. Impedir ou dificultar, sem justa causa, o acesso a operações e atendimentos bancários, aos meios de transporte e a outros serviços e atendimentos, públicos ou privados, em razão da deficiência.Pena: Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. Art. 236. Recusar, suspender, procrastinar ou cancelar matrícula, sem justa causa, ou dificultar a permanência de aluno em estabelecimento de ensino, público ou privado, em qualquer curso ou nível, público ou privado, em razão de sua deficiência: Pena – Reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime for praticado contra pessoa com deficiência menor de 18 anos a pena é agravada de 1/3 (um terço). Art. 237. Obstar ou dificultar a inscrição ou acesso de alguém, sem justa causa, a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência: Pena – Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Art. 238. Negar ou obstar emprego ou trabalho a alguém, sem justa causa, ou dificultar sua permanência, em razão de sua deficiência. Pena – Reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Art. 239. Recusar, retardar ou dificultar a internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, sem justa causa, a pessoa com deficiência. Pena – Reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Responde nas mesmas penas quem impede ou dificulta o ingresso da pessoa com deficiência em planos privados de assistência à saúde, inclusive com a cobrança de valores diferenciados. Art. 240. Veicular, em qualquer meio de comunicação ou de divulgação, texto, áudio ou imagem que estimule o preconceito contra a pessoa com deficiência ou a ridicularize: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. § 1º -O juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: a) o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; b) a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas. § 2º - Na hipótese do caput, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. Art. 241. Deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justa causa, a execução de ordem judicial ou o pagamento de precatório expedido nas ações em que for parte ou interveniente pessoa com deficiência. Pena – Reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 242. Recusar, retardar ou omitir informações, documentos e dados técnicos,

quando requisitados pelo Ministério Público para o cumprimento dos fins desta Lei: Pena – Reclusão de 1 (um) a 4 (três) anos, e multa. Art. 243. Apropriar-se ou desviar bens, proventos, pensão, benefício assistencial, previdenciário ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência, dando-lhes aplicação diversa da sua finalidade. Pena – Reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. § 1º No caso do caput deste artigo não se aplicam os artigos 181 e 182 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. § 2º Aumenta-se a pena de um terço se o crime é cometido na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial.

[3] http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5876, acessado em 30 de março de 2007. 1. Os Estados Partes deverão tomar todas as medidas apropriadas de natureza legislativa, administrativa, social, educacional e outras para proteger as pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos de gênero. 2. Os Estados Partes deverão também tomar todas as medidas apropriadas para prevenir todas as formas de exploração, violência e abuso, assegurando, entre outras coisas, formas apropriadas de atendimento e apoio que levem em conta o gênero e a idade das pessoas com deficiência e de seus familiares e atendentes, inclusive mediante a provisão de informação e educação sobre a maneira de evitar, reconhecer e denunciar casos de exploração, violência e abuso. Os Estados Partes deverão assegurar que os serviços de proteção levem em conta a idade, o gênero e a deficiência das pessoas. 3. A fim de prevenir a ocorrência de quaisquer formas de exploração, violência e abuso, os Estados Partes deverão assegurar que todos os programas e instalações destinados a atender pessoas com deficiência sejam efetivamente monitorados por autoridades independentes. 4. Os Estados Partes deverão tomar todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física, cognitiva e psicológica, inclusive mediante a provisão de serviços de proteção, a reabilitação e a reinserção social de pessoas com deficiência que forem vítimas de qualquer forma de exploração, violência ou abuso. Tal recuperação e reinserção deverão ocorrer em ambientes que promovam a saúde, o bem-estar, o auto-respeito, a dignidade e a autonomia da pessoa e levem em consideração as necessidades de gênero e idade. 5. Os Estados Partes deverão adotar efetivas leis e políticas, inclusive legislação e políticas voltadas para mulheres e crianças, a fim de assegurar que os casos de exploração, violência e abuso contra pessoas com deficiência sejam identificados, investigados e, se couber, processados. Artigo 17 Proteção da integridade da pessoa. Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[5] Dispõe o item "e" dos considerandos da Convenção: Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas;

Bibliografia

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da Segurança Jurídica, 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

ARRUDA JR. Edmundo Lima de. Reflexões sobre um ensino jurídico alternativo. Revista de Direito Alternativo, nº 1, Florianópolis: Acadêmica.

FARIA, Leonardo Rocha. Direito Penal e a Proteção ao meio ambiente, disponível em www.advogado.adv.br/artigos/2004/leonardorochadefaria/dirpenameioambiente.htm#_ftnref6, acessado em 29 de março de 2007.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência, Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Pena: dano à imagem da empresa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 487, 6 nov. 2004, http://jus2.uol.com.br.

SOARES, Luis Eduardo, MV Bill e ATAHYDE, Celso. Cabeça de Porco. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

CRIMES CONTRA OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Patrícia Albino Galvão Pontes

Resumo: Análise do Art. 8º, da Lei nº 7.853/89, que tipifica penalmente as condutas contra a pessoa com deficiência: inscrição de aluno em escola; acesso a cargo público; emprego ou trabalho; assistência médico-hospitalar e ambulatorial; execução de ordem judicial; dados técnicos para ação civil.

Palavras chave: crime, pessoa com deficiência

Abstract: *Analysis of the 8th article of Law number 7,853/89, describing criminal behavior against persons with deficiency: registration of pupils in school; access the public office; job or work; health care and hospitalar assistance; execution of judicial order; technical data for civil action.*

Keywords: *crime, person with disability*

Lei nº 7.853/89

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

1. Introdução

A Lei nº 7.853/89 acertou ao tipificar penalmente as condutas nela descritas. O Art. 8º criminaliza atitudes discriminatórias consistentes em negar os direitos fundamentais básicos a alguém pelo simples fato de possuir algum tipo de deficiência. Outras condutas são tipificadas com o fim de preservar os interesses coletivos protegidos por esta lei, seja na tramitação do inquérito civil ou da própria ação civil pública em situações que especifica.

Inicialmente, verifica-se que não foi utilizada a técnica legislativa tradicional para a prescrição do fato típico e a sanção a ele cominada. O dispositivo é iniciado com a previsão do preceito secundário - que estabelece o *quantum* da pena – antes mesmo de descrever quais são as condutas proibidas. Sabe-se que, normalmente, a pena é prevista após a descrição do fato típico – preceito primário - todavia, no caso em tela, a mesma aparece logo no *caput* do artigo. Porém, apesar da adoção de técnica inovadora, esta não implica em nenhuma alteração prática para a configuração do delito, haja vista que se trata apenas de questão estrutural na definição legal do crime.

Registre-se que, embora todas as condutas descritas no artigo em comento tragam a pessoa com deficiência como vítima, tem-se aqui de violações de naturezas totalmente distintas. É, inclusive, muito difícil que se consiga, em um mesmo momento, violar mais que um dos incisos do Art. 8º. Desta forma, o

legislador descreve vários crimes diferentes, para os quais é prevista a mesma pena estabelecida no *caput*.

1.1 Preconceito e Discriminação

A Constituição de 1988 prescreve como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, IV). Dispõe ainda o Artigo 5º, XLI que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Desta forma, o Art. 8º da Lei nº 7.853/89 atende aos comandos constitucionais, na medida em que criminaliza o preconceito exercido contra as pessoas com deficiência.

A discriminação em si advém de preconceitos existentes na sociedade. O entendimento de que a inclusão é uma teoria utópica e que, na prática, não tem como ser viabilizada, decorre da relação que é feita entre a deficiência e a incapacidade, como se esta fosse uma conseqüência direta daquela. Esta idéia reflete um preconceito na medida em que se tem um conceito anteriormente formulado sobre dada situação e, em razão desta opinião já formada (sem que se atente para a situação concreta), a pessoa é discriminada (no sentido negativo), excluindo-se o reconhecimento ou o exercício do seu direito. Desta maneira, preconceito e discriminação possuem significados distintos, sendo aquele, um pressuposto para esta.

Normalmente, o preconceito surge em razão de informações incorretas ou incompletas sobre determinada situação. Como dito acima, a não aceitação da inclusão das pessoas com deficiência na escola ou no trabalho, por exemplo, advém da associação que se faz de *deficiência* com *incapacidade*. Todavia, esta não é corolário daquela. A deficiência significa limitação física, sensorial ou mental, não impossibilitando a pessoa de exercer as atividades cotidianas, embora seja necessário o oferecimento de suporte quando uma determinada atividade exigir exatamente aquilo que a deficiência lhe limita. Como no caso de uma pessoa que se locomove através de cadeira de rodas, que necessitará que a estrutura física dos locais que freqüenta esteja adaptada para lhe possibilitar o acesso. Infelizmente, o seu direito de ir e vir é frequentemente negado com o argumento de que é ela quem não reúne as condições físicas para chegar a um determinado local e nele se locomover, como se a promoção da acessibilidade fosse um favor ou uma benesse, ao invés de uma obrigação do Estado e de toda a sociedade.

O Decreto nº 3.956/01, que promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como a Convenção da Guatemala, define a discriminação da pessoa com deficiência da seguinte forma:

> O termo discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, conseqüência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.
>
> 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. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

A situação de discriminação dessas pessoas remonta à história antiga. Na Grécia, os recém nascidos que possuíssem deficiências eram jogados em um abismo ou, como narra Platão em A República, escondidos pelas autoridades em um lugar secreto (Niess, 2003, p. 5). Na Roma antiga, as pessoas com deficiência eram vistas como um mal que poderia contaminar a sociedade de seu tempo e, por isso, eram sacrificadas. A Lei das XII Tábuas autorizava o patriarca romano a matar seus filhos defeituosos, estatuindo que o filho nascido monstruoso fosse morto imediatamente.

Assim, a história demonstra que essas pessoas nunca foram respeitadas como seres humanos sendo, em várias oportunidades, submetidas ao extermínio, em uma veemente negativa ao mais básico dos direitos: o de existir. Desta forma, durante muito tempo, o conceito de deficiência foi o de algo a ser eliminado, combatido, excluído.

Esta foi uma idéia incorporada à sociedade. Todavia, atualmente, o procedimento preconceituoso de outrora é inaceitável. Vivemos em uma época de plena afirmação da prevalência dos direitos humanos sobre qualquer outro interesse. Portanto, era necessário que a legislação brasileira tipificasse condutas que, infelizmente, ainda são comumente praticadas em nossa sociedade contemporânea.

Além dos crimes em razão do preconceito e da discriminação, o dispositivo em comento visa também tutelar os direitos coletivos das pessoas com deficiência. Agiu com acerto o legislador ao se preocupar com tais interesses pois, desde a edição da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública –, percebe-se a importância dos direitos transindividuais nos dias atuais. Tal relevância foi reconhecida pela própria Constituição Federal de 1988 quando elencou no rol dos direitos fundamentais os direitos individuais e coletivos, essenciais para a defesa da sociedade.

1.2. Merecimento e Necessidade da Tutela Penal

O Direito Penal tutela os bens jurídicos mais importantes para uma determinada sociedade. Desta forma, não será qualquer ofensa que receberá a sanção penalizadora, mas somente as lesões graves (princípio da ofensividade[1]). A ofensa de pequena valia é considerada desprovida de relevância penal, sendo a sua resolução incumbida a outros mecanismos formais ou informais de controle social.

A sanção penal somente se fará necessária quando as outras formas de controle social não forem suficientes para a solução do conflito (princípio da necessidade).

Zaffaroni (2002, p. 59-60) lembra, no entanto, que a escolha das condutas que serão chamadas de crimes é feita politicamente, sendo possível encontrar na legislação penal infrações (às regras de convívio social) leves, ao passo que, atitudes extremamente nocivas são "esquecidas" pelo legislador. Neste sentido, o autor conclui que o crime é uma "construção" destinada a cumprir certa função social, não uma "realidade" social individualizável.

Alice Bianchini (2002, p. 41) ensina que um Estado Democrático de Direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. Todavia, a dificuldade encontra-se exatamente na identificação desta classe de bens. Assim, a determinação de quais bens jurídicos são dignos da tutela penal representa uma decisão política do Estado que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada a sua própria estrutura. Portanto, em um Estado social e democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem.

Além da observância das etapas do processo de criminalização das condutas acima referidos[2] (verificação da dignidade penal do bem jurídico, da ofensividade da conduta e averiguação da necessidade da tutela penal), os bens jurídicos que serão objetos de tutela penal devem estar expressa ou indiretamente protegidos pela Constituição Federal de 1988. Todavia, não significa que todos eles contemplados constitucionalmente devam ser sancionados penalmente. Bianchini (2002, p.43) entende ser inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens não amparados constitucionalmente ou conflitantes com valores albergados pela Carta Magna, já que é nela que são inscritos os valores da sociedade que a produz.

Os crimes previstos no Art. 8º, da Lei nº 7.853/89 tutelam os direitos fundamentais da pessoa com deficiência, protegendo os direitos à educação, ao trabalho, à saúde, além dos direitos coletivos investigados em sede de inquérito civil ou defendidos no âmbito da ação civil pública.

O elenco das figuras penais atende ao comando constitucional de promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer origem, bem como nenhuma outra forma de discriminação. Atente-se ainda para o fato de que a Constituição Brasileira de 1988 traz determinações de caráter penal expressas como a do Art. 5º, XLI, no sentido de que a lei punirá qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, demonstrando-se a explicitação no texto constitucional da importância atribuída àqueles bens jurídicos.

Especificamente no que diz respeito à pessoa com deficiência, a Constituição estatuiu em seu Art. 24, XIV, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. É nítida a preocupação constitucional com a tutela dessas pessoas. Desta forma, os tipos penais previstos na Lei nº. 7.853/89 estão em total conformidade com os valores preservados pela Carta Magna, pois que a garantia dos direitos fundamentais (sejam individuais ou coletivos) desta parcela da população germina dos princípios constitucionais.

Não se pode deixar de reconhecer na lei em comento a função de promoção dos direitos da pessoa com deficiência. Sobre o Direito Penal Promocional, o penalista Eduardo Medeiros Cavalcante (Pinheiro, 2006, p. 488) ensina o seguinte:

> Partindo do entendimento que assevera a função ético-social do Direito Penal, o fundamento promocional, longe de limitar-se à função puramente negativa de harmonizar os interesses dos indivíduos e dirimir os conflitos, postula uma ação fundamentalmente ativa, visando a transformar as condições de vida e ainda a consciência do povo no sentido de direcioná-la a determinada finalidade.

Ao tipificar os crimes aqui definidos, a Lei nº 7.853/89 pretende chamar a atenção da sociedade para o desrespeito aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, incutindo uma cultura de proteção a esta parcela da população.

1. 3. Consumação, Tentativa, Elemento Subjetivo do Tipo, Participação e Erro de Proibição

A consumação dos crimes aqui previstos se dá no momento em que é realizada a(s) conduta(s) típica(s), independentemente do resultado. Vislumbrar este tipo penal como um crime de resultado, de forma que ele só se consumaria se o aluno realmente fosse impedido de exercer o seu direito à educação (no caso do inciso I, por exemplo), significaria desconsiderar todas as atitudes discriminatórias por parte do estabelecimento de ensino, como se a norma quisesse tão somente garantir a matrícula, mas não se importasse com o preconceito. É bem ao contrário.

Qualifica-se o delito como crime de mera conduta, pois não se exige resultado naturalístico para a sua consumação, contentando-se a norma

incriminadora com a mera realização do núcleo do tipo. Ainda no exemplo do primeiro inciso, não é necessário que o intento da escola de impedir o acesso à educação do aluno com deficiência seja alcançado. Assim, se a escola emprega várias medidas para fazer cessar a matrícula, mas esta não vem a ser cancelada pelo aluno ou por seu responsável, mesmo assim o crime resta configurado. Do mesmo modo, se o estabelecimento de ensino vem procrastinando a inscrição daquele aluno, mas, em razão de recomendação do Ministério Público ou de decisão judicial a matrícula vem a ser efetivada, o delito já está consumado.

O crime não admite tentativa, posto que de mera conduta.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se admitindo a figura culposa.

Os crimes a seguir comentados admitem co-autoria e participação. O Art. 29 do Código Penal da seguinte forma regula o instituto da participação, prescrevendo que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Na participação, não é preciso que o agente tenha o poder de decidir sobre a violação do direito, porém a sua conduta precisa ter influência sobre a sua negação.

Vale mencionar que, tratando-se o crime em comento de norma de direito penal, submete-se a todos os seus princípios e, por isto, o desconhecimento da figura criminal não pode ser alegado para o descumprimento da norma[3].

1.4. Ação Penal e Suspensão Condicional do Processo

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, em razão de a lei não prever a necessidade de queixa ou de representação do ofendido aplicando-se, portanto, a regra geral (Art. 100, do Código Penal[4]).

No tocante à pena cominada aos crimes aqui especificados, permite-se a suspensão condicional do processo, desde que estejam presentes os requisitos previstos no Art. 89 da Lei nº 9.099/95, em razão de a pena mínima ser de 01 (um) ano de reclusão. Obviamente, o procedimento aplicável não é o sumaríssimo, haja vista a pena máxima ser superior a dois anos, aplicando-se o procedimento comum ordinário, conforme regra geral para os crimes apenados com reclusão.

2. Crime de Frustação do Acesso da Pessoa com Deficiência à Educação

2. 1. Características do Crime

O bem jurídico protegido pela norma é o direito à educação das pessoas com deficiência. João Mestieri (Teperino, 2001, p. 215) ensina que o bem jurídico tutelado é o direito dessas pessoas de ter acesso aos estabelecimentos de ensino, sem ser a isto impedido exclusivamente em razão de sua deficiência. Trata-se, portanto, da criminalização da discriminação da pessoa com deficiência no seu àquele direito.

A lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor, traz dispositivo similar no Art. 6º: Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau: pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos. A pena cominada, como se percebe, é bem superior à prevista no dispositivo em comento. Com isto, causa o legislador uma incoerência, pois parece considerar que o preconceito contra determinada raça ou cor é mais grave que o preconceito em razão da deficiência, o que se sabe, não ser verdade. Infelizmente, o nosso sistema penal é repleto destas incongruências, carecendo de constantes reparações legislativas.

Quanto à forma de ação, o crime pode ser comissivo (cometido por ação) ou comissivo por omissão/omissivo impróprio. A primeira modalidade de conduta não deixa dúvida, pois que o tipo penal descreve um 'fazer' para a sua consumação (recusar, suspender, cancelar, procrastinar, fazer cessar). Porém, algumas destas condutas, apesar de descritas no sentido positivo, podem ser praticadas através de uma ação negativa, ou seja, por omissão (procrastinar, fazer cessar). Neste caso, para que se configure o crime comissivo por omissão, é necessário que o agente tenha o dever de impedir o resultado[5]. É o exemplo do diretor do estabelecimento de ensino que, ao saber que um aluno está sendo discriminado pela secretaria da escola que vem procrastinando a inscrição do mesmo em razão de sua deficiência, nada faz para garantir o direito à educação da referida pessoa. Ou, então, quando o diretor se abstém de agir ao tomar conhecimento de que o professor não está permitindo ao aluno com deficiência o acesso à sala de aula.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa com poder para realizar a conduta típica, seja ele o professor, o diretor de escola, o coordenador do curso, os membros do conselho escolar, o Secretário de Educação.

Com relação ao concurso de agentes, este restará caracterizado, por exemplo, entre o professor que se recusa a ministrar aula a um aluno com deficiência, e o diretor da escola que, em razão deste fato, realiza o cancelamento da matrícula por não possuir professores dispostos a realizar a inclusão educacional. O primeiro incidiu na conduta do *fazer cessar* e o segundo na conduta do *cancelar*, porém, ambos respondem pelo mesmo crime. Eugênia Fávero (2004, p. 309) traz como exemplo a conduta do psicólogo do estabelecimento de ensino que emite parecer sobre a necessidade de recusa, suspensão, ou cancelamento da matrícula de aluno com deficiência, sem justa causa.

O crime em apreço se aplica tanto às escolas públicas quanto às privadas. É que, segundo a dicção constitucional, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (Art. 205 da Constituição Federal), sendo admitida à iniciativa

privada, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional (Art. 209, I da Constituição Federal). Não haveria sentido em se impor uma inclusão na rede pública e se tolerar a exclusão na rede privada, pois todas as escolas compõem a rede regular de ensino e, portanto, são comprometidas moral e legalmente com a oferta universal de conhecimento e crescimento pessoal.

O sujeito passivo é toda e qualquer pessoa com deficiência, seja ela criança, adolescente, jovem, adulto ou idoso, que tem a sua inscrição recusada, suspensa, procrastinada, cancelada ou cessada por qualquer meio.

Trata-se o delito em apreço de crime próprio, pois exige ter o agente uma capacidade especial, qual seja, ter condições de recusar, suspender, procrastinar, cancelar, ou fazer cessar a inscrição do aluno com deficiência.

Em razão de o tipo penal abranger várias condutas alternativas para o cometimento do ilícito, o delito se classifica como crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se com a prática de qualquer das ações descritas. Assim, ainda que o agente incorra em duas ou mais das condutas ali constantes, considera-se uma única ação criminosa (obviamente, no caso em que o sujeito passivo seja o mesmo, pois senão teremos mais de um crime).

Ressalte-se aqui a necessidade, para que o crime reste configurado, de ter o agente conhecimento prévio da deficiência do sujeito passivo, e em razão dela, tenha praticado a conduta.

Para a configuração das condutas previstas no tipo, não se pode admitir como justificativa capaz de afastar a caracterização do crime: alegação de falta de local adequado para inserir o aluno, ausência de profissionais preparados para ministrar o conhecimento, existência de outra escola ou outro curso mais adequado para pessoas com deficiência, ausência de material didático adequado, alegação de que o aluno com deficiência mental não consegue acompanhar a turma, falta de recursos para a promoção da acessibilidade... . É obrigação do estabelecimento de ensino se adequar para receber qualquer aluno, pois a educação é um direito de todas as pessoas.

2.2 Elementos Descritivos do Tipo

Primeiramente, há que se delimitar que o crime somente restará configurado se praticado por um estabelecimento de ensino. Desse modo, faz-se necessária a definição do significado da palavra ensino, para que se possa entender o âmbito deste dispositivo.

O Dicionário Aurélio traz o seguinte conceito de ensino: Transmissão de conhecimentos, informações ou esclarecimentos úteis ou indispensáveis à educação ou a um fim determinado; instrução. Por esta conceituação, estabelecimento de ensino é toda instituição que se presta à transmissão de conhecimentos.

A Constituição de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) tratam, primordialmente, do ensino oficial do país, qual seja, a educação básica (educação infantil, ensino fundamental, ensino médio) e a educação superior. Todavia, tal fato não significa dizer que o ensino se esgote neles, pois o cidadão não aprende unicamente na escola, através da transmissão dos conteúdos curriculares.

2.2.1. Inscrição em estabelecimento de ensino de qualquer curso

A presente lei, ao fazer menção sobre qualquer curso, pretendeu ampliar o seu âmbito de incidência para a configuração do ilícito.

Uma das situações abrangidas refere-se à educação profissional (Art. 39 e seguintes da LDB). Esta oferece cursos voltados ao desenvolvimento de aptidões para a vida produtiva[6]. Outra ocorrência se dá com a educação de jovens e adultos, quando a lei prevê os cursos supletivos[7] (Art. 38, da LDB).

O ensino abrange muito mais do que a educação formal. A Lei nº 7.853/89 reconhece esta amplitude e reforça o âmbito de abrangência do Art. 8º ao mencionar que ocorre o crime quando a discriminação é praticada em estabelecimento de ensino de qualquer curso. Desta forma, além dos cursos previstos na educação profissional e na educação de jovens e adultos, estão compreendidos os cursos de inglês, os cursos preparatórios para o vestibular ou para qualquer concurso, os cursos de música, dança, informática, esportes, entre outros.

Entender simplesmente que estes cursos têm conotação diferenciada daquela prestada pelos estabelecimentos prestadores da educação formal propriamente dita, significa desconsiderar o intento da lei que visa resguardar o acesso da pessoa com deficiência à educação.

Estes outros tipos cursos acima referidos estão em total conformidade com as finalidades educacionais estabelecidas pelo texto constitucional (Art. 205). Os cursos de informática e de inglês qualificam para o trabalho; os cursos de música, dança e esportes, além de possuir, muitas vezes, uma função terapêutica, estimulam as habilidades individuais, sendo fundamentais para o pleno desenvolvimento da pessoa. Além disso, possuem um caráter transformador na vida daquele que tem uma deficiência, influindo na diminuição da sua própria limitação. Tome-se como exemplo os atletas para-olímpicos que representam um exemplo de superação de limites.

Observe-se que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) reconhece a importância desses ensinamentos, incluindo as artes, o esporte, entre outros, como componentes curriculares dos níveis de ensino:

> Art. 26, § 2º - O ensino da arte constituirá componente curricular obrigatório, nos diversos níveis da educação básica, de forma a promover o desenvolvimento cultural dos alunos.
>
> Art. 26, § 3º - A educação física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular obrigatório da educação básica, sendo sua prática facultativa ao aluno.
>
> Art. 26, § 5º - Na parte diversificada do currículo será incluído, obrigatoriamente, a partir da quinta série, o ensino de pelo menos uma língua estrangeira moderna, cuja escolha ficará a cargo da comunidade escolar, dentro das possibilidades da instituição.
>
> Art. 27, IV - Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes: (...) promoção do desporto educacional e apoio às práticas desportivas não-formais.
>
> Art. 33 - O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

A própria Constituição de 1988 trouxe exemplos de educação não formal, tratando da promoção da educação ambiental que veio contemplada como necessária em todos os níveis de ensino[8] (Art. 225, § 1º, VI). O ensino religioso[9] é incluído como disciplina no ensino fundamental, sendo a sua matrícula facultativa, em respeito à liberdade de crença (Art. 210, § 1º). Identificamos também a valorização e a difusão das manifestações culturais[10] (Art. 215), tendo o acesso à cultura uma íntima relação com a educação na medida em que possibilita, de uma maneira prazerosa, o conhecimento de nossas raízes.

Não se pode ignorar que a natureza destes cursos atende aos objetivos educacionais, estando em conformidade com o disposto pela Constituição Federal (Art. 205), que definiu contornos bem mais amplos do que a simples transmissão dos conteúdos curriculares, inserindo como finalidades da educação o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.

Imaginemos a seguinte situação: um aluno com deficiência que deseja entrar para a Universidade tenta se matricular em uma escola de ensino médio e em um cursinho preparatório para o vestibular. A sua inscrição é negada, em razão da sua deficiência, em ambos os estabelecimentos. Seria esdrúxulo imaginar que somente comete o crime o diretor da escola de ensino médio, não havendo nenhuma penalidade para o diretor do cursinho, quando a conduta de ambos é idêntica: negar o acesso à educação a alguém em virtude da sua deficiência.

Desta forma, é imperioso concluir que todos os cursos voltados para a transmissão de conhecimento se enquadram na hipótese de incidência da lei em comento, sob pena de se desprezar a totalidade e a complexidade da função educadora, bem como a existência de outras formas de saber.

2.2.2. Inscrição em estabelecimento de ensino qualquer grau

Quando o dispositivo refere-se à "grau", está fazendo menção à antiga divisão em ensino de primeiro grau, segundo grau e grau superior, nos termos da Lei nº 4.024/61 modificada pelas Leis nº 5.540/68 e 5.692/71. Todavia, esta nomenclatura não é mais utilizada pela legislação atual.

A Constituição de 1988 extinguiu a organização da educação em graus, passando a ser ela dividida em educação infantil, ensino fundamental e médio e educação superior.

O atual sistema divide a educação escolar em níveis e modalidades de ensino. Com relação aos níveis de ensino, o Art. 21 da Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação - prescreve que a educação escolar compõe-se de: I – educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II – educação superior. Já as sua modalidades, previstas pelo atual sistema de educação, compreendem a educação de jovens e adultos, a educação profissional e a educação especial.

Tendo em vista que quando a lei em comento foi sancionada, ainda se encontrava em vigor a Lei 5.692/71, é importante analisar a disciplina antiga que rege a matéria, apesar da nomenclatura "grau" ter sido abandonada pela Carta Magna de 1988.

Analisando a revogada Lei nº 5.692/71, verifica-se que o antigo primeiro grau corresponde ao atual ensino fundamental. O segundo grau, por sua vez, refere-se ao ensino médio de hoje. O grau superior, tratado na revogada Lei nº 4.024/61, equivale à educação superior, sendo modificada posteriormente pela Lei nº 5.540/68 que se referiu expressamente ao "ensino superior". Ressalte-se que a Lei nº 5.692/71 não incluiu a educação infantil no ensino de primeiro grau, mas determinou que os sistemas de ensino zelassem para que as crianças menores de 7 anos recebessem educação conveniente em escolas maternais, jardins de infância e instituições equivalentes (Art. 19, § 2º).

Considerando que a Lei nº 7.853/89 fala especificamente no sistema de educação em graus, a discriminação praticada no âmbito da educação infantil não se enquadraria no crime em exame, já que não fazia parte de nenhum dos graus de ensino? Do mesmo modo, se poderia afirmar que como a Lei nº 5.540/68 não mais se referiu ao grau superior, não se teria crime na discriminação praticada no âmbito das Universidades?

Em uma interpretação meramente gramatical do dispositivo, teríamos que concluir que apenas seria crime o preconceituoso impedimento da inscrição da pessoa com deficiência no ensino fundamental e médio. Isto porque a educação infantil e o ensino universitário não estavam compreendidos na definição de primeiro e segundo graus fornecida pela Lei nº 5.692/1971. Esta pobre interpretação levaria ao absurdo de permitir que o reitor da universidade ou o diretor da creche negasse a matrícula em razão da deficiência, podendo declarar o seu preconceito sem medo de conseqüências criminais. Não é esta a melhor solução.

Na verdade, ao se referir a "qualquer grau", o legislador ordinário parece ter sido menos formal e legalista do que se quer crer. Não se pode deixar de considerar que, talvez, a maioria dos que legislaram em 1989 estudou sob a égide da Lei nº 4.024/1961, quando todo o ensino era dividido em graus. Assim, apesar da Constituição não mais se referir a esta divisão do ensino, ainda se cultivava o hábito de denominá-lo desta maneira. Aliás, registre-se que até os dias atuais, a conclusão das etapas do ensino formal é conhecida "colação de grau".

Assim, levando-se em conta a impropriedade da interpretação gramatical, parece patente que o legislador tipificou a conduta em apreço tendo em mente mais sua própria experiência pessoal do que a nomenclatura legal da divisão do ensino brasileiro.

Dando à norma uma interpretação teleológica, é patente que o seu objetivo é o combate ao preconceito, garantindo à pessoa com deficiência o acesso ao ensino. Neste sentido, não se pode aceitar a recusa da matrícula da pessoa com deficiência em nenhum estabelecimento de ensino, público ou privado, independente de como a lei queira organizar a educação brasileira. A regra, obviamente, vale também para o ensino infantil e universitário.

Desta forma, considerando que o atual sistema de educação inclui a educação infantil e a educação superior como parte integrante da educação escolar, restará configurado o crime em apreço se a discriminação prescrita ocorrer também nestes âmbitos educacionais. Neste sentido, quando a lei diz "em qualquer grau", deve-se entender "em qualquer nível e em qualquer modalidade".

Dito tudo isto, resta concluir que a conduta atentatória ao direito à educação de pessoa com deficiência ocorrida no âmbito de qualquer nível (educação básica e educação superior) e em qualquer modalidade (educação de jovens e adultos, educação especial e educação profissional), pelo simples fato do aluno possuir alguma deficiência, provoca a incidência no crime previsto no Art. 8º, I da Lei nº 7.853/89.

2.3 Núcleo do Tipo

Condutas típicas: recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar.

A Lei nº 7.853/89, no seu Art. 8º, I, optou em prescrever um tipo penal de

conduta alternativa ou de ação múltipla, ou seja, enquadrando-se a conduta do agente em qualquer das ações descritas no tipo, ocorre a incidência da norma incriminadora. Esta opção legislativa foi necessária, pois seria possível que uma escola não recusasse o aluno com deficiência inicialmente, mas, posteriormente, cancelasse, procrastinasse, suspendesse ou fizesse cessar a sua matrícula de alguma maneira.

Recusa*:* a figura de recusa da inscrição pode ser traduzida na expressão "recusa de matrícula". Esta conduta se configura quando a matrícula de um aluno é rejeitada pelo simples fato de possuir alguma deficiência.

Suspensão: configura-se quando, efetivada a matrícula do aluno, esta vem a ser suspensa pelo simples fato dele possuir alguma deficiência. Ou seja, regularmente matriculado, posteriormente, o aluno é impedido de continuar freqüentando o estabelecimento de ensino ou de iniciar a freqüência. Ressalte-se que, para a configuração do crime, não é necessário que as aulas já tenham iniciado. Eugênia Fávero (2004, p. 303) ensina que este delito ocorre com muita freqüência quando, por dificuldades que são naturalmente enfrentadas ao não se fazer as adaptações necessárias para receber o aluno com deficiência, o dirigente de ensino solicita ao mesmo, ou aos seus responsáveis, que não compareça às aulas até determinada data, ou determinado acontecimento.

Procrastinação: a procrastinação da inscrição ou matrícula consiste no adiamento injustificado e constante do deferimento ou não do pedido de matrícula. É a hipótese onde todos os alunos têm a sua inscrição realizada, mas somente aquela de quem possui uma deficiência, unicamente por este motivo, tem a efetivação protelada. Assim, a inscrição é adiada indefinidamente, impedindo-se o aluno de freqüentar as aulas. Geralmente, este artifício é utilizado objetivando que o aluno venha a desistir de estudar naquele local. Eugênia Fávero (2004, p. 303) exemplifica com a alusão à situação em que o representante da escola impede os pais de preencherem a ficha de matrícula ou impede que os pais ou responsáveis protocolem o pedido de inscrição.

Cancelamento: configura-se quando o estabelecimento de ensino torna sem efeito a inscrição já realizada. Assim, após a realização da matrícula, esta vem a ser cancelada, por decisão da escola, pelo simples fato do aluno possuir alguma deficiência.

Fazer cessar: diferentemente do cancelamento que é levado a efeito diretamente pelo estabelecimento de ensino, esta conduta ocorre quando a instituição, seja por ação ou omissão, faz com que o aluno venha a cancelar ele próprio a sua matrícula. Tem-se como exemplos as hipóteses em que a escola aceita a matrícula, todavia, não permite que o aluno assista às aulas juntamente com a

turma por entender que ele atrapalha o seu andamento; ou o caso em que o professor se recusa a dar aula àquele aluno e o deixa ficar brincando no parque ou o libera para ir para casa; ou quando o aluno é sempre encaminhado para salas especiais para atendimento no mesmo horário das aulas oferecidas regularmente; bem como quando após inscrito no estabelecimento de ensino, este comunica que o aluno precisa ser transferido para outra instituição mais adequada, onde tendo o mesmo consciência da sua rejeição naquela escola, ele próprio ou a sua família promovem o cancelamento da matrícula, entre outras.

João Mestieri (Teperino, 2001, p. 215) leciona que a conduta de "fazer cessar" consiste em obter o mesmo desiderato do cancelamento, mas não de forma direta, mas insidiosa, sem clara definição oficial do estabelecimento de ensino. Ela equivale à conduta do procrastinar, todavia, enquanto esta ocorre no ato da decisão sobre a inscrição, no caso do fazer cessar, ela já foi deferida e o estabelecimento de ensino, arrependido de tê-la feito, indiretamente, impede, de fato, que a pessoa com deficiência freqüente o estabelecimento.

Farias (2000, p.113) ensina que o direito à educação é mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (material escolar, transporte).

Assim, qualquer conduta que venha a impedir o aluno de ter acesso à educação da mesma maneira que os outros, pelo simples fato daquele possuir alguma deficiência, enquadra-se na conduta do "fazer cessar a inscrição ou a matrícula". Neste particular, o Art. 2º, parágrafo único, I, "e", da Lei nº 7.853/89, prevê que os órgãos e entidades da administração direta, indireta e indireta devem viabilizar o acesso de alunos com deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo. A falta de promoção da acessibilidade ou de qualquer adaptação necessária (enquanto aquela não ocorrer) ao acesso do aluno ao ensino, fazendo com que o mesmo venha a cancelar a sua matrícula por falta de condições materiais de acesso a quaisquer dos serviços oferecidos pelo estabelecimento, é criminalizada pelo dispositivo em comento.

A situação em que uma escola particular vem a cobrar dos pais de aluno com deficiência uma mensalidade em valor bem mais oneroso da que é cobrada aos outros educandos, pelo simples fato daquele possuir alguma deficiência, se enquadra na conduta do "fazer cessar a inscrição" ou de "recusar", dependendo do modo de agir. Esta é uma maneira ardilosa de fazer com que os pais daquele aluno não tenham condições financeiras de mantê-lo naquele estabelecimento. Porém, ainda que o tenham, é um artifício utilizado para dificultar ou impedir o exercício do direito à educação daquele aluno.

2.4 Elemento Normativo do Tipo

Para que as condutas acima especificadas sejam consideradas como crime, é necessário que sejam praticadas sem justa causa. Esta, no entanto, não se confunde com a falta de preparação da escola para receber alunos com deficiência, por exemplo. A Constituição Federal de 1988 e todos os instrumentos internacionais não dão permissão, em hipótese alguma, para que o direito fundamental à educação de qualquer pessoa seja negado.

A "justa causa" tem que se basear em motivos alheios à deficiência do aluno, ou seja, tratar-se de um motivo que se aplicaria a qualquer outra pessoa. Tome-se como exemplo a situação de inexistência de vagas – de quaisquer vagas - para aquele nível de ensino em que o aluno se encontra. Eugênia Fávero (2004, p. 73) aponta como hipóteses possíveis de recusa as seguintes: se ele já tem idade cronológica muito diferente da dos demais alunos da série em que a matrícula é pretendida; se as matrículas daquela escola ou série já estão encerradas para qualquer pessoa; a existência de números elevados de alunos com deficiência já matriculados, inclusive na mesma sala de aula. A autora justifica esta última possibilidade de recusa pelo fato de que o aluno deve encontrar na sua escola um ambiente que reflita a realidade, por isso, o número de pessoas com deficiência na mesma sala de aula não deve ultrapassar 20% do total de alunos daquela turma, pois é este percentual de pessoas com deficiência, aproximadamente, que encontramos na sociedade. Todavia, vemos tal possibilidade de recusa com reservas, pois que a mesma pode dar margens a muitas discriminações com base nesta justificativa. Devemos ter em mente que, no ato da matrícula, é muito fácil para uma escola maquiar tal percentual, encontrando-se os pais em situação de desvantagem perante ela.

Todo aluno é parte do sistema educacional, não podendo ser negado o direito fundamental à educação a quem quer que seja. Assim, ao receber um aluno com deficiência, é obrigação da escola se adaptar para que as necessidades deste sejam atendidas.

Não podemos mais, nos dias atuais, nos conformar com justificativas como a de falta de preparação dos professores. A Constituição Federal prescreveu a universalidade do direito à educação em 1988. Temos lapso temporal mais do que suficiente para que as escolas se adaptem à realidade inclusiva. Assim, não haverá justa causa quando o fator de exclusão levar em consideração a deficiência da pessoa. Neste caso, teremos discriminação e a configuração do crime do Art. 8º, I da Lei nº 7.853/89.

O elemento "justa causa" deve ser analisado com bastante cautela, pois a previsão deste crime se justifica em razão da incoerência, para não dizer hipo-

crisia, em uma entidade cujo fim é transmitir educação, preparando as pessoas para o pleno exercício da cidadania, negar a quem quer que seja a possibilidade de exercício desta mesma cidadania repassando, com esta atitude, como valor ao seu corpo docente e discente o preconceito e a discriminação.

3. Crime de Frustração do Acesso da Pessoa com Deficiência ao Trabalho

A Lei nº 7.853/89, em seus incisos II e III, tipifica a discriminação, em razão da deficiência, ocorrida no âmbito do trabalho, seja com relação ao impedimento do acesso ao cargo público (inciso II), seja na negação de emprego (inciso III), dentro das relações privadas de trabalho.

Situação que não restou esclarecida no texto legal é quando o impedimento se dá para o acesso ao emprego público. A Constituição Federal estabelece que o concurso público é a forma de investidura para o cargos públicos e para o emprego público. Este, diferentemente do cargo público, estabelece uma relação funcional trabalhista, enquanto aquele submete o servidor a uma relação estatutária. O servidor público trabalhista não ocupa um cargo público.

Assim, fica a dúvida: no caso de impedimento ao acesso ao emprego público, o crime enquadra-se no inciso II ou no inciso III? Parece que o legislador pretendeu diferenciar as relações travadas com o Poder Público das relações travadas entre particulares, em razão de que, somente nas primeiras, há a previsão de concurso público. Em razão disto, as condutas impeditivas ao trabalho na esfera pública (cargo público e emprego público), se enquadram no inciso II, e as da esfera privada, no inciso III. Não fosse assim, teriam sido englobadas todas as situações em um único inciso. Todavia, a discussão não tem efeito prático, pois, caso não se entenda desta maneira, enquadra-se a conduta impeditiva no emprego público no inciso III, do Art. 8º, da Lei nº 7.853/89.

A tipificação destas condutas se dá em razão do preconceito de que as pessoas com deficiência não têm capacidade de exercer um trabalho. Todavia, é preciso ressaltar que a ausência dos sentidos ou dos membros do corpo, ou ainda da paralisação destes não significa incapacidade de exercício de atividade laborativa. Devemos sempre lembrar que a cegueira parcial de Luís Vaz de Camões não o impediu de escrever Os Lusíadas, importante expressão da poesia épica; Ludwig Van Beethoven, embora tenha ficado surdo, continuou compondo músicas, como a sua 5ª Sinfonia objeto de apreciação em todo o mundo; Claude Monet, famoso pintor de telas, possuía uma doença de visão; Antônio Francisco Lisboa, conhecido como Aleijadinho, andava sobre os joelhos e, tendo as ferramentas amarradas às suas mãos, foi um dos maiores escultores de nossa história, sendo um dos expoentes da arte barroca mineira.

3.1 Acesso ao Cargo Público

3.1.1 Características do Crime

O bem jurídico protegido pela norma é o direito ao trabalho em cargos públicos das pessoas com deficiência.

A Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor, traz dispositivo similar no Art. 3º: Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos: pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Assim como no caso da frustração do acesso à educação, a lei pune mais gravemente o preconceito de raça que o preconceito contra a pessoa com deficiência, em uma incongruência, infelizmente, comum em nossa legislação penal.

A discriminação também é punida quando praticada em razão da idade pelo Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03 – no Art. 100, I: Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivo de idade.

Quanto à forma de ação, o crime pode ser comissivo (cometido por ação) ou comissivo por omissão/omissivo impróprio. A primeira modalidade de conduta não deixa dúvida, pois que o tipo penal descreve um 'fazer' para a sua consumação: causar embaraço ou impedimento, impor obstáculos. Porém, algumas destas condutas, apesar de descritas no sentido positivo, podem ser praticadas através de uma ação negativa, ou seja, por omissão. Neste caso, para que se configure o crime comissivo por omissão, é necessário que o agente tenha o dever de impedir o resultado[11]. É o exemplo da comissão de concurso que deixa de fazer a convocação dos candidatos com deficiência aprovados no concurso, chamando apenas os aprovados na lista geral.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa com poder para realizar a conduta típica, seja ele o presidente da comissão de concurso público, o administrador público, o servidor público ao qual está a vítima subordinada.

Haverá concurso de agentes, por exemplo, entre os membros da comissão de concurso público que, ao elaborar edital, resolvem, deliberadamente, impedir o acesso aos cargos públicos às pessoas com deficiência.

Com relação à participação, tem-se como exemplo a situação em que a comissão do concurso público encaminha o candidato à perícia médica para fins de verificação da deficiência, e o perito emite parecer no sentido da impossibilidade do exercício de qualquer cargo por aquela pessoa, pelo simples fato de a mesma possuir alguma deficiência. Em conseqüência, o presidente da comissão impede a inscrição do referido candidato no certame.

O crime em apreço se aplica somente aos cargos públicos, ficando a esfera privada à alçada do inciso seguinte. Desta forma, não somente os cargos efetivos estão sujeitos à incidência da lei penal em comento, mas também os cargos comissionados. Todavia, nestes casos é mais difícil demonstrar a sua configuração posto que tanto a sua admissão quanto a exoneração ficam ao alvedrio do administrador.

O sujeito passivo é toda e qualquer pessoa com deficiência que preencha os requisitos exigidos indistintamente para o acesso a qualquer cargo público.

Trata-se o delito em apreço de crime próprio, pois exige ter o agente uma capacidade especial, qual seja, ter condições de obstar o acesso de pessoa com deficiência a qualquer cargo público.

Ressalte-se aqui a necessidade, para que o crime reste configurado, de ter o agente conhecimento prévio da deficiência do sujeito passivo, e em razão dela, tenha praticado a conduta.

3.1.2 Elementos Descritivos do Tipo

Há que se delimitar que este crime somente restará configurado se a conduta for praticada para obstar o acesso a um cargo público.

3.1.2.1 Acesso

A lei proibiu a imposição de obstáculos ao "acesso" a cargo público. Assim, quis o legislador conferir plenas possibilidades de alcance a este. Não se trata apenas da proteção à pessoa com deficiência que, aprovada em concurso público, é impedida de ser nomeada em razão de sua condição. Abrange também a situação daquele que pretende se inscrever em concurso público, porém, o edital, preconceituosamente, não prevê a reserva de vagas.

O sujeito passivo pode ser tanto o servidor público que pretenda uma promoção, por exemplo, ou uma pessoa que não tenha nenhum vínculo com o serviço público e pretenda ingressar no mesmo.

Ressalte-se que existem várias formas de provimento dos cargos públicos, não significando que o delito restará configurado somente no acesso originário. O Art. 8º, da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores da União) traz como formas de provimento a nomeação, a promoção, a readaptação, a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução. Para o entendimento do alcance deste dispositivo, faz-se necessária uma explanação sobre estas modalidades. Neste sentido, o doutrinador Carvalho Filho (2005, p. 496) ensina o seguinte:

> **Nomeação** é o ato administrativo que materializa o provimento originário. Em se tratando de cargo vitalício ou efetivo, a nomeação deve ser precedida de aprovação prévia em concurso público. Se se tratar de cargo em

> comissão, é dispensável o concurso. "Promoção" é a forma de provimento pela qual o servidor sai de seu cargo e ingressa em outro situado em classe mais elevada. É a forma mais comum de progressão funcional. "Readaptação" é forma de provimento pela qual o servidor passa a ocupar cargo diverso do que ocupava, tendo em vista a necessidade de compatibilizar o exercício da função pública com a limitação sofrida em sua capacidade física ou psíquica. E a "recondução" é o retorno do servidor que tenha estabilidade ao cargo que ocupava anteriormente, por motivo de sua inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou pela reintegração de outro servidor ao cargo do qual teve que se afastar.

O obstáculo imposto em qualquer destas formas de provimento, pelo simples fato da pessoa possuir deficiência, configura o crime em análise.

O preconceito ocorrido na nomeação nega o próprio direito fundamental ao trabalho; na promoção, impossibilita a progressão funcional do trabalhador; na readaptação, impede o retorno ao trabalho daquele que veio a adquirir uma deficiência, conferindo-lhe atestado de inutilidade. Já na recondução, tem-se hipótese mais remota de caracterização do delito em apreço, por se tratar de uma situação muito específica.

A Constituição de 1988, no Art. 37, I, dispõe que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. Trata-se aqui de um desdobramento do princípio da isonomia.

Pleitear o acesso a um cargo público, desde que atendidas os requisitos legais para tanto, é um direito subjetivo de todo cidadão brasileiro. Sobre estes requisitos, Carvalho Filho (2005, p. 515) ensina o seguinte:

> Podemos dividir os requisitos em "objetivos" e "subjetivos". Objetivos são aqueles que guardam pertinência com as funções do cargo ou emprego, como é o caso das provas de conhecimento, das provas de título, provas de esforço e demais testes de avaliação do mesmo gênero. Subjetivos são os requisitos que dizem respeito à pessoa do candidato, como os exames físico e psíquico, a boa conduta, a prestação de serviço militar, a escolaridade, etc.

Ressalte-se que estas exigências legais devem se pautar no princípio da razoabilidade, sob pena de serem consideradas arbitrárias. Neste sentido, a Súmula nº 684 do Supremo Tribunal Federal dispõe que é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.

É plenamente legítima, por exemplo, a exigência legal de qualificação profissional compatível com o exercício da função a ser desempenhada, pois neste caso há um motivo razoável para a sua imposição. Todavia, não é possível uma restrição do acesso ao cargo público, exclusivamente destinada à pessoa com deficiência, seja em edital, seja na própria lei que cria o cargo. As restrições estabelecidas em lei para o acesso dos candidatos aos concursos pú-

blicos somente se legitimam se forem necessárias ao desempenho das funções atribuídas ao cargo, guardando relação direta com a natureza das suas atribuições. Carvalho Filho (2005, p. 515) afirma que nenhum requisito subjetivo pode discriminar o candidato em razão de suas condições estritamente pessoais.

Neste sentido, o Art. 40 do Decreto nº 3.298/99 dispõe que é vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa com deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta.

Tomemos a situação de concurso público para o cargo de motorista em que se proíbe a inscrição de pessoa com deficiência visual. Apesar da razoabilidade, pois que esta pessoa não tem condições de dirigir, por lhe faltar o sentido primordial para tanto, esta restrição não deve ser aceita. Neste caso, é devida a exigência legal da carteira de motorista para o exercício da função, pois assim, não poderão ser investidas no cargo todas as pessoas que não forem habilitadas para dirigir, inclusive as que possuem deficiência visual. É possível também a previsão de prova prática eliminatória de direção. Tal entendimento está em conformidade com o disposto no Art. 40 do Decreto nº 3.298/99 que proíbe o impedimento de inscrição de pessoa com deficiência em concurso público, até porque pode o candidato desejar realizar a prova apenas para testar os seus conhecimentos, prática comum entre aqueles que almejam um cargo público.

Alguns concursos públicos, para impedir o acesso de pessoas com deficiência, exigem provas físicas eliminatórias. Tais exigências devem ser analisadas com ressalvas, pois mascaram muitas vezes, um intuito discriminatório. Faz-se necessário que as atribuições do cargo exijam esforço físico por parte do servidor, sob pena de ilegalidade desta etapa do certame. É inaceitável, portanto, provas físicas em concursos para provimento de cargos de natureza meramente intelectual, como é o caso de Delegado de Polícia, perito e escrivão, já existindo decisões judiciais neste sentido. Deve-se impedir que a Administração Pública selecione o perfil dos servidores conforme a sua conveniência. Todavia, no caso do cargo de agente de polícia, por exemplo, a exigência é justificada.

3.1.2.2 Cargo Público

O doutrinador Carvalho Filho (2005, p. 492) define o cargo público como o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente. Há que se observar que a definição acima exclui as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

A Constituição de 1988, no Art. 37, II, estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei.

Ressalte-se que o dispositivo constitucional acima transcrito refere-se apenas a uma das formas de investidura nos cargos públicos. Os cargos comissionados e as funções gratificadas, declarados em lei como de livre nomeação e exoneração, embora não providos por concurso público, também não podem ser preconceituosamente retirados do alcance da pessoa com deficiência. Os cargos eletivos (Presidente da República, Deputados Federais, Senadores, Governadores de Estados, Deputados Estaduais, Prefeitos e Vereadores) também são espécies de cargos públicos e, por isto, não pode ser imposto obstáculo ao acesso para pessoa com deficiência, sob pena de configuração do crime em comento. Do mesmo modo, também não pode se impedir o exercício dos cargos ocupados mediante contratação temporária, providos mediante processo de seleção simplificada.

A expressão cargo público abrange os cargos efetivos, os cargos temporários, os cargos vitalícios e os cargos em comissão, devendo todos eles ser acessíveis à pessoa com deficiência. Desta forma, os argumentos já levantados, inclusive em decisões judiciais, de que o concurso público para a magistratura, por exemplo, tem peculiaridades por regular funções de poder e, por isto, diferem-se das regras gerais aplicáveis aos demais concursos público, são, data vênia, discriminatórios.

3.1.3 Núcleo do Tipo

Conduta típica: obstar.

O Dicionário Aurélio conceitua o verbo obstar da seguinte maneira: 1. causar embaraço ou impedimento; servir de obstáculo; 2. fazer oposição; oporse; 3. impedir.

Apesar de o tipo penal prever uma única conduta, as formas de ação podem ser variadas: a ausência de previsão de reserva de vagas no edital; a comissão de concurso que impede a participação de pessoa com deficiência ou a sua investidura no cargo; ato administrativo que impede a posse de candidato com deficiência regularmente aprovado ou indefere pedido de promoção, em razão da deficiência. Ressalte-se que o crime se consuma não apenas com o ato de indeferir o pedido do candidato ou do servidor público com deficiência, mas também com qualquer atitude que implique em obstáculo ao acesso ao cargo.

Deste modo, a imposição de condições discriminatórias impostas no edital, de modo a impedir o acesso de candidato com deficiência ao cargo, configura crime.

A administração, ao realizar o certame, deve disponibilizar condições especiais para que seja possível à pessoa com deficiência concorrer em condições de igualdade com os demais. As adaptações são variadas e dependem do tipo e do grau de cada deficiência, podendo consistir na disponibilização de um ledor ou na elaboração da prova com letra aumentada, por exemplos. O § 1º, do Art. 40, do Decreto nº 3.298/99 prescreve que, no ato da inscrição, o candidato com deficiência que necessite de tratamento diferenciado nos dias do concurso, deverá requerê-lo, no prazo determinado no edital, indicando as condições diferenciadas de que necessita para a realização das provas. Desta forma, o não fornecimento das adaptações necessárias configura o crime em comento, na modalidade omissiva.

O crime pode se caracterizar também no momento da convocação dos candidatos aprovados. O ordenamento jurídico trata da participação das pessoas com deficiência no concurso público, todavia, nada dispõe sobre a forma de convocação destes candidatos. Com isto, muitos editais estabelecem regras segundo a sua própria conveniência, acarretando a ausência de nomeação dos candidatos com deficiência ou o chamamento destes somente após a convocação de todos os outros candidatos. Tal situação é inaceitável do ponto de vista jurídico, pois configura uma burla à reserva de vagas. De nada adianta garantir a vaga reservada no edital, se o candidato com deficiência aprovado não será convocado para nomeação ou então apenas depois de esvaziada a lista geral. Assim, resta claro o obstáculo imposto, em razão da deficiência, impedindo o acesso ao cargo público[12].

Qualquer conduta que venha a impedir a pessoa com deficiência de ter acesso ao cargo público da mesma maneira que as outras pessoas, pelo simples fato daquela possuir alguma deficiência, enquadra-se em crime. Neste particular, o Art. 2º, parágrafo único, III, "c", prevê que os órgãos e entidades da administração direta, indireta e indireta devem viabilizar a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privados, das pessoas com deficiência.

3.1.4 Elemento Normativo do Tipo

Para que as condutas acima especificadas sejam consideradas como crime, é necessário que sejam praticadas sem justa causa. Neste aspecto, há que se registrar que não é justificada a recusa de inscrição ou o impedimento da posse com base na incompatibilidade entre as atribuições do cargo e deficiência do candidato. O Decreto nº 3.298/99 estatui, no Art. 43 e seus parágrafos, que a avaliação desta compatibilidade será feita durante o estágio probatório por uma equipe multiprofissional, composta por três profissionais capacitados e

atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato. Para tanto, serão observadas as informações prestadas no ato da inscrição, a natureza das atribuições do cargo a desempenhar, a promoção da acessibilidade, além da possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que possam ser por ele utilizados[13].

Eugênia Fávero (2004, p. 313) lembra que o teste de compatibilidade não se confunde com o exame de higidez mental e física, ao qual a maioria dos candidatos aprovados em concursos públicos se submete antes da posse. Neste caso, a finalidade deste exame é apenas detectar se existe algum motivo médico que possa levar à aposentadoria por invalidez. Constatada a falta da higidez, o candidato não fica impedido de tomar posse, mas sim de pleitear a aposentadoria por aquele motivo, salvo no caso de agravamento da situação.

A incompatibilidade entre a deficiência e as atribuições do cargo deve ser analisada com muita prudência, evitando-se pré-julgamentos. É impossível olhar para um candidato, vislumbrando unicamente a sua deficiência e, desde já afirmar que o mesmo é inapto para o exercício de determinada função. Em razão disto, acertou a legislação ao definir que a avaliação do desempenho do servidor público será realizada no período do estágio probatório. Maria Aparecida Gugel (2006, p. 144) lembra que não poderá ser alegado justo motivo pelo administrador se a pessoa com deficiência não tiver conseguido, ao longo do estágio probatório, demonstrar bom desempenho no exercício das suas funções pelo fato de não lhe terem sido colocadas à disposição os mecanismos de adaptações necessárias, de forma a prejudicar a sua atuação durante o período de prova.

Também não é justa causa a negação do acesso à pessoa com deficiência com base na alegação de que o ambiente de trabalho para o qual o mesmo pretende ingressar, não oferece condições de acessibilidade. Neste caso, é obrigação da Administração Pública possuir espaços acessíveis, além do fornecimento dos suportes necessários para o desempenho da atividade laborativa.

Do mesmo modo, não se justifica o impedimento da realização da prova do concurso ou a própria inscrição quando o local destinado à realização daquela não possibilita o acesso ao candidato com deficiência. Como já explicitado o § 1º, do Art. 40, do Decreto nº 3.298/99 determina que a Administração deve se preparar para receber o candidato no dia da prova, independente de qual for a sua necessidade.

A "justa causa" tem que se basear em razões alheias à deficiência do candidato ou do servidor público, tratando-se de um motivo que se aplicaria a qualquer outra pessoa. Assim, justifica-se o ato se o motivo não se baseou na

deficiência da pessoa, mas em razão desta ter chegado após o horário definido para o início das provas; ou de não ter obtido a pontuação necessária para aprovação no concurso público; não preencher os requisitos de tempo de serviço para o pleito de promoção; alcance do limite prudencial, impedindo a nomeação de pessoal, entre outras.

Há que se ter bastante cautela na aferição do elemento "justa causa" para não se chancelar por parte do próprio Poder Público uma discriminação em razão da deficiência, quando o mesmo é o primeiro obrigado a coibir todo e qualquer tipo de preconceito.

3.2 Negação ao Emprego ou Trabalho

3.2.1 Características do Crime

O bem jurídico protegido pela norma é o direito ao emprego e ao trabalho das pessoas com deficiência.

A Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor, traz dispositivo similar, no Art. 4º: Negar ou obstar emprego em empresa privada: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Assim como no caso dos incisos anteriormente comentados, a lei pune mais gravemente o preconceito de raça que o preconceito contra a pessoa com deficiência.

A referida discriminação também é punida com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa quando praticada em razão da idade pelo Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03, Art. 100, II: negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho.

Quanto à forma de ação, o crime pode ser comissivo (cometido por ação) ou comissivo por omissão/omissivo impróprio. A primeira modalidade de conduta não deixa dúvida, pois que o tipo penal descreve um 'fazer' para a sua consumação, qual seja: não conceder, recusar, não permitir, proibir, vedar. Porém, algumas destas condutas, apesar de descritas no sentido positivo, podem ser praticadas através de uma ação negativa - por omissão. Neste caso, para que se configure o crime comissivo por omissão, é necessário que o agente tenha o dever de impedir o resultado.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa com poder para realizar a conduta típica, seja o diretor da empresa, o funcionário responsável pela seleção dos candidatos à vaga oferecida, qualquer indivíduo na condição de empregador ou que necessite contratar serviços.

O crime em apreço se aplica à esfera privada de uma maneira abrangente. Assim, o dispositivo em comento alcança as relações de emprego, a prestação de qualquer serviço, o trabalho avulso ou qualquer situação que configure uma

atividade laborativa. Eugênia Fávero (2004, p 314) realça que são protegidos o acesso ao trabalho em empresas privadas, em residências, na qualidade de autônomos, etc.

O sujeito passivo é toda e qualquer pessoa com deficiência que pretenda um emprego ou um trabalho.

Trata-se o delito em apreço de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

Ressalte-se aqui a necessidade, para que o crime reste configurado, de ter o agente conhecimento prévio da deficiência do sujeito passivo, e em razão dela, tenha praticado a conduta.

3.2.2 Elementos Descritivos do Tipo

Há que se delimitar que este crime somente restará configurado se a conduta for praticada para negar emprego ou trabalho.

Pretende a lei garantir a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho ou a sua incorporação ao sistema produtivo. O Decreto nº 3.298/99, no Art. 34, prevê que esta é finalidade primordial da política de emprego[14].

3.2.2.1 Diferenciação entre emprego e trabalho

Ao especificar que o crime em análise restará configurado na negação de emprego ou trabalho, o legislador pretendeu abranger a incidência do dispositivo penal. Desta forma, estão protegidas não apenas as relações empregatícias formais, mas também aquelas prestadas de maneira informal, de natureza eventual.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT considera empregador a empresa, individual ou coletiva que assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço[15]; e empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (Art. 3º). Desta forma, a relação de emprego caracteriza-se pela pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

Quando a lei se refere à negação de "trabalho", usa esta expressão de forma a alcançar, além da relação empregatícia, todas as relações não duradouras, informais ou episódicas ou seja, também aquelas que não constituam relação de emprego direta, mas que caracterize uma atividade laborativa. É o caso, por exemplo, de uma empregada diarista contratada apenas para fazer a limpeza da residência naquela oportunidade; ou um pintor contratado única e exclusivamente para a pintura do portão da casa.

3.2.3 Núcleo do Tipo

Conduta típica: Negar.

O Dicionário Aurélio conceitua o verbo negar da seguinte maneira, entre outras: 5. não conceder; recusar; 6. não permitir; proibir, vedar.

O tipo objetivo compreende a discriminação da pessoa com deficiência nas oportunidades de emprego ou trabalho.

Apesar de o tipo penal prever uma única conduta, as formas de ação podem ser variadas: rejeitar candidato em entrevista de seleção para determinado emprego, em razão da sua deficiência; deixar de contratar um serviço de determinado profissional pelo fato de o mesmo possuir deficiência.

A submissão do trabalhador aos exames físicos e mentais para fins de verificação da adequação de sua condição pessoal com o perfil pretendido, de modo a impedir o acesso de candidato com deficiência ao emprego ou trabalho, configura o crime em comento. Todavia, tal situação não se confunde com os exames médicos previstos no Art. 168 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho[16]. Neste caso, pretende a lei proteger o trabalhador das doenças porventura adquiridas durante a relação de emprego, além de verificar a periculosidade e insalubridade da função desempenhada, as lesões acarretadas pelo esforço repetitivo, entre outras.

Há que se ter cautela na interpretação do § 2º, do Art. 168, da CLT. Este prevê que outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deve exercer. Tais exames não podem servir como instrumento de negação do emprego ou do trabalho em razão da deficiência, pois a lei não pode autorizar práticas discriminatórias, sob pena de afronta à Constituição. O que o legislador pretendeu foi auxiliar o empregador na distribuição das funções entre os empregados, prevenir acidentes de trabalho, entre outros fins.

No tocante a este dispositivo, Eduardo Gabriel Saad, citado por Rubens Valtecides Alves, explica que o médico verifica previamente as aptidões físicas do empregado para a função a que foi chamado a desempenhar. Sua resistência física, se o trabalho exige apenas força; coordenação de movimentos, se a tarefa é complexa e reclama, além de boa musculatura, raciocínio rápido e atenção concentrada. Acrescenta ainda que, além dos exames médicos, outros profissionais – como o psicólogo, o sociólogo, o assistente social, são chamados a colaborar com o médico e com o engenheiro na prevenção de acidentes (1992, p. 132).

A pessoa com deficiência tem direito de ingressar no mercado de trabalho, tendo a mesma oportunidade dos demais candidatos ao emprego, não podendo ser discriminada por sua deficiência. Neste sentido, a Constituição de 1988, no Art. 7º, XXXI, proíbe qualquer discriminação no tocante ao salário e aos critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Luciana Niess atenta que,

comparando este dispositivo constitucional com o item imediatamente anterior, percebe-se que a Carta Magna autoriza a diferenciação de funções em razão da deficiência. A vedação composta no Art. 7º, XXX não foi integralmente repetida no inciso XXXI: proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Todavia, é fundamental que se entenda que a diferença referida só encontra plausibilidade quando o exercício da função exige a presença da aptidão física, mental ou sensorial que falta ao trabalhador com deficiência e que não pode ser superada com o auxílio de equipamentos próprios (2003, p. 39-40). Acrescente aqui que esta diferenciação só pode ser levada a efeito se amparada nos exames médicos previstos no § 2º, do Art. 168 da CLT.

Deve-se evitar pré-julgamentos, pois é impossível olhar para uma pessoa, vislumbrando unicamente a sua deficiência e, desde já afirmar que a mesma é inapta para o exercício de determinada função ou serviço.

Verifica-se que o inciso III, do Art. 8º, da Lei nº 7.853/89 não menciona a expressão "acesso" como faz o inciso anterior. O crime se configura não apenas se a discriminação ocorre no momento da contratação do emprego ou trabalho, mas também durante a sua execução. Assim, se o contrato de emprego ou trabalho é rescindido em razão da deficiência, incide o crime. Isto é assim, pois, em qualquer destas hipóteses, haverá a negação ao trabalho ou emprego. Não houve esta preocupação em relação à discriminação nos cargos públicos posto que, para exoneração do servidor público, a Administração Pública precisa motivar os seus atos, além de exigir a instauração de procedimento administrativo, assegurando-se ampla defesa, sendo este processo bem mais complexo.

3.2.4 Elemento Normativo do Tipo

Para que as condutas acima especificadas sejam consideradas como crime, é necessário que sejam praticadas sem justa causa. Esta tem que se basear em motivos alheios à deficiência do trabalhador, ou seja, tratar-se de um motivo que se aplicaria a qualquer outra pessoa. Assim, é autorizada a negativa do emprego ou trabalho por ausência de qualificação exigida para determinada função; ou quando inexistem vagas a ser preenchidas.

João Mestieri (Teperino, 2001, p. 217) ensina que o sentido nuclear do tipo reside na discriminação de pessoas qualificadas para o trabalho, capazes de desempenhar as funções essenciais inerentes a este, mas que são preteridas unicamente por causa de sua deficiência.

Ressalte-se que é possível a demissão ou dispensa de trabalhador com deficiência em razão do seu desempenho insatisfatório no exercício da função ou na prestação do serviço, desde que não tenham sido gerados obstáculos

preconceituosos ao trabalhador e que o contratante tenham adotado as medidas necessárias para o bom e fiel desempenho da atividade laborativa (promoção da acessibilidade, oferecimento dos suportes necessários). Todavia, tratando-se de empresa com 100 (cem) ou mais empregados, esta dispensa somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes (Art. 36, Decreto nº 3.298/99).

Não é justificada a negação do emprego ou trabalho à pessoa com deficiência em razão da inacessibilidade do ambiente de trabalho. A obrigação de promoção da acessibilidade envolve a todos, devendo as empresas possuir espaços acessíveis e fornecer os suportes necessários para o desempenho do trabalho. Todavia, a situação é diferente quando se trata de atividade desenvolvida nas residências (situação das empregadas domésticas ou de pessoa contratada para executar um serviço na casa do contratante). Neste caso, não há obrigação legal para que as mesmas estejam arquitetonicamente adaptadas, o que não significa autorização para negação do trabalho ou emprego em razão da deficiência. Observe-se, no entanto, que, tratando-se de trabalho desenvolvido para os condomínios multifamiliares, estes se obrigam à promover a acessibilidade nas áreas comuns[1].

4. Crime de Negação de Atendimento e Assistência Médico-Hospitalar e Ambulatorial à Pessoa com Deficiência

4.1 Características do Crime

O bem jurídico protegido pela norma é o atendimento à saúde das pessoas com deficiência, especificamente no tocante à internação e à assistência médico-hospitalar e ambulatorial.

O Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03 – traz dispositivo similar em seu Art. 100, III: Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, a pessoa idosa.

Ressalte-se que o tipo penal em comento é uma figura especializada do crime de omissão de socorro (Art. 135 do CP[18]). Todavia, este tipo especial somente se configura quando se tratar de omissão de assistência médico hospitalar e ambulatorial à pessoa com deficiência. Não sendo esta a situação, mas outra que se enquadre nos elementos previstos no tipo do Código Penal (não pedir o socorro da autoridade pública, por exemplo), restará caracterizado o crime de omissão de socorro previsto no Código Penal.

Quanto à forma de ação, o tipo penal é misto, pois descreve condutas comissivas (recusar, dificultar), comissivas por omissão/omissivo impróprio (retardar) e omissivas próprias (deixar de prestar assistência).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa com poder para realizar a conduta típica, seja ele o funcionário do hospital ou da clínica médica, ou ainda o seu diretor, o próprio médico.

O crime em apreço se aplica aos hospitais públicos, postos de saúde, clínicas particulares, equipes do programa de saúde da família, SAMU – serviço de atendimento móvel de urgência - entre outros.

O sujeito passivo é toda e qualquer pessoa com deficiência que busque internação ou assistência médico-hospitalar e ambulatorial.

Trata-se o delito em apreço de crime próprio, pois exige ter o agente uma capacidade especial, qual seja, ter condições de impedir a internação ou a assistência médico-hospitalar e ambulatorial da pessoa com deficiência.

Para o correto enquadramento neste crime, o agente deve ter pleno conhecimento de que está negando atendimento a uma pessoa com deficiência. Na ignorância de tal condição, pode-se configurar o crime de omissão de socorro previsto no Art. 135 do CP.

4.2 Elementos Descritivos do Tipo

O crime em comento tipifica a negação/recusa/omissão do atendimento à pessoa com deficiência em estabelecimentos prestadores de saúde, sejam eles públicos ou privados.

Primeiramente, há que se registrar que o inciso IV do Art. 8º da Lei nº 7.853/89 não trata, como nos incisos anteriormente comentados, de uma situação discriminatória em razão da deficiência. Nestes, a lei refere-se às condutas praticadas por motivos derivados da deficiência da pessoa, o que não é repetido neste inciso em análise. Aqui, a pessoa com deficiência é mencionada apenas como sujeito passivo, não se exigindo que a conduta seja cometida em razão de sua condição pessoal.

A Lei nº 7.853/89 dispõe em seu Art. 2º, parágrafo único, II, d, que deve ser garantido o acesso às pessoas com deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, bem como o seu adequado tratamento nestes locais, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados.

Os serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) obedecem aos princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie[19] (Art. 7º, I, II e IV da Lei nº 8.080/90).

4.2.1 Internação e Assistência Médico Hospitalar e Ambulatorial

O legislador refere-se às situações de internação, assistência médico-hospitalar e ambulatorial. Pretendeu o dispositivo abranger as situações de atendimento e assistência à saúde da pessoa com deficiência de uma maneira geral. Verifica-se a ausência da referência à assistência farmacêutica no dispositivo em comento no que concerne à distribuição de medicamentos à população.

Faz-se necessário esclarecer que "assistência", segundo o Dicionário Aurélio, significa auxílio, ajuda.

Internação: Trata a lei da situação em que é prescrita a necessidade de internação do paciente com deficiência. Registre-se que a Lei nº 8.080/90 trata da internação domiciliar (Art. 19-I[20] e seguintes) sendo esta uma espécie de internação. Desta forma, a recusa, o retardamento ou a dificuldade imposta neste tipo de internação, configura o crime em comento.

Assistência Médica: Esta situação é bastante abrangente, pois quando não se configurar nas outras circunstâncias, será compreendida por esta hipótese. Pode se configurar tanto em postos de saúde, hospitais, como também por omissão das equipes do Programa de Saúde da Família ou do Serviço de Atendimento Móvel (SAMU). Trata-se não apenas do atendimento médico prestados nos estabelecimentos de saúde, mas também do atendimento domiciliar, conforme autoriza o Art. 19-I da Lei nº 8.080/90.

Assistência Hospitalar: Apesar de se restringir às omissões praticadas no âmbito dos hospitais (públicos e particulares), o dispositivo alcança além da assistência dos médicos, a assistência dos enfermeiros e dos profissionais de saúde em geral. Trata-se da falta de assistência prestada nos hospitais, englobando a realização de exames, cirurgias, inclusive a farmacêutica (no que concerne a ministrar os medicamentos indicados para o tratamento que está sendo realizado no hospital), além dos outros serviços disponibilizados naqueles locais.

Assistência Ambulatorial: É tipo de atendimento que é prestado nos consultórios, seja em clínicas ou em hospitais. Ressalte-se que o atendimento em ambulatório é prestado não somente pelos médicos, mas também pelos dentistas, fisioterapeutas, entre outros.

4.3 Núcleo do Tipo

O artigo em comento prevê duas figuras típicas independentes: 1) recusar, retardar ou dificultar internação; 2) deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial.

4.3.1 Crime de impedimento de internação

Recusar: Configura-se com a negação da internação de pessoa com defici-

ência. Mestieri afirma que não se trata de simples omissão, mas de postura daquele que não tem a intenção de executar o comportamento a que está legalmente obrigado (Teperino, 2001, p. 218). Ressalte-se que, para que o crime seja caracterizado, é preciso que haja uma prescrição médica da internação, pois se a recusa é dada em razão de não existir indicação médica de internação, obviamente, não haverá crime.

Retardar: Nesta situação, o agente não recusa a internação, porém, adia injustificadamente a sua efetivação. Segundo Fávero, configura-se esta hipótese quando o agente faz com que a mesma ocorra mais tarde do que deveria (2004, p. 317). No caso em que o paciente precisa ser encaminhado a um outro hospital, para a realização da internação, configura-se esta hipótese quando, apesar de confirmada a vaga no hospital que realizará a internação, esta vem a ser retardada sem motivos plausíveis. Ou ainda quando são praticados ou exigidos atos inúteis para a efetivação do internamento, como por exemplo, na exigência de documentação desnecessária ou na realização de exames dispensáveis.

Dificultar: Diferentemente do retardamento em que o agente demora a proceder a internação que está pronta para ser efetivada, neste caso, são colocados obstáculos para que a mesma se realize. Não se trata aqui de procrastiná-la, mas sim de criar impedimentos na tentativa de evitar que a internação ocorra.

4.3.2 Crime de Omissão de Assistência Médico-Hospitalar e Ambulatorial

Tratando-se do serviço público de saúde e serviço privado integrante do SUS, o seu acesso é universal, não podendo ser negado a nenhuma pessoa.

Nos serviços privados, a cobrança de um preço ou contratação de um plano de saúde para a prestação do serviço, não autoriza a negação do atendimento à pessoa com deficiência. Assim, se esta se propõe a pagar o preço exigido ou então tem o plano de saúde conveniado com o estabelecimento, não é possível que se deixe de prestar o atendimento devido. Porém, se a pessoa corre risco de vida, mesmo não tendo condições de pagar a remuneração exigida, os hospitais e clínicas particulares se obrigam a prestar atendimento e/ou assistência, sob pena de configuração do crime em análise.

Deixar de prestar: Significa, efetivamente, não realizar aquilo que é o seu dever enquanto profissional de saúde. Ressalte-se que a omissão precisa ser voluntária.

Incorre nesta situação o atendente médico que, em razão da proximidade com o término do horário do seu turno de trabalho, deixa de encaminhar o paciente com deficiência para o atendimento devido; ou ainda quando o mesmo, apesar de perceber a gravidade da situação, exige o preenchimento de ficha

completa do enfermo para que o mesmo possa ser atendido; ou o caso em que o hospital particular não presta o atendimento à paciente que não possui convênio médico, apesar de perceber a gravidade da situação do paciente.

Ressalte-se, por fim, que este crime em análise pode ser cometido também pelas operadoras de planos de saúde. Estas não podem selecionar a sua clientela, de acordo com um perfil desejado. Assim, não são cabíveis alegações de que, em razão da deficiência da pessoa, esta necessita de um constante acompanhamento médico, de forma a onerar a operadora de saúde, não sendo interessante financeiramente a firmação deste contrato. Desta forma, a conduta de recusar a prestação desta assistência à pessoa com deficiência incide no crime aqui tratado.

4.4 Elemento Normativo do Tipo

Diferentemente dos incisos anteriormente comentados, o legislador preferiu, no inciso IV do Art. 8º da Lei nº 7.853/89, utilizar a expressão "quando possível" para abranger situações em que, apesar de configurada a conduta descrita, não incidirá o crime, tendo em vista as justificativas plausíveis para a sua prática.

Para que ocorra o crime, é necessário que o atendimento ou a internação não tenham sido realizados, apesar de existir plenas condições para que eles tivessem sido levados a efeito. Todavia, não se confunda a impossibilidade de efetivação do atendimento com a omissão baseada na justificativa de falta de leito disponível em hospitais públicos. Tal hipótese, não afasta a incidência do crime, pois cabe ao Poder Público encaminhar o paciente para a rede privada preferindo, primeiramente, os hospitais conveniados com o SUS.

A conduta criminosa não pode ser imputada ao profissional sem uma análise da situação concreta, verificando se esta permitia ao mesmo atender ao paciente com deficiência. Desta forma, não comete o crime o médico que, trabalhando sozinho em um plantão, deixa de atender algumas pessoas naquele momento em razão de existirem situações mais graves necessitando de socorro médico urgente.

O fato de o posto de saúde, hospital ou clínica médica possuir barreiras arquitetônicas, não autoriza o profissional a deixar de prestar o serviço à pacientes com deficiência física, tendo em vista a sua obrigação de oferecer acessibilidade.

Eugênia Fávero aponta como exemplos as seguintes situações justificadas para a ausência do atendimento: pronto de socorro atingido por inundação e, por isto, está realizando apenas atendimentos de urgência, porém foi procurado por pessoa com deficiência em situação não considerada como grave; uma unidade hospitalar que atende apenas determinada especialidade, porém o pro-

blema apresentado pelo paciente com deficiência não se encaixa naquela especialidade (2004, p. 319).

Situação que merece ser comentada é a ausência do atendimento à pessoa com deficiência em razão da alegação da prioridade absoluta da criança, do adolescente e do idoso no atendimento médico (considerando que aquela não se encontra em nenhuma destas faixas etárias). Apesar de estas prioridades estarem previstas em seus respectivos Estatutos, não podem ser encaradas de forma absoluta, excluindo toda e qualquer possibilidade de atendimento daquelas pessoas.

Somente a natureza específica de cada caso será capaz de solucionar o problema. É óbvio que, ao chegar uma pessoa com deficiência com um simples machucado e um idoso em estado grave, o idoso será atendido primeiramente. Da mesma maneira, quando este estiver com uma simples gripe e aquela ter sofrido um acidente gravíssimo, a ela será dada a prioridade no atendimento médico. Ao comentar o Art. 3º do Estatuto do Idoso (PINHEIRO, 2006, p. 23), mais especificamente sobre o conflito das prioridades entre criança e adolescente e o idoso, ressaltamos que, no caso de atendimento médico, é evidente que a garantia da prioridade absoluta não pode se sobrepor ao direito à vida, sendo inadmissível atender, em primeiro lugar, quem corre menos risco de vida. Na esteira deste pensamento, o Decreto nº 5.926/04 – Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade – dispõe em seu Art. 6º, § 3º que, nos serviços de emergência dos estabelecimentos públicos e privados de atendimento à saúde, a prioridade conferida por este Decreto fica condicionada à avaliação médica em face da gravidade dos casos a atender.

5. Crimes Atentatórios à Tutela Coletiva da Pessoa com Deficiência

A Lei nº 7.853/89, em seus incisos V e VI, trata, respectivamente, do cumprimento de ordem judicial e de requisição ministerial expedidas para fins da tutela coletiva das pessoas com deficiência. Os referidos incisos aludem à ação civil pública destinada à proteção de interesses transindividuais destas pessoas, conforme dispõe o Art. 3º e seguintes do mencionado diploma legal.

No tocante aos interesses difusos e coletivos, o Art. 81, Parágrafo Único, I, II e III do Código de Defesa do Consumidor - CDC, dispõe o seguinte:

> Art. 81
>
> **Parágrafo único:** A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> **I** – interesses ou direitos difusos assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

> **II** – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> **III** – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Embora a Lei nº 7.853/89 não faça referência aos direitos individuais homogêneos, esta omissão não acarreta a atipicidade das condutas praticadas em frustração ao atendimento de ordem judicial ou requisição ministerial na defesa destes interesses dos interesses por ela tutelados. Há de se fazer uma interpretação sistemática entre o diploma legal em análise e do Código de Defesa do Consumidor. Este, promulgado em 1990, ou seja, um ano após a Lei nº 7.853/89, ampliou o escopo da tutela coletiva, definindo-a como a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, introduzindo a figura deste último em nosso ordenamento jurídico.

A Lei nº 7.853/89 instituiu a defesa coletiva das pessoas com deficiência (conforme se denota pela leitura de sua ementa), reproduzindo em seu texto dispositivos da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), haja vista que este diploma legal, à época de sua promulgação, não inseriu os interesses daquelas pessoas como tuteláveis por este instrumento. Desta forma, considerando que os interesses individuais homogêneos (somente reconhecidos posteriormente) se enquadram no âmbito de abrangência da tutela coletiva, conforme prescrição do Art. 81, Parágrafo Único, do CDC, restam os mesmos enquadrados na disciplina dos incisos V e VI da lei em comento.

Acertou a Lei nº 7.853/89 ao tipificar as condutas descritas no inciso V e VI haja vista que o descumprimento da ordem judicial ou da requisição ministerial, em sede de tutela coletiva, causa um enorme prejuízo sendo, por vezes, indeterminado o número de pessoas com deficiência lesadas. Difere-se, portanto, da situação em que o referido descumprimento é praticado no âmbito de um direito individual, pois o alcance do dano obtido no primeiro caso é infinitamente maior do que neste último.

5.1 Crime de descumprimento de ordem judicial expedida em ação civil pública de defesa da pessoa com deficiência

5.1.1 Características do Crime

O bem jurídico protegido pela norma é a administração da Justiça, bem como os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos das pessoas com deficiência.

O Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03 – traz dispositivo similar em seu Art. 100, IV, ao prescrever que constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei.

Quanto à forma de ação, o tipo penal é misto, pois descreve condutas comissivas (frustrar), comissivas por omissão/omissivo impróprio (retardar) e omissivas próprias (deixar de cumprir).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa a quem se destine a ordem judicial expedida no âmbito de ação civil pública para a defesa de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos da pessoa com deficiência. O crime em apreço se aplica aos particulares, aos representantes do Poder Público (Prefeito, Governador) e aos demais servidores públicos, desde que a eles se destinem à ordem judicial.

O sujeito passivo é o Estado que tem as suas decisões judiciais descumpridas, bem como a coletividade de pessoas com deficiência que se pretende tutelar no âmbito da referida ação civil pública e que seriam beneficiadas com o cumprimento da ordem.

5.1.2 Elementos Descritivos do Tipo

Trata o inciso em análise de uma especialização do crime de desobediência, previsto no Art. 330 do Código Penal: Desobedecer a ordem legal de funcionário público – pena de detenção de 15 dias a 6 meses e multa.

O crime tipifica a omissão/retardamento/frustração da execução de ordem judicial expedida na ação civil pública de defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos da pessoa com deficiência. Portanto, o objetivo da norma é garantir a materialização da ordem judicial.

O Art. 200, do Código de Processo Civil, em sua primeira parte, dispõe que os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. Desta forma, para a caracterização do inciso V, da Lei nº 7.853/89, é necessário que tal ordem seja expedida para fins de cumprimento de um ato praticado na ação civil.

A obrigação de satisfação da determinação judicial surge a partir da comunicação do ato que a emanou. Esta comunicação é realizada através da intimação, sendo esta o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa (Art. 234, do CPC).

Há que se diferenciar a situação em que o serventuário da justiça deixa de dar cumprimento à mencionada ordem judicial. Neste caso, ele não responderá pelo crime pois, trata-se de um ato vinculado do servidor, em razão das atribuições atinentes ao seu cargo. Assim, a sua omissão incide no crime de prevaricação (Art. 319, do CP): Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de

ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal – Pena de detenção de 3 meses a 1 ano, e multa.

5.1.3 Núcleo do Tipo

Condutas típicas: deixar de cumprir, retardar ou frustrar.

A Lei nº 7.853/89, no Art. 8º, V, optou em prescrever um tipo penal de conduta alternativa ou de ação múltipla. Enquadrando-se a conduta do agente em qualquer das ações descritas no tipo, ocorre a incidência da norma incriminadora.

Deixar de cumprir: Trata-se de conduta tipicamente omissiva onde o agente, diante de uma determinação judicial, não a cumpre. Deixar de cumprir significa desobedecer, não realizar o ato a que está obrigado, ou então realizá-lo quando ficou determinado o seu dever de abstenção. Nesta situação, o crime será comissivo. Não é necessário que a recusa seja manifestada expressamente, pois o fato se consuma pela simples omissão.

Retardar: O cumprimento da decisão é adiado, atrasando a realização do que foi determinado judicialmente. O seu adiamento configura o crime, pois a ordem judicial há de ser cumprida imediatamente ou, dentro do prazo que lhe foi concedido, conforme for o caso.

Frustrar: Significa fazer com que a ordem não seja cumprida, impedindo a sua execução. Eugênia Fávero (2004, p. 321) traz o exemplo em que o agente esconde-se para não receber a intimação.

O âmbito de incidência do dispositivo em análise é bastante abrangente, englobando as determinações para cumprimento de sentença ou decisão interlocutória, intimação de testemunha para depor em juízo, entre outras.

5.1.4 Elemento Normativo do Tipo

Para que as condutas acima especificadas sejam consideradas como crime, é necessário que sejam praticadas sem justo motivo. Assim, se houve um motivo legítimo para o descumprimento da ordem judicial, não incide a figura criminosa. É preciso que a desobediência seja deliberada com o propósito de impedir a execução do ato da autoridade judiciária.

Obviamente, não haverá o crime se o destinatário da ordem deixa de cumpri-la em razão de interposição de recurso com efeito suspensivo. Todavia, o simples protocolo de petição informando da impossibilidade de cumpri-la é irrelevante para a caracterização do crime, pois uma ordem judicial somente pode ser alterada por outra. Da mesma forma, não se pode imputar este crime a alguém se ainda não foi regularmente intimada da determinação judicial.

Somente pode ser sujeito ativo aquele que está obrigado à execução da ordem judicial expedida nos autos da ação civil pública de que trata esta Lei,

não havendo o crime se a ordem é emitida a pessoa que não pode, de fato, executá-la.

A doutrina não considera a incompetência do juízo como um justo motivo para o descumprimento da ordem. Eugênia Fávero justifica este posicionamento em razão do cabimento de recurso da decisão, inclusive com a possibilidade imediata de suspensão da ordem. Todavia, estando o Juiz suspenso de suas funções, em razão de processo disciplinar, é legítimo o descumprimento da ordem (2004, p. 322).

Considerando que nem sempre são de fácil deslinde as questões relativas à competência em matéria de direito processual coletivo, desde que a ordem provenha de juiz regularmente investido no cargo, haverá crime se a mesma for descumprida, retardada ou frustrada, ainda que proferida por magistrado incompetente. Existem casos concretos em que situações de urgência demandam decisões céleres que não podem esperar pela definição do juízo competente, sob pena de frustração do direito material pretendido (Pinheiro, 2006, p. 521-522).

5.2 Crime de recusa de fornecimento de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública de defesa da pessoa com deficiência

5.2.1 Características do Crime

O bem jurídico protegido pela norma é a autoridade das requisições ministeriais, bem como os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos das pessoas com deficiência.

O Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03 – traz dispositivo similar em seu Art. 100, V, ao afirmar que constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Quanto à forma de ação, o tipo penal é misto, pois descreve condutas comissivas (recusar), comissivas por omissão/omissivo impróprio (retardar) e omissivas próprias (omitir).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa a quem se destine a requisição ministerial expedida para fins de propositura de ação civil pública para a defesa de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos da pessoa com deficiência.

O crime em apreço se aplica aos particulares, aos representantes do Poder Público (Prefeito, Governador) e aos demais servidores públicos, desde que a eles se destinem à requisição ministerial.

O sujeito passivo é o Estado que tem as suas requisições ministeriais descumpridas, bem como a coletividade de pessoas com deficiência que se pretende tutelar no âmbito da referida ação civil pública.

5.2.2 Elementos Descritivos do Tipo

O tipo em comento repete dispositivo penal da Lei da Ação Civil Pública (Art. 10 da Lei nº 7.347/85), haja vista que, esta lei não tutelava, na época da promulgação da Lei nº 7.853/89, os direitos coletivos (em sentido lato) das pessoas com deficiência.

O crime em análise tipifica a recusa/retardamento/omissão de requisição ministerial expedida com o fim de obtenção de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública para a defesa de interesses coletivos ou difusos da pessoa com deficiência.

A Constituição no Art. 129, VI, última parte, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público, a requisição de informações e documentos para fins de instrução dos procedimentos administrativos de sua competência. Conforme o Art. 6º, da Lei nº 7.853/89, o Ministério Público poderá requisitar, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a 10 (dez) dias úteis.

A requisição, diferentemente da solicitação, é uma exigência formal, uma ordem e não um mero pedido. Deste modo, não cabe ao seu destinatário a análise da conveniência do seu atendimento, estando o mesmo obrigado, legal e constitucionalmente, a cumpri-la. A Lei deixou clara a obrigação tanto do servidor público quanto do particular de atender à requisição ministerial, pois o interesse público na tutela dos direitos transindividuais se sobrepõe ao interesse particular de cada um. Portanto, justificativas como falta de tempo, ausência de autorização superior para disponibilização dos documentos solicitados não eximem o destinatário da ordem do seu cumprimento.

Registre-se que os dados requisitados devem servir para apurar violação de interesse metaindividual. Caso se trate de mero direito individual (sem a característica da homogeneidade) de pessoa com deficiência, não haverá o crime em exame.

Pela leitura do dispositivo em análise, percebe-se que a lei não ressalvou a possibilidade de justificativas para o descumprimento da requisição ministerial, como fez nos incisos anteriores. Todavia, para que incida o crime, a ordem há que ser encaminhada para quem tenha condições de cumpri-la, não o configurando se a requisição de documentos, por exemplo, foi dirigida à pessoa que não tem acesso aos mesmos.

Porém, não será qualquer desatendimento à requisição ministerial que caracteriza o crime do inciso VI, do Art. 8º, da Lei nº 7.853/89. Esse dispositivo estabelece que a finalidade da requisição há de ser a obtenção de dados técnicos para a propositura de ação civil pública para a defesa de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos da pessoa com deficiência. Assim, se o Membro do Ministério Público encaminha ofício requisitório para que sejam prestadas meras informações, sem cunho técnico, o seu desatendimento não gerará o crime aqui previsto, podendo incidir no crime de desobediência (Art. 330, CP), se praticado por particular, ou prevaricação (Art. 319, CP), se praticado por funcionário público.

Segundo Paulo Sérgio (2006, p. 528), técnicos são os dados dos quais o membro do Ministério Público não pode ter pleno conhecimento, senão através de informações e esclarecimentos prestados por terceiros, destinatário da requisição. Para o Superior Tribunal de Justiça, a expressão dados técnicos refere-se a qualquer informação dependente de um conhecimento ou trabalho específico que seja particular de determinado ofício ou profissão[21].

Caso os dados técnicos requisitados se prestem ao ajuizamento de ação civil pública de defesa de outros interesses metaindividuais, que não os da pessoa com deficiência, incidirá o crime do Art. 10 da Lei da Ação Civil Pública.

Os dados requisitados devem ser indispensáveis para o ajuizamento da ação civil pública de modo que, sem eles, a ação não pode ser proposta. Mancuso (1999, p. 306) dispõe que, sendo eles apenas complementares ou úteis, o crime não se configura. Paulo Sérgio (2006, p. 528-529) acrescenta que indispensáveis são também os dados sem os quais o arquivamento do inquérito civil não pode ser feito, necessitando dos mesmos para decidir entre ele e o ajuizamento da ação.

Porém, há que se ter cautela para a aferição do tipo (dados indispensáveis), pois pode ocorrer que, apesar da imprescindibilidade de tais dados, a ação civil pública seja proposta. Ora, não estando o *Parquet* a defender direito próprio, cabe a ele o dever de agir diante de indícios de violação de interesses coletivos (em sentido lato), em obediência ao princípio da obrigatoriedade. Assim, não se pode exigir que a requisição seja renovada até que seja atendida, sendo autorizado ao membro do Ministério Público ajuizar a ação, requerendo-se judicialmente a determinação do encaminhamento dos elementos faltantes. Corroborando este entendimento, o § 2º, do Art. 8º, da Lei da Ação Civil Pública autoriza a proposição da ação desacompanhada dos documentos tidos como sigilosos, sendo estes obtidos mediante requisição judicial.

Não seria razoável entender que em todos os casos nos quais alguém desobedeça à requisição ministerial relativamente a dados indispensáveis, o

direito material deixe de ser protegido (Pinheiro, 2006, p. 530). Ressalte-se que o ajuizamento da ação não exclui o caráter criminoso do desatendimento da requisição ministerial, posto já ter o crime se consumado.

A ordem há de partir de Membro do Ministério Público investido nas suas funções e com atribuições para ajuizar a pretendida ação civil pública. Tratando-se de dano com repercussão na área federal, a requisição não pode ser feita pelo seu representante estadual e sim pelo Procurador da República com atribuições para atuar no caso. Todavia, é possível ao membro do Ministério Público Estadual requisitar informações de ente federal, na área de suas atribuições. Mazzilli (2001, p. 310) ressalta a possibilidade de este investigar dano cuja reparação seja da competência da justiça estadual, mas necessite de documento que esteja em poder de repartição federal. Segundo Paulo Sérgio (2006, p. 533), a atribuição ministerial não é aferida pelos dados requisitados e nem pelo destinatário da requisição, mas si pelo objeto da investigação.

Mazzilli (2001, p. 308) adverte que o membro do Ministério Público deve agir dentro dos limites das atribuições do cargo, respeitando as prerrogativas institucionais previstas em lei. Assim, as requisições dirigidas ao Governador de Estado, aos membros do Poder Legislativo e aos membros de segunda instância do Poder Judiciário serão encaminhadas pelo Procurador Geral de Justiça, conforme dispõe a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93 Art. 26, § 1º).

5.2.3 Núcleo do Tipo

Condutas típicas: recusar, retardar, omitir. Sanciona-se aqui a sonegação de informações ao Ministério Público, inviabilizando a propositura de ação civil pública para a tutela coletiva das pessoas com deficiência.

A Lei nº 7.853/89, no seu Art. 8º, VI, optou em prescrever um tipo penal de conduta alternativa ou de ação múltipla, enquadrando-se a conduta do agente em qualquer das ações descritas no tipo, ocorre a incidência da norma incriminadora.

Recusar: Significa negar o atendimento à requisição, não fornecendo os dados. Trata-se aqui de uma postura ativa por parte do agente que diz que não prestará as informações requisitadas. A simples informação da impossibilidade do cumprimento da requisição em razão de sua indisponibilidade de tempo, por exemplo, não o exime do crime. Do mesmo modo, a condicionante do cumprimento da requisição ao pagamento de honorários, implica em recusa da ordem, pois as requisições ministeriais devem ser cumpridas gratuitamente pelas autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme prescreve a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Art. 26, § 3º).

Retardar: Nesta situação, o agente demora a atender à requisição que lhe foi dirigida. Assim, se foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para o seu cumprimento, não havendo prorrogação, a partir do 11º dia, configura-se o crime. Não importa se a ordem foi cumprida posteriormente, pois o adiamento injustificado inviabilizou o ajuizamento da ação naquele momento, implicando na permanência da lesão. Mesmo que a ação tenha sido proposta sem os dados requisitados, houve a necessidade de requerimento para que a providência seja requisitada judicialmente, acarretando a demora do feito e a impossibilidade de apreciação de medida liminar acaso pleiteada, enquanto a determinação não for cumprida. Em qualquer das duas situações, o desatendimento à requisição ministerial é passível de ocasionar um prejuízo irreparável ao interesse tutelado. Ressalve-se, todavia, o caso em que houve justificativa plausível para o atraso.

Omitir: A omissão pode ser parcial ou total. Configura-se no caso em que o requisitado omite algumas informações ou documentos cumprindo apenas parcialmente a requisição; quando responde a requisição de maneira vaga e imprecisa; quando deixa de cumpri-la na sua totalidade. Significa, portanto, não realizar o ato a que está obrigado. Diferentemente da recusa, não há a necessidade de manifestação do descumprimento, consumando-se o crime pela simples omissão.

Apesar de a ordem ministerial não poder ser desatendida, o § 2º, do Art. 8º da Lei da Ação Civil Pública, aplicado subsidiariamente, ressalva que, nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada a certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los, conforme autoriza o Art. 7º, da Lei nº 7.347/85[22].

Notas

[1] Bianchini (2002, p.54-55) ensina que este princípio constitui uma das formas de limitação do exercício do direito de punir do Estado. Ele relaciona-se com o processo prévio de seleção de condutas, não permitindo que sejam criminalizadas aquelas que não representam uma ofensa significativa ao bem objetivado.

[2] Ressalte-se que este trabalho não se propõe a esgotar minuciosamente as etapas deste mencionado processo, fazendo-se aqui apenas breves referências àquelas consideradas de maior pertinência e relevância para o presente estudo.

[3] Art. 21 do Código Penal, 1ª parte: O desconhecimento da lei é inescusável.

[4] Art. 100 do CP: "A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido". § 1º: "A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça".

[5] Art. 13, § 2º do CP: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção e vigilância; b) de outra forma, assumiu a

responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado".

[6] Art. 39: A educação profissional, integrada às diferentes formas de educação, ao trabalho, à ciência e à tecnologia, conduz ao permanente desenvolvimento de aptidões para a vida produtiva. Parágrafo único: O aluno matriculado ou egresso do ensino fundamental, médio e superior, bem como o trabalhador em geral, jovem ou adulto, contará com a possibilidade de acesso à educação profissional. Art. 40: A educação profissional será desenvolvida em articulação com o ensino regular ou por diferentes estratégias de educação continuada, em instituições especializadas ou no ambiente de trabalho.... Art. 42: As escolas técnicas e profissionais, além dos seus cursos regulares, oferecerão cursos especiais, abertos à comunidade, condicionada a matrícula à capacidade de aproveitamento e não necessariamente ao nível de escolaridade.

[7] Art. 38: "Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular".

[8] Art. 225, § 1º, VI: Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

[9] Art. 210, § 1º: O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

[10] Art. 215: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[11] Art. 13, § 2º, do Código Penal: A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção e vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

[12] A Jurisprudência já vem decidindo no sentido de que a nomeação dos candidatos aprovados deve ser feita de maneira alternada a proporcional entre as duas listas, não se beneficiando nenhuma delas.

[13] Art. 43 do Decreto nº 3.298/99: O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta por três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato. § 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando: I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição; II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar; III – a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas; IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; V – a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente. § 2º: A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

[14] Art. 34 do Dec. 3.298/99: É finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido. Parágrafo único: Nos casos de deficiência grave ou severa, o cumprimento do disposto no

caput deste artigo poderá ser efetivado mediante a contratação das cooperativas sociais de que trata a Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999. Art. 35, § 2º: Consideram-se procedimentos especiais os meios utilizados para a contratação de pessoa que, devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, exija condições especiais, tais como jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, ambiente de trabalho adequado às suas especialidades, entre outros.

[15] Art. 2º da CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º: Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

[16] Art. 168 da CLT: Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: I – na admissão; II – na demissão; III – periodicamente. II – percurso acessível que uma a edificação à via pública, às edificações e aos serviços anexos de uso comum e aos edifícios vizinhos; III – cabine do elevador e a respectiva porta de entrada acessíveis para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Art. 18 do Decreto nº 5.296/04: A construção de edificações de uso privado multifamiliar e a construção, ampliação ou reforma de edificações de uso coletivo devem atender aos preceitos da acessibilidade na interligação de todas as partes de uso comum ou abertas ao público, conforme os padrões das normas técnicas de acessibilidade da ABNT. Parágrafo único: Também estão sujeitos ao disposto no caput os acessos, piscinas, andares de recreação, salão de festas e reuniões, saunas e banheiros, quadras esportivas, portarias, estacionamentos e garagens, entre outras partes das áreas internas ou externas de uso comum das edificações de uso privado multifamiliar e das de uso coletivo.

[17] A[1] Art. 13 da Lei nº 10.098/00: Os edifícios de uso privado em que seja obrigatória a instalação de elevadores deverão ser construídos atendendo aos seguintes requisitos mínimos de acessibilidade: I – percurso acessível que una as unidades habitacionais com o exterior e com as dependências de uso comum; II – percurso acessível que uma a edificação à via pública, às edificações e aos serviços anexos de uso comum e aos edifícios vizinhos; III – cabine do elevador e a respectiva porta de entrada acessíveis para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Art. 18 do Decreto nº 5.296/04: A construção de edificações de uso privado multifamiliar e a construção, ampliação ou reforma de edificações de uso coletivo devem atender aos preceitos da acessibilidade na interligação de todas as partes de uso comum ou abertas ao público, conforme os padrões das normas técnicas de acessibilidade da ABNT. Parágrafo único: Também estão sujeitos ao disposto no caput os acessos, piscinas, andares de recreação, salão de festas e reuniões, saunas e banheiros, quadras esportivas, portarias, estacionamentos e garagens, entre outras partes das áreas internas ou externas de uso comum das edificações de uso privado multifamiliar e das de uso coletivo.

[18] Art. 135 do CP: Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro

da autoridade pública: Pena – detenção de 1 (um) a 6 (seis) anos.

[19] Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (...); IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

[20] Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. § 1o Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. § 2o O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. § 3o O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família.

[21] RHC 12.359/MG, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, unânime, j. em 28/5/2002, pub. DJ 1º/7/2002, p. 355.

[22] Art. 7º, da Lei nº 7.853/89: Aplicam-se à ação civil pública prevista nesta Lei, no que couber, os dispositivos da Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985.

Bibliografia

ALVES, Rubens Valtecides. Deficiente Físico: Novas Dimensões da Proteção ao Trabalhador. São Paulo: Editora LTr, 1992.

ASSIS, Olney Queiroz; PUSSOLI, Lafaiete. Pessoa Deficiente: Direitos e Garantias. Constitucionais, Civis, Trabalhistas, Eleitorais, Tributários e Previdenciários. São Paulo: Edipro, 1992.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. Série as Ciências Criminais no Século XXI, Vol. 7, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOLONHINI JUNIOR, Roberto. Portadores de Necessidades Especiais. As principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. São Paulo: Arx, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

COSTALLAT, Fernanda Lavras. O Direito ao Trabalho da Pessoa Deficiente. Manual de Orientação – Legislação e Jurisprudência. Campinas: Fundação Síndrome de Down, 2003.

DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO. Século XXI, versão 5.0. 2004.

FARIAS, Edilsom Pereira de. A Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direito das Pessoas com Deficiência. Garantia de Igualdade na Diversidade. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2004.

GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público:

reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: Editora da Universidade Católica de Goiás, 2006.
GRECO. Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. V. I. Niterói: Editora Impetus, 2006.
INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA (Coord). Sem Limite: Inclusão de Portadores de Deficiência no Mercado de Trabalho. Rio de Janeiro: Senac, 2002.
MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 13ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.
MIRABETE, Julio Fabrini. Código Penal Interpretado. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
NIESS, Luciana Toledo Távora; NIESS, Pedro Henrique Távora. Pessoas Portadoras de Deficiência no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
O SUS de A a Z: Garantindo Saúde nos Municípios. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.
NUNES, Elpídio Donizetti. Curso Didático de Direito Processual Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
PINHEIRO, Naide Maria. (Coord). Estatuto do Idoso Comentado. Campinas: Editora LZN, 2006.
ROBERT, Cinthia (Org.). O Direito do Deficiente. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999. (Série Direitos Especiais).
SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª edição revista. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
TEPERINO, Maria Paula (Coord.). Comentários à Legislação Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 4ª edição.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OS AUTORES

Alexandre de Matos Guedes é promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso; especialista em Ciências Penais e Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá (UNIC) e em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UNB).

Carolina A. Moreira Sanchez é pedagoga, especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, *Master en Integración de Personas con Discapacidad* pela Universidade de Salamanca; Assessora Técnica da Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Cláudio Drewes José de Siqueira é procurador da República no Estado de Goiás.

Eduardo Dias de Souza Ferreira é promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, especialista em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela FADUSP, mestre e doutor em Direitos Sociais pela PUCSP e prof. na Universidade Metropolitana de Santos e Escola Paulista de Direito.

Eliane Lemos é psicóloga clínica, doutoranda no Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, mestre em distúrbios do desenvolvimento pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, professora na Universidade Paulista – UNIP da disciplina de Educação Física Adaptada, coordenadora do voluntariado nos III Jogos Mundiais da IBSA – Confederação Brasileira de Desportos para Cegos e da Associação Odonto-Criança.

Elisabeth Fernandes é psicóloga pós-graduada em Psicologia do Esporte pela FMU/FIAM; Coordenadora de Psicologia e Voluntariado na ADD - Associação Desportiva para Deficientes, coordena as ações de divulgação, captação, seleção e gestão do programa de voluntariado da ADD, além de ser professora nos Cursos de Capacitação Profissional para pessoas com deficiência da ADD.

Eugênia Augusta Gonzaga Fávero é procuradora da República no Estado de São Paulo, mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professora da Escola Superior do Ministério Público da União. Publicou, entre outros, *Direitos das Pessoas com Deficiência: garantia de igualdade na diversidade*, WVA Editora.

Gabriela Rodrigues Veloso Costa é administradora, especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, assessora técnica da Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Hugo Nigro Mazzilli é Advogado, consultor jurídico, professor da Escola Superior de Advocacia (OAB-SP), da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, procurador de justiça aposentado no Ministério Público do Estado de São Paulo.

Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes é advogada, mestranda em Direito na PUC/SP, professora de Pós-Graduação da Unisantos, PUC/SP (COGEAE) e SENAC/SP e Integra a International Society for Third Sector Research (ISTR), do NEATS – PUC/SP, das Comissões de Direito do Terceiro Setor e dos Direitos das Pessoas com Deficiência da OAB/SP.

Lauro Luiz Gomes Ribeiro é promotor de justiça em São Paulo, mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP.

Lenildo Queiroz Bezerra é promotor de justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Linamara Rizzo Battistella é médica fisiatra, professora da Faculdade de Medicina da USP, diretora da Divisão de Medicina de Reabilitação do Hospital das Clínicas da USP e vice-presidente da ABMFR – Associação Brasileira de Medicina Física e Reabilitação.

Luiz Alberto David Araújo é professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, coordenador do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru e procurador regional da República aposentado. Publicou *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, Corde, 1994.

Manoel Jorge e Silva Neto é procurador regional do Ministério Público do Trabalho – 5ª Região-Ba, professor-adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia, no Programa de Pós-Graduação em Direito, professor-visitante na Universidade da Flórida (EUA), doutor e mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP.

Maria Aparecida Gugel é subprocuradora-geral do Trabalho, vice-presidente da Associação Nacional de Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – Ampid, conselheira do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD e do Conselho Nacional de Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência – Conade, procuradora jurídica da APAE-DF, co-autora dos livros *Trabalho e Deficiência Mental*: Perspectivas Atuais, org. Maria Helena Alcântara de Oliveira, editora Dupligráfica, 2003; *Estatuto do Idoso comentado pelos Promotores de Justiça*, org. Paulo Roberto Barbosa Ramos, editora Obra Jurídica, 2005, *Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações*, orgs. Adriane Reis de Araújo e Tânia Fontenele Mourão, LTR, 2007, e autora do livro *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público*, editora UCG, 2006.

Maria Elisabete Lopes é arquiteta, doutora pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo – FAUUSP, pesquisadora no tema Acesso e Acessibilidade; Membro de grupos trabalho de acessibilidade para normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Naide Maria Pinheiro é promotora de justiça no Estado do Rio Grande do Norte, co-autora do livro *Estatuto do Idoso Comentado pelos Promotores de Justiça*, editora Obra Jurídica, 2005, organizadora e co-autora do livro *Estatuto do Idoso Comentado*, editora LZN, 2006, sócia-fundadora e atual diretora da Região Nordeste da Associação Nacional de Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – Ampid.

Paulo Roberto Barbosa Ramos é promotor de justiça do Ministério Público do Maranhão, doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP, presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – Ampid, organizador e co-autor da obra *O Estatuto do Idoso comentado pelos Promotores de Justiça*, editora Obra Jurídica, 2005, autor de *Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice*, editora Letras Contemporâneas, *Discurso Jurídico e Prática Política*, editora Obra Jurídica e *O Controle Concentrado de Constitucionalidade das Leis no Brasil*, editora Celso Bastos.

Patrícia Albino Galvão Pontes é promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, coordenadora do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Defesa da Pessoa com Deficiência e do Idoso do Ministério Público do RN, co-autora

do livro *O Estatuto do Idoso Comentado*, org. Naide Maria Pinheiro, editora LNZ, 2006, professora da disciplina Direito das Pessoas com Deficiência e dos Idosos na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RN – FESMP/RN.

Rebecca Monte Nunes Bezerra é promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Norte e co-autora do Livro *O Estatuto do Idoso Comentado*, Org. Naide Maria Pinheiro, editora LNZ.

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca é procurador regional do Ministério Público do Trabalho – 9ª Região-PR, professor de Direito do Trabalho da Faculdade do Brasil e autor do livro *O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa*, editora LTr.

Steven Dubner é formado em Educação Física pela Faculdade de Educação Física em Santo André, fundador e coordenador geral da Associação Desportiva para Deficientes. Foi técnico da seleção brasileira masculina de basquetebol em cadeira de rodas e atuou junto ao Comitê Paraolímpico Brasileiro e na Confederação Brasileira de Basquetebol em Cadeira de Rodas.

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi é promotora de justiça do Estado de Santa Catarina, especialista em Metodologia do Ensino e da Pesquisa Jurídica plea Universidade de Caxias do Sul – UCS, presidenta da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde e integrante da Comissão Permanente de Saúde do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

Vânia Maria Ruffini Penteado Balera é procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, do Idoso e da Pessoa com Deficiência.

Waldir Macieira da Costa Filho é promotor de justiça do Ministério Público do Pará, membro do Conselho Nacional de Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência – Conade, mestrando em Direito pela Universidade da Amazônia, co-autor do livro *Estatuto do Idoso comentado pelos Promotores de Justiça*, org. Paulo Roberto Barbosa Ramos, editora Obra Jurídica, 2005, e Professor da Universidade Estadual do Estado do Pará.

Composto no estúdio da Letras Contemporâneas, em Florianópolis, com a fonte Gatineau, e impresso na gráfica Nova Letra, em Blumenau, em novembro de 2007.