

UNIVERSIDAD DE GRANADA
UNIVERSIDAD FEDERAL DE PELOTAS

TESIS DE DOCTORADO
GILBERTO STANIESKI FILHO

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO
DA INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Gilberto Stanieski Filho
D.L.: GR 1865-2014
ISBN: 978-84-9083-049-9

GRANADA, 2012.

GILBERTO STANIESKI FILHO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO
DA INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Tesis presentada al Programa de Doctorado “Análisis Interdisciplinar de la Responsabilidad Civil” de la Universidad de Granada, como requisito para la obtención del título de Doctor en Derecho, bajo la Dirección de la Profesora María del Carmen García Garnica.

GRANADA, 2012.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: DEFICIÊNCIA, DEFICIENTE OU INCAPAZ	19
1.1. Definição.....	19
1.2. Distinção entre Deficiência e Incapacidade Jurídica.....	21
1.3. Da terminologia correta: deficiente, portador de necessidades especiais ou portador de deficiência?	22
1.4. As Deficiências Tuteladas pela Legislação Brasileira.....	24
2. AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A PROTEÇÃO SOCIAL	27
2.1. Evolução História da Proteção Social à Pessoa com Deficiência ..	28
2.1.1. Declarações de Direitos: A Base Jurídica de um Novo Modelo de Proteção às Pessoas com Deficiência	40
2.2. Seguridade Social no Brasil e na Atualidade	48
2.3. A Imunidade Tributária como Fator de Auxílio à Inclusão Social da Pessoa com Deficiência	62
3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS	65
3.1. Conceito de Direitos Fundamentais	66

3.2. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais	69
3.3. Direitos Sociais como Direitos Fundamentais	77
3.4. Classificação dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988	81
3.4.1. Direitos individuais e coletivos	82
3.4.2. Direitos sociais	83
3.4.3. Direitos de nacionalidade	83
3.4.4. Direitos políticos	83
4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	85
5. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E OS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	99
5.1. A Fungibilidade entre os Princípios da Proporcionalidade e o da Razoabilidade	99
5.2. Direitos Positivados, a Realidade Social e a Dignidade Humana	115
6. O RESTABELECER DA DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	148
7. DIGNIDADE HUMANA: O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS	162
7.1. O Princípio da Dignidade Humana como Base para o Reconhecimento da Pessoa com Deficiência	185
7.2. O Princípio da Igualdade	185

7.3. O Princípio da Igualdade à Luz da Constituição Republicana	187
7.4. Os Fundamentos Providos pela Tessitura Normativa Infraconstitucional	189
7.5. O Reconhecimento do Direito à Prioridade das Pessoas com Deficiência na Tramitação em Qualquer Órgão ou Instância em Procedimentos Administrativos e Judiciais	191
8. A EFETIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA NAS CONSTITUIÇÕES	194
9. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A ISONOMIA E SUAS DIFICULDADES DE APLICAÇÃO PRÁTICA	206
10. A HISTÓRIA DO APROVEITAMENTO E LABORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA ADAPTABILIDADE NO ÂMBITO INTERNACIONAL DO DIREITO AO TRABALHO	219
11. INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELA ACESSIBILIDADE	226
11.1. Acessibilidade	230
11.2. Barreiras	236
11.3. Dos Elementos de Urbanização e do Desenho do Mobiliário Urbano	238
11.3.1. Urbanização	239
11.3.2. Do Desenho e Localização do Mobiliário Urbano	241
11.4. Da Acessibilidade nos Edifícios Públicos ou de Uso Coletivo	242

11.4.1. Acessibilidade nos Locais de Espetáculos, Conferências, Aulas e Outros de Natureza Similar	243
11.4.2. Acessibilidade nos Edifícios de Uso Privado	244
11.5. Sistemas de Comunicação e Sinalização	245
11.6. Ajudas Técnicas	246
11.7. Acessibilidade na Administração Pública Federal (Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999)	246
11.8. Vagas em Estacionamento	247
11.9. Entradas e Saídas	248
11.10. Circulação	248
11.11. Instalações Sanitárias	249
12. CONSIDERAÇÕES ESPECIAIS AO AMPARO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DO APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE LABORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	250
12.1. Integração das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho	250
12.2. Exclusão da Pessoa com Deficiência e Alguns Trabalhos à sua Inclusão	259
12.3. O Fundamento Legal da Integração da Pessoa com Deficiência no Mercado de Trabalho	263
12.3.1. Pessoa com Deficiência no Âmbito do Direito do Trabalho, de Outros Diplomas Legais, Declarações, Convenções e Recomendações	265
12.3.2. A Lei nº. 7.853 de 24 de outubro de 1989	272
12.3.3. Lei nº. 8.112 de 11 de dezembro de 1990	274

12.3.4. A Lei nº. 8.213 de 24 de julho de 1991	275
12.3.5. Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS nº. 90, de 27 de Outubro de 1998	277
12.3.6. Lei nº. 9.867, de 10 de novembro de 1999	278
12.3.7. Decreto nº. 3.298, de 20 de dezembro de 1999	278
12.3.8. Portaria nº. 1.199 de 28 de outubro de 2003	279
12.3.9. Decreto Federal nº. 5.904 de 21 de setembro de 2006	280
12.3.10. Responsabilidades do Poder Público	280
12.3.11. Integração da Pessoa com Deficiência e o Processo Eleitoral	280
12.3.12. Cooperativas Sociais	281
12.3.13. Outros diplomas legais	283

13. O APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE LABORAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

285

14. O APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE LABORAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL, COMPARADO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

292

14.1. A História do Trabalho das Pessoas com Deficiência

292

14.2. Convenções e Recomendações da OIT em Matéria de Discriminação no Trabalho

296

14.3. O Direito Comparado das Pessoas com Deficiência na Comunidade Européia	304
14.3.1. O Direito Português	305
14.3.2. O Direito Espanhol	313
14.3.3. O Direito Francês	323
14.3.4. O Direito Italiano	326
14.3.5. O Direito do Reino Unido	328
14.4. Direito Comunitário Europeu	333
14.5. O Direito Comparado das Pessoas com Deficiência na América Latina, Central e do Norte	339
14.5.1. O Direito Argentino	339
14.5.2. O Direito Chileno	340
14.5.3. O Direito Colombiano	342
14.5.4. O Direito Hondurenho	344
14.5.5. O Direito Estadunidense	347
14.5.6. O Direito Canadense	352
14.6. A Convenção da Guatemala	356
14.7. Outras Declarações e Convenções Relevantes	360
15. A TUTELA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (LEI FEDERAL Nº 10.406 DE 10/01/2002)	373
CONCLUSÃO	380

BIBLIOGRAFIA410

INTRODUÇÃO

Vítimado por um acidente automobilístico, no Brasil, em janeiro de 1995 fiquei tetraplégico, necessitando do uso contínuo de cadeira de rodas, além disso, tive o membro superior esquerdo amputado.

O sofrimento físico que me foi imposto por um acidente de trânsito, maximizou-se pelo sofrimento moral que me é imposto pela sociedade brasileira, que faz de conta que não existem pessoas com deficiência.

No Brasil a vida torna-se mais sofrida quando tomamos consciência de belas, mas ineficazes leis de proteção às pessoas com deficiência. Leis que não são fiscalizadas e não são cumpridas, soam no meu ouvido como letras mortas.

Meu principal motivo para escolha deste tema foi o fato de eu ser uma pessoa com deficiência e enfrentar diariamente preconceito, discriminação e muitas dificuldades para me incluir socialmente, tudo em decorrência da falta de cumprimento das leis. Mas, inspirei-me em um caso concreto para a escolha deste tema:

A luta que mantive para conseguir acesso possível e digno a todas as atividades relativas ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Caso este, no qual, infelizmente, fui o personagem principal e me custaram dois anos de pedidos administrativos e judiciais, quarenta dias impossibilitado de assistir aulas, repressão e discriminação de alguns colegas e professores, além da dor de sentir-me um excluído. Neste período só pensava: “muitos esquecem que, a qualquer momento, podem ficar deficientes físicos”.

As pessoas com deficiência, em sua maioria, não conseguem a inclusão social por inúmeros motivos, por exemplo, a falta de acessibilidade. A arquitetura urbana é um labirinto de obstáculos, que os força a ficar em casa, remoendo solidão e abandono. Acessibilidade é a palavra chave para a inclusão do deficiente. Nos transportes, nos estabelecimentos, nas ruas e avenidas. Sem isso fica difícil pensar em inclusão social.

Edson Luís Passafaro, 35 anos de idade e há 16 anos paraplégico, afirma que *“não faltam leis para melhorar nossa vida. O que não temos é vontade política para fazê-las cumprir”*, (entrevista concedida pela internet, no dia 29 de janeiro de 2000). Edson é dono de uma oficina de adaptação de automóveis para deficientes em São Paulo e afirma que *“basta arrumar um meio de locomoção para a pessoa que antes estava revoltada e deprimida, para que ela recupere a auto-estima”*.

O transporte facilitado garante o direito ao trabalho, lazer, enfim, o direito de ir e vir. Para todas as pessoas este é um direito fundamental e garantido constitucionalmente. O que devemos fazer, nós, pessoas com deficiência, para garantir este direito? Impetrar um *“habeas corpus”* a cada ato de necessidade?

Sylvia Moraes Cury, gerente assistencial da Associação para a Valorização e Promoção dos Excepcionais (AVAPE), afirma: *“os deficientes são funcionários pontuais, educados, e acima de tudo, eficientes, quando bem treinados e dirigidos a funções compatíveis com a sua deficiência”*.

Sylvia coloca deficientes no mercado de trabalho por meio de contratos de prestação de serviços. Diz ainda que *“o desafio maior é mostrar às pessoas que o deficiente não é um peso, e sim uma solução”*. O motivo é a revolta contra esta massa de pessoas que não sabe valorizar uma minoria eficiente e tentar com isso, alguma solução para este problema.

Esta tese terá como um dos objetivos, aprofundar a questão das pessoas com deficiência, no concernente a legislação protetiva, porém ineficaz, esquecida, ela sim, inválida ao demonstrar seu desuso deixando ao desabrigo os direitos do cidadão com deficiência.

A validade deste trabalho está em demonstrar às pessoas, a existência de legislação a amparar a minoria dos deficientes e da importância do cumprimento destas leis.

Abrir os olhos da sociedade para seu próprio descaso e conseqüente descaso do poder público com este grupo de cidadãos – estes que nasceram ou adquiriram alguma deficiência física ou mental.

Não é possível imputar ao Estado toda a responsabilidade pelo descaso com as minorias. Este descaso é reflexo da própria sociedade brasileira, culturalmente uma sociedade que esconde seus problemas. A pessoa com deficiência é encarada como problema, como fracasso, fica escondida dos olhos dos demais. Mudando o entendimento desta sociedade mudaremos as ações do Estado para com as minorias. Isto é uma questão de educação, cada cidadão tem de ser agente da cidadania. Não custa enfatizar, pessoas com deficiência são cidadãos.

Tenho autoridade para alertar e afirmar que qualquer pessoa que hoje se considera “*normal*”, amanhã pode vir a ser uma pessoa com deficiência, como aconteceu comigo, não nasci assim.

Quando temos um olhar inclusivo, é sinal de que queremos fazer um mundo melhor. As pessoas com deficiência são as sentinelas das mudanças sociais.

Garantir o cumprimento das leis de proteção à pessoa com deficiência é fundamental para inclusão social. O momento é apropriado, pois a sociedade está desperta, sensível às mudanças e estamos vivendo a era da inclusão.

De acordo com o Censo de 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 14,5% da população brasileira, quase 25 milhões de pessoas apresentam algum tipo de deficiência, o que nos surpreende, pelo fato de que não há tanto alarde como presenciamos em outras minorias, por exemplo, os sem-terra, índios, afros- descendentes.

A única explicação à qual se pode chegar é de que os deficientes não conquistaram, ainda, sequer o direito de ir e vir, um direito e garantia fundamental disposto na Constituição Federal Brasileira em seu Art. 5º Inciso XV. Quando violado age diretamente contra a inclusão social das pessoas com deficiência, ferindo de morte o Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, também garantido por esta Constituição. A dignidade humana encontra-se consagrada na Constituição, em seu artigo 1º, inciso III, alçada à condição de verdadeiro fundamento da República. Contudo, a despeito de constar na Carta Magna em posição de reconhecido destaque, a projeção da dignidade humana na seara jurídica ainda não possui a dimensão necessária. Esta projeção encontra-se, contemporaneamente, em processo gradativo de consolidação.

A busca por efetividade jurídica imediata, decorrente diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pressupõe a revisão de muitos conceitos e por que não, de alguns “dogmas” de nosso direito positivo. A proposta de superação da dogmática tradicional e de utilização da dignidade humana enquanto instrumento jurídico de inclusão social passa, necessariamente, por uma visão humanística do direito; pela concepção de direito enquanto ciência que interage com a história, a sociologia, a ética, a economia, a filosofia e todas as demais ciências afins.

Neste sentido, uma das propostas desta tese é a formulação de um estudo científico em que são abordadas questões estruturais que analisam a possibilidade real de utilização da dignidade humana enquanto instrumento jurídico de inclusão social das Pessoas com Deficiência. Com propostas inovadoras e sempre procurando demonstrar a imprescindível necessidade de superação de dogmas tradicionais, alternativas jurídicas concretas e viáveis são colocadas à reflexão do leitor.

Já que o mínimo existencial para se ter dignidade humana inclui quatro elementos, sendo que o primeiro deles é a educação fundamental, entendemos que o direito ao trabalho está inserido nesta, sendo o Trabalho um instrumento jurídico de inclusão social da Pessoa com Deficiência. 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 a 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, eis que 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.

Nesta tese 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 “*Common Law*”, e pelas leis, nos países do Direito codificado. A própria construção do conceito de igualdade formal à igualdade substancial, à igualdade real acompanha a implementação de formas de combate à discriminação, discriminando, inclusive, positivamente, determinados grupos que foram historicamente excluídos do acesso à cidadania.

Assim, no primeiro capítulo, trataremos da delimitação conceitual da Pessoa com Deficiência, sua terminologia correta, bem como, as deficiências tuteladas pela legislação Brasileira.

No segundo capítulo, enfatizaremos a proteção social da Pessoa com Deficiência e sua evolução histórica até os dias atuais. A história da humanidade registra, desde os tempos mais remotos, a existência de Pessoas com Deficiência, uma trajetória marcada pela discriminação e pelo preconceito. É certo que as mudanças experimentadas pela sociedade com o passar dos séculos não foram suficientes para eliminar o preconceito e a exclusão sendo

necessário estabelecer por meio de leis, regras que pudessem buscar a igualdade entre as pessoas com deficiência ou não. No entanto, estas normas, por si só, também não garantiram a efetividade da igualdade, dadas as características constitutivas da nossa sociedade, a de ser elitista, preconceituosa e discriminadora.

No terceiro capítulo, antes de focar o direito fundamental da dignidade humana, trataremos a respeito dos direitos fundamentais em geral, a proteção das Pessoas com Deficiência à luz do Direito, focalizando a regulamentação constitucional, com a intenção de ressaltar a vital importância destes dispositivos e a efetividade no seu cumprimento para a sustentação da Democracia e do Estado Democrático de Direito.

No quarto capítulo, discorreremos sobre o Princípio da Dignidade Humana, sua aplicação no âmbito social e sua eficácia.

No quinto capítulo, aprofundaremos o estudo sobre o Princípio da Dignidade Humana juntamente com os demais princípios constitucionais, tais como os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade. A grande preocupação é a imposição de um limite criterioso para a utilização do princípio da dignidade humana. Por ser um princípio constitucional de extrema importância, por conter certo grau de abstração, sua utilização de forma leviana serviria para sepultar sua força normativa ou banalizar sua utilização, dando margem a pedidos absurdos, sob a ótica jurídica.

Neste particular, sempre com suporte doutrinário, passa-se à análise do que se convencionou chamar de núcleo mínimo da dignidade; que abrangeria quatro aspectos essenciais, a saber: a educação básica, a saúde pública de qualidade; assistência social aos necessitados e acesso à Justiça. Assim, dentro deste limite, defende-se a existência de verdadeiro direito subjetivo para o cidadão exigir, judicialmente, uma prestação positiva do Estado para sanar, imediatamente, a condição aviltante de indignidade.

No sexto capítulo, iremos dispor sobre o restabelecer da dignidade humana da Pessoa com Deficiência. Talvez neste, resida a proposta mais

inovadora desta tese. Ousamos sugerir a criação de um instituto jurídico novo, chamado por nós de “legitimidade excepcional”, idealizado para permitir a qualquer cidadão a possibilidade de acesso ao Judiciário para pleitear o imediato restabelecimento da dignidade do cidadão com deficiência.

Neste aspecto é desenvolvida a idéia de linha imaginária da dignidade, para servir de parâmetro para a questão. Esta linha imaginária contempla os quatro itens citados na introdução do capítulo anterior e estabelece um divisor claro entre a situação de “não dignidade” e de “sim dignidade”.

No sétimo, oitavo, nono capítulo, continuaremos a debater sobre o Princípio da Dignidade Humana, mas de uma forma mais específica, direcionada à Pessoa com Deficiência e o surgimento de novos direitos, que servem como base para o reconhecimento desta. Respectivamente ressaltamos a dificuldade de aplicação prática e efetividade do princípio constitucional da Dignidade Humana, como forma de proteção às Pessoas com Deficiência.

Ressaltaremos também, a relevância da inter-relação entre os princípios fundamentais da Dignidade Humana e os demais, tal como o da Igualdade.

No capítulo dez, trataremos a acessibilidade no meio físico como instrumento de inclusão social da pessoa com deficiência. Antes de aprofundarmos em uma acessibilidade mais subjetiva, como a inclusão social destas, pelo princípio da dignidade humana e o direito ao trabalho, traremos a luz o problema da falta de acessibilidade, nos transportes, na urbanização, nos edifícios públicos ou de uso coletivo; verdadeiras barreiras no direito de ir e vir dos cidadãos com deficiência.

Como pensar na dignidade humana como instrumento de inclusão social das Pessoas com Deficiência se elas não conseguem nem sair de casa? A falta de acessibilidade é geral, sendo este assunto de suma relevância, não podendo ficar fora do tema proposto. Portanto, traremos à baila tal problema, inclusive mostrando ajudas técnicas e leis que envolvem o assunto.

No capítulo onze, adentraremos no assunto que envolve o aproveitamento da capacidade laboral como instrumento de inclusão social da pessoa com deficiência, começaremos com a evolução histórica na Europa e no Brasil e terminaremos mostrando a preocupação com a adaptabilidade ao trabalho das Pessoas com Deficiência no âmbito internacional.

Na seqüência, no capítulo doze, mostraremos a dificuldade de integração das Pessoas com Deficiência no mercado de trabalho, bem como os diplomas legais que as amparam, deixando a pergunta: excluir ou integrar ao mercado de trabalho as Pessoas com Deficiência?

Discorreremos amplamente sobre o amparo legal e jurisprudencial do aproveitamento da capacidade laboral da Pessoa com Deficiência.

No capítulo treze, mostraremos que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inaugurou um novo ciclo de avanços no tocante a políticas de reabilitação profissional, qualificação e emprego de pessoas com deficiência. Identificaremos a estreita conexão existente entre o direito fundamental ao trabalho e o princípio da dignidade humana. Analisaremos se há existência de convenções, leis infraconstitucionais e políticas públicas relacionadas a promoção, acesso e garantia de empregos às pessoas com deficiência. Não basta reconhecer ao trabalho o valor de direito fundamental, é preciso torná-lo viável.

No capítulo quatorze, pelo motivo desta tese ser feita em um convenio entre Brasil e Espanha, achamos de suma importância discorrermos sobre o aproveitamento da capacidade laboral das Pessoas com Deficiência no âmbito internacional e comparado. Iniciaremos com a história do trabalho destas, até a atualidade, trazendo as ações afirmativas em prol delas em alguns países.

Por fim, no capítulo quinze, iremos dispor sobre os Direitos Civis como meio de integração da Pessoa com Deficiência. Mostraremos que é de grande importância o esforço do Estado e de nós, operadores do direito, em prol da inserção desta minoria. 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.

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 toda sociedade. 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, assinala-se que os direitos sociais e as próprias liberdades individuais vêm sendo francamente agredidas, não só no terceiro mundo, como nos países desenvolvidos.

1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: DEFICIÊNCIA, DEFICIENTE OU INCAPAZ

1.1. Definição

O Dicionário Houaiss (2003) dá o seguinte significado à palavra deficiente: “aquele que sofre ou é portador de algum tipo de deficiência”. Seguimos buscando então o significado do substantivo deficiência. O termo “*deficientia*” veio do latim para o nosso português, significando “insuficiência ou ausência de funcionamento de um órgão, ou, perda de valor; falha, fraqueza”.

Na definição trazida já se vê, de maneira escancarada, o preconceito que deixa à margem da sociedade o cidadão que não se enquadra naquilo considerado como normal.

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho define deficiência como: “aqueles que por motivos físicos ou mentais se encontram em situação de inferioridade em relação aos demais”¹. Como se depreende, desde o conceito de dicionário até conceito estampado em doutrina de livros jurídicos, a exclusão opera-se através de (pré) conceitos.

A lei federal brasileira nº. 7.853/89 criou uma classificação exemplificativa, não estando as demais formas de deficiência excluídas da proteção do poder público, legalmente falando.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto nº 6.949/09 define que Pessoas com Deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou

¹ Cfr. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 22ª ed., 1995, p. 49.

sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

As formas de deficiência podem estar além da definição formal, mas independente de detalhes, as pessoas com todas as formas de deficiência, como previsão constitucional, estão protegidas.

Esta lei estabeleceu a política nacional para a integração da pessoa com deficiência, que compreende o conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência.

O art. 2º do decreto brasileiro nº. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, conceituou deficiência como “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”.

A incapacidade é considerada como uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa com deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Em 1973, nos Estados Unidos, o “*Rehabilitation Act*”, definiu deficiente como alguém que sofre limitação substancial em uma atividade importante da vida. Um indivíduo pode se encontrar limitado substancialmente em uma atividade importante de sua vida de duas maneiras:

(a) Através de uma limitação real de uma atividade importante da vida;

(b) Mediante uma limitação subjetiva e, de certo modo, imaginária (é visto como tendo tal limitação e, portanto, é tratado socialmente como deficiente estereótipo). A título de exemplo poder-se-ia citar a obesidade.

Também é importante ressaltar que nem sempre o termo deficiente tem significado idêntico para a medicina e para o direito. O Direito cuida das conotações sociais e culturais do problema deixando para a medicina as manifestações patológicas. Assim, em alguns casos, o sujeito ainda que considerado normal pela medicina, pode ser merecedor de tutela legal.

1.2. Distinção entre Deficiência e Incapacidade Jurídica

Deficiência e incapacidade jurídica não se confundem. Se for verdade que quase todo incapaz por saúde cabe na definição de deficiente, só apenas uma pequena parte do grupo dos deficientes pode ser incluída na categoria dos incapazes.

Segundo o Código Civil Brasileiro, incapaz é aquele que “não tem controle sobre a expressão de sua vontade”².

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no agravo de instrumento nº 70044058493 da Sétima Câmara Cível, julgado no dia 22 julho 2011, pelo relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves afirmou que a interdição é um instituto com caráter nitidamente protetivo da pessoa e, para administrar os interesses econômicos e patrimoniais do incapaz, é nomeado um curador, a quem compete cercar-se da documentação pertinente de forma fazer a comprovação das despesas e dos pagamentos realizados, de forma periódica. A prestação de contas visa apurar existência de crédito ou débito, e pode sempre ser exigida de quem administra bem de outra pessoa, como é o caso de quem exerce a curatela provisória de pessoa interditanda. É possível deferir a liberação de alvará judicial para aquisição de bens e suprimentos destinados à atividade rural, desde que adquiridos em nome do interditando.

Deficiente, deficiência, já tem relação com limitação física ou mental, mas a grande maioria está apta a expressar sua vontade, a exercer seus direitos e decidir sobre sua vida. Apenas uma pequena parte destes deficientes

² Art. 3º do *Código Civil Brasileiro*. Lei número 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

ou pessoas com necessidades especiais são incapazes, o que significa que não conseguem expressar sua vontade.

O termo “pessoa deficiente” passou a significar, de acordo com a Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 09/12/1975, qualquer pessoa incapaz de assegurar por si própria, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em razão de deficiência em suas capacidades físicas ou mentais, congênita ou não.

1.3. Da terminologia correta: deficiente, portador de necessidades especiais ou portador de deficiência?

Usar ou não usar termos técnicos corretamente não é uma mera questão semântica ou sem importância se desejamos falar ou escrever construtivamente, numa perspectiva inclusiva sobre qualquer assunto de cunho humano. E a terminologia correta é especialmente importante quando abordamos assuntos tradicionalmente eivados de preconceitos, estigmas e estereótipos, como é o caso das deficiências que aproximadamente 10% da população possuem.

Os termos são considerados corretos em função de certos valores e conceitos vigentes em cada sociedade e em cada época. Assim, eles passam a ser incorretos quando esses valores e conceitos vão sendo substituídos por outros, o que exige o uso de outras palavras. Estas outras palavras podem já existir na língua falada e escrita, mas, neste caso, passam a ter novos significados. Ou então são construídas especificamente para designar conceitos novos. O maior problema decorrente do uso de termos incorretos reside no fato de serem inadvertidamente reforçados e perpetuados os conceitos obsoletos, as idéias equivocadas e as informações inexatas.

Este fato pode ser a causa da dificuldade ou excessiva demora com que o público leigo e os profissionais mudam seus comportamentos, raciocínios e conhecimentos em relação, por exemplo, à situação das pessoas com

deficiência. O mesmo fato também pode ser responsável pela resistência contra a adoção de novos paradigmas, como vem acontecendo na mudança que vai da integração social para a inclusão social.

Trata-se, pois, de uma questão da maior importância em todos os países. Existe uma literatura consideravelmente grande em várias línguas. No Brasil, tem havido tentativas de levar ao público a terminologia correta para uso na abordagem de assuntos de deficiência.

Atualmente, para se referir a “deficiências” não se diz e nem se escreve deficiências físicas, como nome genérico englobando todos os tipos de deficiência. Mas preferencialmente se usa o termo deficiências, como nome genérico, sem especificar o tipo, mas referindo-se a todos os tipos. Também não se diz e nem se escreve deficientes físicos, referindo-se a pessoas com qualquer tipo de deficiência, usa-se o termo pessoas com deficiência, sem especificar o tipo de deficiência. Isto porque alguns profissionais não-pertencentes ao campo da reabilitação e a população em geral, acreditam que as deficiências físicas são divididas em motoras, visuais, auditivas e mentais. Para eles, deficientes físicos são todas as pessoas que têm deficiência de qualquer tipo. É preferível também, usar o termo pessoa com deficiência do que portador de deficiência. Isto tudo porque no Brasil, tornou-se bastante popular, acentuadamente entre 1986 e 1996, o uso do termo portador de deficiência (e suas flexões no feminino e no plural). Pessoas com deficiência vêm ponderando que elas não portam deficiência; que a deficiência que elas têm não é como coisas que às vezes portamos e às vezes não portamos, por exemplo, um documento de identidade, um guarda-chuva. O termo preferido passou a ser pessoa com deficiência, motivando até mesmo, o desuso da sigla PPDs (Pessoas Portadoras de Deficiência). O termo pessoas portadoras de necessidades especiais é usado para se referir a idosos, gestantes e obesos.³

De acordo com María del Carmen García GARNICA, em seu artigo *La Evolución Hacia el Modelo Social del Tratamiento Jurídico de las Personas con*

³ *Revista Sentidos*, ano 04, nº. 23, ed. Áurea, p. 77

Discapacidad, na Espanha, também houve a preocupação com el propio lenguaje. Esto es lógico e importante, porque los términos no son neutros, o en ocasiones dejan de serlo con el uso⁴.

La terminología tradicional con que las normas y la propia sociedad venían haciendo referencia a la discapacidad, sus manifestaciones y efectos, no se acomodaban al modelo social. Los términos tradicionales no sólo ya no valían, sino que en ocasiones su empleo incluso resultaba ofensivo o desconsiderado.

Frente a ello, se pasa a hablar de personas con discapacidad y, más recientemente, y con un enfoque más amplio, de personas en situación de dependencia⁵.

1.4. As Deficiências Tuteladas pela Legislação Brasileira

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a proteção às pessoas com deficiência e a legislação infraconstitucional determinou quais deficiências são objeto de proteção legal.

⁴ Como señala MARÍN CALERO, em *(La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Madrid, 2005, pp. 1 y 2), “quizás porque nadie estaba demasiado satisfecho con la situación previa, se ha procurado cambiarle casi todo, y las innovaciones han empezado por el propio lenguaje”.

⁵ Hasta los años ochenta, la terminología de nuestro Derecho privado era clara muestra del “modelo médico”: el punto de partida de la incapacitación era la “enfermedad” y la consecuencia la “incapacitación total”. El Código civil, además, aludía de forma taxativa a ciertas discapacidades, resultando claramente insuficiente para cubrir todos los casos en que una persona mayor de edad necesita ser asistida y protegida. Concretamente, el Código civil sólo aludía a los locos y dementes y a la sordomudez, admitiendo la graduabilidad de la incapacitación sólo en relación a esta última (art. 218 CC). Por expresa disposición del art. 200.2 Cc, los locos o dementes estarían sujetos a tutela, en todo caso, incluso aunque tuvieran intervalos lúcidos. Frente a ello, la Ley 13/1983 de reforma del Código civil en materia de tutela, introdujo importantes novedades, entre las que hay que destacar que, desde entonces, lo relevante no es la enfermedad, sino la incidencia de la enfermedad o de deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico en la capacidad de autogobierno de la persona. Además, y en coherencia con ello, se contempla la graduabilidad de la incapacitación, y se procura adecuar la protección, a través de la tutela o la curatela, y según lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, a las circunstancias y necesidades de cada individuo. Todo lo cual, resulta más acorde con la variedad de circunstancias que se producen en la vida real.

Para o Direito do Trabalho, o que realmente importa é o impacto da deficiência sobre a capacidade de trabalho do indivíduo e de que forma elas podem comprometer sua integração social. O Decreto nº. 5.296 de 2.12.2004 alterou a redação do art. 4º do Decreto nº. 3.298 de 20.12.99 e assim a legislação considera pessoa com deficiência aquela que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - 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 com deformidades congênicas ou adquiridas, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

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

III - 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 de campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos. Acredita-se que se pretendeu incluir apenas as síndromes de Down e outras ligadas a oligofrenia 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 - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências. O médico, diante da necessidade de enquadrar a pessoa em dado conceito de deficiência utilizava o descrito acima, que na verdade se mostra bastante restrito, pois não contempla a questão dos superdotados, por exemplo.

2. AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A PROTEÇÃO SOCIAL

Neste capítulo discutiremos os mecanismos de proteção social estabelecidos para chegar ao entendimento do que hoje é destinado às pessoas com deficiência no âmbito da Seguridade Social, Previdência e Assistência Social. Antes, porém, os diferentes modelos de tratamento e compreensão dessas pessoas ao longo da história tentando melhor compreender o momento presente.

Pretendemos mostrar que a legislação existe, mas que a seguridade apresenta alguns problemas. Primeiro, por ser meramente assistencial não emancipa ou mesmo capacita para a entrada no mercado de trabalho. Por outro lado, a entrada e permanência da pessoa com deficiência na seguridade social dependem de um laudo com médico perito. Essa simples condição somada ao sem número de processos contestando esses laudos já nos mostra que o sistema assim conduzido será cada vez mais inviável. Ademais, as despesas com o benefício assegurado de um salário mínimo, por um lado é aquém das necessidades de uma pessoa com deficiência e por outro está se mostrando cada vez mais uma sobrecarga para as despesas do Estado.

Nesse sentido, queremos concluir sobre a necessidade de o Estado favorecer a inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho viabilizando a acessibilidade, começando pela adaptabilidade do transporte público, pois, não adianta criar oportunidades de empregos, como, por exemplo, as cotas em concursos públicos, se a pessoa com deficiência, uma vez empregada, não tem como se deslocar de casa para o trabalho e vice-versa, ou seja, na prática não possui eficácia.

Deve-se levar em consideração a dignidade da pessoa humana ao avaliar o grande número de pessoas com deficiência fora do mercado de trabalho, dando eficácia às leis que garantem a acessibilidade a estas, facilitando sua aproximação a equipamentos e apoios (próteses, órteses,

computador, etc.) através da imunidade tributária, como forma de incentivar a integração social e laboral da pessoa com deficiência.

2.1. Evolução Histórica da Proteção Social à Pessoa com Deficiência

No âmbito internacional, a proteção da pessoa com deficiência é prevista desde os primeiros ordenamentos jurídicos, religiosos e textos históricos.

A história da humanidade sempre foi marcada pela segregação e exclusão econômica, política, social e cultural das pessoas com deficiência, afetando, principalmente, aquelas pertencentes às classes exploradas. Ao longo da história encontramos diferentes modelos de tratamento que evoluíram do extermínio e abandono para institucionalização ou segregação; e bem recentemente para integração e inclusão.

Otto Marques da Silva estuda o tratamento dispensado à pessoa com deficiência ao longo dos tempos e menciona, como exemplo de aceitação e integração, as civilizações inca, os hindus e alguns povos africanos. O deficiente visual teria contato com divindades e por isso eram importantes na pescaria (incas) e nos ritos religiosos (hindus).⁶

Nos primórdios, o homem nômade lutava para sobreviver em meio à natureza, migrando em busca de alimento e abrigo. "(...) em função desta prática, abandonavam aqueles que não pudessem mover-se com agilidade, ou que tivessem alguma diferença que impedisse sua mudança de um lugar para outro com rapidez."⁷

O comportamento de abandono (de pessoas deficientes e certamente de doentes e de idosos) não era motivado por sentimentos de raiva ou desprezo, mas tão somente agiam sob impulso da necessidade de garantir a sobrevivência, individual e coletiva.

⁶ SILVA, Otto Marques da. *A epopéia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e hoje*. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde (CEDAS), 1986, p. 46.

⁷ BIANCHETTI, L. *Um olhar sobre a diferença*. Campinas. Papirus, 1998, p. 27

Na Antiguidade, os exemplos mais importantes - e que influenciaram a cultura ocidental - são trazidos por gregos e romanos. Nessas sociedades, há uma supervalorização do corpo perfeito, da beleza e da força física, visto que se dedicavam predominantemente à guerra, com a finalidade de conquistar escravos e manter a ordem vigente. Nessas sociedades, amparados em leis e em costumes, se uma criança apresentasse, ao nascer, algum "defeito" que viesse a se contrapor de alguma forma ao ideal proposto, era eliminada ou abandonada sem que isso fosse considerado crime.

Em Roma a lei dava ao pai o direito de decidir sobre a sorte do filho nascido "monstruoso". Porém, não raro eram poupados por famílias para explorá-los como pedintes, um bom negócio na Roma Antiga. Na Roma dos Césares, em tempos mais sofisticados, onde "deficientes mentais, em geral tratados como 'bobos', eram mantidos nas vilas ou nas propriedades das abastadas famílias patrícias, como protegidos do *pater famílias*".⁸

Ainda conforme o autor, em Roma "cegos, surdos, deficientes mentais, deficientes físicos e outros tipos de pessoas nascidas com más-formações, eram também algumas vezes, ligados a casas comerciais, a tavernas, a bordéis, bem como a atividades dos circos romanos, para serviços simples e às vezes humilhantes, costume esse que foi adotado por muitos séculos na História da Humanidade"⁹.

Em Atenas, Platão, assim como outros filósofos da época, acreditava que a eugenia seria o melhor caminho para a construção de uma sociedade ideal. "... e no que concerne aos que receberam corpo mal organizado, deixamos morrer (...). Quanto às crianças doentes e as que sofrerem qualquer deformidade, serão levadas, como convém, a paradeiro desconhecido e secreto"¹⁰.

⁸ SILVA, Otto Marques da. Op. Cit. 1986, p. 130

⁹ SILVA, Otto Marques da. Op. Cit. 1986, p. 130

¹⁰ PLATÃO apud SILVA, Otto Marques da. 1986, p.124

A idéia de pureza da raça, editada monstruosamente por Hitler no século XX, ainda hoje pode ser encontrada em diretrizes de grupos e partidos políticos, ou mesmo em comportamentos e atitudes relativos ao modo de perceber e tratar a pessoa deficiente¹¹.

Paradoxalmente foram exatamente os gregos que legaram à humanidade o princípio da isonomia, esteio de toda legislação de proteção à pessoa deficiente. É ainda na civilização grega que encontramos “um exemplo mitológico da concepção anti-assistencialista e profissionalizante”¹², através do mito de Hefesto, filho de Zeus e Hera.

Hefesto, descrito como “coxo e de aparência disforme”, possuía habilidades extraordinárias na forja e ourivesaria (é considerado protetor da metalurgia). A partir desse talento é reconhecido e convidado a habitar o Olimpo, de onde havia sido expulso por sua mãe, Hera, inconformada com a aparência do filho.

O mito de Hefesto mostra uma história de vida onde estão presentes rejeição, desenvolvimento de habilidades, reconhecimento profissional e integração ao meio, não muito diferente da história que pessoas deficientes poderiam contar sobre suas próprias vidas.

Sólon (640 a 558 a.C.), legislador considerado reformista à época, estabeleceu em lei que “Soldados feridos gravemente e os mutilados em combate serão alimentados pelo Estado”.¹³ Podemos inferir que o mecanismo de proteção social destinado às pessoas deficientes tenha aí suas origens surgindo a partir do reconhecimento do Estado quanto à necessidade de cuidar dos soldados que atuaram nas guerras.

¹¹ HITLER. *Minha Luta (Mein Kampf)*. Versão eletrônica em português-brasileiro. Disponível em <http://radioislam.org/historia/hitler/mkampf/por/por.htm#15>. Acesso em: agosto 2007.

¹² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Revista de Direitos Difusos nº. 4 - "*Proteção Jurídica dos Portadores de Deficiência*". São Paulo, IBAP - Instituto Brasileiro de Advocacia Pública & Editora Esplanada ADCOAS, Dezembro de 2000, p. 481 a 486.

¹³ SILVA, Otto Marques da. Op. Cit., p. 121 e seguintes.

Segundo Ricardo Tadeu Marques da Fonseca¹⁴, “Os atenienses, por influência de Aristóteles, protegiam seus doentes e os deficientes, sustentando-os, até mesmo por meio de sistema semelhante à Previdência Social, em que todos contribuía para a manutenção dos heróis de guerra e de suas famílias. Assim também agiam os romanos do tempo do império, quiçá, por influência ateniense. Discutiam estes dois povos, se a conduta adequada seria a assistencial, ou a readaptação destes deficientes para o trabalho que lhes fosse apropriado”.

Gregos, romanos e hebreus contribuíram para aumentar o contingente de pessoas com deficiência a partir da aplicação de penas mutilatórias estabelecidas com a Lei de Talião.

“A aplicação de penas mutilatórias atuava no sentido de aumentar o número de pessoas com deficiência, o que atravessou a Idade Média, passou pelo Estado Absolutista e permaneceu até o final do Século XVIII, quando, então, consolidou-se uma nova mentalidade”¹⁵.

A lei das doze tábuas determinava: “se uma doença ou a velhice impede (o citado em juízo) de andar, o que citou lhe forneça um cavalo (Tábua 1ª, 4); e ainda se não aceitá-lo, que forneça um carro, sem a obrigação de dá-lo coberto” (nº. 5).

Emanuel Bouzon, nas cartas de Hamurabi, traz o caso de uma pessoa com deficiência auditiva que havia sido roubada na cidade de Nippur. Hamurabi determina, pela carta, que seja convocado o ladrão, instaurado o processo e restituída a cevada ao mesmo.

O primeiro legislador da Índia, de nome Manu, na estância 394, do livro VIII, de suas leis determina que “O cego, o deficiente, o paralítico, o septuagenário, o homem que presta bons serviços às pessoas muito versadas

¹⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Idem.

¹⁵ ASSIS, Olney Queiroz. *O Estado e as Pessoas Portadoras de Deficiências*, disponível em: <<http://www.advogado.com/index1a.htm>> acesso em: 20 fev. 2007.

na Sagrada Escritura, não devem pelo rei ser obrigados ao pagamento de imposto algum”.

As religiões também impuseram modos de tratamento das pessoas com deficiência.

Uma das mais antigas culturas religiosas, o Judaísmo, nascida com o povo hebreu, abordou a existência das pessoas com deficiência através dos escritos de Moisés. Para os seguidores desta cultura religiosa, “tanto a doença crônica quanto a deficiência física ou mental, e mesmo qualquer deformação por menor que fosse, indicava certo grau de impureza ou de pecado”.¹⁶ A elas era vedado praticar ou conduzir cerimônias religiosas.

Homem algum da linhagem de Abraão, o sacerdote, que for deformado, oferecerá os sacrifícios consumidos pelo fogo sendo vítima de uma deformidade, ele não poderá apresentar-se para oferecer o pão de seu Deus. Mas poderá comer o pão de seu Deus, proveniente das ofertas santíssimas e das ofertas santas. “Não se aproximará, porém, do véu nem do altar, porque é deformado. Não profanará meus santuários, porque eu sou o Senhor que os santifico”.¹⁷

O Cristianismo, pensamento teológico predominante no ocidente, mostra em diferentes passagens bíblicas Jesus “curando” pessoas com deficiência.

As deficiências, para os cristãos, poderiam ter origem em possessão de espíritos malignos, também poderiam significar castigos por pecados próprios ou de ancestrais. As demonstrações de “cura” serviam para que a obra divina tivesse oportunidade de se manifestar, através de “milagres”.

A bíblia trata do tema em Levítico (19:14): “Não amaldiçoarás ao surdo, nem porás tropeço diante do cego; mas temerá ao teu Deus. Eu sou o Senhor”, e ainda em Deuteronômio (27:18): “Maldito aquele que fizer que o cego erre do caminho. E todo povo dirá: Amém”.

¹⁶ SILVA, Otto Marques da. op.cit., p.74

¹⁷ BÍBLIA SAGRADA, 1995, Levítico, 21:1723.

A abordagem mística, ao atribuir a causa das deficiências às forças metafísicas, torna o indivíduo e a sociedade impotentes diante da situação e gera uma visão fatalista a respeito da existência das pessoas que as possui, além de conferir a conotação extremamente negativa e humilhante aos deficientes. Esse entendimento ainda hoje se encontra presente no imaginário social, devido às influências do pensamento religioso no seio da sociedade.

Na Idade Média, sob influência do Cristianismo, “apesar de todas as concepções místicas e muito misteriosas... em muitas partes da Europa e do Oriente Médio, os casos de doenças e de deformações das mais diversas naturezas ou causas passaram aos poucos a receber mais atenção”.¹⁸ Os senhores feudais, juntamente com a Igreja, construíram asilos e casas de assistência para amparar miseráveis e pessoas deficientes.

Em 1601, foi promulgada na Inglaterra, a Lei dos Pobres, cuja prestação de auxílios a pessoas necessitadas encontrou sua primeira disciplina jurídica.

Essa lei impunha que a contribuição recolhida pelas paróquias seria aplicada em programas profissionalizantes para as crianças e as pessoas com deficiência.

Segundo Russomano, “(...) essa oficialização da caridade tem importância fundamental, pois colocou o Estado na posição de órgão prestador de assistência àqueles que, por idade, saúde e deficiência congênita ou adquirida, não tinham meios de garantir sua própria subsistência”.¹⁹

PEREIRA JR, citando MARTINEZ: “(...) a assistência social pública aos carentes e indigentes, ganhou status jurídico, com a edição de leis, por toda a Europa Ocidental, de cunho nitidamente assistencial no decorrer do século XVII, tendo como precursora a chamada Lei dos Pobres Londrina de 1601 (12),

¹⁸ SILVA, Otto Marques da. op. cit., p. 130.

¹⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro, Editora: Forense. 1978, p. 6

que teve impulso, inclusive, numa das mais graves carestias da história inglesa”²⁰.

Crê-se que a partir desse momento o Estado assumiu a obrigação em participar do custeio dos programas de previdência social, no entanto, foi no decorrer dos anos que de forma lenta chegou-se ao campo da Seguridade Social.

Autorizadas por essa lei, “velhos abandonados” e “pessoas com defeitos físicos graves” poderiam pedir esmolas. A respeito dessa licença, Montesquieu assim se pronunciou: “Algumas esmolas que se dá a um homem nu pelas ruas não preenchem de modo algum as obrigações do Estado, que deve a todos os cidadãos uma subsistência, alimentação, uma vestimenta conveniente, e um gênero de vida que não seja contrário à saúde”²¹.

MONTESQUIEU, também se posicionou sobre os deficientes mutilados de guerra: “aqueles que perderam um ou vários membros a serviço do rei ou da pátria, o Estado deveria assegurar sua existência porque se tornaram fracos demais para exercer o antigo ofício e velhos demais para aprenderem outro”²².

Na Idade Moderna podemos perceber um tratamento mais específico e diferenciado das atitudes sociais e mesmo no plano jurídico com relação às pessoas com deficiência. A preocupação com a locomoção e o trabalho dessas pessoas leva à invenção da cadeira de rodas, bengalas, bastões, muletas, coletes, próteses, macas, veículos adaptados, camas móveis, etc. Louis Braille cria o Código Braille viabilizando assim o acesso dos deficientes visuais ao mundo da linguagem escrita.

Marco significativo, passagem da era dos deveres para a era dos direitos, é a Revolução Inglesa (1640-1688) que estabelece mudanças nas relações de poder na sociedade e abre caminho para o livre desenvolvimento

²⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes apud. PEREIRA JR. *Novas contribuições na seguridade social: entidades de fins filantrópicos*. São Paulo: Ltr, 1997. p. 115-116

²¹ MONTESQUIEU (1962). *Do espírito das leis*. São Paulo, Abril Cultural More, p. 123

²² MORE, Thomas. 1972. *A Utopia*. In: *Os pensadores*. São Paulo, Abril Cultural, p. 173

do modo de produção capitalista. A Revolução Americana (1776) trouxe idéias ligadas à cidadania, o direito à vida, à liberdade, à felicidade e à igualdade entre os homens. O artigo XV da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1793, manifesta em seu artigo XXI que “os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar”.²³

A partir da Revolução Francesa (1789) até o Século XIX, emerge o modelo da deficiência como questão médica e educacional, encaminhando o deficiente para viver em convento ou hospícios. Esse modelo tem raízes no final da Antigüidade. Foi aprofundado na Idade Média e se tornou predominante na quase totalidade do modo de produção capitalista, principalmente em relação àquelas pertencentes às classes exploradas da sociedade.

Para MARQUES: “A prática do internamento das pessoas portadoras de deficiência em instituições filantrópicas representou uma espécie de condenação, uma vez que veio favorecer a identificação do desvio, criando uma espécie de máscara ou rótulo que só fez fortalecer ainda mais o estigma da inferioridade em relação às pessoas entregues ao isolamento dos asilos, das clínicas, dos educandários etc”.²⁴

A nova tendência de organização social reedita o modelo funcionalista manifestado no pensamento cartesiano, de onde o corpo humano bem como suas funções orgânicas são equiparadas às funções de uma máquina. Nas

²³ Pessoa com deficiência: aspectos teóricos e práticos. Organizador: Programa Institucional de Ações Relativas às Pessoas com Necessidades Especiais (PEE). Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), 2006. Disponível em: <www.unioeste.br/pee/arquivos/pessoa_com_deficiencia_aspectos_teoricos_e_praticos.doc> Acesso em: 25 fev. 2007.

²⁴ MARQUES, Carlos Alberto. “*The political implications of the institutionalization of deficiency*”. Educ. Soc., Campinas, v. 19, n. 62, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24 Fev. 2007. Pré-publicação do: 10.1590/S0101-73301998000100006

palavras de RIBAS, “Um corpo com órgãos ‘deficientes’ não é um ‘corpo social’ bem-estruturado e em ordem”.²⁵

Reafirmando essa idéia, ASSIS observa: “Ora, uma sociedade com essa concepção encontra campo fértil para o desenvolvimento do preconceito de que a pessoa com deficiência não se ajusta à engrenagem que o sistema exige por tratar-se de uma ‘máquina defeituosa’, portanto, plenamente descartável”.²⁶

Essa idéia ainda hoje se faz presente na sociedade que associa pessoas com deficiência a incapazes ou inúteis para o trabalho. “O resultado deste preconceito é que, mesmo habilitados a exercerem uma profissão compatível com a sua deficiência, esbarram em objeções, claras ou disfarçadas, que lhes impedem a integração ao mercado de trabalho”.²⁷

Consolidado o poder econômico da burguesia, surge a revolução industrial, período em que a sociedade experimenta um desenvolvimento econômico sem precedentes. Explorada, a classe trabalhadora se vê à mercê do poderio econômico da burguesia. As concepções liberais da época destinavam ao Estado uma posição inerte, de mero espectador das relações firmadas entre os particulares, sem estabelecer quaisquer limites à autonomia dos indivíduos.²⁸

Segundo PEREIRA JR: “Os menos favorecidos não detinham instrumentos jurídicos capazes de promover a melhoria das condições de vida (...) Sem mecanismos eficientes para compelir o Estado ao cumprimento das prestações positivas, ainda que meramente assistenciais, ficavam reféns da idiosincrasia de cada governo. Os trabalhadores tinham que se acobertar por

²⁵ RIBAS, João B.C. “*O que são pessoas deficientes?*”. São Paulo, Brasiliense, 1983, p. 15.

²⁶ ASSIS, O. Q. & PUSSOLI, I.. *Pessoas portadoras de deficiência – direitos e garantias*. São Paulo, Editora: Edipro, 1992. p. 122.

²⁷ ASSIS, O. Q. & PUSSOLI, L. & LACERDA, V. A. (1995) *Pessoas portadoras de deficiências: garantia constitucionais*. São Paulo, Lúmen, p. 167.

²⁸ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B.; Manual de Direito Previdenciário. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 32. apud PEREIRA JR., Aécio - *Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6881>> acesso em: 31 jan. 2007.

conta própria, por meio de seguros privados, ou valer-se das associações de classe, sem qualquer ingerência estatal”.

No entanto, os “fundos privados mutualistas” contavam com contribuições de trabalhadores com melhores condições econômicas e assim não atendiam a massa trabalhadora. Por outro lado, os crescentes problemas nas indústrias com os acidentes de trabalho e o fortalecimento das idéias socialistas exigiam uma nova postura do Estado acossado por movimentos e reivindicações populares. Fazia-se necessário criar o Direito do Trabalho e um sistema de Seguridade Social, com atividades assistenciais, previdenciárias e de atendimento à saúde, bem como de reabilitação dos acidentados. Surge, então, na Alemanha a instituição dos seguros sociais com o BISMARCK.

Desta forma, o nascimento do seguro social obrigatório deu-se por força de condições fáticas, especialmente da preocupação dos dirigentes das nações com a condução de suas administrações e não especificamente com os interesses diretos dos proletariados (...) a manutenção da estabilidade do Estado foi motivo igualmente determinante para o início da instituição da Previdência Social. É por isso que o plano de BISMARCK, embora tenha o mérito da instituição dos seguros sociais, de caráter geral e obrigatório, a ponto de se atribuir ao Chanceler a responsabilidade pela formação da Previdência Social, não lhe pode atribuir "um profundo sentimento solidarista" ²⁹.

BISMARCK institui o seguro-doença, logo depois, em 1884, o seguro contra acidente do trabalho e, em 1889, o seguro-invalidéz e a velhice. O custeio das prestações tinha sustentação nas contribuições dos empregados, empregadores e do Estado. O plano do Chanceler rapidamente foi adotado por outros países, tais como Inglaterra, Noruega, Suécia, Dinamarca, França e os Estados Unidos. Porém, destinava-se unicamente aos trabalhadores e não à sociedade de modo geral. Cobria acidentes de trabalho que deixavam seqüelas resultando em pessoas deficientes, mas não atendia ao conjunto das pessoas

²⁹PEREIRA JÚNIOR, Aécio. *Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.sp?id=6881>>. Acesso em: 06 set. 2008.

deficientes da sociedade ficando elas sob a responsabilidade exclusivamente familiar, quando não abrigadas, ou melhor, isoladas em instituições.

Porém, “o desenvolvimento e progressivo aperfeiçoamento dos sistemas de seguros sociais obrigatórios cresceram tão rapidamente, que logo exigiram uma nova roupagem”.³⁰

Em 1919 celebra-se o Tratado de Versalhes, cria-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Primeira Guerra Mundial impôs mais pressão à necessidade da reabilitação. Os soldados feridos na guerra necessitavam de treinamento e de assistência para assumir, com sucesso, uma ocupação rentável. Gradualmente, começaram a ser aprovados e institucionalizados atos Constitucionais, garantindo ações e suporte financeiro para programas de reabilitação.

Em 1921, a OIT publica um informe recomendando aos Estados-Membros iniciativas no sentido de amparar, legalmente, os mutilados de guerra. Ainda por iniciativa da OIT, em 1925, a Conferência Internacional do Trabalho adotou a Recomendação nº. 22, que representou o primeiro reconhecimento, por parte da comunidade internacional, das necessidades das pessoas com deficiência.

Não podemos nos esquecer que as Constituições do México de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 (Weimar) representaram enorme avanço ao atribuir aos direitos sociais o status de normas constitucionais. Também não podemos deixar de mencionar a importância do *Social Security Act*, de 14 de agosto de 1935, editada nos Estados Unidos como uma das medidas do *New Deal*, do governo Roosevelt, onde se empregou pela primeira vez a expressão seguridade social.

Segundo PEREIRA Jr, foi a partir daí que a “seguridade social passou a ser entendida como um conjunto de medidas que deveria agregar os seguros sociais e a assistência social” sob coordenação do Poder Público “visando atender o desenvolvimento de toda a população, e não só os trabalhadores”.

³⁰ PEREIRA, Jr. op. cit.

Haveria, então, “o compromisso do Estado democrático com um nível de vida minimamente digno aos seus cidadãos”.³¹

Em 1941, o economista inglês WILLIAM BEVERIDGE elabora um relatório sobre a seguridade social da Inglaterra que acaba por influenciar a evolução dos sistemas de proteção social vigentes no mundo. Tem como pressuposto que o poder público devia assegurar a eficaz proteção ao povo, não se limitando sua abrangência apenas aos trabalhadores.

Foi mesmo com a Segunda Guerra Mundial que a questão da pessoa com deficiência ganhou vulto e novos rumos. Essa guerra colocou em pauta o interesse pela reabilitação e emprego; por um lado, em virtude do grande número de mutilados de guerra que pressionavam por uma política séria no sentido de reabilitá-los para o mercado de trabalho; por outro lado, em virtude da pressão dos civis, pessoas com deficiência, que desejavam permanecer ativos, uma vez que haviam ocupado, com bons resultados, os postos vagos na indústria, comércio e serviços deixados por aqueles que haviam sido convocados.

Resultado disso, a Recomendação nº. 71 da Conferência Internacional do Trabalho de 1944 sugere aos países-membros que criem condições de trabalho para as pessoas com deficiência, independentemente da origem da sua deficiência, facilitando a formação profissional, a reeducação funcional e profissional e colocação em emprego útil, retomada e ampliada através da Recomendação nº. 99, em 1955, no Convênio nº. 159 (1984) e na Recomendação nº. 168.

Em 1975, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Em 1992, a Assembléia Geral das Nações Unidas estabeleceu um dia do ano como Dia Internacional das Pessoas com Deficiência, sempre em 03 de dezembro, com

³¹ PEREIRA, Jr. op. cit.

objetivo de sensibilizar e mobilizar a sociedade para o respeito aos direitos dessas pessoas.

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência reafirma que elas têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que as demais pessoas e que esses direitos emanam da dignidade e da igualdade, inerentes a todo ser humano.

Na história da humanidade temos um crescimento imperceptível da proteção às pessoas com deficiência sendo somente no séc. XX que apareceram as principais mudanças e garantias sustentadas em âmbito internacional.

2.1.1. Declarações de Direitos: A base Jurídica de um Novo Modelo de Proteção às Pessoas com Deficiência

A busca pela unidade dos direitos fundamentais, cuja completude depende de uma visão integrada e interdependente desses direitos, ganha expressivo impulso com a breve análise que este autor dispôs-se a efetuar, por rápida amostragem, tomando como método a verificação da origem internacional dos direitos das pessoas com deficiência, cujo fulcro se sedimenta, justamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, ambas da ONU. Nada se comentou sobre elas, até o presente, visto que se pretende alinhar, por meio delas, e do fio condutor da História, os sistemas jurídicos gerados segundo as Declarações Internacionais de Direito que repercutem, sem sombra de dúvida, no momento da fixação dos princípios norteadores da aplicação das diversas disciplinas legais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de Paris, embora não se esperasse, inicialmente, tornou-se universal ao estabelecer as liberdades civis e políticas básicas, como o princípio da isonomia, o princípio da

legalidade, o princípio da propriedade, o princípio do devido processo legal, enfim, das liberdades públicas e da participação política. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a seu turno, evidencia, 159 anos depois da primeira, que não basta uma afirmação de igualdade de todos perante a lei, sendo necessária a consagração da idéia de que qualquer pessoa, que exista como tal, detém, naturalmente, direitos inalienáveis que devem ser pautados pela busca da afirmação da dignidade de todos, o que não pode prescindir de instrumentos operados pelo Estado e pela sociedade para que condições mínimas, que incluem moradia, vestuário, alimentação, educação, saúde, atuem como direito inerente a cada cidadão, e que o tratamento discriminatório, excludente, que segrega minorias, deve ser banido, exigindo-se, por sua vez, ações repressivas e de instigação social efetivas por parte do Estado.

A construção de uma monolítica estrutura unitária dos direitos fundamentais demanda, outrossim, o exercício de novas revisões e de novas reafirmações periódicas, como aquelas que se operaram, por exemplo, por meio dos pactos internacionais dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966. Estes últimos retomaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal dos Direitos Humanos e amalgamaram uma unidade conceitual lógico jurídica, assegurando-se, entre as primeiras, liberdades civis e políticas, e chancelando, entre os segundos, direitos econômicos, sociais e culturais, no sentido de se concretizar um suporte recíproco a tais direitos.

A própria Convenção 111, da OIT, contra a discriminação no trabalho, reafirmara, em 1958, medidas de proteção, exatamente para assegurar a liberdade de trabalho e o livre acesso ao trabalho, inspirada tal Convenção que foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Depois da Segunda Guerra, como se vê, as declarações internacionais, as constituições e as leis reproduzem a afirmação contida na Declaração Universal de 1948 de que todo ser humano nasce livre e igual em direitos e dignidade, cabendo ao Estado providenciar mecanismos que efetivem esses direitos que contemplam a igualdade e a dignidade.

As normas que incluem as pessoas com deficiência consagram-se, portanto, como o ápice do processo, o aperfeiçoamento mesmo, no sentido de que possibilitam o engajamento social desse grupo minoritário, mas, representativo, cujas necessidades, impõem-se como específicas e amplas e que, em certa medida, porém, beneficiam a todos os cidadãos, a idosos, àqueles que adquirem limitações temporárias em razão de lesões ou acidentes, às mulheres gestantes, e transmudam toda essa realidade, tornando a sociedade mais aberta, mais acessível, a toda pessoa humana abrangente.

Essas normas vieram a lume depois de 1981, justamente porque a ONU decidira eleger aquele ano como o marco histórico do início da aproximação das pessoas com deficiência para que se fizesse manifestar e, com isso, possibilitar a elaboração e a multiplicação de leis em favor dessas pessoas. Décadas antes, tal intenção já se operara com mulheres e com negros em alguns países, com mais ou menos intensidade e eficácia, mas a superação do paradigma assistencialista que sempre se dedicou às pessoas com deficiência ainda engatinha, sendo de se registrar que a visão paternalista, caritativa, impõe a tônica, eis que atávica ao comportamento milenar da civilização.

A Convenção 159 da OIT, de 1983, e o Tratado de Amsterdã, que passou a vigor a partir de 1999, ano em que também vigorou a Convenção da Guatemala, delinearão a estrutura axiológica de toda a legislação que se veio a editar nos anos 80 e 90³². Tanto nos países de tradição codificada, quanto naqueles de tradição consuetudinária, fez-se evidente a necessidade da adoção de ações afirmativas que, nos primeiros, dá-se pela lei especificamente e, nos segundos, pela lei e pela jurisprudência.

³² Portugal: Decreto-Lei 29, de 2001; Lei 38, de 2004. Espanha: Decreto Real 1451 de 1983; Lei 13/1982 (LISMI), de 1982; Decreto Real 1/95, de 1995; Leis 63 e 66, de 1997. França: Lei 75-534, de 1975; Lei 87-517, de 1987; Lei 90-602, de 1990; Lei 91-663, de 1991. Itália: Lei 482, de 1968; Lei 68, de 1999; Argentina: Lei 24.465, de 1995. Chile: Lei 19.284, de 1994. Colômbia: Lei 361/97, de 1997; Honduras: Decreto nº. 17/91, de 1991. Estados Unidos da América: ADA - The Americans with Disabilities Act (United States Code – Title 42, Chapter 126: Equal Opportunities for Individuals with Disabilities, de 1990. Reino Unido: Disabled Persons (Employment) Act, de 1944; Chronically Sick and Disabled Persons Act, 1970; National Assistance Act, de 1948; Disabled Persons (Services, Consultation and Representation) Act, de 1986; Disability Discrimination Act (DDA), de 1995; Disability Discrimination Bill, de 2001; DDA Amendment, de 2003 – Regulations 2003.

As ações afirmativas para o trabalho da pessoa com deficiência, a seu turno, assumem diversas características distintas que transitam pela fixação de políticas de formação profissional, incentivos fiscais, cotas obrigatórias, cotas estimuladas por incentivos fiscais, até o delineamento legal de requisitos comportamentais da empresa para admissão e para o desenvolvimento dos contratos com pessoas com deficiência. As ações afirmativas importam, assim, uma postura pró-ativa do Estado, manifestada pela lei ou pelo Judiciário, no sentido de compensar o déficit histórico que gerou a exclusão evidente desse grupo específico de cidadãos e, diferentemente do que muitos pensam, não acarreta ruptura do princípio da igualdade de todos perante a lei. Ao contrário, reafirma-o na medida em que propicia condições materiais para que a igualdade ventilada no século XVIII seja eficaz, como se quis propor em declarações internacionais de direito do século XX e que agora, no século XXI, vêm-se implementando reiterada e serenamente. Todas as declarações internacionais que contemplam o combate à discriminação, aliás, expressam claramente a idéia de que não se impõe como discriminatória a medida legal ou judicial de cunho compensatório que implique prerrogativas a determinados grupos sociais.

A Declaração de Direitos do Deficiente Mental, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de dezembro de 1971, e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (Resolução aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1975), são os dois principais documentos efetivados internacionalmente a propiciarem avanços na legislação protetiva em questão.

No primeiro documento temos que o deficiente mental deva gozar, no máximo grau possível, dos mesmos direitos dos demais seres humanos ³³, sendo considerado que a integração social deste é essencial não só ao seu próprio bem-estar como também a sociedade em geral.

³³ Declaração de Direitos do Deficiente Mental, Artigo 1º. Disponível em: <<http://www.cedipod.org.br/w6ddd.htm>> Acesso: out. 2007.

A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1975, proclama em seu artigo 6º, que “a pessoa portadora de deficiência tem o direito (...) à formação e à readaptação profissional”. Seguindo nesta linha, o artigo 7º, reconhece o direito “na medida de suas possibilidades, a obter e a conservar um emprego e a exercer uma ocupação útil, produtiva e remunerada”. O reflexo de tais conquistas, no âmbito internacional, ocorreram nas legislações dos Estados signatários, inclusive no Brasil, e em 1978, a Emenda Constitucional nº. 12 dispôs: “Artigo único – É assegurada 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 à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV) possibilidade de acesso a edifício e logradouros públicos”.³⁴

O princípio da isonomia ou da igualdade, no Brasil, foi consagrado na Constituição Federal de 1978, em seu art. 5º, *caput*, não havendo distinção de qualquer natureza, garantindo-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos da lei. Finalmente a garantia de que a pessoa com deficiência é titular dos mesmos direitos e garantias de qualquer outra pessoa, além daqueles especificamente a eles destinados, até mesmo porque a pessoa com deficiência é uma pessoa como qualquer outra. Suas eventuais limitações devem ser compensadas pelo auxílio da sociedade e do Estado.

É evidente que a possibilidade de integração da pessoa com deficiência ao meio social depende do apoio do Poder Público, mas não só deste e, de

³⁴ ASSIS, Olney Queiroz. “O Estado e as pessoas portadoras de deficiência”, op. cit. Disponível em: <<http://www.advogado.com/ppd>>. Acesso em: 15 jan. 2008.

forma mais forte, do apoio da própria sociedade na forma em que ficou consignado na Declaração Internacional.

A pessoa com deficiência mental precisa ter o direito à segurança econômica³⁵ e a um nível de vida condigno, residindo com sua família, ou em um lar que substitua o seu, participando da vida em sociedade. O lar em que vive necessita receber assistência. Se não for possível sua vida no seio da família há que ser internado em estabelecimentos especializado, com ambiente e condições nesse estabelecimento assemelhados ao máximo aos da vida normal (art. 4). Também é necessário que tenha assegurado o direito de exercer uma atividade produtiva ou alguma outra ocupação útil (art. 3), devendo ser protegido de toda exploração e de todo abuso ou tratamento degradante (art. 6).

A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, aprovou e reconheceu a Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente, salientando a necessidade não só de proteção dos direitos mas ainda de assegurar o bem-estar e a reabilitação daqueles que estão em desvantagem física ou mental, bem como desenvolver meios para prevenir deficiências físicas e mentais.

Foi salientado que os meios a serem desenvolvidos abrangem o acompanhamento desde o nascimento até a proteção ao trabalhador com a finalidade de evitar acidentes de trabalho, triste realidade causadora de inúmeros problemas.

A assistência consiste no tratamento e desenvolvimento de meios para que elas possam desenvolver suas habilidades dentro dos variados campos de atividades possibilitando sua integração à vida normal.³⁶

Pela Declaração ficou garantido o direito a tratamento médico, psicológico e funcional (mesmo próteses e órteses), à reabilitação médica e

³⁵ A segurança econômica deve ser entendida como a possibilidade de o deficiente receber o suficiente para uma vida digna capaz de provê-lo nas suas necessidades básicas e habituais.

³⁶ Ressalto as palavras de Dona Jô Clemente, fundadora da APAE/SP, em entrevista ao canal GNT em 14 de abril de 2001: *“Não se avalia a pessoa pela inteligência, mas sim pelo seu potencial emocional – aquilo que pode dar de si para o mundo”*.

social, educação, orientação e treinamento vocacional e reabilitação, assistência, aconselhamentos, serviços de colocação e outros serviços que lhes possibilitem o máximo desenvolvimento de sua capacidade e habilidades e que acelere o processo de sua integração social; bem como o direito de viver com suas famílias (ainda que adotivas) e de participar de todas as atividades sociais, educacionais e recreativas. Por fim, entendeu-se que quaisquer procedimentos judiciais ou administrativos devem levar em consideração as necessidades especiais da pessoa envolvida.

A Assembléia Geral da ONU demonstrou nas Declarações em questão, firme intenção de proteger e retirar da marginalidade os deficientes, a intenção, entretanto, fica muito longe da realidade.

Uma das principais barreiras à completa implantação das Declarações e preservação plena de direitos das pessoas com deficiência é econômica. Os países ditos pobres não têm condições financeiras para custear adequadamente o tratamento e acompanhamento que necessitam seus cidadãos, no geral.

No dia 13 de dezembro de 2006, em sessão solene da ONU foi aprovado o texto final da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência 2007. Elaborada ao longo de quatro anos, este tratado internacional contou com a participação de 192 países membros e centenas de representantes da sociedade civil de todo o mundo, incluindo-se aí Brasil e Espanha.

Esta convenção traz inúmeras novidades, com destaque para a educação, estabelecendo que a mesma deve dirigir-se de modo indistinto à pessoas com deficiência ou não. A diferença é que, para as pessoas com deficiência, a igualdade de oportunidades só pode ser exercida com ajudas técnicas como o Braille, Libras, adaptações de textos, etc... A educação deve ser inclusiva sem sofismas. Educação especial é eufemismo utilizado pela sociedade segregadora que, para ocultar a discriminação, discrimina mais

ainda, sob a hipocrisia de que a educação inclusive é preferencial como prevê a Constituição Federal Brasileira.³⁷

De acordo com a Convenção de Direitos sobre as Pessoas com Deficiência, decreto 6.949/09, em seu artigo 28, assegura o Padrão de Vida e a Proteção social adequada às Pessoas com Deficiência; onde os Estados Parte reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência; Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza; Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso; Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos; Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

Vejamos alguns aspectos da proteção social no Brasil.

³⁷ Art. 208, Inciso 3 da Constituição Federal Brasileira garante: “*atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino*”.

2.2. Seguridade Social no Brasil e na Atualidade.

Nossa Constituição, em seu artigo 203, inciso V, garante o benefício assistencial para idosos e pessoas com deficiência, que preenchem as seguintes condições:

- que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência;
- que comprovem não possuir meios de ter sua subsistência provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que veio regular tal dispositivo, deveria ter trazido disposições referentes ao que seria a ausência de meios de prover à subsistência. Mas não foi isso o que ela fez. Vejamos.

No artigo 20, § 2º, ao invés de definir ausência de meios de subsistência para se saber quem seriam as pessoas com deficiência que fariam jus ao benefício, a LOAS definiu o termo pessoa com deficiência, como se esta definição fosse necessária e já não constasse de outros diplomas legais e infra-legais.

Fez muito mal, pois definiu pessoa com deficiência, para efeito deste benefício, como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho (art. 20, § 2º).

Tal definição choca-se frontalmente com todo o movimento mundial pela inclusão da pessoa com deficiência. Num momento em que o mundo inteiro, pessoas com e sem deficiência, esforça-se para ressaltar os potenciais e as capacidades das pessoas com deficiência, por esta lei, ela deve demonstrar exatamente o contrário.

Nem se alegue que esta definição é válida apenas para efeito de concessão do benefício assistencial. Nossa Constituição estabeleceu este benefício para a pessoa com deficiência e não para a pessoa inválida ou incapaz, termos que não são sinônimos e não deveriam ser associados para qualquer fim, sob pena de se estimular a não preparação dessas pessoas para a vida em sociedade, como está acontecendo na prática, no Brasil, em razão dessa disciplina da LOAS.

A exigência de nossa Constituição para conceder o benefício apenas para certas pessoas com deficiência era, e ainda é, tão somente a ausência de meios de subsistência.

O INSS para saber se a pessoa é incapaz para a vida independente e para o trabalho, submete a mesma, a uma série de perguntas, algumas até vexatórias, tais como: cuidar de sua própria higiene, controle dos esfínteres.

Não fosse o requisito de INCAPACIDADE previsto apenas na LOAS, bastaria verificar se a deficiência encaixa-se nas definições legais já existentes (Lei 7.853/89, Decreto 3.298/99, atualmente também na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº. 3.956/2001). Se positiva a verificação da deficiência, passar-se-ia à análise das condições pessoais e das condições do ambiente externo que estariam levando ao não acesso a qualquer outra fonte de renda.

Mas não, atualmente, uma pessoa dita "apenas cega", acaba não fazendo jus ao benefício de prestação continuada porque esta deficiência, apesar de muitas vezes impedir a pessoa de trabalhar e de ter qualquer fonte digna de renda, não a incapacita para a vida independente. O que acontece, na prática, infelizmente, é que tais pessoas acabam mentindo no momento de pedir o benefício, dizendo que não são capazes para qualquer atividade da vida diária, porque simplesmente precisam daquele dinheiro enquanto não conseguem nada melhor.

Em outros casos, quando o benefício é concedido para uma criança ou adolescente com deficiência, os pais impedem esses filhos de fazer tratamentos e de estudarem, pois do contrário, passarão a ser considerados "capazes" para alguma coisa, e o benefício poderá ser cortado antes que efetivamente consigam algum emprego.

Fica bastante claro, portanto, que a atual disciplina da LOAS, ao definir pessoa com deficiência, ao invés de ausência de meios de subsistência, está fazendo com que o benefício de prestação continuada, perversamente, seja um instrumento de exclusão da cidadania e não da sua promoção.

É realmente uma lástima que a lei ordinária, que deveria apenas disciplinar o ACESSO ao benefício, tenha praticamente inviabilizado este acesso, ou quando não, transformado a obtenção do benefício num ATESTADO de incapacidade.

Deve-se ter cumprimento efetivo do disposto no artigo 24, § 2º da Lei Orgânica da Assistência Social, segundo o qual, os programas voltados ao idoso e à integração da pessoa com deficiência serão devidamente articulados com o benefício de prestação continuada estabelecido no artigo 20 desta lei. Para tanto, as Secretarias de Assistência Social de cada Município devem ter um cadastro para controle de cada pessoa que recebe o benefício assistencial, com a finalidade de inseri-la nos demais programas que venham a propiciar a sua inclusão social.

A Previdência Social, instituição de natureza tão importante à manutenção da paz social, vê-se hoje atravessada por uma série de problemas que, por vezes, impossibilitam a consecução dos fins a que se destina.

São cotidianas as notícias referentes à violência contra os peritos médicos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), agentes responsáveis pela verificação da situação de incapacidade dos segurados e que os habilita ao recebimento de algum benefício.

Os exames médicos-periciais, de fato, são momentos de extrema importância para o segurado, e também ao INSS, pois os resultados dos exames definem a situação do segurando perante a autarquia.

A questão relacionada às pessoas com deficiência tardou a ser discutida com seriedade no Brasil. Efetivamente isso vem acontecendo apenas a partir da Constituição de 1988, embora se registre um processo de desenvolvimento da atenção e da proteção social para esse segmento.

As determinações da OIT³⁸, por exemplo, repercutiram na legislação do Brasil, tanto que a partir da década de 50, aparecem as primeiras leis tratando de tema: em âmbito federal, o Decreto-Lei nº. 44.236 de 1958 institui a Campanha Nacional da Educação e Reabilitação dos Deficientes Visuais; em

³⁸ Tratamos o tema de forma abrangente no Capítulo 14.2. Convenções e Recomendações da OIT em Matéria de Discriminação no Trabalho. p. 296.

âmbito estadual (SP), o Decreto nº. 24.606-A de 1955 dispõe sobre o funcionamento de cursos de especialização de ensino de cegos; em âmbito municipal (SP) o Decreto nº. 1.964 de 1954 dispõe sobre a educação de crianças com deficiência auditivas.

Se olharmos para a História do Brasil, partindo do período colonial, veremos que não havia políticas públicas voltadas para atender as pessoas com deficiência. A responsabilidade por cuidar, educar e manter ficavam a cargo de cada família e as pessoas com deficiência na maior parte das vezes eram alijados do convívio social quer por crenças, preconceitos ou vergonha.

O poder público começa a atuar atendendo solicitações específicas de indivíduos que usaram dos meios de influências disponíveis, para obter suporte que lhes permitisse melhorar as condições de vida de pessoas de suas relações. Essas pessoas, via de regra, eram encaminhadas e mantidas em instituições.

Em termos de Seguridade Social, nos diz PEREIRA Jr., que o Brasil acompanhou a evolução registrada no ambiente mundial que descrevemos anteriormente, “tendo primeiramente passado pela simples caridade, após pelo mutualismo de caráter privado e facultativo, depois pelo seguro social e, atualmente, tenta-se implementar o sistema de seguridade social, como consagrado na Constituição de 1988.”.

Da caridade e espírito cristão o autor menciona as Santas Casas de Misericórdia fundada pelo Padre José de Anchieta. No século XVI a Santa Casa de Misericórdia de Santos, fundada por Brás Cubas, em 1543, e a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro de 1584, com a finalidade de prestar atendimento hospitalar aos pobres.

A transição da beneficência para a assistência pública no Brasil, diz ainda, demorou aproximadamente três séculos, “pois a primeira manifestação normativa sobre assistência social surge com a Constituição Imperial de 1824”, que traz no seu art. 179, inciso nº. XXXI: A Constituição também garante os socorros públicos. Constituição que, “embora tenha seu valor histórico”, “nada de concreto assegurava-se aos cidadãos”, enquanto, nesse mesmo período,

“no velho mundo, por sua vez, já se assegurava tal medida, ao menos em nível normativo, desde a lei dos pobres londrina do século XVII”.³⁹

Em 1854, segundo Cleber Francisco ALVES⁴⁰, a construção do Asilo dos Inválidos da Pátria foi “um marco do nascimento das relações de trabalho propriamente ditas em nosso Direito do Trabalho para as “pessoas portadoras de deficiências físicas”. O Asilo abrigava soldados com seqüelas da guerra do Paraguai que ali trabalhavam em hortas e recebiam parte dos produtos vendidos. Também ficavam obrigados a contribuir para a manutenção do local dando parte do soldo que recebiam do Tesouro Nacional.

A primeira lei de conteúdo de previdência surgiria em 1888 para atender exclusivamente os funcionários públicos, trabalhadores de estradas de ferro, correios, imprensa e ministério (Fazenda).

A Constituição de 1891 reconhece, pela primeira vez, o direito da pessoa portadora de deficiência estabelecendo aposentadoria a funcionários públicos em caso de invalidez (Art. 75). Segundo PEREIRA Jr., até 1919 foram “inúmeros instrumentos legislativos instituindo seguros sociais a diversas categorias de funcionários públicos”, dada as características de Brasil agrícola e industrialização incipiente. Com o crescimento da industrialização do país, vivemos os mesmos problemas registrados na Revolução Industrial: jornadas de trabalho extenuantes, péssimas condições de trabalho e aumento crescente de acidentes de trabalho.

Sobrevém, em razão disso, o Decreto Legislativo nº. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, tratando da proteção aos acidentes do trabalho, logo acompanhado da edição da Lei nº. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, chamada “Lei Eloy Chaves”, tendo esse último ato legislativo criado as Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, que funcionaram, em todo o território nacional, por muitos anos.

A Constituição de 1934, assim como as anteriores, consagrou o princípio da igualdade e trouxe novidades ao instituir a previdência com contribuição

³⁹ PEREIRA, Jr., op.cit.

⁴⁰ ALVES, Cleber Francisco. “O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja”. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 30.

igual da União, empregado e empregador a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e para os casos de acidentes de trabalho e morte. Segundo Délio MARANHÃO, “podemos encontrar um embrião do conteúdo do direito à integração social da pessoa deficiente no art. 138”, quando assegura no item “a”, amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar. Porém, assinala o autor, embora esse dispositivo revele a importância crescente de amparo aos desiguais, “deixa transparecer uma visão assistencialista”.⁴¹

PEREIRA Jr., em texto citado, assinala que o “ponto marcante” da Constituição de 1934 é “a consagração do modelo tripartite de financiamento do sistema de previdência social”, com recursos advindos da União, dos empregadores e dos empregados, “sistema contributivo que se encontra inserto na vigente Constituição Federal (art. 195, caput)”. Observa, também, que “no plano constitucional, deixava-se o estágio da assistência pública para adentrar na era do seguro social”, considerando que “não poderia ser diferente, vez que em todo o mundo, mesmo em sociedades industriais mais avançadas, não se tinha afastado a concepção do seguro social”.

O autor observa, ainda, que a Carta de 1934 foi a primeira a utilizar o termo “Previdência”, “sem o adjetivo social, referindo-se ao tema proteção social em outros dispositivos”.

Wagner BALERA, considera essa Constituição “o melhor de nossos modelos constitucionais” em virtude dos “limites amplos da proteção social conferidos”. Para o autor, “as conquistas sociais posteriores só vieram a reforçar as diretrizes traçadas por este Estatuto Fundamental”.⁴²

PEREIRA Jr., afirma que a Constituição de 1937 não trouxe novidades expressivas com relação às pessoas com deficiência, embora tenha reafirmado o princípio da igualdade e não tenha deixado de “enumerar os riscos sociais cobertos pelo seguro social. Porém, não disciplinou a forma de custeio do

⁴¹ ARAUJO, Luiz Alberto David apud. MARANHÃO, Délio. op. cit., p. 78, citando. “*A proteção Constitucional das pessoas portadoras de deficiência*.” Brasília: CORDE - Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa portadora de deficiência, 1994, p. 33.

⁴² BALERA, Wagner. “*A Seguridade Social na Constituição de 1988*.” São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 22.

sistema, muito menos se cogitou sobre a possibilidade de aporte de recursos advindos dos cofres da União”.

A Constituição de 1946, promulgada após o final da Segunda Guerra Mundial foi a primeira constituição brasileira a trazer a expressão "Previdência Social" em substituição do termo "Seguro Social".

Trouxe as normas sobre Previdência Social no capítulo que versava sobre os Direitos Sociais, cujos riscos protegidos foram elencados nos incisos do art. 157. Estabeleceu a obrigatoriedade, pelo empregador, da instituição do seguro por acidente de trabalho e também a assistência médico-hospitalar preventiva para o trabalhador.

Sob a égide da Carta de 1946, assinala, “houve avanços significativos” na legislação infraconstitucional: um projeto de lei que previa a proteção social a toda a população, resultou na edição da Lei nº. 3.807, de 26 de agosto de 1960, denominada de Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). Em 1953 foi editado o Decreto nº. 34.586, de 12 de novembro, determinando a fusão de todas as Caixas em única entidade, justamente, no intuito de unificar o sistema, tanto do ponto de vista legislativo como administrativo. A criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), pelo Decreto-lei nº. 72, de 21 de novembro de 1966.

A Constituição de 1967 manteve os direitos já conquistados do trabalhador e da assistência social, trazendo como novidade a previsão de colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União.

Por sua vez, MARANHÃO considera que “tanto a Constituição de 1967, bem como sua Emenda de nº. 01, de 17.10.69, foram omissas em relação aos direitos dos portadores de deficiências”. A despeito dessa omissão, observa a autora, a Emenda trouxe “uma grande inovação, que podemos considerar como a primeira referência expressa à proteção dos portadores de deficiência.”⁴³ ao dispor no art. 175 § 4º. Lei especial disporá sobre a

⁴³ MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977. p. 80.

assistência à maternidade, infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.

Walküre LOPES RIBEIRO DA SILVA concorda, “é a primeira vez que um texto constitucional menciona expressamente a assistência educacional às pessoas portadoras de deficiência”, embora “utilizando-se de expressão que hoje é considerada inadequada”.⁴⁴

Em termos de evolução da previdência social, PEREIRA Jr. assinala que a Carta de 1967, com a Emenda nº. 01 de 1969, “não destoa das demais que lhe antecederam, tendo sido previstos os mesmos riscos sociais arrolados desde a Constituição de 1934”. Porém, o autor ressalta a inclusão do salário-família “que fora instituído em norma infraconstitucional, no texto fundamental.”.

A seu juízo, “todo vigor legislativo infraconstitucional continuava efervescente em matéria de previdência social, dispensando-se a enumeração cansativa das disposições legais pertinentes, bastando ressaltar a constante ampliação do rol de beneficiários e de qualidade das prestações, traçando o caminho para a construção de um sistema de seguridade social, como pretendido pela Constituição de 1988”⁴⁵.

MARANHÃO pontua que o maior avanço em relação à proteção específica da pessoa com deficiência surgiu em 17 de outubro de 1978, através da Emenda Constitucional nº. 12. Essa emenda, em artigo único (I a IV) assegurou aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica mediante educação especial e gratuita, assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País, proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e salários e possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos. Esclarece a autora que até então não havia nas Constituições Brasileiras previsão expressa quanto a normas para incluir socialmente a pessoa com deficiência⁴⁶.

⁴⁴ LOPES RIBEIRO DA SILVA, Walküre. Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa.. São Paulo: LTr, 1998. p 21.

⁴⁵ PEREIRA Jr. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6881/evolucao-historica-da-previdencia-social-e-os-direitos-fundamentais/3>, acesso em: 27 set. 2009.

⁴⁶ MARANHÃO, Délio. op. cit., p. 80

A Constituição de 1988 dedicou vários dispositivos, trazendo uma quantidade significativa de normas protecionistas e garantias de integração social às pessoas com deficiência, considerando a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Passemos a olhar um pouco mais atentamente sobre a questão da seguridade social sob a perspectiva das pessoas com deficiência.

A seguridade social é um conjunto de ações estatais que compreende a proteção dos direitos relativos à saúde, previdência e assistência social (art. 194 da Carta Constitucional). Funda-se no princípio da solidariedade, pelo qual indivíduos detentores de maiores riquezas devem auxiliar os menos abastados.

Essa a premissa mestra que deve guiar qualquer iniciativa no sentido de organizar políticas no campo da seguridade social.

Com relação às pessoas com deficiência, alguns aspectos chamam a atenção e diferenciam o tratamento da questão, quais sejam: O direito à habilitação e reabilitação profissional; o direito à renda mensal vitalícia e o enfoque diferenciado da tutela previdenciária.

O artigo 203 da Constituição Federal trouxe duas importantes novidades a respeito da questão, a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (IV) e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal àquela que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Em que pese às críticas que a seguir vamos expor a respeito de certos aspectos da norma, ela, sem dúvida, representou efetivo avanço em relação ao tema.

Em primeiro lugar, quanto à habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, houve importante progresso, tendo em vista que, anteriormente, apenas os segurados da previdência - ou seja, aqueles que contribuía para o sistema - possuíam tal direito. Com a nova ordem constitucional, o direito se estendeu a toda e qualquer pessoa com deficiência, como um direito de natureza assistencial e não mais exclusivamente previdenciário.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº. 8.742, de 07/12/1993, silenciou a respeito do tema, fazendo-nos concluir pela aplicação, à matéria, das disposições análogas contidas na lei de benefícios da previdência social, que traz os seguintes preceitos:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

a. o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;

b. a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;

c. o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Art. 90. A prestação de que trata o artigo anterior é devida em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes.

Art. 91. Será concedido, no caso de habilitação e reabilitação profissional, auxílio para tratamento ou exame fora do domicílio do beneficiário, conforme dispuser o Regulamento.

Art. 92. Concluído o processo de habilitação ou reabilitação social e profissional, a Previdência Social emitirá certificado individual, indicando as atividades que poderão ser exercidas pelo

beneficiário, nada impedindo que este exerça outra atividade para a qual se capacitar.

Em que pese o artigo 89, em seu parágrafo único, defina o que compreende o benefício de reabilitação profissional, parece-nos que o benefício tenha um alcance muito mais amplo. A reabilitação, não se resume à concessão de aparelhos e transporte para a pessoa com deficiência; além disso, ela deve englobar um conjunto de providências aptas a reintrodução da pessoa no mercado de trabalho e do contexto em que vive. E isso passa, sem dúvida, por um programa de educação, conscientização e preparação quanto à nova realidade a ser enfrentada.

Importante anotar que a restrição contida no artigo 90 supra transcrito, que prevê como beneficiários apenas os segurados e dependentes, não se aplica ao caso, tendo em vista que a norma constitucional é clara ao ditar que "a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição". Então, o benefício de habilitação e reabilitação arrolado entre o conjunto de ações assistenciais, é obrigatório para com todos que dele necessitarem, independente da qualidade de segurado ou não da previdência.

No tocante à renda mensal vitalícia, tornou-se ela um direito de toda "pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 anos ou mais, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família". Representou, também, um importante avanço de nossa nova ordem constitucional. Porém, um tímido avanço, devido aos exagerados requisitos e à parca renda concedida.

Primeiramente, deve-se dizer que o benefício é inacumulável com qualquer outro benefício de natureza previdenciária. Salvo engano nosso, não há qualquer justificativa para tal vedação. Aliás, ela contraria o pensamento dominante de que as prestações assistenciais devem primar pela integração do deficiente à sociedade.

Sobre o tema, é oportuno transcrever passagem de artigo de lavra do Prof. Celso Barroso LEITE, no qual faz análise de um estudo sobre "O problema da assistência social na Alemanha: o dilema da reforma", de autoria de Christian THIMANN. No referido artigo o professor informa que: "Daí resulta, segundo THIMANN, que 'o sistema tributário e assistencial desestimula os alemães a aceitar trabalhos de baixa remuneração ou empregos de meio expediente enquanto estiverem recebendo assistência social'; ou seja, a exercer atividade remunerada que lhes dêem direito aos benefícios da previdência social. Isso leva, então, ao que chama de 'armadilha previdenciária'. Ele considera difícil estabelecer comparações no nível internacional, mas a seu ver 'o problema do desincentivo ao trabalho é o mesmo em todos os países".⁴⁷

Com a vedação de acumular o benefício, algumas pessoas simplesmente se acomodam com a renda auferida, desistindo da possibilidade de se reintegrar no mercado de trabalho ou, quando o fazem, optando pela clandestinidade, para permanecer com a renda do benefício assistencial.

Estamos, sem dúvida, diante do que o alemão CHRISTIAN THIMANN denominou de "armadilha previdenciária". Por isso, mostra-se equivocada a previsão de que o benefício é inacumulável com qualquer outro.

A garantia de um salário mínimo, também, nos parece por demais aquém das necessidades. É preciso considerar, no ponto, os gastos efetuados por essas pessoas com remédios, aparelhos ortopédicos, deslocamentos e outras necessidades decorrentes da deficiência.

A colocação de apenas parte desses gastos numa planilha levará à conclusão de que a renda de um salário mínimo é insuficiente para cobri-los e irrisória para garantir uma existência digna.

⁴⁷ LEITE, Celso Barroso. "Previdência Social no Canadá e na Alemanha", Revista de Previdência Social, Editora LTr, agosto de 1998, número 213, p. 660;

Como ensina o Prof. Celso Barroso LEITE, a assistência social "deve ter como finalidade apenas o atendimento das suas necessidades básicas, proporcionando-lhes o que a legislação considera os mínimos sociais".⁴⁸

Ora, se o salário mínimo em nosso país, sabidamente, não se presta à garantia de uma vida digna, não pode ele servir de referencial ao cálculo do benefício.

A respeito do requisito da comprovação de que a renda mensal da família per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo (art. 20, §3º, da Lei 8.742/93), estamos plenamente de acordo com a Dra. Walküre LOPES Ribeiro da Silva, quando sustenta a sua inconstitucionalidade. Ao analisar a decisão do Plenário da Suprema Corte, que concluiu pela constitucionalidade da referida norma, no julgamento da ADIMC 1232-DF, a professora manifestou-se, de forma corajosa, dizendo que "a linha de argumentação do Supremo Tribunal Federal é falaciosa, pois reduz a eficácia do dispositivo constitucional sob o pretexto de garantir a sua aplicação".⁴⁹

De fato, parece-nos que a disposição da LOAS é inconstitucional. A nosso ver, aliás, a pessoa com deficiência deveria fazer jus à percepção do benefício pelo único fato de ser deficiente, sem que houvesse qualquer outro requisito e independentemente da renda que ele ou sua entidade familiar auferisse. Pouco adianta estabelecer/prever um benefício assistencial e depois criar uma série de requisitos que praticamente impossibilitam o seu gozo.

Com relação ao financiamento dos benefícios assistenciais, entendemos que a sua responsabilidade é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme expressa previsão dos artigos 12 e 28 da LOAS.

O INSS, no caso, possui apenas a estrutura e os meios físicos e humanos necessários à concreção dos programas. Por isso, a responsabilidade do Instituto Previdenciário diz respeito apenas à

⁴⁸ Idem. op. cit.

⁴⁹ "Seguridade Social e a Pessoa Portadora de Deficiência", in Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, Coleção Advocacia Pública & Sociedade nº 1, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), Max Limonad, p. 179.

operacionalização, na esfera administrativa (art. 43 do Decreto nº. 1744/95) sendo todos recursos relativos à concessão dos benefícios repassados pelos entes públicos mencionados. Todavia, o INSS vem respondendo em demandas aforadas por pessoas com deficiência, sendo, inclusive, responsabilizado pelo pagamento das despesas relativas aos benefícios.

Quanto ao benefício de renda mensal vitalícia, a questão já foi por demais discutida em nossos pretórios, tendo o Superior Tribunal de Justiça uniformizado o entendimento a respeito da matéria, no sentido de que o INSS é parte legítima para figurar no pólo passivo das referidas demandas junto com a União Federal.

No mesmo sentido se posicionou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através da edição da Súmula de nº. 61.

Sobre a tutela previdenciária da pessoa com deficiência, parece-nos que há muito a discutir. O tema ainda não mereceu preocupação por parte da comunidade e, muito menos, do legislador pátrio. Não há como negar que a realidade de uma pessoa com deficiência é diversa, mais desgastante e onerosa, o que enseja, sem dúvida, especial proteção de seus interesses.

Sabemos que a previdência social tem por finalidade precípua a substituição da renda auferida pelos indivíduos em virtude das contingências e condições previstas em lei. Dentre tais contingências enquadram-se aqueles eventos que retiram a capacidade do trabalhador.

E a perversa realidade das pessoas com deficiência, submetidas a esforços físicos e psicológicos brutais durante a sua vida laborativa, sem dúvida, autoriza-nos a sugerir o fomento da discussão de novas perspectivas, como, por exemplo, a redução do período laborativo, com antecipação do direito ao jubramento.

Com certeza, vários argumentos seriam levantados contra tal proposta, especialmente aquele da necessidade de cuidar do lado econômico do sistema previdenciário, mesmo que isso custe alguns sacrifícios do lado social. A palavra do Prof. Celso Barroso LEITE, novamente, serve de lição. Comentando

este falacioso argumento, o mestre ensina que: "O empenho de corrigir erros e aperfeiçoar deve ser permanente e é sempre legítimo, na previdência social como em tudo mais. O que não se justifica é pretender subordinar a discutíveis interesses econômicos conquistas sociais que amenizam as agruras da existência humana. Várias delas estão mais uma vez na alça de mira e todo cuidado é pouco"⁵⁰.

Parece-nos que por esse caminho deve trilhar a discussão, colocando-se em primeiro plano a necessidade de tutelar os interesses sociais.

Sem dúvida, a qualidade e a quantidade das prestações de seguridade social serão cada vez melhores na medida em que a sociedade tenha capacidade de se organizar para estabelecer um regime de solidariedade e igualdade entre os cidadãos.

O ordenamento normativo constitucional não é perfeito, mas certamente representa um grande avanço em termos de Constituição de um Brasil moderno, já que se adota como ideário um modelo de proteção social assentado na proposta da Seguridade Social.

2.3. A Imunidade Tributária como Fator de Auxílio à Inclusão Social da Pessoa com Deficiência

Nesse ponto procuraremos mostrar que a imunidade tributária de equipamentos e produtos destinados a melhoria das condições de vida da pessoa com deficiência poderia ser entendida de maneira semelhante ao que já ocorre com veículos adquiridos por pessoas com deficiência física.

Em nosso entendimento um salto qualitativo importante para melhorar as condições de vida das pessoas com deficiência de modo geral e impulsionar o processo de inclusão seria facilitar o acesso a equipamentos e tecnologia, como ocorre, por exemplo, com a aquisição de veículo.

⁵⁰ LEITE, Celso Barroso. "*Considerações sobre a Previdência Social*", Revista de Previdência Social, Editora LTr, setembro de 1998, número 214, p. 730.

A competência para tributar e para isentar cabe ao poder legislativo. “Portanto, vale lembrar que ao legislador compete dimensionar a carga tributária em função da essencialidade do produto, obedecendo ao critério de seletividade”⁵¹.

Em outras palavras, produtos considerados essenciais devem ter menor tributação. Ora, claro está que há uma série de produtos destinados às pessoas com deficiência que poderiam gozar de menor tributação ou mesmo produtos que poderiam ser adaptados para o uso.

Assim como MARANHÃO⁵², entendemos que produtos ortopédicos, próteses, equipamentos de informática, poderiam ter baixa tributação. A título de exemplo, no Estado de São Paulo, conforme Decreto nº. 34.471/91, produtos ficaram isentos de ICMS, desde que adquiridos por entidades assistenciais ou instituições financeiras.

A Lei Federal nº. 10.690 de 16 de junho de 2003 e a Lei Federal nº. 10.754 de 31 de outubro de 2003, estenderam a isenção do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) às pessoas com deficiência física, visual, mental severa ou profunda, aos autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal. Assim, veículos com características especiais ficam isentos de IPI.

Em relação ao IPVA (Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores) um imposto estadual pago anualmente, a Lei nº. 6.606/89 concede isenção aos veículos adaptados de propriedade de deficientes físicos.

Quanto à isenção de Imposto de Renda, a legislação contempla apenas aos deficientes mentais, como podemos comprovar pelo Art. 1º da Lei nº. 8.687/93.

A Lei nº. 8.383/91, no inciso IV, do art. 72, isenta do IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) as operações de financiamento para a aquisição de

⁵¹ MARANHÃO, Délio. op.cit., p. 132.

⁵² MARANHÃO, Délio. op.cit., p. 133.

automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta, quando adquiridos por pessoas com deficiência.

Os impostos convergem para facilitar o acesso do deficiente físico a um meio de transporte, visto que uma das barreiras que o impede de ingressar no mercado de trabalho é exatamente a dificuldade de locomoção e em meio de transporte adequado.

Defendemos, portanto, a possibilidade de ampliar a isenção para outros produtos, também considerados de grande necessidade para a pessoa com deficiência.

A Convenção de Direitos sobre as Pessoas com Deficiência, decreto nº 6.949/09, dispõe em seu artigo 19, sobre a Vida Independente e a Inclusão social da Pessoa com Deficiência, onde os Estados Parte desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que: 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 viver em determinado tipo de moradia; 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 que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade; 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.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

É no pensamento grego que encontramos a idéia da existência de um Direito, baseado no mais íntimo da natureza humana, tanto como ser individual quanto como ser coletivo. A partir do momento em que os pensadores gregos percebem a existência de uma grande diversidade de leis e costumes nas várias nações e povos, eles colocam a seguinte questão: "existem princípios superiores a estas normas específicas que sejam válidas para todos os povos, em todos os tempos, ou a Justiça e o Direito são uma mera questão de conveniência?".⁵³

Iniciamos esse capítulo mostrando que o conceito de Direitos Fundamentais por vezes confunde-se com outras expressões como Direitos Humanos, Direito dos Homens, Direito Natural. A expressão gerações de direitos fundamentais pode ensejar visão errônea, de superação ou mesmo de descarte. A idéia de dimensão nos parece mais adequada, pois resgata o movimento de expansão, de acumulação, de fortalecimento. As várias dimensões resultam de conflitos de interesses e violações sistemáticas dos direitos fundamentais da pessoa humana. As primeiras Declarações de Direitos foram de cunho individual e muito recentemente, no século XX, surge a idéia de que a felicidade dos homens não se alcança apenas contra o Estado, mas, sobretudo, através do Estado. Surgem então, trazidos pela Constituição de Weimar (1919) novos direitos fundamentais, os direitos econômicos e os direitos sociais que foram introduzidos no constitucionalismo brasileiro, na Constituição de 1934 e que se fizeram presente nas Constituições seguintes, de 1946, 1967, EC 1/69 e na atual, Constituição de 1988.

Quando a Constituição Federal de 1988 enumera, como objetivos fundamentais a cidadania (art. 1º, inc. II), a dignidade da pessoa humana (art.

⁵³MAGALHÃES, José, L.M. *Direitos Humanos Evolução Histórica*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/joselm.htm>>, acesso em 15 fev. 2007.

1º, inc. III) e os valores sociais do trabalho (art. 1º, inc. III), está determinando que todas as decisões judiciais, as decisões administrativas e a produção legislativa sigam estes vetores. Sob o amparo da lei, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, direitos e liberdades individuais devem ser respeitadas sem qualquer distinção. A Constituição deixa absolutamente claro o direito à inclusão social das pessoas com deficiência em seu art. 5º, o direito de igualdade de todos os cidadãos. A deficiência, tradicionalmente dá origem a situações de discriminação, e assim é preciso favorecer legalmente o desenvolvimento de ações e medidas visando melhorar as condições de vida dessas pessoas através da acessibilidade e principalmente garantir o direito ao trabalho. Não há como falar em inclusão social sem acessibilidade.

3.1. Conceito de Direitos Fundamentais

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana. A definição envolve diferentes aspectos. Formalmente, são aqueles direitos básicos do indivíduo e do cidadão, reconhecidos pelo direito positivo do Estado, que exige deste ou uma abstenção ou uma atuação no sentido de garanti-los. No Brasil, a expressão engloba vários direitos, tais como: os individuais, os coletivos, os difusos, os sociais, os nacionais e os políticos.

Direitos fundamentais podem surgir na literatura sob diferentes denominações e daí provocar certa confusão de significados. A título de esclarecimento pontuamos algumas definições.

Direitos humanos ou direitos do homem dizem respeito aqueles referentes à condição do indivíduo enquanto ser humano. Sendo assim, são direitos que se estendem a toda humanidade, em todos os lugares, sem limitação temporal. Tais direitos se baseariam no conceito de direito natural, os quais não necessitariam de serem criados pelo direito positivo, mas tão somente de serem reconhecidos e declarados.

Direitos do cidadão, a expressão pode abarcar dois tipos de direitos: os direitos naturais, que seriam aqueles inerentes à própria existência humana; e os direitos civis, que pertencem ao ser humano enquanto participante de uma coletividade social civil.

Direitos políticos seriam aqueles direitos decorrentes da cidadania e podem ser segmentados em direitos políticos positivos e negativos. Os direitos políticos positivos concedem ao cidadão o poder de participar da vida política do país por meio de diferentes formas, através de voto, o plebiscito, referendo, a iniciativa popular de leis e por meio da propositura de ação popular. Os direitos políticos negativos, também conhecidos como direito de elegibilidade, permitem ao cidadão candidatar-se a cargos públicos em eleições representando o povo.

Para o grande mestre José Afonso da Silva, os direitos fundamentais “correspondem a situações jurídicas subjetivas de vantagem, sem as quais o ser humano não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, e as mesmas são dotadas de eficácia jurídica mediante reconhecimento formal e efetividade material em favor de seu titular”.⁵⁴

Para Paulo Bonavides: “os direitos fundamentais devem criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis o que os direitos fundamentais almejam”.⁵⁵

Neste diapasão afirma ilustríssimo Professor Guilherme Braga Penã de Moraes: “os direitos fundamentais são ‘direitos’ ou posições jurídicas subjetivas asseguradoras de um campo de ação próprio e livre, impondo abstinência ou limitação à atividade estatal ou privada, ou determinante da possibilidade, decorrente de sua titularidade, de exigir prestações positivas do Estado”.⁵⁶

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. São Paulo, Editora: Malheiros, 1993, pp. 163-164.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14^o ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560.

⁵⁶ MORAES, Guilherme Braga Penã de. *Curso de Direito Constitucional - 3^a Edição*. pp. 24-27.

Já para Ieda Tatiana Cury os direitos fundamentais: “[...] podem ser conceituados como o conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado; devem ser observados sob dupla perspectiva: objetiva - cabe ao Estado garantir o exercício desses direitos - e subjetiva - as pessoas têm o direito de exigir do Estado uma prestação (positiva ou negativa)”.⁵⁷

De acordo com Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais: “[...] relacionam-se diretamente com a garantia da não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais”.⁵⁸

A história dos direitos fundamentais remonta ao século XVIII quando do surgimento do constitucionalismo. Porém, já na Idade Média surgia a idéia de limitar o poder do Estado em favor do cidadão, o documento que marca a época é a Magna Carta, de 1215, através da qual o rei da Inglaterra reconhecia alguns direitos dos nobres, limitando assim o poder do monarca. Com a Revolução Francesa, em 1789, se acentuaram os movimentos e documentos escritos que buscavam garantir direitos elementares em face da atuação do poder público. Um dos documentos mais conhecidos neste sentido é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Pouco antes disso, porém, outro documento entrava para a história, a Declaração de Virgínia, elaborada em 1776, resultado da revolução americana. Trazia como direitos fundamentais do povo norte-americano, a liberdade, a igualdade, a eleição de representantes do povo, etc. Em 1948, logo após a 2ª Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas fazia editar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estendendo para praticamente todo o mundo o respeito e a proteção aos direitos fundamentais do ser humano.

⁵⁷ CURY, Ieda Tatiana. *“Direito Fundamental à Saúde. Evolução Normatização e Efetividade”*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1.

⁵⁸ MORAES, Alexandre. *“Direitos Humanos fundamentais”*. Teoria Geral. Coleção Temas Jurídicos. Vol.3. São Paulo: Atlas. 1997, p. 41.

As principais características doutrinárias atribuídas aos Direitos Fundamentais são:

1- Historicidade: São criados e se desenvolvem acompanhando o processo histórico-social;

2- Inalienabilidade: São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

3- Imprescritibilidade: Os Direitos Fundamentais não prescrevem e não se perdem com o decurso do tempo, são permanentes;

4- Irrenunciabilidade: Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.

Em síntese, os Direitos Fundamentais resultam de reivindicações concretas diante de situações de injustiça ou de agressão aos bens fundamentais e elementares do ser humano. As dimensões se sucedem respondendo às injustiças e ao estado de insegurança das pessoas como veremos a seguir.

3.2. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais

Estudando a evolução doutrinário-positiva dos direitos fundamentais verificamos três gerações ou dimensões de direitos próprios do homem, traduzindo um processo sucessivo e cumulativo.

Essas gerações, numa primeira análise, representariam a conquista pela humanidade de três espécies de direitos fundamentais, amparada nos ideais divulgados especialmente na Revolução Francesa, resumidos no lema “liberdade, igualdade e fraternidade”.⁵⁹

⁵⁹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 516-524.

Antes de definirmos as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais esclarecemos a sua terminologia.

Segundo Willis Santiago GUERRA FILHO: “em vez de gerações é melhor falar em ‘dimensões de direitos fundamentais’, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração sucessiva, assumem outra ordem de dimensão, pois, os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada - e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los”.⁶⁰

Como visto anteriormente, a criação dos direitos fundamentais, que se iniciara pela luta da limitação do poder do Estado, atingiu seu marco mais solene e universal a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 02 de outubro de 1789, na França. Preocupavam-se, os franceses, em assegurar as liberdades individuais. Comentando os direitos que emergiram daquela Declaração, Carl SCHMITT descreveu-os como “(...) os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”⁶¹. Tal Declaração prendia-se, como se constata, à concepção liberal de Estado, cuja importância é inegável, visto que consolidou a feição democrática do Estado de acordo não apenas com a separação dos poderes, mas, também, com as limitações do seu exercício e, ainda, com a democratização do acesso aos cargos diretivos.

Historicamente, contudo, ao longo do mesmo século XIX, evidenciou-se insuficiente esse amparo legal na construção individualista dos direitos fundamentais, uma vez que a mera liberdade formal comprovou-se inatingível em face das realidades materiais da vida. Não dispõe de liberdade aquele que não pode exercer tal direito por ausência de recursos, fazendo-se necessária a

⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “*Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 40.

⁶¹ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* apud BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 561.

superação desse desequilíbrio pela outorga de direitos suplementares, denominados por Paulo BONAVIDES⁶², direitos fundamentais de segunda geração. Esses direitos sociais, que se caracterizam pela aproximação do Estado com a cena social, impõem atividades que promovam equilíbrio entre a liberdade apriorística e a liberdade factual, exigindo ações e abstenções de terceiros, justamente para que aquelas liberdades primeiras se viabilizem. Incidem de forma coletiva, dirigidos que são a determinadas classes sociais, mas repercutem direta e profundamente no âmbito das liberdades individuais de cada componente dos referidos grupos. Implicam, portanto, uma conduta positiva do Estado, assim entendida porque deve esse mesmo Estado imantar suas ações para o pólo do equilíbrio “dos pratos na balança da justiça social”. Caracterizam-se, normalmente, por prestações positivas, diferentemente das medidas que um dia forjaram direitos individuais, em época que se exigia do Estado uma postura de abstenção para permitir o livre fluxo das liberdades individuais.

Essa dicotomia entre direitos de índole positiva e de índole negativa, concernentes, os primeiros, aos direitos sociais e, os últimos, aos direitos fundamentais individuais, não se afigura absoluta, como bem observa Robert ALEXY⁶³, ao ressaltar que a efetivação dos direitos sociais acarreta um feixe de posições, nem sempre tão precisas, que orbitam tanto na esfera normativa quanto na esfera fática e que podem implicar ações e abstenções estatais, sendo, portanto, direitos de defesa, de proteção, de procedimento ou de prestação. Exemplifica tal afirmação com o Direito Ambiental que enseja todas essas formas de manifestação. O Estado deve, por vezes, impedir determinadas condutas que poluam o meio ambiente; por outras, o Estado deve proteger titulares de direitos em face da ação de terceiros que agridam o meio ambiente; por outras, ainda, o Estado deve criar procedimentos e estimular a participação dos cidadãos nesses mesmos procedimentos, em defesa tanto dos direitos subjetivos individuais quanto dos coletivos e difusos;

⁶² BONAVIDES, Paulo. Idem, pp. 564- 565.

⁶³ ALEXY, Robert. “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Madrid, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2002, p. 428.

finalmente, situações existem em que o Estado deve efetivamente prestar atividades na defesa eficiente do direito ora focado.

Também o direito ao trabalho apresenta-se como caracterizador deste feixe. ALEXY menciona os exemplos dados por BRUNNER, que os identifica da seguinte forma: direito “(...) à livre eleição da profissão, dos direitos a um posto de trabalho, a um salário justo, a condições de trabalho adequadas, a proteção para determinados grupos de pessoas (com deficiência, mulheres, adolescentes), ao descanso, a um subsídio pelo desemprego, ao direito de coalizão e greve, como também o direito de cogestão”⁶⁴. Ressalta, ainda, Robert ALEXY, que os direitos positivos impõem ao Estado a busca de objetivos, enquanto os direitos negativos, estes, sim, sempre acarretam abstenções, mas os objetivos que Estado persegue devem nortear-se pelos direitos objetivos constitucionais. Assim, embora públicos e coletivos, os direitos sociais, insista-se, tutelam as liberdades individuais mais profundas. Logo, os direitos fundamentais, todos eles, individuais ou sociais, envolvem uma relação trilateral entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação positiva do Estado. Assinala, assim, que tanto os direitos de defesa quanto os direitos positivos identificam-se com um caráter *prima facie* que, em sua teoria, significa dizer que têm natureza axiológica, portanto, exeqüíveis na medida do possível.

Após a Segunda Guerra Mundial, constatada a falibilidade dos axiomas liberais concernentes à soberania da maioria, justamente porque esses mesmos axiomas legitimaram juridicamente a ascensão e o domínio do nazi-fascismo, entendeu-se que tanto os direitos fundamentais negativos quanto os positivos não poderiam mais estar à mercê das majorias flutuantes. As constituições, desse modo, preocuparam-se em salvaguardá-los de ingerências legislativas, consagrando-os como cláusulas pétreas. Nesse diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, em dezembro de 1948, inclui, entre

⁶⁴ ALEXY, Robert. Idem, p. 431, tradução do autor.

os direitos fundamentais universais, os direitos trabalhistas, como espécie dos direitos sociais⁶⁵.

Finalmente, parecem importantes as definições de ALEXY acerca das espécies de direitos positivos que, como se viu, incluem os de proteção, de organização e procedimento e os de prestação em sentido estrito.

Os direitos à proteção se definem, segundo o autor, como “(...) os direitos do titular de direitos fundamentais frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros”⁶⁶. Abrangem amplo espectro: a vida e a saúde, a dignidade, a liberdade, a família, a propriedade. O direito à organização e ao procedimento é introduzido pelo autor com uma menção a Hermann HESSE, que alude ao fato de que a única forma de se obter a eficácia dos direitos fundamentais é a sujeição de toda a sociedade a procedimentos de discussão e de defesa amplamente democráticos. Lembra, ainda, H. GOERLICH, que trata da existência de “(...) direitos fundamentais materiais e formais como garantia procedimental do processo político, jurídico e social de uma sociedade”⁶⁷. Define-os, destarte, segundo explicação que se estrutura em procedimentos, fazendo-o nos seguintes termos: “(...) os procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se este resultado é obtido respeitando as regras e/ou princípios, então, do aspecto procedimental, apresenta uma característica positiva. Se não é obtido desta maneira, então é defeituoso do ponto de vista procedimental e,

⁶⁵SÜSSEKIND, Arnaldo. *“Direito Constitucional do Trabalho”*. São Paulo, Editora: Renovar, 4ª edição, 2009. p. 71. Consagrando-os nos seguintes dispositivos: Art. XXIII – 1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego. 2 – Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3 – Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4 – Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. Art. XXIV – Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. Art. XXV – 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

⁶⁶ ALEXY, Robert. op. cit., p. 435, tradução do autor.

⁶⁷ ALEXY, Robert. op. cit., p. 455, tradução do autor.

por isso, tem uma característica negativa”⁶⁸. “Os direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-los também de particulares”⁶⁹. Delineia, outrossim, uma distinção entre os direitos sociais expressos e presumidos, sendo os primeiros aqueles que se inscrevem explicitamente nas constituições e, os segundos, aqueles que derivam da interpretação principiológica da carta política.

Demonstrada, segundo parece, a relevância das atividades estatais, no sentido de assegurar os direitos e as liberdades individuais por meio de medidas de proteção, organização e ações efetivas de índole coletiva, justamente para que aquelas liberdades façam-se eficazes, fato que ainda não se permitiu neste país e cuja importância emerge, historicamente, da observação do direito comparado, convém, doravante, apresentarem-se as idéias de Ana Paula de BARCELLOS⁷⁰ acerca da fundamentalidade dos princípios, para que se demonstre a relevância da inclusão dos direitos trabalhistas no Título II da Constituição da República de 88 (Dos Direitos Fundamentais).

O primeiro critério eleito pela autora para discernir os graus de eficácia incidente sobre as normas elege o da fundamentalidade social que “(...) nada mais é que seu grau de importância ou relevância social”⁷¹. Como exemplo, lembra que o direito de propriedade já foi considerado tão relevante quanto o direito à vida e que, de outra parte, a proteção do meio ambiente e da condição do consumidor foram recentemente valorados como fundamentais. A fundamentalidade de que se cuida certamente revela a importância de um determinado princípio e somente em condições excepcionais tal princípio deixará de pautar-se pela eficácia positiva ou simétrica que, segundo a

⁶⁸ ALEXY, Robert. *idem*, p. 457, tradução do autor.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *idem*, p. 482, tradução do autor.

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 83- 99.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.*, p. 85.

proposta da autora, revela a auto-aplicabilidade dos princípios, a qual se evidencia quando o intérprete tem, diante de si, como critério de ponderação, a incidência de dois ou mais princípios.

O segundo critério indicado por BARCELLOS define a fundamentalidade jurídica, que consiste na referência explícita de um determinado princípio, pelo ordenamento jurídico, como fundamental, exatamente como se dá em relação aos arts. 7º a 11º, da Constituição, que contemplam direitos trabalhistas individuais e coletivos. Exemplifica a fundamentalidade jurídica demonstrando que a Constituição estabelece cláusulas pétreas, fundamentos da República, ou introduzindo capítulos específicos, para indicar os princípios que os norteiam. Destarte, adota-se a fundamentalidade social apenas como grau de ponderação de princípios; e se destaca como o primeiro método a ser utilizado, exatamente o método da fundamentalidade jurídica. Adverte, porém, que inexistente hierarquia entre regras e princípios constitucionais, mas uma certa ascendência dos últimos sobre as primeiras, tanto pela indicação expressa da Carta quanto pela fundamentalidade social ou, até mesmo, em razão do conteúdo axiológico dos princípios, eis que estes constituem matrizes para a elaboração de outras normas. A intenção da autora é demonstrar, adiante, que a dignidade da pessoa humana avulta-se como o princípio de maior fundamentalidade jurídica.

O texto da norma materializa o seu conteúdo e indica os limites iniciais e finais dos critérios de aplicação da hermenêutica, e por isso mesmo confere densidade jurídica à norma que, dependendo do respectivo grau, provê-se de maior ou de menor eficácia jurídica, quer-se dizer, exigibilidade perante o Judiciário. A interpretação sistemática da norma, por sua vez, impõe-se como o mais prestigiado método hermenêutico, ao lado do teleológico. Admite dois critérios de aplicação: o primeiro versa a respeito da verificação do subsistema em que se situa a norma (livro, título, capítulo), prestando-se à verificação do efeito pretendido; o segundo, a seu turno, implica a situação da norma no sistema geral do ordenamento jurídico, valendo, conforme a autora, como indicativo do grau de eficácia. A seguir, Ana Paula de BARCELLOS descreve a

condição “*sine qua non*” da eficácia da lei socorrendo-se dos ensinamentos de Luís Roberto BARROSO. Trata-se, exatamente, das condições materiais de implementação da lei, sem as quais a dicção legal, por mais clara que seja, resta inviabilizada.

Diante das construções doutrinárias acima alinhadas, resta inegável que a inclusão dos direitos trabalhistas nas constituições calca o primeiro passo para a própria consagração dos direitos sociais, que se consolidou a partir da segunda metade do século passado. A fundamentalidade social e jurídica desses direitos celebra, diretamente, a dignidade da pessoa enquanto produtora de força de trabalho, força esta que é incorporada ao processo econômico, por esse apropriada, mas não desfigurada, visto que se traduz como força humana.

A primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais estaria associada à liberdade dos indivíduos, às demandas dos cidadãos face ao poder público, buscando controlar e limitar os desmandos do governante no sentido de respeitar as liberdades individuais. Significa, portanto, uma limitação do poder público, ou seja, uma prestação negativa em relação ao indivíduo. Assim, os direitos fundamentais correspondentes nessa primeira geração são os direitos individuais da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, pelo prisma histórico, à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

A segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais, fundada no ideário da igualdade, estaria associada a exigir do poder público que atue em favor do cidadão. Portanto, diferentemente da primeira geração o Estado aqui tem obrigações e deveres para com o cidadão enquanto na primeira geração trata-se de o Estado deixar de fazer alguma coisa. A prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados Direitos Sociais dos cidadãos, direitos não mais considerados individualmente, mas sim de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida. Esta geração de direitos encontra-se diretamente associada com as condições

de trabalho. Com a evolução do capitalismo e as demandas da sociedade foi necessário regular e garantir as relações de trabalho, postulando, portanto, salário mínimo digno, limitação das horas de trabalho, aposentadoria, seguro social, férias remuneradas entre outros temas.

Por sua vez, a terceira dimensão corresponderia ao ideal da fraternidade preconizado na Revolução Francesa. Seria uma evolução dos direitos fundamentais no sentido de proteger direitos decorrentes de uma sociedade já modernizada, industrializada e urbanizada. Uma sociedade como a atual necessita que outros direitos sejam protegidos, agora dentro da perspectiva de uma coletividade nacional e internacional. São os chamados direitos difusos baseados na fraternidade e na solidariedade onde o sujeito não é mais o indivíduo e sim a coletividade. É o direito à paz, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à comunicação, os direitos do consumidor e também os direitos relacionados aos grupos em vulnerabilidade social como a criança, o idoso, as pessoas com deficiência.

Dado o aspecto evolutivo dos direitos fundamentais fala-se hoje em uma quarta dimensão que decorreria da atual globalização, como a democracia, o direito à informação e ao pluralismo.

3.3. Direitos Sociais como Direitos Fundamentais

Existe uma divergência entre os doutrinadores sobre a questão da inclusão ou não dos direitos sociais no conceito de direitos fundamentais. Em nosso entender, todos os direitos intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana devem ser tratados como direitos fundamentais ou mesmo como direitos humanos.

Para Ricardo Lobo Torres: “os direitos sociais e econômicos compõem o que se convencionou chamar de cidadania social econômica, que é a nova dimensão da cidadania aberta para o campo do trabalho e do mercado”.⁷²

A justiça social encontra sua expressão constitucional no art. 6º, complementada pelo art. 170, onde a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar existência digna a todos, realizando a justiça social através da justa distribuição de renda, protegendo os fracos, os pobres e os trabalhadores, sob a diretiva de princípios como os da solidariedade e igualdade. No nosso país isso não aconteceu.

Segundo Ricardo Torres, “nos países atrasados como o Brasil, postergou-se a distribuição de rendas em nome da necessidade do desenvolvimento econômico, pois, se apregoava ser preciso que primeiro o país crescesse para que após se fizesse a redistribuição, no que ficou conhecido como a ‘teoria do bolo’ (deixar o bolo crescer para dividi-lo depois); o bolo não cresceu e dele só comeram os mais próximos ou mais sabidos”.⁷³

O termo direito social foi utilizado pela primeira vez na remota à École Du Droit Social Natural, sob influência do processo de industrialização que afetou profundamente o modo de vida da sociedade e deu origem a uma nova classe social, o proletariado, submetida à vontade dos patrões, em consequência da inércia do Estado. Os empregados, desprotegidos e acuados, passaram a organizar movimentos em favor de seus direitos. A partir do século XIX nasciam movimentos socialistas que reivindicavam melhores condições de vida para as pessoas, forçando uma reflexão acerca do pensamento então dogmatizado – “*laissez faire, laissez passer...*”

Em meio a essa situação, surgiu uma corrente que visava reconciliar o proletariado com as outras classes e também com o Estado, representada pelo posicionamento reformista do positivismo, do socialismo democrático e do

⁷² TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos direitos”. In: Ricardo Lobo Torres. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 269.

⁷³ Ibidem, p. 272.

cristianismo social que conduziu aos direitos econômicos e sociais. Esse movimento ganhou um grande apoio com a formulação da doutrina social da Igreja, através da encíclica “*Rerum novarum*”, elaborada pelo Papa Leão XIII, que enaltecia a tese do bem comum, da essência na vida humana digna, bem como por meio da doutrina do direito natural e da dignidade do trabalho e do trabalhador.

O principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos sociais foi a Constituição Francesa em 1848. As primeiras Constituições que recepcionaram os direitos sociais e econômicos em suas disposições foram em, 1917 a Constituição Mexicana e em 1919 a Constituição de Weimar - Constituição da República Alemã a qual serviu de modelo para várias Constituições européias e também para a Constituição brasileira de 1934. Apesar dos direitos sociais terem sido consagrados desde 1919, somente foram reiterados após a segunda Guerra Mundial.

Este processo evolutivo teve seu ponto culminante com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, sendo uma síntese em que paralelamente inscrevem-se os direitos fundamentais de primeira geração, denominados de liberdades e os da segunda geração, chamados de direitos sociais.

Em relação ao tema proposto vale destacar que com o processo de participação popular na elaboração da atual Constituição Federal, as necessidades vivenciadas pela população passam a ser reconhecidas como direitos sociais e estão enumeradas no artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁷⁴

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 2007.

Para Alexandre de Moraes, “os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado democrático conforme preleciono o artigo 1º, IV da Constituição Federal de 1988”.⁷⁵

Quando descritos no artigo 6º os direitos sociais, o legislador destacou alguns direitos inerentes à vida humana.

Para José Afonso os direitos sociais: “[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar o equilíbrio de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.⁷⁶

Como já mencionamos, os direitos sociais são denominados de direitos fundamentais de segunda geração, compreendidos como direitos da pessoa humana situada na sociedade ou direitos relativos às relações sociais, econômicas e culturais que o indivíduo desenvolve durante a sua vida. São direitos que determinam prestações positivas do Estado, enunciadas na Constituição Federal.

As Constituições do Brasil, ao longo do século XX trataram de direitos sociais como o direito ao trabalho, à saúde e à educação, entretanto ignorava os interesses das pessoas com deficiência. Desse modo, uma parcela da população permaneceu excluída da cidadania. A partir da Carta Magna de

⁷⁵MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos fundamentais*. Teoria Geral. Coleção Temas jurídicos. Vol.3. São Paulo: Atlas. 1997, p. 43

⁷⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 287.

1988 estendeu-se o direito à educação e ao trabalho para as pessoas com deficiência e estabeleceu para o Poder Público uma prestação mais específica, escapando a uma mera declaração de caráter genérico.

3.4. Classificação dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988.

A Constituição brasileira de 1988 é a Lei Maior vigente no Brasil, rege todo o ordenamento jurídico do país. É a sétima (ou a oitava, para alguns, considerando a Emenda nº 1, decretada pela Junta Militar à Constituição Federal de 1967, como uma nova Constituição Federal de 1969) a reger o Brasil desde a sua Independência. Surge após o período de ditadura militar, no quais direitos fundamentais foram violados sistematicamente. Fruto dessa amarga experiência e sob influência de movimentos e documentos internacionais, se institui o Estado Democrático de Direito que assegura o exercício dos direitos sociais e individuais.

Em seu Preâmbulo, a Constituição estabelece a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira enquanto uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundados na harmonia social e comprometidos na ordem interna e internacional, buscando solução pacífica das controvérsias.

Os princípios fundamentais estão dispostos no Art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”.

Esclarece o professor Rizzato NUNES, que “os princípios constitucionais são o ponto mais importante do sistema normativo, eles são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser

estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper”.⁷⁷

Celso Antonio Bandeira de Mello pontifica: “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, em ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada”.⁷⁸

Portanto, os princípios constitucionais não são meros conselhos ou orientações, são as verdadeiras diretrizes a condicionar a atuação de todos quando se submetem ao império da Constituição.

Observamos que a Constituição Federal de 1988 trouxe no Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos:

3.4.1. Direitos Individuais e Coletivos

São os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade. Dizem respeito ao direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estão previstos no artigo 5º e seus incisos.

São também denominados de primeira geração, entendidos como direitos fundamentais intitulados como sendo os exercidos pela pessoa

⁷⁷NUNES, Luiz Antônio Rizzatto, “*O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*.” São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

⁷⁸MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 25ª Edição, 2008. p. 104.

humana individualmente, característicos do Estado liberal democrático de Direito.

Podemos citar alguns que nos interessam como o direito à vida (art. 5º caput), direito à integridade física e moral (art. 5º, III e X) entre outros.

Os Direitos Coletivos são direitos fundamentais intitulados e exercidos por uma coletividade com a individualização de seus componentes. Podemos citar o direito de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXIII), entre outros.

3.4.2. Direitos Sociais

O Estado Social de Direito garante as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos referem-se à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. A finalidade última é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos de maneira a concretizar a igualdade social. Estão elencados a partir do artigo 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

3.4.3. Direitos de Nacionalidade

Nacionalidade significa o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado o sujeita a cumprir deveres impostos a todos.

3.4.4. Direitos Políticos

Permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Está elencado no artigo 14. Estão inseridos nos direitos fundamentais de

primeira geração e são chamados de democráticos, de participação política e dos cidadãos.

Ademais, se contemplam os direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito e encontram-se no artigo 17.

4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade humana encontra-se consagrada na Constituição, em seu artigo 1º, inciso III, alçada à condição de verdadeiro fundamento da República. Contudo, a despeito de constar na Carta Magna em posição de reconhecido destaque, a projeção da dignidade humana na seara jurídica ainda não possui a dimensão necessária. Esta projeção encontra-se, contemporaneamente, em processo gradativo de consolidação.

A busca por efetividade jurídica imediata, decorrente diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pressupõe a revisão de muitos conceitos e por que não, de alguns “dogmas” de nosso direito positivo. A proposta de superação da dogmática tradicional e de utilização da dignidade humana enquanto instrumento jurídico de inclusão social passa, necessariamente, por uma visão humanística do direito; pela concepção de direito enquanto ciência que interage com a história, a sociologia, a ética, a economia, a filosofia e todas as demais ciências afins.

Agora, imprescindível uma análise evolutiva da normatividade dos princípios jurídicos no direito brasileiro. Em uma primeira etapa, a noção de princípio era muito condicionada a uma visão quase que metafísica, proveniente diretamente do direito natural. Prevalecia a idéia de excessiva abstração e de transcendência em relação às leis em vigor; estas sim, vistas como sendo o direito real e concreto. Esta postura de generalidade e de conteúdo vago dos princípios causou uma idéia de prescindibilidade, de desnecessidade, de uma visão arraigada de mera suplência em relação à legislação positivada. Diante deste contexto, o positivismo jurídico tinha todas as condições para prosperar, como de fato aconteceu.

No período subsequente estabelece-se a primazia do formalismo jurídico, em que a lei formalmente considerada ocupa lugar de destaque. E é exatamente neste momento, que os princípios ingressam nos códigos como meros auxiliares, com nítido caráter de suplência em casos de vácuos

legislativos. Nesta época os princípios eram vistos com muito descrédito, eis que eram associados a um ideal inócuo e, porque não, até mesmo sem sentido. Eram tidos como sendo incompatíveis com a tão almejada “segurança jurídica”.

A terceira fase é o atual momento contemporâneo, em que prevalece o chamado “pós-positivismo”, influenciado por uma série de acontecimentos históricos recentes e pela noção crescente de que o direito positivo, por si só, não é suficiente para solucionar as demandas cada vez mais complexas de um mundo globalizado e em constante modificação. Inúmeras constituições do ocidente alçam postulados principiológicos à categoria de valores fundamentais e norteadores do próprio sistema jurídico. Neste momento histórico, grandes pensadores se destacam, dentre eles Dworkin⁷⁹, Alexy⁸⁰ e Crisafulli⁸¹, contribuindo sobremaneira para a difusão da normatividade dos princípios.

Neste particular, pertinente a mensagem de Dworkin, quando coloca que a discussão ética ou moral de dispositivos constitucionais jamais deveria causar constrangimentos aos juristas⁸².

Desta forma, voltando-se o foco especificamente para o direito brasileiro, pode-se perceber que os princípios não vêm tendo, ao longo da evolução do direito nacional, a devida importância sistêmica que de fato possuem. A lei de

⁷⁹DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

⁸⁰ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁸¹CRISAFULLI, Vesio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

⁸²DWORKIN, op. cit., p. 37. “É claro que a leitura moral encoraja advogados e juizes a lerem uma constituição abstrata à luz do que eles consideram justo. De que outra forma eles poderiam responder às questões morais que a constituição abstrata lhes formula? Não é surpresa, ou ocasião para constrangimentos ou suspeições, que uma teoria constitucional reflete uma instância moral. Seria ocasião para surpresa – e para o ridículo – se fosse diferente. Somente uma forma de positivismo jurídico inacreditavelmente rude – uma forma abdicada pelo mais importante positivista deste século – poderia produzir aquele tipo de isolamento. O texto e sua integridade realmente atuam como limites importantes, como eu tenho enfatizado ao longo dessa discussão. Mas embora esses limites moldem e limitem o impacto das convicções acerca de justiça, eles não podem eliminar o próprio impacto. A leitura moral insiste, entretanto, que essa influência não é vexatória, desde que seja abertamente reconhecida, e desde que as convicções sejam identificadas e defendidas honestamente, quero dizer com argumentos principiológicos apropriados, não apenas esquálidos slogans ou metáforas repetitivas”.

introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º e o Código de Processo Civil, em seu artigo 126, causaram uma espécie de “vício coletivo” na seara jurídica, ao sugerirem ao intérprete menos avisado que os princípios possuem caráter subsidiário e complementar à legislação ordinária.

Esta noção, muito arraigada pelo passar dos anos, gerou uma visão absolutamente equivocada com relação ao verdadeiro lugar dos princípios no sistema jurídico. Uma das propostas deste capítulo é demonstrar, tecnicamente, a verdadeira posição dos princípios e os efeitos que decorrem desta mudança de foco.

RIZZATTO NUNES, em obra escrita a respeito do tema, confirma categoricamente este vício de interpretação, presente de longa data no direito brasileiro:

“É que, em função do que restou prescrito e da prática interpretativo-integrativa implementadas por tais regras, a doutrina e a jurisprudência ficaram com a noção de que a aplicação do princípio é hierarquicamente inferior à analogia e aos costumes jurídicos, bem como que eles incidem apenas na lacuna, cuja colmatação é regulada por estes dispositivos (LICC, 4º e CPC, 126)”⁸³.

Tanto a Lei de Introdução ao Código Civil quanto o Código de Processo Civil são legislações infraconstitucionais e devem guardar sintonia com os mandamentos decorrentes da Constituição da República, que ocupa o vértice de nosso sistema jurídico. A Carta Magna está alicerçada em princípios que norteiam todo o sistema jurídico. Neste sentido, qualquer norma hierarquicamente inferior deve guardar sintonia com os postulados constitucionais, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Com relação às leis que já existiam antes da Constituição superveniente, incide o fenômeno da recepção, segundo a qual o intérprete analisa a compatibilidade delas com a

⁸³NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. “*O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*”. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

nova ordem constitucional, mantendo-as ou retirando-as do sistema, naquele caso concreto.

Pode-se perceber que, para o bom funcionamento do sistema jurídico, é imprescindível o respeito à hierarquia normativa. Assim, todo e qualquer ato de interpretação deve ter início pela Constituição, que condicionará a validade de todas as normas jurídicas inferiores, permitindo que o sistema funcione em plena sintonia.

Outro ponto que merece destaque é o de que a Constituição está assentada em princípios, escritos ou não, que em função de seu alto grau de generalidade e abstração, ocupam posição máxima no universo jurídico, vinculando não somente normas inferiores, mas também as próprias normas constitucionais.

A distinção apresentada por Robert ALEXY, entre princípios e regras, auxilia a compreensão e vale a pena ser reproduzida:

“Segundo a definição standart da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível que relativamente às possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. Bem diferentes estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção”.⁸⁴

⁸⁴ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático”. *“Revista de Direito Administrativo”*, Rio de Janeiro, n.º. 217, pp. 67-79, 1999.

Geraldo ATALIBA colabora para esclarecer a real importância dos princípios no sistema jurídico:

“[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências”.⁸⁵

Celso Ribeiro BASTOS, complementando a dimensão que se deve conferir aos princípios, conclui:

“Os princípios fundamentais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espaiar-se por cima de um sem-número de outras normas”.⁸⁶

⁸⁵ATALIBA, Geraldo. apud RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. op. cit., p. 38.

⁸⁶BASTOS, Celso Ribeiro. apud RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. op. cit., p. 39.

Depreende-se, assim, que o princípio é a estrela máxima do universo ético-jurídico e, portanto, tem o condão de influenciar na interpretação e na aplicação de todas as normas jurídicas positivadas. Ocupa a hierarquia máxima em termos da hermenêutica jurídica e situa-se no ápice do sistema jurídico, irradiando sua luz por todo o ordenamento. Contudo, a despeito de pairar por cima do sistema jurídico, como se estivesse “gravitando” em um universo de generalidade e abstração, por condicionar a aplicação de normas jurídicas, acaba incidindo no plano real e atingindo a concretude.

Contemporaneamente, com a evolução do direito constitucional e com sua abertura sistêmica, um novo enfoque passou a ser conferido aos princípios, eis que eles têm, cada vez mais, abandonado aquela postura de subsidiariedade que lhes foi equivocadamente atribuída e “saltado” dos códigos e legislações infraconstitucionais, diretamente para a Constituição, local em que se tornam alicerce e fundamento de toda a ordem jurídica, servindo especificamente como vetores interpretativos.

Desta forma e partindo-se destas premissas, temos que o principal valor tutelado pela Constituição da República é, sem qualquer dúvida, a dignidade humana; que serve, inclusive de valor condicionante para a validade e a eficácia de princípios inferiores e de toda a legislação infraconstitucional, em nítida posição de supremacia axiológica. Possui, verdadeiramente a natureza de super-princípio e, portanto, deve se constituir no principal ponto de análise do hermenauta ou do operador do direito, logo ao iniciar a busca pelo sentido e alcance de determinada norma jurídica.

O princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente, está consagrado na Constituição da República no artigo 1º, inciso III, em verdadeira posição de destaque, eis que o poder constituinte originário o alçou à condição jamais vista em nosso direito positivo, de fundamento da República.

Neste particular, nenhum ato de interpretação pode desconsiderar a dignidade humana enquanto valor supremo da Constituição da República. Rizzato NUNES confirma esta visão ao discorrer acerca da dignidade humana:

“Aliás, é um verdadeiro supra-princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas”.⁸⁷

Esta posição jurídica, por nós defendida, de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio máximo estampado na Constituição da República, com superioridade axiológica mesmo sobre outros princípios da própria Constituição e naturalmente sobre toda legislação infraconstitucional, possui ampla aceitação da doutrina constitucional contemporânea, como passaremos a demonstrar.

Cleber Francisco ALVES, em sua obra, assim pondera:

“O dinamismo de uma cultura dita pós-moderna, onde se sucedem avanços tecnológicos e mudanças contínuas e imprevisíveis no cotidiano dos povos, nesse limiar do terceiro milênio, têm exigido das instituições jurídico-políticas uma versatilidade e aptidão para adaptar-se a novas realidades que não condizem com as noções rígidas e fechadas inerentes ao conceito tradicional de Constituição. Esse fenômeno reforça uma propensão à proeminência de uma principiologia constitucional onde a normatividade supra-legal dos princípios fundamentais estruturantes é compatibilizada com a fraca densidade referente aos seus efeitos e condições de aplicação. Com isso, permite-se uma abertura constitucional adaptável às realidades difusas e

⁸⁷RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. op. cit., p. 51.

complexas das sociedades contemporâneas, marcadas por um traço acentuado de pluralismo cultural e político”.⁸⁸

Flademir Jerônimo BELINATI MARTINS, autor de obra a respeito do tema e na mesma linha de posicionamento, disserta:

“A dignidade da pessoa humana, enquanto valor fonte do sistema constitucional condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto, conferindo unidade axiológico-normativa aos diversos dispositivos constitucionais, que muitas vezes se encontram sem relação aparente e até mesmo em franca contradição. Assim, o expreso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. Por óbvio que a dignidade não será o único parâmetro, mas, sem dúvida alguma, por força de sua proeminência axiológica, será o principal. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na hierarquia constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. [...] Ademais, aquele princípio funcionará como uma cláusula aberta no sentido de respaldar o surgimento de direitos novos não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime

⁸⁸ALVES, Cleber Francisco. “O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja”. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 67-68.

e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º. Estreitamente relacionada com esta função pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional”.⁸⁹

Seguindo esta mesma postura intelectual, Ingo WOLFGANG SARLET leciona:

“Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa lei fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui – de acordo com a preciosa lição de Judith Martins-Costa, autêntico, “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”.⁹⁰

⁸⁹BELINATI MARTINS, Flademir Jerônimo. *“Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental”*. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 62 et. seq.

⁹⁰WOLFGANG SARLET, Ingo. *“Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 70

Otávio Henrique MARTINS PORT, também se posiciona de forma segura na mesma linha acima exposta, vejamos:

“O conteúdo mínimo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais é, conforme assevera a melhor doutrina, a dignidade da pessoa humana. Esta é o denominador comum de todos os direitos fundamentais, ao qual todos eles podem ser reduzidos. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é um princípio de natureza absoluta, devendo ser preservada e respeitada por todos, constituindo o piso mínimo ao qual estão inexoravelmente adstritos todos os direitos fundamentais. A pessoa deve ser vista como fundamento primeiro e último do Estado, conferindo a dignidade da pessoa humana uma unidade de sentido e de valor aos direitos fundamentais”.⁹¹

Pelo exposto, resta patente, portanto, que a melhor doutrina contemporânea consagra a dignidade humana como valor máximo do sistema jurídico nacional, plenamente dotado de eficácia normativa e dispensado de qualquer outro requisito para que possa ser aplicada imediatamente às questões concretas.

Neste sentido, muda-se também o foco do ordenamento jurídico na exata medida em que o homem, enquanto ser dotado de dignidade excelsa passa a ser o fim do direito. É o Estado que existe para o homem e não o contrário. A promoção da dignidade torna-se, então, prioridade para todo o Poder Público e seus órgãos.

Contudo, o reconhecimento de superioridade axiológica do princípio pela doutrina e a positivação do princípio em lugar de reconhecido destaque na Constituição não exaurem a problemática inerente à dignidade humana das

⁹¹MARTINS PORT, Otávio Henrique. “*Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*”. São Paulo: RCS, 2005. p. 30

pessoas com deficiência. O principal desafio, a partir deste reconhecimento doutrinário, seguramente será a efetiva implementação de meios jurídicos capazes de auxiliar a proposta de equidade e inclusão social destas.

Norberto BOBBIO, em sua obra “A Era dos Direitos”, coloca com precisão a grande dificuldade de se efetivar os direitos fundamentais:

“Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia. A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre. Quero dizer, com isso, que a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o de modo a não deixá-lo cristalizar-se e

enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto vazias”⁹².

Neste contexto, a concepção de supremacia axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana, a despeito de já estar consagrada na doutrina, ainda representa intenso desafio para os operadores do direito. Simplesmente assegurar direitos ou estampar formalmente princípios na Constituição já não basta. É preciso uma revolução no pensamento jurídico, em que a premissa básica é a dignidade das pessoas com deficiência, também seres humanos.

Esta dignidade não deve ser concebida como valor distante e abstrato, quase que inatingível, mas sim por metas concretas, a serem exigidas do Estado e da sociedade civil organizada, em prol da construção de uma sociedade mais justa.

Esta busca se inicia como um processo, lento e gradativo, mas constante. Um pacto pela inclusão social deve unir os poderes constituídos especialmente, Judiciário, Ministério Público, Advocacia Geral da União, a Procuradoria-Geral dos Estados e Ordem dos Advogados do Brasil, na efetiva maximização da inclusão social das pessoas com deficiência no Brasil.

Clémerson Merlin CLÉVE, demonstrando plena percepção da necessidade de mudança de foco e do verdadeiro exaurimento do sistema jurídico tradicional, assim se pronunciou acerca do que a sociedade brasileira espera do Judiciário:

“A constituição de 1988 reclama um judiciário vinculado às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, um judiciário ativista, voltado para a plena realização dos comandos constitucionais e para compensar as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana, diz que isso não

⁹² BOBBIO, Norberto. “*A era dos direitos*”. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 24 e 34.

resultaria o judiciário atuar como legislador, nem que deva se substituir à atividade do administrador, mas sim que a Constituição Federal exige um novo tipo de juiz, não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, simples guardião do *status quo*".⁹³

Nosso pensamento encontra também respaldo nas conclusões de Suzana de Toledo BARROS, que reconhece, de forma categórica, em sua obra a necessidade de se conferir efetividade ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. A referida doutrinadora defende que este "núcleo mínimo ou essencial" dos direitos fundamentais vincula o legislador e torna-se passível de ser exigido perante a administração pública e o Judiciário.

"Quando o legislador constituinte atribuiu aos direitos fundamentais uma aplicabilidade imediata, quis evidenciar que eles possuem uma configuração mínima, a ser haurida na própria Constituição, que vincula o legislador, ao mesmo tempo em que pode ser invocável perante a Administração e o Judiciário. Os direitos fundamentais funcionam, portanto, como limites de atuação legiferante, ao mesmo tempo em que impõem ao legislador a tarefa de realizá-los".⁹⁴

Assim, novas idéias representam o rompimento de paradigmas. Os poderes da República vêm utilizando o direito de forma mecânica e dogmática há séculos.

Neste sentido, as idéias defendidas pela doutrina contemporânea, de direito constitucional, representam uma nova visão; um desafio na busca pela

⁹³MERLIN CLÉVE, Clémerson. "A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28.

⁹⁴TOLEDO BARROS, Suzana de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 147.

efetividade dos direitos fundamentais e na disseminação da igualdade de oportunidades. Esta modificação de pensamento não ocorre num passe de mágica, a mudança é lenta e gradual; todavia, este processo de transformação já começou e é irreversível. O foco deste novo modelo de direito seguramente é a inclusão social e a meta, a igualdade de oportunidades a todos, incluindo aí, as pessoas com deficiência.

Assim como a Constituição Federal Brasileira, a Constitución Española também resguardou um título para tratar dos Derechos e Deberes Fundamentales⁹⁵.

⁹⁵ “De los derechos y deberes fundamentales, Artículo 10: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011.

5. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E OS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Já que falamos em proeminência axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana sobre todos os demais princípios inseridos na própria Constituição da República e, naturalmente, sobre toda a legislação infraconstitucional, é importante que se diga que não haveria, em tese, possibilidade jurídica de colisão entre o princípio da dignidade humana e os outros princípios constitucionais. Entre eles há verdadeira relação de subordinação, na medida em que buscam seu fundamento de validade na própria noção de dignidade humana, concebida como fundamento do Estado Brasileiro. Esta é a única posição possível em sintonia com o entendimento doutrinário manifestado no tópico anterior e por nós expressamente endossado.

5.1. A Fungibilidade entre os Princípios da Proporcionalidade e o da Razoabilidade

Inicialmente, há que se fazer uma diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade. Grande parte da doutrina entende que tais denominações sinalizam a mesma coisa e, portanto, pretender fomentar distinções de detalhes seria algo inócuo e desnecessário para estes professores, dentre os quais se destaca Luiz Roberto Barroso, que entende haver uma relação de fungibilidade entre estas nomenclaturas.⁹⁶ Também, na literatura administrativa, não se faz a devida distinção entre um ou outro, confirmando, de certa forma, a tendência a visualizá-los de forma equivalente, em que a substituição de um pelo outro em nada mudaria a compreensão de determinada situação jurídica. Suzana de Toledo BARROS parece concordar

⁹⁶ BARROSO, Luiz Roberto apud STEINMETZ, Wilson Antônio. “*Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.185

com a fungibilidade acima idealizada, demonstrando que eventual distinção doutrinária pouco ou nada colaboraria para a ciência jurídica:

“É preciso deixar claro que nenhum óbice existe à nomeação do princípio ora examinado como princípio da razoabilidade, desde que rigorosamente o termo seja entendido com o conteúdo que se propõe na presente monografia. Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade”.⁹⁷

Todavia, apesar das posições doutrinárias acima indicadas, o próprio legislador pátrio parece ter feito clara opção pela distinção de sentido entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Ao menos é o que se depreende da simples leitura do artigo 2º da lei federal nº 9.784/99 em que consta textualmente: “A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.⁹⁸ Ora, é de se presumir que se o legislador federal fez a distinção é por que pretende que cada um tenha significado autônomo e, no máximo, complementar, porém, seguramente, distintos.

Guerra FILHO, filiando-se à posição do legislador federal, entende haver a pretendida distinção, eis que, segundo seu pensamento, proporcionalidade e razoabilidade têm finalidades diferenciadas; vejamos:

“[...] a desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitáveis, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites,

⁹⁷ TOLEDO BARROS, Suzana de. op. cit., p.74

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. “*Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*”. Diário Oficial da União, Brasília, 1 fev. 1999. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1999/9784.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

indicando como nos mantermos dentro deles – mesmo quando não pareça, a primeira vista, irrazoável ir além”.⁹⁹

Wilson Antônio STEINMETZ, filiando-se à corrente que defende a diferenciação, vê uma relação de hierarquia entre a proporcionalidade e a razoabilidade, valendo reproduzir seu pensamento:

“Aceita-se a tese da separação, mas para além disso, sustenta-se que, do ponto de vista do controle racional e intersubjetivo da aplicação, o princípio da proporcionalidade é superior ao princípio da razoabilidade, o que justifica ainda mais a aplicação do princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão de direitos fundamentais. Essa superioridade advém do fato de que o princípio da proporcionalidade é passível de uma definição operacional. Os princípios parciais da adequação, da exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito funcionam como indicadores de mensuração, de controle. Quais seriam os indicadores de mensuração do princípio da razoabilidade?”¹⁰⁰.

Particularmente, concordamos com a corrente que defende a diferenciação. Entendemos que a razoabilidade representa um valor de ponderação, intrínseco ao princípio da proporcionalidade e extremamente útil para a solução de conflito entre princípios constitucionais. Ademais a razoabilidade projeta seu valor, especialmente, no caso concreto, em que sua carga valorativa serve para indicar qual dos princípios deve prevalecer naquela situação apresentada. Desta forma, entendemos que o valor razoabilidade está contido no valor maior proporcionalidade.

Com o devido respeito, não haveria coerência de argumentação jurídica se fosse admitida suposta colisão entre o princípio da dignidade humana e qualquer outro inserido na Constituição. Se a dignidade ocupa o

⁹⁹ SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis. op cit. pp. 25-26.

¹⁰⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. op. cit., pp. 187-188.

valor máximo, condicionante de toda e qualquer interpretação, jamais poderia colidir com um princípio axiologicamente inferior.

Neste sentido, entendemos somente ser possível a eventual colisão entre os princípios subordinados¹⁰¹, o que reforça nosso posicionamento de verdadeira impossibilidade lógica de colisão entre a dignidade (valor máximo) e outros direitos fundamentais (valores estruturais, porém decorrentes da dignidade humana).

Contudo, esta colisão entre princípios não é desprovida de critérios. Esta antinomia entre princípios é conhecida doutrinariamente como sendo imprópria, eis que apesar da situação de aparente incompatibilidade, os princípios contrapostos continuam a integrar o sistema, sem que haja a necessidade de eliminação de um deles.

Assim, diante de uma situação de aparente conflito, caberá ao operador do direito ponderar os valores tutelados diante daquele caso concreto específico e proceder à harmonização dos postulados envolvidos, fazendo com que o mais relevante na hipótese prevaleça em detrimento do outro; sem que com isso o princípio hostilizado, “*in casu*”, tenha que deixar o sistema.

O principal instrumento para a ponderação de valores, quando da análise de antinomia entre princípios, é o princípio da proporcionalidade que, a despeito de não ser expressamente consagrado no texto constitucional, é considerado elemento intrínseco ao sistema constitucional nacional, sendo reconhecido pela melhor doutrina como princípio implícito.

RIZZATTO NUNES, em sua obra já referida, efetua importante comentário acerca deste princípio constitucional implícito:

¹⁰¹ TOLEDO BARROS, Suzana de. op. cit., p. 95. Suzana de Toledo Barros parece concordar com este posicionamento, especialmente ao reconhecer a dignidade humana como valor máximo tutelado pelo Estado brasileiro. “A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade, que a dignidade do homem, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos”. Nos parece inquestionável que ao admitir textualmente na citação acima referida a dignidade humana como sendo o objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, a professora Suzana reconhece a dignidade humana como valor proeminente em nosso ordenamento jurídico, como valor máximo tutelado pela nossa Constituição.

“Esse princípio da proporcionalidade, novo na doutrina constitucionalista, tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional. Na verdade, foi da experiência concreta, tópica, dos casos interpretados, nos quais surgiram conflitos de princípios, que a doutrina pôde extrair-lhe a essência para declará-lo existente – e chegando, como visto, ao status de princípio constitucional expresso”¹⁰².

Desta forma, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, deve o intérprete buscar a solução do conflito priorizando-se um deles e procurando desrespeitar o princípio excluído o mínimo possível e sem jamais ferir sua essência.

Com esta aplicação pretende-se preservar os direitos fundamentais e viabilizar a implementação do Estado Democrático de Direito.

Ainda, neste particular, oportuna a menção que Willis Santiago GUERRA FILHO faz acerca dos desdobramentos do princípio constitucional implícito da proporcionalidade¹⁰³. Segundo a lição acima, que busca alicerce na doutrina constitucionalista alemã, existiriam três aspectos a serem considerados.

O primeiro deles seria o aspecto da adequação e, por adequação, pretendesse dizer que o meio escolhido deverá guardar relação de conexão com o resultado pretendido, na busca de uma pretensão útil.

O segundo aspecto seria o da exigibilidade, segundo o qual a opção escolhida deve ser a mais suave possível, dentre as possíveis, de forma a preservar maximamente os valores tutelados pela Constituição. Em outras palavras, deve-se violar minimamente o princípio que entrou em rota de colisão, no caso concreto, com o valor prevalente.

O terceiro e último aspecto é o da proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual, deve o intérprete utilizar-se da opção mais vantajosa para a prevalência do princípio preponderante, mas sempre tendo em vista a

¹⁰²RIZZATTO NUNES, Luis Antônio. op. cit., p. 41.

¹⁰³SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis. “*Processo constitucional e direitos fundamentais*”. São Paulo: Celso Bastos, 1999. pp. 59-60.

preocupação de se preservar a harmonia sistêmica, o que implica, também no caso concreto, o atingimento mínimo ao princípio desprezado.

J. J. GOMES CANOTILHO também aborda a questão dos sub-princípios decorrentes da proporcionalidade¹⁰⁴. Para CANOTILHO, há o sub-princípio da adequação, segundo o qual os meios empregados pela lei devem ser adequados à finalidade proposta. Há, ainda, o sub-princípio da necessidade, segundo o qual, havendo diversas opções adequadas, caberá ao intérprete optar pela opção menos gravosa aos demais direitos e interesses tutelados pelo sistema jurídico. Por fim, há o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual preconiza ainda que o meio seja adequado e necessário, há a necessidade de que as vantagens auferidas superem as desvantagens ocasionadas ao sistema, sob pena de não ultrapassar o crivo da proporcionalidade.

Suzana de Toledo BARROS, em sua obra acerca do tema, também manifestou posição mais sintonizada com o pensamento do constitucionalista português acima citado, reconhecendo expressamente os sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁵.

Realçando o caráter instrumental do princípio da proporcionalidade, novamente Rizzatto NUNES em coerente análise entende que este princípio deriva diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal assertiva corrobora nosso modesto posicionamento acerca da condição de valor máximo atribuído à dignidade humana¹⁰⁶.

¹⁰⁴GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *“Direito constitucional e teoria da constituição”*. Coimbra: Almedina, 2004. pp. 262-263.

¹⁰⁵TOLEDO BARROS, Suzana de. loc. cit. “O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade exige que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus”.

¹⁰⁶ RIZZATTO NUNES, Luis Antônio. op. cit., p 54. Vejamos a posição textual do autor citado: “É verdade que o chamado princípio da proporcionalidade, que serve de instrumento para a resolução do eventual conflito entre princípios constitucionais, para a doutrina, está ligado ao princípio da igualdade, mas, como o demonstraremos, não só o mais importante elemento principiológico constitucional é o da dignidade da pessoa humana como, conforme já

Outro ponto que merece especial destaque é a questão do uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade como forma rápida e eficaz de solução da colisão entre direitos fundamentais. O intérprete deve ter como premissa de sua construção intelectual a concepção de harmonização entre os direitos fundamentais e de sua essencialidade para a manutenção da coerência sistêmica.

A utilização deste raciocínio jurídico, alicerçado na razoabilidade e na ponderação de valores, deve ser vista como excepcional, de forma a se priorizar os demais métodos mais precisos de interpretação constitucional. Toda construção jurídica que se utilize do princípio da proporcionalidade para, temporariamente e no caso concreto, afastar determinado direito fundamental deve se revestir de argumentação jurídica sólida, contemplando ampla análise dos valores tutelados e com justificativa coerente para a opção por um determinado valor no caso concreto.

Mera reprodução de frases de efeito, sem um detido estudo não servem para a utilização criteriosa da proporcionalidade e “banalizam” sua utilização.

Sérgio Fernando MORO, autor da obra “Jurisdição Constitucional como Democracia”, ao abordar a problemática da colisão de princípios constitucionais, reforça a necessidade de uso criterioso desta solução¹⁰⁷.

Como indicação de que somente a utilização responsável legitima o uso do método da ponderação de valores, alicerçado na proporcionalidade, oportuna a transcrição de um caso emblemático, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que se apresentavam em aparente conflito o direito do Estado de punir o transgressor da lei penal e os limites de buscas de

adiantamos, o princípio da proporcionalidade deve ser tido como originário desse outro da dignidade”.

¹⁰⁷ MORO, Sérgio Fernando. “*Jurisdição constitucional como democracia*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 199-200. Vejamos: “O que deve ser criticado é a vulgarização de sua utilização. O controle da razoabilidade deve ser considerado como último recurso a ser utilizado na argumentação jurídico-constitucional, apenas quando não for possível resolver o problema constitucional por meio de métodos ou critérios mais precisos de interpretação. O emprego do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade demanda, outrossim, fundamentação robusta, não bastando sua utilização como mero slogan”.

provas, associado a questões de saúde e integridade física do acusado, para alicerçar esta pretensa condenação¹⁰⁸.

A Corte máxima da Justiça brasileira, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, também tem se utilizado do princípio da proporcionalidade para revisar os atos provenientes do Poder Legislativo.¹⁰⁹ Na obra acima referida, Sérgio Fernando MORO transcreve dois exemplos que bem ilustram a situação concreta do uso da razoabilidade e da proporcionalidade no dia-a-dia forense.¹¹⁰

O referido autor cita decisão do STF que suspendeu liminarmente lei do Estado do Paraná que obrigava todos os revendedores de gás a proceder a pesagem do botijão no ato da venda do produto e à vista do consumidor. A Corte Suprema entendeu que a lei paranaense, a despeito de tutelar o consumidor, parte vulnerável da relação, causava ônus excessivo e desarrazoado àquela atividade econômica. Diante de tal situação, entendeu o Tribunal que a manutenção da legislação estadual feriria a razoabilidade e a proporcionalidade.

¹⁰⁸SCHOLLER, Helmut. “Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha”. Revista do TRF da 4ª Região, Porto Alegre, ano 11, nº. 38, 2000, p. 239. Vejamos este memorável julgado: “No caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela). A prova deveria ter sido obtida mediante a extração de líquido da coluna do acusado. Contra esta determinação, foi impetrada uma reclamação constitucional, alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal (art. 2º, II da Lei Fundamental). O Tribunal Federal Constitucional, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva da integridade física e corporal) não se afigurava como proporcional, relativamente à gravidade da infração penal atribuída ao particular, o que parece uma conclusão ligada à proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para sua saúde e integridade física. Convém frisar, ainda, neste contexto, que se poderá chegar ao mesmo resultado a partir do critério da necessidade. O próprio Tribunal Federal Constitucional, na decisão ora tomada como exemplo, entendeu que as seqüelas decorrentes da investigação e determinação da autoria e responsabilidade pelo delito não poderão atingir o autor de forma mais gravosa do que a sanção penal a ser aplicada ao caso”.

¹⁰⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN, 855-2/PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, por maioria. Julgado em 1 jul. 1993. Diário de Justiça da União, Brasília, 1º out. 1993. Disponível em:
<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=855&recurso=0&tip_julgamento=M> Acesso em: 19 jan. 2009.

¹¹⁰ MORO, Sérgio Fernando. op. cit., p. 56.

Apesar de passível de críticas como toda e qualquer decisão judicial, entendemos que desta vez o STF agiu bem, de forma ponderada e razoável. Incorporar mais este ônus à atividade econômica equivaleria a inviabilizá-la. Não bastasse a excessiva carga tributária já incidente sobre diversas atividades econômicas, exigências como esta, poderiam tornar a atividade economicamente inviável e prejudicar os próprios consumidores. Em caso de desconfiança acerca do peso do botijão de gás o consumidor tem várias alternativas. Poderá optar por mudar de revendedor, escolhendo o concorrente mais próximo; poderá acionar os órgãos de defesa do consumidor; solicitar abatimento proporcional, além de diversas outras opções. Especialmente em um mercado altamente competitivo, como o caso das revendas de gás, o empresário que vende menos gás do que promete, assume um risco que basta por si só: o de perder clientes, sem prejuízo das eventuais sanções legais.

Em outra situação, também transcrita na obra de MORO, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia de legislação do Distrito Federal que conferia benefício assistencial de um salário mínimo mensal para crianças provenientes de estupro¹¹¹. Para a Corte Suprema da Justiça Nacional a lei em questão violou flagrantemente a razoabilidade e a proporcionalidade ao estabelecer como fato gerador do benefício à simples condição de a criança ter sido gerada em decorrência de estupro, sem que se levasse em conta o real estado de necessidade dos supostos beneficiários. Assim, ao se manter a eficácia da lei em questão, estar-se-ia permitindo que uma criança gerada a partir de um estupro pudesse receber tal verba mesmo sendo filho de uma mãe, por exemplo, extremamente rica.

Neste particular, entendemos que o STF também agiu corretamente, aplicando com razoabilidade e ponderação o princípio da proporcionalidade. Se restringisse a aplicação da lei somente para as hipóteses de pessoas carentes, estaria de certa forma legislando por via transversa e à revelia do sistema jurídico, o que não seria adequado. Assim, como esta limitação não poderia ser imposta por decisão judicial, a melhor solução realmente foi a de suspender liminarmente a eficácia da lei.

¹¹¹ Idem. op. cit., p. 56.

O julgamento em questão, além de instigante, nos remete a questionamentos interessantes sobre situações análogas. No caso das indenizações pagas pela União às vítimas da ditadura militar, a verba foi destinada independentemente de aferição acerca das condições financeiras das famílias. Nesta hipótese, houve violação ao princípio da proporcionalidade? Entendemos que não. Nas indenizações que tiveram como causa a ditadura militar, independentemente de processo judicial, o Estado Brasileiro reconheceu o cometimento de abusos por parte de seus agentes e, com alicerce em lei, estipulou as indenizações. Ao contrário da lei do DF, em que a indenização tinha como causa remota o ato de um particular; na hipótese das indenizações decorrentes da ditadura, os agentes causadores eram servidores públicos, integrantes das forças armadas ou das polícias; o que justifica a diferença de tratamento jurídico.

Ainda, o princípio constitucional da proporcionalidade não pode ser concebido em uma roupagem estática e pré-concebida; ao contrário, a dificuldade de se atribuir a este princípio uma conotação fixa e dogmática apenas reflete a necessidade de constante construção doutrinária deste princípio.

Neste ponto do estudo, reforçamos novamente nossa posição jurídica fundamentada de que há sim hierarquia axiológica entre os princípios constitucionais. Segundo autores consagrados já supra referidos, com os quais concordamos, o valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro é a dignidade humana. Neste sentido, o valor “dignidade” passa a ser ponto de referência para toda a principiologia constitucional e passa, ainda, a condicionar positivamente todo ato de interpretação.

Assim, muito ao contrário do que pensam alguns, esta proeminência axiológica da dignidade humana apenas reforça e confirma o princípio da unidade da Constituição. Hierarquia, absolutamente, não é incompatível com unidade. A dignidade como valor máximo condicionante reforça a unidade, que passa a ter um ponto de referência. Desta forma, conforme já salientamos acima, entendemos não ser possível a colisão entre a dignidade humana e qualquer outro princípio constitucional, por absoluta incompatibilidade de grau

hierárquico. A dignidade humana é que permite a solução para o aparente conflito. É a dignidade humana, como ponto máximo e único de referência, que irradia seus efeitos sobre a colisão e indica a solução naquele caso concreto, preservando o valor que mais dela se aproxime¹¹².

Segundo uma interpretação sistemática e finalística do texto constitucional, o legislador constituinte originário, ao estabelecer a dignidade humana como verdadeiro fundamento do Estado Brasileiro, alçou este valor à categoria de diretriz suprema da Constituição. Desta forma, como uma das principais características do poder constituinte originário é a soberania, não nos afigura correta a assertiva de que a dignidade estaria situada no mesmo nível hierárquico dos demais princípios. A vontade soberana do legislador constituinte originário deve ser fortalecida, na medida em que estabelece a proeminência axiológica da dignidade humana.

Por outro lado, a unidade da Constituição¹¹³ nada mais é do que uma diretriz, um foco, um ideal na busca de coerência sistêmica; e isto, absolutamente, não impede que os estudiosos do direito, especialmente em trabalhos de mestrado e doutorado, apontem, de forma criteriosa e fundamentada, possíveis incoerências dentro do próprio sistema constitucional. Aliás, este um dos mais belos propósitos de trabalhos científicos. Se os trabalhos acadêmicos se limitassem a reproduzir os pensamentos já existentes, pouco ou nada colaborariam para a evolução da ciência jurídica. O desafio,

¹¹² RIZZATTO NUNES, Luis Antônio. op. cit., p. 55. Rizzatto Nunes confirma categoricamente a lógica do presente raciocínio: “Mas confirmamos que, com a mudança de paradigma, que, num salto de qualidade, colocou a dignidade da pessoa humana como o valor supremo a ser respeitado, é a ela que a proporcionalidade deve estar conectada. É nela que a proporcionalidade nasce. [...] Agora, realmente é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete – que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade – para a busca da solução”.

¹¹³ TOLEDO BARROS, Suzana de. op.cit., pp. 169-170. Confirmando o posicionamento acerca do princípio da unidade da Constituição, temos a lição de Suzana de Toledo Barros, que assim esclarece: “Pelo princípio da unidade da Constituição, quer-se evidenciar a plausibilidade das diferentes valorações dentro de um esquema de harmonia. Não se pretende a ficção de considerar todos os direitos homogêneos, porque não é possível desprezarem-se os antagonismos das várias forças que interfiram no seu pacto fundador, quando restaram explícitas as tensões entre os vários segmentos sociais. Nada obstante, o resultado plasmado no texto promulgado há de ser lido como um corpo único, coerente”.

segundo nosso modesto pensamento, reside exatamente em buscar novas reflexões.

Neste sentido, considerando-se a condição de fundamento da República atribuída à dignidade humana, de valor máximo constante do texto constitucional, entendemos, por exemplo, que a pena de morte, autorizada pela mesma Constituição em casos excepcionais, conforme artigo 5º, XLVII, “a”, a despeito de estar inserida no próprio texto magno, viola o valor máximo da dignidade humana e, portanto, pode e deve ser declarada inconstitucional, na medida em que contraria o núcleo essencial da Constituição.

Ora, não é razoável supor que em caso de guerra declarada, a vida de um ser humano passe, como num toque de mágica, a não ter mais dignidade. Não deixa, portanto, de ser uma contradição a mesma Constituição alçar a dignidade como fundamento da República, em posição jamais vista no constitucionalismo brasileiro e no mesmo texto jurídico admitir, ainda que em caráter excepcional, que o Estado brasileiro possa condenar alguém à pena de morte.

Deixar de admitir a razoabilidade desta posição é o mesmo que admitir que os legisladores constituintes originários não possam errar. Com o devido respeito, os legisladores que integraram o poder constituinte originário em 1988 eram homens, portanto, passíveis de falhas e de cometerem equívocos. Seria até mesmo absurdo exigir do referido grupo, que todo o texto constitucional ficasse literalmente perfeito e imune de críticas. Por outro lado, até mesmo a dialética inerente ao processo democrático fomenta a diversidade de opiniões e o respeito à diversidade.

Afirmar categoricamente que a Constituição é perfeita e que nela não há falhas ou mesmo que nela não há hierarquia, talvez seja a posição doutrinária mais cômoda e mais simplista, mas seguramente não será a mais precisa intelectualmente. Neste particular, manifestamos profundo respeito aos doutrinadores que pensem de modo diverso, todavia firmamos posicionamento seguro no sentido de reconhecermos a dignidade humana como valor máximo e condicionante de todo ato de interpretação; em nítida supremacia axiológica.

Neste sentido, além de alçar a dignidade à condição de valor máximo tutelado pela Constituição da República, a Carta de 1988 aumentou significativamente o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º e também assegurou perspectiva real de expansão, de acordo com a cláusula aberta inserida no parágrafo 2º do mesmo artigo 5º da Constituição. É exatamente neste contexto que se insere o princípio da proporcionalidade, no seletivo rol dos direitos fundamentais, como mecanismo efetivo de tutela destes mesmos direitos.

Seu reconhecimento, ainda que na qualidade de princípio implícito, representa garantia especial na defesa e manutenção dos direitos fundamentais. Surge como vetor condicionante da intervenção estatal na seara dos direitos fundamentais, na medida em que passa a exigir que toda atuação do Estado seja adequada, necessária e precisa, mantendo-se a harmonia e preservando-se ao máximo este rol dos direitos fundamentais.

Os exemplos acima citados, de controle de constitucionalidade, serviram como forma ampla para mostrarmos como ocorre na prática. Constatamos que pelo Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade, Leis Estaduais envolvendo assuntos de valores inferiores ao da dignidade humana, de pequena relevância foram declaradas inconstitucionais. Porém, algumas leis que violam o Princípio da Dignidade Humana, portanto, inconstitucionais, continuam a vigorar.

Com um exemplo prático e real, que bem ilustra a utilização do princípio da proporcionalidade em sintonia com o princípio da isonomia é a isenção do ICMS e IPVA para a pessoa com deficiência adquirir um veículo automotor terrestre, prevista na Lei Estadual nº. 8.820/89, voltamos ao tema central da tese.

Mesmo num país como o Brasil, que insiste em primar pela desigualdade, a indústria automobilística é grande beneficiária do governo quando se trata de incentivos fiscais. Ainda que se reconheça o excesso de carga tributária, direta ou indireta, elas são lucrativas. Deixam de produzir, entretanto, veículos de fácil adaptação e alta carga de tecnologia para

beneficiar pessoas com deficiência. Como estão respaldadas pela lei brasileira, enquanto não se muda a lei, pouco se pode fazer.

Para aquisição de veículo automotor com isenção de ICMS e IPVA, por exemplo, no Rio Grande do Sul/Brasil, é condição: “são isentos do imposto os deficientes físicos e os paraplégicos, proprietários de veículos automotores, de uso terrestre e de fabricação nacional ou estrangeira, em relação ao veículo adaptado às exigências de seu proprietário em razão da deficiência física ou da paraplegia” (Lei 8.820/89 (ICMS), Decreto n.º. 32144/85 e Lei 8.115/85 (IPVA), Decreto n.º 37.699/97.

Vale dizer, ainda que os direitos fundamentais de cidadania estejam preservados na Constituição Federal, nem sempre a transferência destes para o cotidiano das pessoas é uma ação pacífica.

O estado gaúcho, através do seu executivo e legislativo reitera que somente os deficientes físicos e paraplégicos condutores e proprietários de veículos automotores são beneficiários de tal isenção.

Com isso reforça a frágil, preconceituosa e restritiva interpretação do significado sociológico da deficiência humana e seus múltiplos matizes no contexto brasileiro e mundial. Tanto é verdade que entra ano e sai ano, e os projetos de lei apresentados na Assembléia Legislativa para corrigir tais distorções, protocolados sob os números 410/2003 (IPVA) e 139/2004 (ICMS) navegam de comissão para comissão sem serem postos em votação. Chega a parecer proposital tamanho descaso.

Para melhor situar os problemas cabem alguns questionamentos:- Será que os que necessitam de transporte adaptado e das isenções fiscais são somente os deficientes físicos e paraplégicos condutores e ainda proprietários de veículos? E os demais? Os tetraplégicos? Os deficientes mentais? Os visuais? Os autistas?

Não serão eles por acaso também deficientes? E mais, quando não são independentes e necessitam auxílio permanente de terceiros “*ad eternum*”? Seus responsáveis não serão beneficiados por serem eles não independentes? Não estará, com esta atitude, o Estado criando a figura de um novo deficiente? A do deficiente condutor e proprietário de veículo? Sim, porque se este e

somente este tem assegurado o direito de reivindicar a isenção de tais tributos, cria o Rio Grande do Sul, uma nova classificação de deficiência, desconhecida em nível mundial.

Será que ele, através do executivo e legislativo, desconhece a sua Constituição aprovada em 03 de outubro de 1989? Será que ignoram, entre outros, os artigos 191 do Capítulo I e 260 do Capítulo V? Ou será que o fazem propositadamente sob alegação fortuita de conter eventuais desvios de condutas de futuros beneficiários por má-fé?

Se assim o fazem, mais e mais, nosso Estado merece a pecha de autoritário, demagogo, incompetente e insensível às desigualdades dos cidadãos rio-grandenses, ainda que respaldados na sua Constituição.

Vejamos a configuração de um exemplo possível, hoje: Se o Ex Presidente Lula fosse comprar um carro no RS e pedisse tais isenções a ele se daria. Não por ter sido Presidente da República, mas por ser deficiente físico, já que não tem o dedo mínimo. Acrescente-se, é condutor e proprietário de veículo. Por outro lado, o pai ou responsável por um filho tetraplégico, que necessita e muito de transporte adaptado, jamais obterá tal benefício, pois seu filho ou filha nunca será o condutor do veículo, tão pouco seu proprietário? Unidos estes impostos reduziriam em até 40% o valor do veículo a ser adquirido.

Para ficarmos no campo da justiça e não o da igualdade como determina a Constituição Federal, cabe a pergunta: Isso é justo?

Diferentemente da postura adotada pelo Ministério da Fazenda, através da Receita Federal, que reconhece e estimula o direito do cidadão deficiente ou seu representante legal em pleitear a isenção do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados e posteriormente o IOF – Imposto sobre Operações Financeiras, através de legislação interna, via ato normativo (Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal de nº. 442 de 12 de agosto de 2004) o Estado gaúcho insiste em negar a existência de tal problema. Se ao menos se reconhecesse ignorante no assunto poderia a partir dessa ignorância declarada alterar ou emendar a legislação atual, beneficiando a todos, mas fundamentalmente a quem mais necessita dela.

Talvez, a partir desse ato, pudesse compreender os conceitos e significados do que seja deficiência, dignidade humana e direitos fundamentais do ser humano.

Desta forma, visualizamos flagrante afronta ao princípio da isonomia, na medida em que a exigência da referida lei trata desigualmente pessoas iguais, mas que apenas têm deficiências distintas. Acerca deste tópico, oportuna a exemplificação com julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70037362803, da Segunda Câmara Cível, na data de 10 nov. 2010, onde a relatora Denise Oliveira Cezar, bem coloca a questão da necessária demonstração de que o veículo destinado às pessoas com deficiência deve ser adaptado e não conduzido por terceiro: “A isenção legal de IPVA e de ICMS é dirigida exclusivamente aos veículos adaptados destinados a deficientes físicos. Impossibilidade de se estender a isenção a veículo sem adaptação, a ser dirigido por terceiro”.

Agora a pergunta: alguém, em sã consciência poderia deixar de reconhecer que tal legislação é discriminatória, na exata medida em que estabelece critério não razoável de discriminação? Considerar as isenções de IPVA e ICMS apenas para as pessoas com deficiência condutoras do veículo.

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, entendemos ser esta legislação inconstitucional, devendo deixar de ser aplicada por não ter sido recepcionada pela ordem constitucional superveniente. Esta é a interpretação lógica que decorre da dignidade humana, da isonomia e da proporcionalidade, analisadas em conjunto.

Com os julgados supra-expostos, demonstramos a falta de inclusão social das pessoas com deficiência através de legislação discriminatória, que fere os princípios constitucionais, dentre eles, o da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, além de, atentar contra o direito fundamental da Dignidade Humana.

Na mesma senda, demonstrando a plausibilidade do tema desta tese, o Supremo Tribunal de Justiça do Brasil, pelo Ministro Mauro Campbell Marques, na data 24 ago. 2010, no recurso especial nº 2010/0113182-8, "em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana",

entendeu que tal benefício deve ser também concedido àquele com "incapacidade total" para dirigir veículo, para que possa ser transportado por seus familiares. Assim, eventual ofensa, caso existente, ocorre no plano constitucional, motivo pelo qual é inviável a rediscussão do tema pela via especial.

5.2. Direitos Positivados, a Realidade Social e a Dignidade Humana

Não há dúvida de que apenas positivar direitos em textos constitucionais não tem o condão de, por si só, modificar a realidade social. Formulações belíssimas se espalham pela nossa Constituição, conferindo a todos os brasileiros o próprio direito à dignidade, à saúde, à educação, à segurança pública, a um regime previdenciário que suporte as necessidades de seus beneficiários, a um salário mínimo digno, etc.

O que se percebe, contudo, que devemos atentar para a necessidade de tutelar as dificuldades das pessoas com deficiência de forma efetiva, real e material, não meramente formal.

Ao assistirmos a qualquer noticiário nos deparamos, nos quatro cantos do Brasil, com situações aviltantes de negligência com relação aos direitos assegurados pelo próprio texto constitucional. Ao que parece, a situação mais alarmante ocorre na área da saúde pública, em que os brasileiros das camadas mais empobrecidas da população literalmente morrem em filas de hospitais públicos por falta de atendimento ou mesmo por negligência de um sistema que já ultrapassou seu limite. Percebe-se que a omissão do Estado brasileiro na implementação da vontade do legislador constituinte originário afigurasse absolutamente atentatória aos comandos da própria Constituição.

Situações como estas colocam os cientistas da ciência jurídica em uma delicada posição. A necessidade de se descobrir alternativas jurídicas para minimizar a exclusão social é, para a melhor doutrina constitucionalista, ponto de honra. Neste sentido, a premissa mais importante como ponto de partida é a constatação de que o direito deve ser visto enquanto meio, jamais como fim em si mesmo.

A segunda premissa é a de que o direito deve interagir com a realidade social, utilizando-se de seus instrumentos para transformá-la na direção do bem comum e da solidariedade; interagindo com as ciências afins. Assim, a conclusão lógica deste raciocínio é a de que é lícito e também recomendável que os operadores do direito criem soluções doutrinárias para solucionar os problemas vividos pelas pessoas com deficiência, destinatária do direito.

Ora, consignar na Constituição da República em seu artigo 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é verdadeiro fundamento do Estado Brasileiro, significa dizer que não é o homem que existe para o Estado, mas este para aquele.

Significa comando direto ao Estado e a todos os operadores do direito para que implementem formas eficazes de se conferir dignidade a todas as pessoas, sejam elas nacionais ou estrangeiras, ricas ou pobres, crianças ou idosas, com ou sem deficiência. A simples condição de estar sob os efeitos da soberania do Estado brasileiro já lhes confere direito a tratamento digno, independentemente de quaisquer outras condições.

A proposta de dignidade enquanto fundamento da República significa compromisso do Estado e de toda a sociedade civil para com a inclusão social; e por inclusão social, leia-se melhor distribuição de renda, justa remuneração pelo trabalho, assistência estatal de qualidade, especialmente nas searas da saúde pública e da previdência¹¹⁴.

Feitas estas colocações, surge a principal pergunta inerente a esta tese: qual a eficácia jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana com relação à pessoa com deficiência? O que se pode exigir do Estado, juridicamente falando, com fundamento na dignidade humana, a respeito deste grupo de pessoas? Como tornar eficaz comando de tanta relevância para a sociedade brasileira?

¹¹⁴BARCELLOS, Ana Paula de. *“A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26. Ana Paula de BARCELLOS, em obra acerca do tema, corrobora nosso entendimento ao dispor categoricamente que: “O registro constitucional veicula a superação de uma idéia de Estado enquanto fim em si próprio, que o Brasil em alguma medida também vivenciou nos dois períodos ditatoriais do século XX, substituindo-a definitivamente por uma visão humanista do mundo. [...] a dignidade humana é hoje um axioma jusfilosófico e, além disso, no nosso sistema, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica”.

Para responder a estas perguntas, que se constituem na essência deste trabalho jurídico, imprescindível se faz a compreensão de que os princípios jurídicos são dotados de normatividade, independentemente de qualquer outro requisito. Para uma melhor análise, convém reproduzirmos o pensamento de PAULO BONAVIDES, ao discorrer sobre a evolução da normatividade dos princípios.

Para o eminente constitucionalista brasileiro, a evolução desta normatividade até o estágio atual passou por três períodos: o jusnaturalista, em que os princípios situavam-se fora do direito, em uma dimensão metafísica a que era conferida diminuta importância; o positivista, em que os princípios ingressaram em códigos e leis, contudo, com mera função supletiva e subsidiária de garantir a coerência sistêmica; e por fim, o pós-positivista, em que se situa o constitucionalismo contemporâneo. Na atual fase, os princípios passam a ser concebidos como valores-fonte e de suporte de todo o sistema hierárquico de normas. Confere-se aos princípios status de mandamento nuclear do sistema.¹¹⁵ Assim, partindo-se do pressuposto de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é dotado de normatividade; considerando-se que este mesmo princípio possui relação direta com os chamados direitos fundamentais; considerando-se ainda sua característica de fonte destes direitos, surge a imprescindível necessidade de uma construção jurídica que, além de superar a visão tradicional, possibilite a implementação imediata de eficácia jurídica à dignidade humana.

A sociedade brasileira, lamentavelmente conhecida em todo o mundo por sua desigualdade social, clama pela aplicação prática de teses jurídicas que permitam de forma relativamente urgente, minimizar a exclusão social e aumentar a integração das pessoas com deficiência. Este o grande desafio de cursos de doutorado na área jurídica. Ao que nos parece, a proposta destes cursos não pode ser apenas a de repetir teses já existentes, conferindo-se apenas um “toque pessoal”. A essência da proposta consiste na criação de teses jurídicas inovadoras, de vanguarda; contudo, sintonizadas com o sistema

¹¹⁵BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 228.

e que permitam a imediata utilização pelos operadores do direito no sentido de se promover a inclusão social.

O argumento tradicional nas lides forenses¹¹⁶, a respeito do tema, é o de que não seria lícito ao Judiciário se inserir nas esferas discricionárias dos gestores públicos para “gerir” pela via do processo, orçamento público. Argumenta-se, ainda, que a escassez de recursos, associada à suposta falta de legitimidade do Judiciário, se comparado aos outros dois poderes, inviabilizaria a possibilidade de decisões judiciais cominatórias para o Poder Público, neste sentido.

Ana Paula de BARCELLOS ousou defender a superação da dogmática tradicional e discorreu de forma enfática, condenando o repasse de responsabilidade entre os Poderes da República^{117, 118}.

¹¹⁶ O poder público deve assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. O Estado da Bahia apelou contra sentença de 1º Grau que julgou procedente pedido de provisão de medicamento para portadora de enfermidade denominada Baixa Estatura Idiopática (nanismo). O Estado alegou que a sentença violou o princípio da legalidade estrita, pois o administrador público não pode alterar as decisões legislativas e políticas quanto à destinação de recursos públicos, feitas por quem detém representatividade legítima de toda a sociedade. Por sua vez, a União afirmou que a distribuição de medicamento não é atribuição sua, nos termos da Portaria MS n.º 3916/98, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos, sendo exclusivamente da alçada dos governos municipais e estaduais. Também destacou que já vem implementando repasses de verbas ao Estado da Bahia e ao Município de Salvador para o fornecimento de medicamentos e, portanto, não pode ser compelida a arcar com esse ônus duas vezes. A relatora, desembargadora federal Selene Maria de Almeida, considerou que conforme jurisprudência do STJ, sendo o SUS composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que todos devem assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Para a magistrada, o poder público tem o dever de garantir o direito à vida por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não. A desembargadora ainda considerou que a portadora de nanismo comprovou, por meio de relatório médico e perícia médica, a necessidade de realização de terapia com hormônio de crescimento durante seis meses, pelo período estimado de cinco anos”. (ApReeNec – 66484420084013300) Processo: AC 0006648-44.2008.4.01.33.00/BA; Apelação Cível; Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida; Órgão Julgador: Quinta turma; Publicação: e- DJF1 p.143 de 01 jul. 2011. Data da Decisão: 13 jun 2011. Disponível em: <<http://despertarparaser.blogspot.com/2011/09/estado-garantira-medicamento-portadora.html>> acesso em: 03 set. 2011.

¹¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 117. “Passando da fundamentação filosófica à concretização jurídica, o fato é que a simples consagração positiva dos direitos sociais em documentos constitucionais não foi capaz de superar um conjunto de dificuldades de ordem técnico-jurídica. A doutrina registra, em geral, que os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais e políticos, dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação, enfrentando assim o problema da escassez de recursos públicos, sempre menores que as necessidades. Como consequência disso, afirma-se, grosso modo, que as normas que prevêm tais direitos não têm a capacidade de torná-los exigíveis diante do

Em resumo, o que defende a doutrina tradicional é a teoria de que tais normas não teriam o condão de gerar direitos subjetivos frente ao Estado, eis que seria vedado ao Judiciário dispor acerca de orçamento público e de definições de políticas sociais. Desta forma, por esta construção jurídica, cômoda e dissociada dos interesses do país, não haveria o dever jurídico de prestação por parte do Estado.

Ousamos discordar desta parcela da doutrina. Nossa posição sintoniza-se mais com uma visão contemporânea, que tem como alicerces a superação da dogmática tradicional e a necessidade de se buscar a utilidade social decorrente da aplicação de determinado princípio ou norma de direito. Na exata medida em que não se admite mais que argumentos técnicos e meramente formais sejam utilizados por alguns Tribunais como obstáculos à pressão feita, pela via do processo, para que o Executivo deixe de se omitir e implemente de fato as políticas públicas determinadas pela Constituição.

Neste sentido, para defender a aplicabilidade imediata do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inclusive, tornando-o fonte de direitos subjetivos passíveis de serem imediatamente exigidos do Estado pela via judicial, criou-se a teoria do mínimo existencial ou do núcleo mínimo da dignidade humana.

Estado, pois o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público. Em suma: tais 'direitos' não seriam direitos subjetivos; não haveria um dever jurídico do Estado de prestá-los".

¹¹⁸ Ibidem, pp. 191-192. "Este, portanto, é o primeiro problema a enfrentar na matéria: que efeitos estas normas pretendem produzir? Qual é, especificamente, o seu objeto? A resposta convencional a estas questões simplesmente elimina o problema, transferindo-o integralmente para o Legislativo, ou mesmo para o Executivo. Ou seja: ao Legislativo e ao Executivo caberia dispor a respeito dessas normas constitucionais, concretizando-as e determinando-lhes o sentido. Em primeiro lugar, porém, essa não é uma resposta intelectualmente honesta [...] Além disso, a 'solução' de ignorar o problema também não é compatível com os princípios da supremacia da Constituição e do Estado de direito constitucional. Subverte inteiramente a relação hierárquica existente entre a Constituição e a ordem jurídica em geral imaginar que cabe à ordem infraconstitucional preencher de sentido as normas constitucionais, em toda a sua extensão, como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador e o administrador pudessem livremente dispor a respeito de seu conteúdo. A que estarão vinculados Legislativo e Administração, afinal, se não aos objetivos e fins constitucionais? Mas se lhes compete fixar livremente o contorno desses fins, que superioridade haverá na Constituição? Por fim, remeter o legislador e/ou administrador a determinação total dos efeitos dessas normas esvazia inteiramente a fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor na interpretação constitucional".

Aqui cabe um parêntesis. Esta teoria do núcleo mínimo tem sua aplicação justificada em um contexto inicial de adversidade, como no caso brasileiro; todavia, deve ser associada, necessariamente, à promoção responsável das liberdades em todas as suas vertentes. Algumas contradições inerentes à sociedade brasileira merecem reflexão. Se de um lado somos um país competitivo em inovações tecnológicas de ponta, se somos líderes em tecnologias como a do biodiesel, dos veículos *flex-power* e em usinas hidrelétricas, por outro possuímos ainda focos graves de exclusão social de pessoas com deficiência, ainda assistimos, em pleno século XXI, estas ficarem a margem da sociedade, seja por barreiras físicas ou atitudenais.

Essa dualidade real e cruel deve ser enfrentada não só com a proposta do mínimo existencial, mas também e especialmente com a promoção das liberdades, em suas várias formas. A liberdade, amplamente considerada é limitada pelas diferentes oportunidades sociais, políticas e econômicas que as pessoas têm em seus contextos específicos, dentre eles as pessoas com deficiência. Entretanto, o enfrentamento deste quadro poderá ocorrer com maior eficácia se considerarmos a liberdade individual como comprometimento social (solidariedade).

As políticas públicas não devem tentar enfrentar o problema da integração da pessoa com deficiência com esmolas; isto funciona somente em um primeiro momento, saciando as necessidades imediatas. Somente políticas públicas de longo prazo, que pretendam gerar igualdade de oportunidades a todos é que realmente poderão solucionar o problema. O ponto de vista da liberdade deve ser visto como perspectiva norteadora do processo de desenvolvimento¹¹⁹.

¹¹⁹SEN, Amartya. “*Desenvolvimento como liberdade*”. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10. Dentro desta visão, a colaboração de AMARTYA SEN: “A expansão da liberdade é vista, por esta abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento”

Retornando ao mínimo existencial, pretendeu a doutrina especializada no tema, restringir a aplicabilidade da dignidade humana, em termos de direitos subjetivos, a um núcleo mínimo necessário; em que estão contempladas todas as exigências mínimas capazes de se conferir dignidade a qualquer pessoa. Assim, ao reduzir a possibilidade de incidência, esta construção doutrinária colabora para que não se “banalize” o princípio da dignidade humana, evitando-se seu uso indiscriminado e sem critérios. Por outro lado, tenta otimizar a questão orçamentária, ao defender sua incidência em seara restrita, evitando-se o colapso orçamentário causado por decisões judiciais.

Em recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, percebe-se claramente a aplicação de critérios de “contenção” do uso indiscriminado da dignidade humana, evitando-se a completa banalização de tão importante princípio.

No primeiro julgado, o egrégio tribunal negou provimento à apelação cível em relação de consumo envolvendo atraso no voo de transporte aéreo. Afirmando que o que ocorreu foi mero aborrecimento, concluindo que o dano moral era inexistente. O atraso no voo e os transtornos dele decorrentes, mesmo que indevidos, configuram-se dissabor do dia-a-dia, não fugindo à normalidade. Esta situação não configura uma agressão à dignidade humana. Não houve um menoscabo à subjetividade da autora, tanto que chegou incólume ao seu destino, porque diligentemente agiu a empresa demandada.

No segundo julgado, o mesmo tribunal deu provimento à apelação cível de um laboratório que estava sendo réu de uma ação condenatória de obrigação de fazer, cumulada com pedido indenizatório por danos morais e materiais, por troca de nome em exame laboratorial, mas com diagnóstico correto. Os julgadores acordaram que no caso concreto, a falha no serviço prestado não teve repercussão relevante na esfera moral do consumidor, tratando-se de transtorno involuntário que não alcançou o limiar necessário a justificar reparação pecuniária. Enfoque do caso sob o prisma constitucional, a partir do que se verifica inexistir agressão à dignidade humana em face da pessoa do autor.

As decisões judiciais acima referidas demonstram claramente que a utilização sem critério do princípio constitucional da dignidade humana não vem sendo tolerada pelo Poder Judiciário. Pretender utilizar princípio de tal dimensão para alicerçar pretensão indenizatória por atraso de voo ou porque determinado laboratório trocou o nome do cliente sem quaisquer conseqüências, são condutas que não encontram respaldo na sistemática que rege a princiologia constitucional.

Meros dissabores do dia-a-dia não dão ensejo à reparação por dano moral, especialmente quando a pretensão vem equivocadamente alicerçada no princípio da dignidade humana.

Assim, se por um lado o uso abusivo do princípio da dignidade humana tem sido tolhido corretamente pelos Juízes, por outro lado, seu uso excepcional e limitado, criterioso e responsável, dentro do que a doutrina denomina de “mínimo existencial” deve ser fomentado. Passados mais de vinte anos da edição da Constituição de 1988, apenas recentemente tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a se utilizar da força que emana da dignidade humana enquanto vetor constitucional para a inclusão social.

A proposta de um mínimo existencial é defendida, inclusive, por diversos autores. Robert ALEXY, em sua obra *“Teoria de Los Derechos Fundamentales”*, coloca que, aplicando-se a teoria da ponderação, conclui-se que o mínimo existencial é uma regra constitucional, resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real, de um lado e, de outro, das noções de separação dos poderes e de competência do legislador democrático, bem como do limite imposto pelos direitos de terceiros

120

A superação de uma visão tradicional, já arraigada na praxe forense brasileira, não é tarefa fácil, especialmente quando a defesa deste núcleo da dignidade fere diretamente interesses dos Poderes Legislativo e Executivo. Ora, na medida em que se defende que decisões judiciais, alicerçadas no princípio constitucional da dignidade humana, possam, ainda que somente na seara do mínimo existencial, determinar a prestação imediata do serviço pelo

¹²⁰ ALEXY, Robert. apud. BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 121.

Estado, cria-se um impasse orçamentário. Contudo, é de se perguntar: segundo a Constituição, questões orçamentárias são mais importantes que a promoção da dignidade humana? Evidentemente que não!

Neste particular, oportuna a reprodução do questionamento feito por Ana Paula de BARCELLOS em seu livro, acerca do assunto em debate:

“[...] será que as normas que cuidam da separação de poderes e do princípio majoritário pretendem efetivamente impedir de modo completo a eficácia positiva ou simétrica daquelas – normas também, lembre-se – relacionadas com a dignidade da pessoa humana? Será que na soma vetorial de todas essas disposições constitucionais, concerto sistemático, o vetor final há de ser a total preponderância da separação dos poderes e das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Executivo, em detrimento da possibilidade de o Judiciário determinar de forma positiva algum efeito que seja da dignidade em seu aspecto material?”

“[...] Ocorre, porém, que a associação de toda a construção teórica sobre a separação dos poderes com o contexto histórico do século XIX – a desmontagem vitoriosa do antigo regime pelas revoluções burguesas, nas quais o parlamento desempenhou sempre um papel destacado – acabou por envolver a separação de poderes recém implantada pelos revolucionários em uma roupagem dogmática. Isto é: um determinado modelo de separação de poderes – aquele em que se consagra a supremacia do parlamento e da lei, bem como a desimportância política do Judiciário – acabou por ser canonizado. Esse o cenário europeu continental do fim do século XIX e início do XX, de onde as concepções foram importadas para os países periféricos de tradição romano-germânica”¹²¹.

As lições acima reproduzidas esclarecem que uma visão estática e excessivamente dogmática da separação de poderes não está de acordo com a dinâmica inerente à sociedade contemporânea. Desta forma, conclui-se que a separação de poderes não pode ser invocada para impedir que o Judiciário exerça efetivo controle sobre as ações e omissões eventualmente praticadas pelo Estado, com expressa determinação de prestações positivas com alicerce constitucional.

¹²¹BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 209.

J. J. Gomes CANOTILHO também defende a flexibilização da visão oitocentista da separação de poderes, em sintonia com a melhor doutrina constitucionalista¹²².

Defendemos, portanto, a idéia de que a separação de poderes não pode ser vista como um fim em si mesma; esta concepção deve ser funcionalizada à luz da nova dinâmica constitucional, à luz das novas práticas da sociedade contemporânea. A essência da separação de poderes é exatamente servir de instrumento para a proteção dos direitos do homem e para a promoção da dignidade. Não teria, assim, qualquer lógica que o instituto da separação dos poderes (instrumento) inviabilizasse a dignidade humana e sua promoção (fim).

Retomando, temos que pela regra do mínimo existencial, torna-se possível identificar ou estabelecer um padrão mínimo necessário para se idealizar uma linha imaginária da dignidade. Assim, abaixo desta linha, qualquer pessoa estaria em condições atentatórias à sua própria dignidade e a partir deste momento, passaria a ser titular de um direito subjetivo de exigir, judicialmente, o pronto restabelecimento de sua dignidade. Seria o desejável, mas na prática não é o que ocorre.

Dentro deste contexto, seria lícito ao Judiciário, provocado por ação civil pública proposta pelo Ministério Público, por exemplo, determinar ao Estado a imediata construção de uma casa-albergue que ofereça reabilitação às pessoas com deficiência. Afigura-se como sendo absolutamente inconstitucional a omissão do Estado com relação às pessoas que parecem estar desprovidas de tudo. Segundo a dignidade humana, não é lícito ao

¹²²GOMES CANOTILHO, J.J. *“Direito constitucional e a teoria da constituição”*, Coimbra: Almedina 2004, p 502. “Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do monismo de poder, como o que resultaria, por exemplo, da concentração de plenos poderes no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante. Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função”.

Estado assistir a estas cenas passivamente, apenas afirmando que se trata de um “grave problema social”.

A partir desta mudança de mentalidade, tais omissões passam a não mais serem toleradas pela Constituição. No mesmo sentido, uma pessoa com deficiência física e comprovadamente carente, poderia exigir do Estado, pela via judicial, a aquisição de uma cadeira de rodas, para o restabelecimento, ainda que parcial e mínimo, de sua dignidade, o que seria o desejável, porém, na prática não é assim que ocorre.

Outro ponto que merece especial destaque é a questão das políticas públicas democraticamente discutidas por órgãos legítimos, tais como os Conselhos Municipais de Saúde, de Segurança Pública e da Infância e Juventude, por exemplo.

Neste particular, havendo previsão constitucional expressa de determinada ação estatal e sendo este comando endossado por metas específicas traçadas previamente por Conselho Comunitário, mediante debates democráticos, surge para o poder público verdadeira obrigação de agir; no que se afasta a seara da discricionariedade e passa a vigorar verdadeira norma vinculante para o gestor público.

Nestas hipóteses pode e deve o Ministério Público propor ação civil pública para obrigar, por via judicial, o gestor público a cumprir comando expresso constante da Constituição da República, reforçado por leis ordinárias e estipulado previamente por Conselhos Comunitários de forma democrática. Trazemos como exemplo, dois julgados do Superior Tribunal de Justiça que começaram a reproduzir uma nova forma de pensar o direito.

No primeiro, um caso envolvendo o direito à creche para crianças, os Ministros acordaram que o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do artigo 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da

administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no artigo 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no artigo 54 da lei federal nº 8.069/90. Revela notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente por quanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, “*in casu*”, o Estado. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de “*lege ferenda*”, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o

explícita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária¹²³.

Já no segundo julgado, o qual envolve também a Educação Infantil, no mesmo sentido acordaram os Ministros, de que esta representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças de zero a seis anos de idade o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Embora resida primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição Federal, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T1 – Primeira Turma. REsp. 718203/SP – 2005/0008518-5.

Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 06 dez. 2005. Diário da Justiça, Brasília, 13 fev. 2006, p. 694. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=718203&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 19 jan. 2009

impregnados de estatura constitucional. Legitimidade ativa do Ministério Público reconhecida¹²⁴.

Convém salientar que nos julgados acima fica bastante clara a idéia de que a determinação judicial de uma atuação positiva (agir estatal) não pode mais ser colocada sob a ótica da interferência indevida de um poder em outro. Argumentos como este já não encontram mais respaldo no pensamento jurídico de vanguarda, que aos poucos vai se consolidando no cenário jurídico nacional. O cerne dos julgados acima reflete um compromisso do Judiciário com a eficácia dos comandos constitucionais que regulamentam direitos indisponíveis como, por exemplo, a obrigatoriedade de creches para crianças de zero a seis anos de idade.

Embora o tema de nossa pesquisa se referir às pessoas com deficiência, os julgados acima citados, envolvendo a educação infantil, não deixam de ser pertinentes. Pois, se interpretarmos com uma visão mais ampla, podemos perceber que os beneficiados com esta nova forma de pensar o comando constitucional, são as pessoas mais fragilizadas, incluindo-se aí as pessoas com deficiência.

Se surgisse uma situação envolvendo educação infantil para uma pessoa com deficiência, por analogia, os mesmos fundamentos supracitados poderiam ser aplicados, beneficiando-a. O Poder Judiciário através de suas turmas recursais já decidiu neste sentido.

No Processo nº 7100247148, a relatora Helena Marta S.M. Gioscia, concedeu o benefício de foro privilegiado para a pessoa com deficiência ingressar com ação de cobrança. O autor, pessoa com deficiência, tetraplégico, ingressou com a ação de cobrança na comarca de seu domicílio. Em contestação o réu alegou exceção de incompetência por ser o foro do domicílio do réu o competente para o ingresso de ações de tal natureza. Inconformado o

¹²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 485969/SP – Embargos de divergência no recurso

especial 2005/0152163-1. Relator: Min. José Delgado. 1ª Seção STJ. Julgado em: 23 ago.2006.

Diário da Justiça, 11 set. 2006, p. 220. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=485969&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

autor ingressou com o recurso, frisando que o art. 6º da Lei 9.099/1995, autoriza que o juiz adote, em cada caso, a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum. Na mesma senda fez uma analogia com o foro privilegiado da mulher, para ingressar com ação de separação, conversão desta em divórcio e para anulação de casamento¹²⁵, bem como o do foro privilegiado do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos¹²⁶.

Ainda na seara das políticas públicas, Eliezer Gomes da SILVA, em recente artigo jurídico, vai mais além, chegando mesmo a lamentar a ausência de legislação criminal específica tutelando a “responsabilidade social” de gestores públicos, que por omissão, negligência ou mesmo insensibilidade social deixam de implementar tais políticas que, além do assento constitucional, foram democraticamente discutidas e aprovadas por órgãos sociais legítimos¹²⁷.

O que não se pode tolerar, no atual contexto, de pós-positivismo e de humanismo, é a conveniente desculpa de que não cabe ao Judiciário “gerir” orçamentos públicos pela via processual. Que fique bem claro: o que defendemos não é a concessão de super poderes ao Judiciário; mas tão

¹²⁵Art. 100, Inciso I da Lei 5.869/73 do *Código de Processo Civil Brasileiro*.

¹²⁶Art. 100, Inciso II da Lei 5.869/73 do *Código de Processo Civil Brasileiro*.

¹²⁷GOMES DA SILVA, Eliezer. “*Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal*”. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho Ed: *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (no prelo). “Por outro lado, o conceito de crime, e a fundamentação teórica e ética que o completa (em torno de interesses humanos delimitados de forma restrita), não tem efeito apenas descriminalizador. Abre-se a possibilidade de criminalização de condutas por parte de governantes, por omissão dolosa ou negligência na implementação (podendo fazê-lo) de políticas e direitos sociais básicos para a vida condigna de seus governados. É possível hoje no Brasil a punição, inclusive de administradores públicos até por simples descumprimento de metas fiscais e financeiras (lei de “responsabilidade fiscal”). Por outro lado, não há qualquer preocupação quanto à criminalização de condutas muito mais lesivas aos interesses de populações inteiras por simples omissão, negligência e insensibilidade social de seus governantes. Por que não há leis criminais tutelando a “responsabilidade social” de governantes, notadamente pela omissão, sem justa causa, na implementação de necessárias políticas públicas, notadamente aquelas já definidas e aprovadas por legítimos representantes da sociedade civil (políticas educacionais, de saúde, de educação, penitenciária, de assistência social, etc.)? Se a concepção de direitos humanos tem evoluído, da tradicional tutela dos direitos individuais contra os excessos do Estado, para abranger também os direitos e interesses de âmbito social, tais direitos e interesses devem ser também tutelados por um Direito Penal que se pretenda apenas legitimado eticamente para a proteção dos direitos humanos. E não para a simples manutenção da ordem constituída.”

somente que ele, enquanto poder constituído da República possa cumprir sua missão, de fazer valer a vontade soberana do legislador constituinte originário, que é, sem qualquer dúvida, a promoção da dignidade humana.

O Poder Judiciário não irá substituir o Poder Legislativo em suas omissões, mas poderá supri-la ampliando a aplicação das normas existentes e, dessa forma, garantindo a aplicação do princípio da dignidade humana.

Novamente citamos a sempre atualizada lição de Gomes CANOTILHO, que em seu estudo sobre o tema reconheceu categoricamente a existência de um núcleo mínimo da dignidade, gerador de direitos subjetivos para aqueles que se encontrem carentes de tutela estatal¹²⁸. No mesmo ensaio, CANOTILHO também reconhece a flagrante omissão inconstitucional do Estado que não atuar positivamente para restabelecer a dignidade.

Por fim, resta uma questão: qual o conteúdo concreto deste “mínimo existencial”? Para responder a esta pergunta, a doutrina contemporânea de vanguarda idealizou quatro elementos que comporiam este núcleo essencial da dignidade humana. São eles, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Com relação a estes elementos, defende esta linha de pensadores, ao qual nos filiamos, que existe verdadeiro direito subjetivo passível de imediata postulação perante o Judiciário.

Confere-se, portanto, eficácia jurídica positiva a qualquer pessoa que esteja em reconhecida posição de indignidade.

A educação básica, englobando os oito primeiros anos de escolaridade, é condição para o próprio exercício da cidadania e, portanto, para uma vida minimamente digna. Neste particular, qualquer omissão do Estado geraria direito subjetivo para que o prejudicado ingressasse em juízo e postulasse a

¹²⁸ GOMES CANOTILHO. J.J. op. cit., p. 470. “Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais ‘*minimum core of economic and social rights*’, na ausência do qual o estado português se deve considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o rendimento mínimo garantido, as prestações de assistência social básica, o subsídio de desemprego são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.”

imediate solução do problema; que poderia ser, em último caso, até mesmo a determinação de pagamento de escola particular equivalente até a implementação da vaga.

Ainda dentro da educação, entendemos que a condição de “analfabeto” é absolutamente atentatória à dignidade humana da pessoa, com deficiência ou não. Neste sentido, seria lícito a qualquer analfabeto, deficiente ou não, o exercício de direito subjetivo tendente a exigir do Estado a matrícula em curso de alfabetização, independentemente da idade do interessado. Em Municípios mais carentes e desprovidos de recursos, caberia ao Estado, inclusive, o fornecimento de transporte e de material para este fim. Não há dúvida de que a superação da condição de analfabeto faz surgir para a pessoa com deficiência nova perspectiva de vida e o pronto restabelecimento de parcela de sua dignidade.

A tutela judicial das pessoas com deficiência que se encontram na condição de analfabetas, caberia, em um primeiro momento, às Instituições legitimadas para a propositura de ações civis públicas e, dentre elas, especialmente ao Ministério Público; em casos individualizados, a tutela ficaria a cargo da Defensoria Pública.

Neste particular, considerando-se que na grande maioria dos Municípios brasileiros não existe Defensoria Pública, considerando-se, ainda, que nestes Municípios muitas vezes não existem sequer advogados que se disponham a atuar graciosamente em prol dos mais carentes, a população simplesmente se vê alijada da possibilidade de ingressar em Juízo.

Diante deste contexto, não há outra alternativa a estes excluídos senão recorrerem ao Promotor de Justiça, mesmo para a postulação de direitos que não se enquadram no rol dos interesses difusos ou coletivos. Infelizmente, no Brasil, grande parte dos Promotores de Justiça faz “vistas grossas” para esses problemas, necessitando serem provocados para agir.

Pergunta-se: o que realmente é mais importante, a questão processual da legitimidade ou o comando constitucional que determina o amplo acesso à Justiça?

Não são raras as vezes em que Promotores de Justiça ingressam com ações civis públicas para postularem uma vaga em escola particular para uma única criança, contrariando frontalmente decisões de Tribunais Superiores que insistem em não reconhecer a legitimidade excepcional da Instituição, mesmo diante da realidade social brasileira.

Ora, se esta lamentável omissão ocorre ainda hoje, no século XXI, no interior do Paraná, reconhecidamente um dos Estados mais desenvolvidos da Federação, que dirá em Estados no norte e nordeste do Brasil, em que a omissão estatal é muito mais latente! Entendemos que a formalidade processual exigida por algumas cortes deste país afigura-se como sendo atentatória à dignidade da pessoa humana. A flexibilização justificada de normas processuais, especialmente as que conferem legitimidade de agir, é imperativa diante do contexto social que nos cerca.

É evidente que diversos outros exemplos poderiam ser sugeridos neste particular; todavia, não temos a pretensão de exaurir o assunto dignidade na seara da educação e, talvez, isto nem fosse possível. Nossa proposta limita-se ao “lançamento da semente”, tentando mostrar ao leitor a necessidade de superação da visão tradicional para a implementação de um direito realmente voltado para o social.

A prestação de serviços de saúde por parte do Estado também gera para as pessoas com deficiência, verdadeiro direito subjetivo neste sentido. Qualquer pessoa, independentemente de ser brasileira ou não, de ser eleitora ou não, de estar com impostos atrasados ou não, tem direito a um atendimento digno na área da saúde pública.

Talvez seja nesta seara da saúde pública que exista a maior incidência da noção de dignidade humana na prestação do serviço pelo Estado. A condição de vulnerabilidade da pessoa com deficiência, que precisa de um serviço médico é algo incontestável. A sensação de impotência diante de um sistema da saúde que beira ao caos transfere, de certa forma, para os operadores do direito uma dose de responsabilidade com a pergunta: o que fazer, em termos jurídicos, para que o Estado brasileiro efetivamente cumpra a Constituição com relação à prestação de serviços de saúde?

É consenso que ninguém fica doente por que quer, ou que ninguém escolhe o tratamento de que precisa. Também ninguém escolhe o remédio mais caro para seu tratamento por desejo próprio. O que deve nortear a área da saúde pública é a opção responsável do médico de acordo com as opções disponíveis, em termos de recursos científicos.

Entendemos ser absolutamente inconstitucional a limitação de cotas para atendimentos e Autorização de Internamento Hospitalar (AIH), exigência de percentuais para cesarianas, indução dos médicos para o parto normal, sob pena de não pagamento, dentre inúmeras outras situações que jamais poderiam ser “engessadas” pelo planejamento do Governo. Se por um lado reconhecemos a necessidade de políticas públicas genéricas na seara da saúde, democraticamente discutidas; por outro, defendemos a necessidade de certa maleabilidade na decisão do médico diante de casos concretos específicos.

Apesar de ser pensada sob a ótica coletiva, a política de saúde pública deveria reservar parcela de seu orçamento para a solução imediata dos casos não usuais, em que caberia ao médico gestor justificar fundamentadamente sua opção de tratamento. Em casos mais extremos, caberia a sugestão de remessa desta opção do médico gestor a uma junta médica para chancelar ou não aquela opção. O que não aceitamos é a aniquilação da perspectiva individual na seara da saúde pública.

Caberia aqui uma analogia em termos procedimentais com a dinâmica utilizada nos Juizados Especiais, com a remessa da sentença monocrática para uma Turma Recursal regional. Assim, o médico faria sua opção fundamentada e enviaria de ofício sua decisão para uma junta médica vinculada a sua regional de saúde, que poderia chancelar aquela opção ou não, também de forma fundamentada.

Hildegard Taggesell GIOSTRI, autora de obra específica sobre o tema, reconhecendo a necessidade de se conferir ao médico certa discricionariedade

no que se refere ao tratamento de seus pacientes, especialmente diante do corpo humano, que traz consigo de forma indissociável o fator álea¹²⁹.

Destarte, apesar de concordarmos com a idealização genérica das políticas públicas, democraticamente discutidas, não se pode “engessar” a classe médica, aniquilando a possibilidade de prescrição de tratamentos específicos, voltados às peculiaridades de determinadas pessoas com deficiência. Em sede de saúde pública, fatores subjetivos e aleatórios, inerentes à complexidade do corpo humano, não podem ser desconsiderados. A análise acima deixa esta questão bastante clara.

Ao agir de modo fixo, pré-estabelecido, sem margens para circunstâncias imprevistas e aleatórias, o Governo, gestor da saúde pública, coloca postulados genéricos e nem sempre verdadeiros acima da dignidade humana e descumpre a Constituição. A reversão deste quadro é mais do que apenas necessária. Enquanto a elite do país se associa aos planos privados de assistência médica, as pessoas com deficiência, geralmente desprovidas de recurso financeiro, continuam a morrer ou ter seus males agravados, em filas de hospitais públicos por falta de atendimento ou por falta de condições mínimas necessárias para a realização de cirurgias.

Defendemos que parcela do orçamento da saúde deva ser direcionada para a solução de casos específicos em que tratamentos não convencionais se constituem nas únicas alternativas.

¹²⁹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *“Erro médico: à luz da jurisprudência comentada”*. Curitiba: Juruá, 2004, pp. 82, 90 e 92. Vejamos: “É de se perguntar agora: com qual finalidade foi recriada essa categoria de obrigação (de resultado)? E a resposta é apenas uma: para caracterizar uma prestação obrigacional em searas onde não exista o fator álea. E para concluir sobre a impropriedade de uso dessa categoria de obrigação para caracterizar a prestação obrigacional do médico, basta uma última indagação: existe algo mais aleatório que o organismo humano, sua fisiologia e sua psique...? Daí entender-se como inadequado o fato de considerar como sendo de “resultado” uma prestação obrigacional, cujo cumprimento se desenrola numa zona tão aleatória quanto o organismo humano. Este é previsível, sim, mas até certo ponto, a partir daí é entrar-se no universo nebuloso da imprevisibilidade e da imponderabilidade. O subjetivismo, a imprevisibilidade do organismo, sua complexidade e o fator álea estarão sempre presentes, independentemente da vontade do agir profissional. Por tal razão há que se refletir sobre o fato de que sendo a obrigação de resultado aquela em que o credor tem direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que terá o inadimplemento da relação obrigacional, então está-se a tratar de outra área, previsível, ponderável, não subjetiva e com ausência de álea. E, por óbvio, o organismo humano não tem essas características”.

Diante deste contexto desolador, entendemos ser lícito, eis que direito subjetivo, da pessoa com deficiência o acionamento judicial do Estado para que pague o tratamento adequado para que se tenha uma qualidade de vida digna. Atenta contra a dignidade humana, esperar um, dois ou até três anos em uma fila para a realização de um exame de rotina. Atenta contra a dignidade de qualquer ser humano, esperar meses para a realização de uma consulta com um médico-especialista. Se uma determinada situação de saúde foi diagnosticada, é direito subjetivo da pessoa com deficiência, exigir do Estado providências imediatas para solucionar o problema. Não é razoável que uma pessoa continue a assistir ao agravamento de um quadro clínico porque existem filas, porque os leitos estão cheios, porque o aparelho quebrou...

Neste sentido, cabe ao Ministério Público, a Defensoria Pública, a OAB, às ONG's, às associações e entidades legitimadas a imediata implementação de uma nova visão do direito. Somente um acionamento sistemático do Estado na Justiça seria capaz de reverter este quadro desolador. A pressão lícita, eis que feita via Poder Judiciário, serviria para minimizar o angustiante sofrimento daquelas pessoas, desprovidas de recursos e de assistência, no momento em que mais precisam.

Associada a esta questão, imprescindível se faz uma visão mais humana e social por parte dos Juízes. E o caminho? O caminho começa pela absorção da noção de supremacia do valor "dignidade humana" conjugado com a seguinte pergunta: e se fossemos nós ou alguns dos nossos?

Aquela velha retórica de que o direito à saúde é norma constitucional programática e depende de questões orçamentárias do Estado; de que não cabe ao Poder Judiciário interferir em orçamento público; de que o direito à saúde, conforme concebido na Constituição da República, somente obrigaria o governo a um planejamento e não geraria direito subjetivo às tutelas judiciais, na seara de saúde, diferentes das oferecidas pelo sistema, já não podem mais servir de argumento perante a realidade brasileira.

É chegado o momento de o Judiciário e o Ministério Público assumirem suas responsabilidades decorrentes da Constituição da República. Imprescindível se faz a superação da dogmática tradicional e uma visão mais

humana do direito, em prol da inclusão social das pessoas com deficiência. Neste sentido, vale a reprodução parcial de memorável decisão da mais alta Corte do país, o E. Supremo Tribunal Federal, assinado pelo Ministro Celso de Mello. Na decisão que segue¹³⁰, o STF na data 02/02/2007, consolida a necessidade de se conferir à aplicação do direito, valores éticos e morais, decorrentes de uma visão nitidamente pós-positivista e intenso cunho humanístico.

O STF conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário de um paciente com esquizofrenia paranóide e doença maníacodepressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio, destituído de recursos financeiros, em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada restabelecendo, desse modo, por inteiro, a respeitável sentença proferida pelo magistrado estadual de primeira instância.

O paciente ingressou contra a decisão do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul através de recurso extraordinário com o intuito de que o Estado lhe fornecesse gratuitamente medicamentos adequados ao seu tratamento. No acórdão o STF entendeu assistir plena razão ao paciente, pois, o desacolhimento de sua pretensão recursal poderia gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. Sendo considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam o recorrente (que é portador de esquizofrenia paranóide e de doença maníaco-depressiva crônica) - a ausência de capacidade financeira que o aflige impede-lhe, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que tem direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio. Tal decisão visa proteger a inviolabilidade do direito a vida e a saúde, que se qualifica como direito

¹³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393175/RS. Relator: Min. Celso Mello. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=393175&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 23 jan 2009.

subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196).

O bem jurídico da integridade física é de tutela constitucional, pois cabe ao Estado formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir, aos cidadãos, acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar, dessa forma, não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, 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, tendo o cidadão o direito de exigir do Estado a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ainda de forma considerada ousada pelos mais tradicionais, vem fazendo a sua parte na promoção da eficácia dos chamados super direitos.

Este Tribunal deu provimento ao recurso de apelação, determinando o bloqueio junto ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Barrisul), dos valores necessários para aquisição de medicamentos com fim de garantir direito à saúde assegurado pela Constituição Federal. Porque se o estado descumpra ordem judicial de fornecer medicamento (obrigação de dar), adequado se ostenta o bloqueio do valor. Tratando-se de proteção aos chamados super direitos da pessoa (vida e saúde), não há falar em ferimento ao princípio do precatório ¹³¹.

Ainda, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão de vanguarda, contrariando a legalidade estrita e analisando o Direito sob o aspecto principiológico, sensível à realidade brasileira de que na maioria das Comarcas do país simplesmente não existe Defensoria Pública, mesmo sendo este um direito assegurado ao cidadão pela Constituição da

¹³¹RIO GRANDE DO SUL/BRASIL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Processo nº 70009770611. Apelação e reexame necessário. Relator: Irineu Mariani. Julgado em 09 dez. 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70009770611&num_processo=70009770611>. Acesso em: 22 dez. 2008.

República, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para postular o fornecimento de medicação para uma única criança em face do Estado ou do Município. Em decisão inovadora, superando a cômoda “decisão-padrão” de que não é lícito ao Judiciário se inserir em políticas públicas próprias do Executivo, deu exemplo à comunidade jurídica nacional acerca da necessidade de se romper com a “lógica cruel do culto à legalidade”.

Na mesma senda, o tribunal de justiça do Rio Grande do Sul não deu provimento ao recurso de apelação ingressado pelo Estado e Município mantendo a decisão de primeiro grau de que o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em favor de menor, visando à obtenção de medicamentos, porque compete-lhe proteger os interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência. O estado e município de Veranópolis têm legitimidade concorrente para fornecer medicamento a menor portador de cardiopatia congênita, em face da solidariedade existente entre os entes da federação e que decorre do texto constitucional (CF, art. 23, inc. II e art. 196). Correto o bloqueio de dinheiro do ente público suficiente para aquisição de medicamento de uso contínuo para menor portador de grave patologia, em face da necessidade de dar efetividade à tutela do direito à vida e à saúde, bem como da obrigatoriedade de cumprimento de ordem judicial¹³².

Com uma análise jurídica inovadora e, por que não ousada, totalmente adequada aos anseios da vida contemporânea, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem dando uma interpretação funcional aos princípios constitucionais, conferindo-lhes dimensão social jamais vista.

O tribunal do Rio Grande do Sul desproveu o recurso de apelação cível mantendo o fornecimento de medicamentos, através do bloqueio de valores, à paciente necessitada, amparando os direitos à vida, à saúde e à dignidade humana. Medida excepcional que se justifica pela crônica relutância dos entes

¹³² RIO GRANDE DO SUL/BRASIL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014933675. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 22 jun. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70014933675&num_processo=70014933675>. Acesso em: 15 mar. 2009.

públicos em atender o comando judicial, colocando em risco a vida e a saúde da necessitada ¹³³.

Particularmente, o julgado acima reconhece de maneira enfática a flagrante omissão inconstitucional dos entes federativos no que se refere ao não atendimento de comando constitucional expresso, decorrente da combinação dos artigos 1º, III e 196 da Constituição da República. Neste sentido, a despeito de reconhecer a excepcionalidade da medida de bloqueio judicial de verbas estatais, reconhece sua legitimidade diante das circunstâncias do caso concreto; no que merece nosso mais profundo voto de respeito e admiração pela coragem da decisão.

A transcrição da doutrina de Ana Paula de BARCELLOS acerca deste tópico específico corrobora nosso posicionamento e elucida a questão:

“A maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do mínimo existencial, portanto, dizem respeito às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente. Assim, quando se cuida do mínimo existencial em saúde, se está tratando das prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas do Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação.”

¹³⁴

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), Corte de âmbito nacional, também tem firmado posicionamento de vanguarda ao transcender a legalidade estrita e buscar a dimensão social trazida com a norma jurídica, especialmente quando a lide deduzida em juízo envolve questões ligadas à saúde do jurisdicionado.

É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), mesmo em situações não

¹³³ RIO GRANDE DO SUL/BRASIL. Tribunal de Justiça, loc. cit.

¹³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 277

contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço¹³⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais, tem admitido a liberação do saldo do PIS/PASEP para fazer face às despesas com doença grave. Ação ordinária com pedido de alvará judicial, objetivando o levantamento do saldo do PIS para fazer face às despesas decorrentes de cirurgia plástica para correção de deformidades sofridas pelo autor na lâmina papirácea da órbita direita, acompanhada de deslocamento medial do reto lateral, bem como do globo ocular.

Na hipótese sub-examine, tanto a sentença quanto o acórdão recorrido constataram o fato de o autor necessitar de cirurgia plástica para correção destas deformidades, o que revela a necessidade de o autor lançar mão do saldo da sua conta de PIS, para atender a uma das necessidades mais prementes do ser humano, que é a saúde, a qual é lhe garantida, inclusive, por princípio constitucional¹³⁶.

Nos exemplos acima relacionados, os Ministros do STJ fazem expressa referência à necessidade de o julgador transcender a mera subsunção do fato à norma e de se conceder à atividade jurisdicional um cunho muito mais social do que técnico-formal-positivista. A dignidade humana quando corretamente

¹³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 670723/SC; Recurso Especial 2004/0089976-4. Relatora: Ministra Eliana Calmon (1114). T2 – Segunda Turma. Julgado em 07 fev. 2006. Diário da Justiça, 6 mar. 2006. p. 322. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=670723&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1)

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=670723&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 25 jan. 2009.

¹³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 719310/RS; Recurso Especial 2005/0010482-0. Relator: Ministro Luiz Fux (1122). T1- Primeira Turma. Julgado em 6 dez. 2005. Diário da Justiça,

13 fev. 2006, p. 695. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=719310&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 25 jan. 2009.

interpretada e aplicada, ainda que de forma excepcional, possui grande força transformadora da sociedade, especialmente como promotora da inclusão social.

Outro item de grande densidade social é atuação do Estado diante da miserabilidade de alguns cidadãos com deficiência. A assistência social aos desamparados, que estão abaixo da linha imaginária da dignidade humana, também gera inequívoco direito subjetivo a estas pessoas, independentemente de qualquer tipo de questionamento.

Assim, todo cidadão com deficiência que não tenha uma qualidade de vida e saúde dignas, poderá exigir do Estado prestação positiva neste sentido. É inconcebível que ainda, em um país como o Brasil, as pessoas com deficiência sejam deixadas à margem da sociedade por falta de incentivo de políticas públicas sociais. Tais exemplos são atentatórios à noção de dignidade humana e à própria concepção cristã de vida.

É evidente que não defendemos que uma pessoa com deficiência ingresse em Juízo para que o Estado lhe compre um apartamento.

O que se pretende é o reconhecimento de um dilema: se o Ministério Público, por exemplo, propõe ação civil pública para obrigar o Estado a adotar determinada política pública imposta pela Constituição, o Judiciário dirá que não pode interferir no poder discricionário do administrador; por outro lado, este mesmo administrador continua a gastar milhões em publicidade deixando de cumprir uma determinada política pública obrigatória, em um conveniente círculo sem fim.

Neste sentido, afigura-se como sendo emergencial uma ação concreta do Estado brasileiro para minimizar níveis aviltantes de desigualdade social.

Novamente, defendemos ser um dever das Instituições e entidades legitimadas a propositura de ação judicial tendente a obrigar o poder público a cumprir com o dever de tutelar o bem da integridade física da pessoa humana com deficiência ou não, fazendo com que a legislação seja cumprida na prática.

A sociedade brasileira já não pode mais assistir passivamente a tamanha degradação. Não é difícil perceber, também, que o simples cumprimento da legislação na prática, serviria, ainda, como atividade estatal preventiva e redutora de crimes e de atendimentos hospitalares. Uma pessoa com má qualidade de vida, tem poucas chances de se incluir socialmente e tornar-se um cidadão que contribuirá para seu país, ao invés de ficar à mercê do estado como um peso a ser carregado. Dessa forma, os gastos gerados ao Poder Público seriam significativamente maiores. O direito ao trabalho desta pessoa com deficiência, sendo visto, com o sentido de ter direito ao aproveitamento de sua capacidade laboral, sendo um fator de descarga ao estado, pois, a pessoa com deficiência trabalhando, receberá salário, contribuindo com a previdência social, e dessa forma, garantindo o mínimo existencial. Restando assim, sua posição dentro dos limites da linha imaginária para que seja preservada a sua dignidade humana.

O fato é que não se pode falar em dignidade humana sem inclusão social. Esta é uma assertiva incontestável. O Estado brasileiro recebeu ordem direta do legislador constituinte originário para restabelecer, prontamente, a dignidade das pessoas com deficiência; todavia, apesar do comando constitucional, o estado continua omissos neste particular. Tal omissão, além de inconstitucional, gera graves conseqüências sociais.

A opção a ser utilizada, dentre várias possíveis, deve ficar a critério do administrador público, conforme poder discricionário que lhe é inerente.

Entretanto, esta discricionariedade não lhe autoriza a deixar de agir. A ordem direta emanada da Constituição da República deve, necessariamente, ser cumprida. Não cabe ao Ministério Público e nem ao Judiciário determinar ao gestor público a adoção desta ou daquela opção; contudo, em nosso entendimento, seria lícito e recomendável que o Ministério Público ingressasse

com ação civil pública tendente a obter do Judiciário determinação direta ao Executivo para implementar programa eficaz neste sentido¹³⁷.

Por fim, o último componente deste núcleo essencial da dignidade humana é a questão do acesso à Justiça às pessoas com deficiência. Na verdade, não se pode conceber ou pretender eficácia na implementação de educação básica, de saúde pública e de assistência social à estes, sem amplo acesso à Justiça. Aliás, existe comando constitucional expresso neste sentido (artigo 5º, inciso XXXV), que se interpretado à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, perfaz noção inquestionável de que algo precisa ser feito neste particular.

Confirmando o supra exposto, é o fato de apenas recentemente em 29 jul. 2009, a lei nº 12.008, ter acrescentado ao Código de Processo Civil Brasileiro, lei nº 5.869/73, o artigo 69-A, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, afim de, estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às Pessoas com Deficiência.

Dentro deste tópico, ainda existe outro ponto inquestionável: o de que as pessoas com deficiência, que mais dependem de uma atuação positiva do

¹³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., pp.291-292 “Já se pode ver que a questão não é simples. Decerto, caberá ao Poder Público decidir democraticamente sob que forma a assistência aos desamparados deverá ser prestada, embora esteja obrigado a oferecê-la de algum modo. A eficácia positiva ou simétrica das normas constitucionais que cuidam do tema está no fato de que é possível exigir judicialmente do Estado ao menos os bens em questão in natura, isto é: o Estado deve dispor de um estabelecimento no qual as pessoas necessitadas possam se abrigar à noite, assim como de alguma forma de programa de alimentação e vestuário para esses indivíduos, ou, se assim preferir, de alguma estrutura equivalente. O vital é que os desamparados tenham onde obter socorro; seja através da prestação direta pelo Estado, de conveniados do Poder Público, de vales, ou de qualquer outra maneira que a inteligência política possa imaginar. [...] É difícil imaginar que alguém em tamanho grau de desamparo tenha informação suficiente e condições de ingressar em juízo. A tutela coletiva através do Ministério Público ou de associações, como já se mencionou ao tratar da educação e da saúde básica, desempenhará um papel mais relevante neste particular, especialmente na defesa de interesses difusos. Os legitimados para a ação civil pública, como já se referiu, além da defesa de interesses coletivos específicos – como a assistência de uma comunidade desabrigada por conta de enchentes -, poderão pleitear judicialmente que o Poder Público seja obrigado a instituir alguma forma de assistência básica aos desamparados, conforme exposto acima, em determinado contexto, considerando que, se não houver recursos disponíveis no ano corrente, eles deverão ser obrigatoriamente incluídos no próximo orçamento, de modo que o prazo máximo para o cumprimento da decisão judicial seja o exercício seguinte”.

Estado para o restabelecimento mínimo de suas dignidades, são também as mais desprovidas de conhecimento e jamais terão, por si só, o discernimento de ingressar com uma ação; seja porque não têm condições financeiras, seja porque não têm informação e muito menos acesso a Instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Neste sentido, defendemos que tais iniciativas devem partir do rol de legitimados ativos para a propositura destas ações civis públicas. Pretender que uma pessoa com deficiência, que infelizmente na situação em que se encontra e que não teve acesso à educação e respectivamente ao trabalho, saiba o que é Ministério Público ou Defensoria, é no mínimo um contra-senso. Uma pessoa com deficiência desprovida de recursos financeiros, provavelmente, sequer conseguiria ter acesso a um Promotor de Justiça, seguramente porque teria negado seu ingresso no Foro, por estar mal vestido, por exemplo, ou por falta de acessibilidade, por barreiras arquitetônicas e/ou atitudinais.

Ainda, a questão do acesso à Justiça assume caráter de essencialidade na exata medida em que é verdadeira condição para a implementação de políticas realmente direcionadas para a inclusão social das pessoas com deficiência, referentes ao núcleo mínimo da dignidade humana. Se o Executivo, principal gestor do orçamento público, se encontra em situação de omissão inconstitucional, somente pela intervenção do Poder Judiciário é que se poderá reverter o lamentável quadro de exclusão brasileiro.

Defendemos ser juridicamente possível que o Ministério Público, por exemplo, na qualidade de legitimado ativo para a propositura de ações civis públicas, ingresse em Juízo contra um determinado ente-federativo, pretendendo que o Judiciário determine a inclusão de verba no próximo orçamento para a implementação de Defensoria Pública. Não há dúvida de que, de acordo com a visão contemporânea do direito constitucional, a ausência de implementação das defensorias é omissão inconstitucional que atenta contra a dignidade humana; justamente por vedar o acesso à Justiça da classe mais necessitada da população.

Lamentavelmente a grande maioria dos Tribunais brasileiros ainda possui uma visão deveras retrógrada da ciência jurídica. Existem vários exemplos concretos de ações civis públicas propostas por Promotores de Justiça que esbarram na posição rígida dos Tribunais de que “não é lícito ao Judiciário se inserir nas políticas de Governo, sob pena de se criar sobreposição de um Poder em outro”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou caso análogo ao supra-exposto.

O Ministério Público entrou com a ação civil pública de obrigação de fazer, ou seja, de criar e implantar uma Defensoria Pública em Comarca do interior. Tal ação foi extinta sem julgamento do mérito, por causa da impossibilidade jurídica do pedido visto que a Pretensão Ministerial confronta-se com o princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, haja vista que não é permitido ao Poder Judiciário interferir na esfera de atuação do Poder Executivo, a quem cabe o exame acerca da conveniência e oportunidade de realização dos atos da administração pública¹³⁸.

Com o devido respeito, não se trata de sobreposição de Poderes, mas de papel fundamental do Judiciário, na qualidade de guardião supremo da Constituição da República. O Judiciário, se corretamente provocado, não pode chancelar omissão inconstitucional do Executivo, ao utilizar o conveniente argumento de que o sistema “veda a interferência de um Poder em outro”. Esta resposta, além de ultrapassada sob a ótica contemporânea do humanismo, não atende aos interesses elementares da população excluída.

¹³⁸PARANÁ/BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 130321-5, de Goioerê/PR. Data: 28 março 2003. Relator: Des. Milani de Moura. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ResultCodigo.asp?Codigo=214228&Selecionar.x=5&S_elecionar.y=4>. Acesso em: 17 março 2009.

Recorremos novamente à lição sempre atualizada de Ana Paula de BARCELLOS, que defende postura intransigente do Judiciário na promoção da dignidade humana em seu núcleo essencial¹³⁹.

Com ênfase na questão do acesso à Justiça deve-se promover intensa reflexão acerca das opções governamentais dentro do enfoque do mínimo existencial. A reversão do alto grau de exclusão social somente se dará quando o foco de prioridade for direcionado com mais ênfase para as pessoas com deficiência, que infelizmente, em sua maioria encontram-se nas camadas mais carentes da população; não apenas por atitudes repressivas que se limitam a enfrentar o problema já existente, mas por políticas preventivas sérias da inclusão social que tenham por objetivo básico de gerar oportunidades.

Ainda, defendemos mais seriedade na educação para as pessoas com deficiência, para que o acesso a essa possibilidade os torne cidadãos mais esclarecidos. Sendo conhecedores de seus direitos, conseqüentemente serão mais ativos, ou seja, fiscalizarão mais o cumprimento destes, pois, o poder público não tem rigidez na prática da fiscalização, fundamental para a efetividade do mínimo existencial.

Infelizmente as pessoas com deficiência fazem parte de grande parcela excluída da sociedade brasileira. Dentro deste contexto, determinadas políticas públicas, por exemplo, de adaptação ao transporte, deveria ser primordial recebendo reconhecimento da sociedade. Pois, não adianta reservar um percentual de vagas em empresas para pessoas com deficiência, se elas não têm condições de se deslocar até o local do trabalho, já que o transporte adaptado ainda é ineficaz. As cotas em universidades e os financiamentos governamentais para o acesso ao ensino superior também se justificam na

¹³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., pp. 289-299. “Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, caso a omissão seja da Administração, ela terá prazo de 30 dias para saná-la; de acordo com o que dispõe o artigo 37, parágrafo 6º da Carta, a Administração Pública é responsável pela ação ou omissão danosa, especialmente quando esta é continuada. Assim, é plenamente possível concluir que o Judiciário, provocado no âmbito de uma ação coletiva, poderá fixar prazo para que o Poder Público (aí incluído o próprio Judiciário no exercício de funções administrativas) pratique os atos necessários à instituição da Defensoria e dos Juizados Especiais, sob pena de responsabilidade pessoal do agente por descumprimento de decisão judicial”.

medida em que permitem a igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência. Tais políticas públicas, diante do sucesso que têm, vêm se mantendo em uma lógica de “política de Estado”, ultrapassando questões partidárias e ideológicas e permanecendo independentemente de que grupo esteja no poder.

Por fim, não se pode olvidar de que na aplicação interpretativa dos princípios constitucionais e dentro da seara do mínimo existencial; considerando-se a supremacia incontestável do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em nosso sistema jurídico, será dever do intérprete sempre conferir alcance máximo à dignidade, optando, dentre as variadas interpretações possíveis, por aquela que melhor realize o princípio. Ao assim agir o intérprete conseguirá priorizar a projeção da dignidade humana de forma bastante eficaz nestas áreas vitais para a promoção da inclusão social das pessoas com deficiência, bem como, acessibilidade na educação básica, saúde pública, assistência social, transporte e acesso à Justiça.

6. O RESTABELEECER DA DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Um dos alicerces estruturais deste trabalho jurídico é a constatação de que a interpretação tradicionalmente conferida às normas jurídicas precisa mudar. Os princípios constitucionais, dotados de normatividade e eficácia, precisam condicionar a interpretação conferida às leis. A continuar como está, o direito positivo apenas tenderá a perpetuar o alto grau de exclusão da pessoa com deficiência, existente hoje na sociedade brasileira.

A superação da dogmática tradicional tem como principal vetor interpretativo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. É ele o grande canal condutor da reversão do quadro atual. Seguramente será a partir deste princípio e em sintonia com os demais, que os operadores do direito poderão contribuir com a proposta de inclusão social, tendo o direito como seu instrumento de agir. Todavia, para que esta perspectiva seja implementada, há que se abrir a mente para o novo, sempre tendo ciência de que tudo aquilo que é inovador, diferente, que foge ao tradicional, choca e espanta.

A este respeito convém lembrarmos o pensamento de Pedro DEMO, que bem ilustra a necessidade de ousadia nas ciências jurídicas¹⁴⁰.

O ponto de partida para a idéia da pulverização da legitimidade popular para o restabelecimento imediato da dignidade é a idéia de “linha imaginária”. Assim, seria lícito ao operador do direito traçar em sua mente um divisor

¹⁴⁰DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 11. “[...] um dos fenômenos mais lamentáveis em ciência é a produção de discípulos mais vocacionados a seguir um mestre ou a enquadrar-se dentro de uma escola do que a construir com originalidade e inteligência novas alternativas científicas. Sobretudo em ciências sociais tal postura é essencial, porque tende, mais que as outras, a curvar-se a dogmatismos ideológicos, dentro dos quais o tempo é gasto principalmente em projetos falidos de autodefesa. Onde campeia o argumento de autoridade, acabamos sem autoridade e, sobretudo, sem argumento”.

hipotético que separaria duas situações bem distintas: a de “sim” dignidade e a de “não” dignidade. O parâmetro para esta divisão seria a proposta do núcleo mínimo da dignidade, que compreenderia quatro pilares básicos, a saber: a educação básica, a saúde pública eficaz e de qualidade às pessoas com deficiência e acesso à Justiça.

Desta forma qualquer pessoa que estivesse abaixo desta linha imaginária da dignidade seria titular de um direito subjetivo em face do Estado, para exigir dele Estado, o pronto restabelecimento de sua dignidade aos padrões minimamente aceitáveis. Em outras palavras, o Estado teria o dever jurídico de recolocar esta pessoa em um ponto imediatamente acima da linha divisória hipotética.

Todavia, aqui surge uma questão: como tornar esta proposta realmente eficaz sob a ótica jurídica? Acima de tudo, como, juridicamente falando, permitir que esta proposta se torne útil socialmente para as pessoas com deficiência e não apenas mais um dos vários preceitos utópicos, lindos e belos, porém destituídos de eficácia prática? A sociedade brasileira contemporânea não tolerará mais preceitos vagos, idealizados somente para chancelar a vontade das elites em detrimento da massa excluída e marginalizada.

Esta postura emancipatória e crítica, alicerçada tanto na teoria quanto na prática, apesar de muitas vezes ser qualificada de ousada, afigura-se como sendo essencial para a reversão do quadro brasileiro de exclusão social. A este respeito, vale a lição do professor Marcos Augusto MALISKA¹⁴¹.

Defendemos uma visão muito mais flexível da dogmática jurídica, especialmente sob a ótica processual. Assim, com a máxima modéstia e com o

¹⁴¹MALISKA, Marcos Augusto. “*Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*”. Curitiba: Juruá, 2006, p. 110. É necessário promover, na academia, a junção da técnica jurídica com a teoria crítica. A postura crítica, redefinidora de paradigmas, deve estar presente naqueles que atuam diariamente no fórum, naqueles que pretendem exercer a advocacia, o Ministério Público ou a Magistratura. Não se pode mais, em nome da crítica pura, excluir da prática as propostas que são discutidas e debatidas na teoria. Mais do que nunca, o exercício consciente da profissão jurídica é um exercício em defesa da cidadania, da moralidade administrativa e do respeito à Constituição.

desafio de colaborar com a ciência jurídica, cumprindo inclusive com a proposta de um curso de doutorado, defendemos a criação, inicialmente doutrinária e/ou jurisprudencial, da figura da “legitimidade excepcional”.

Esta legitimidade excepcional conferiria a qualquer cidadão, independentemente da capacidade postulatória, que para o ato seria dispensável, a possibilidade de ingressar em juízo para restabelecer ou pleitear o restabelecimento da dignidade mínima inerente a toda e qualquer pessoa que esteja abaixo da linha imaginária da dignidade; mesmo sem ter qualquer tipo de vinculação com o suposto beneficiário.

Desta forma, qualquer cidadão, com deficiência ou não, poderia ingressar em Juízo, independentemente de pagamento de taxas ou mesmo da assinatura de um Advogado, para, por exemplo, requerer ao Estado a compra de uma cadeira de rodas para uma pessoa com deficiência e que, comprovadamente, não tenha recursos suficientes para a aquisição. Ou, ainda, para requerer junto ao Estado, pela via do Judiciário, o imediato fornecimento de determinada medicação prescrita por um médico. Ou mesmo, diante da completa ausência de Advogados em determinada cidade, pleitear que o Judiciário determine a contratação, pelo poder público, de um Advogado para patrocinar causa diretamente relacionada às questões da dignidade humana (núcleo mínimo).

Aqui há que se fazer uma ressalva. É evidente que a difusão da possibilidade de ingresso em Juízo jamais poderia dispensar a apresentação de documentação comprobatória do alegado, isto sem prejuízo de outras diligências a critério do Ministério Público ou do Judiciário, que eventualmente pudessem complementar a instrução. É fato público e notório que a obtenção de certidões em determinadas repartições públicas, tendentes a comprovar a pretensão deduzida em Juízo é, especialmente para os menos esclarecidos, bastante dificultada; daí a possibilidade de mera alegação do autor para posterior requisição judicial ou ministerial. Ademais, com relação à capacidade postulatória, uma vez recebida a notícia de violação ao núcleo mínimo da dignidade e havendo indícios suficientes da seriedade da pretensão, poderia o

Juiz nomear Advogado para firmar o documento, caso haja concordância do referido profissional.

Absolutamente, não se pretende que o instituto seja desprovido de critérios rigorosos que, efetivamente, comprovem a condição de “não” dignidade do suposto beneficiário. Também não se pretende, com o presente instituto, causar desequilíbrio financeiro às contas estatais e muito menos aniquilar a capacidade de planejamento do ente público. Não é esta a proposta. O que realmente não podemos admitir é que em um país como o Brasil, em que diversas pessoas com deficiência encontram-se em situação atentatória a sua própria dignidade, o Estado continue a gastar milhões de reais em publicidade, por exemplo.

É evidente que a legitimidade excepcional não pode ser implementada sem um prévio estudo de logística e gestão fiscal, tal constatação é ponto pacífico. Todavia, não é lícito que o Estado repasse responsabilidade sua para organizações não governamentais, entidades filantrópicas e clubes de serviço, que terminam fazendo mais do que podem. O estabelecimento de 0,5% do orçamento, por exemplo, de cada Município, de cada Estado e da União para a criação de uma grande rede de assistência social seria sim viável e não causaria colapso nas finanças, especialmente se estabelecesse um pacto pela diminuição da publicidade estatal e pelo combate eficaz à exclusão social das pessoas com deficiência pelo não cumprimento das leis que as protegem.

Outro ponto que merece destaque é que não pretendemos a imposição de uma situação pré-determinada com relação ao instituto da legitimidade excepcional. Nossa pretensão se limita que a presente idéia seja amplamente discutida nas academias e nos meios forenses. É lógico que diversos ajustes precisariam ser implementados e outras idéias complementares surgiriam. Defendemos a responsabilidade fiscal, amplamente considerada, como sendo um dos alicerces estruturais do Estado Democrático de Direito, porém, a presente sugestão seria sim viável com a otimização de gastos estatais com propaganda e com a auto-promoção indevida de governantes.

Por outro lado também a iniciativa privada possui tamanha relevância na questão de aderir as políticas públicas de acessibilidade e inclusão social das pessoas com deficiência. Pois não adianta a iniciativa pública ser eficaz no que lhe diz respeito, como calçadas em boas condições de trânsito, praças e repartições públicas acessíveis se a iniciativa privada não fizer a sua parte. Um exemplo disso é a eficácia na locomoção até a repartição privada e lá encontrar barreiras arquitetônicas que dificultem ou impeçam seu acesso.

Feitas estas considerações, pode-se perceber que a figura da “legitimidade excepcional”, idealizada para ser utilizada de forma absolutamente excepcional e restrita, exclusivamente nas hipóteses de violação à dignidade humana e tendo como foco pessoas abaixo da linha imaginária da dignidade, em estado de “não” dignidade, tem um ponto de referência na conhecida figura processual penal do habeas corpus. Ora, se para a impetração de habeas corpus na seara penal quase nada se exige em termos de formalidade jurídica, porque não admitir um instituto muito próximo na seara constitucional? Qual seria o obstáculo jurídico para isto?

Não é fato público e notório que diversos habeas corpus já foram impetrados por pessoas simples da população, em pedaços de jornal ou mesmo em papel de embrulhar pão?

Será que nós, operadores do direito, desconhecemos que estamos no Brasil, detentor do lamentável alto índice de exclusão social? Será que lembramos que no interior deste país existem pessoas com deficiência e que não possuem quase nenhum acesso à vida social, sem transporte, sem água, sem luz, sem estradas asfaltadas, sem hospitais, sem advogados... Seja por falta de dinheiro ou pelas condições e local em que se encontram. A exigência de formalidades excessivas em países escandinavos, detentores dos primeiros Índices de Desenvolvimento Humano (IDH's) do mundo seria correta e justa, mas não no Brasil!

Por outro lado, se a legislação pátria admite o habeas corpus para a tutela da liberdade de ir e vir, mesmo sem critérios jurídicos excessivamente

formais, por que então seria absurda a criação de figura semelhante na seara constitucional, para a defesa da vida e da própria dignidade? A liberdade, tutelada pelo habeas corpus, é mais importante do que a vida, do que a dignidade? Ao que nos parece, a resposta negativa se impõe.

Outro ponto que merece destaque e que reforça a necessidade da criação do instituto da “legitimidade excepcional” é a verdadeira impossibilidade física e numérica de o Ministério Público absorver mais esta demanda. O extenso rol de legitimados ativos para a propositura de ações civis públicas, constante do artigo 5º da lei federal 7.347/85, não foi suficiente para pulverizar as ações propostas. É fato público e notório que o Ministério Público é responsável pela propositura de 90% de todas as ações civis públicas deste país.

É evidente que tais demandas fazem parte de sua missão constitucional, todavia, a inação dos demais co-legitimados termina por impor a Instituição mais do que ela pode oferecer, eis que as atribuições do Ministério Público, nem de longe, se restringem à propositura de ações civis públicas, como é sabido de todos. Assim, a retórica de que bastaria o cidadão comum procurar o Ministério Público para a defesa de seus interesses, ainda que referentes ao núcleo mínimo da dignidade, não deixa de ser desonesta, sob a ótica intelectual.

Não bastasse isto, vários Tribunais entendem que não existe legitimidade ao Ministério Público para a propositura de uma ação civil pública, por exemplo, para a obtenção de remédios para um determinado cidadão, ao argumento de que tal pretensão não se enquadraria no rol de interesses difusos e/ou coletivos da sociedade, mas sim de interesse de um único cidadão. Isto não ocorreria se olhássemos esta situação com uma visão mais ampla, pois, suprimindo o interesse de um único cidadão estaria conseqüentemente abrindo precedente para o benefício da coletividade se enquadrando então no rol de interesses difusos. Vejamos este julgado do Superior Tribunal de Justiça.

Neste, está disposto que foi outorgada a competência funcional à Defensoria Pública para “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”, ou seja, quem tem a legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada é a Defensoria Pública e não o Ministério Público. Neste julgado, Ministério Público ingressou com a Ação Civil Pública para fornecimento de dispositivo médico a um menor carente, pessoa individualizada. O estado não conformado ingressou com um recurso especial alegando a ilegitimidade do Ministério Público para tal ação, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O julgado em questão, com o máximo respeito, parece não ter sido proferido no Brasil. É de se perguntar ao seu eminente relator se existe Defensoria Pública estruturada em todas as Comarcas de seu Estado. Novamente, retornamos ao ponto já referido. Seria ótimo que a Defensoria Pública estivesse estruturada em todos os Estados da federação, todavia, esta ainda é uma pretensão muito distante.

Por outro lado, imputar ao cidadão carente o ônus de se deslocar até a unidade da Defensoria Pública mais próxima de seu domicílio, muitas vezes, significa negar-lhe o acesso à Justiça por via transversa. A maioria das pessoas carentes trabalha como diarista e, ao deixar de trabalhar para ir ao Foro, perde dinheiro. Além disso, tais pessoas não podem arcar com os custos de uma viagem a outro Município, dado seu alto grau de precariedade financeira.

Desta forma, quando o Ministério Público reconhece a vulnerabilidade do cidadão, assume a questão com o nítido propósito de fazer justiça, propõe ação civil pública para obter remédio para criança carente e necessitada, vê sua pretensão fulminada por uma questão mesquinha, de ordem processual. Além disso, como se já não bastasse a realidade cruel a que esta criança está submetida, deixa de receber medicamento necessário para a manutenção de sua saúde porque o Poder Judiciário invocou uma questão processual de duvidosa constitucionalidade, para extinguir mais um processo, sem sequer analisar o que estaria por detrás.

Este julgado, além de inadequado sob a ótica humana, é a materialização do descaso, da insensibilidade, da falta de uma visão social da lei, da mais absoluta ausência de noção da realidade brasileira. Mesmo diante de princípio constitucional que alça a dignidade humana a uma condição sem precedentes no direito brasileiro, o Judiciário nacional optou, no caso concreto, por negar uma medicação para uma criança com deficiência, por questões menores, de natureza processual, pouco se importando com as conseqüências de sua decisão. Teve, ainda, a ousadia de reproduzir em seu julgado que a Constituição atribui tal função a Defensoria Pública, sem sequer procurar saber se no Município daquela criança existe ou não o referido órgão. Lamentável a reprodução, em pleno século XXI, de um pensamento próprio da elite do Brasil Colonial, nos idos de 1600. Impedir que decisões como esta se repitam, passa a ser uma luta que todos nós, operadores do direito, devemos defender. Perceba que no caso concreto sequer havia a possibilidade de se argumentar colapso às finanças do Estado, eis que se tratava de uma única criança apenas.

Vale ressaltar, que fundamentar o julgado acima no fato que a constituição atribui tal função à Defensoria Pública, é julgar passando por cima do Princípio da Dignidade Humana, assim como, não levar em consideração o Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade. Novamente voltamos à posição já defendida no capítulo anterior¹⁴², a respeito da existência de hierarquia dos princípios estabelecidos dentro da Constituição Federal Brasileira, pois, o caso acima foi julgado sem observar a violação da dignidade humana daquela criança carente com deficiência. Agindo desta forma, estará negando também, o “mínimo existencial” àquela criança, no que tange a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

É esse o direito de que precisamos, é esse o modelo de direito que queremos? Esta decisão de um Tribunal Superior, apenas fomenta a exclusão social da pessoa com deficiência, que sem recursos para tratar a sua moléstia ficará doente, com sua saúde debilitada não podendo se incluir socialmente

¹⁴² Capítulo 5, ítem 5.1. p.99.

como, por exemplo, através do trabalho. Este é o ponto de análise para a defesa da superação da dogmática tradicional. Decisões como esta, deveriam ser alvo de intensos protestos na porta do Tribunal, deveriam estampar as manchetes dos jornais e colocar seu prolator para um amplo debate com a comunidade. Reputamos como sendo inadmissíveis decisões como esta, especialmente diante do desolador quadro de exclusão social das pessoas com deficiência no Brasil.

Tais julgados, a despeito de possíveis/plausíveis sob a ótica jurídica, simplesmente ignoram a realidade social brasileira e terminam por colaborar com a inadmissível falta de eficácia de nosso ordenamento positivo. Será que estes julgadores enclausurados nos palácios da Justiça têm real conhecimento da realidade nacional, do interior do país e das mazelas de pessoas com deficiência na sociedade brasileira? Seriam tais julgados éticos, sob a ótica moral? Será que sabem que a grande maioria dos Estados Federados não possui Defensoria Pública regularmente constituída e que a maioria das pessoas com deficiência, carentes de recurso, simplesmente não tem acesso à Justiça?

Novamente retornamos ao ponto de que a figura da “legitimidade excepcional” seria desnecessária no Canadá ou na Suíça, mas é emergencial em países como o Brasil, que possui muitas leis que protegem as pessoas com deficiência, mas que na prática não possuem eficácia devido a falta de fiscalização. Se no interior do Paraná, Estado que tem como capital Curitiba, modelo em desenvolvimento e acessibilidade no país, não são raros os casos de falta de acessibilidade à Justiça, imaginemos o que se passa no interior do norte ou nordeste, Estados subdesenvolvidos em todos os sentidos, econômico, jurídico e inclusivo. Quantas vezes ao longo da história da humanidade o que pareceu absurdo em um primeiro momento, revelou-se possível e conveniente em um segundo estágio?

Vejamos o exemplo do Estado do Paraná, que tem cerca de 10 milhões de habitantes e pouco mais de 500 Promotores de Justiça em atividade. Tais números conferem uma proporção de 1 Promotor de Justiça para cada grupo

de 20.000 habitantes. Agora a pergunta: considerando-se as crescentes atribuições do Ministério Público e a ausência de Defensoria Pública, seja da União, do próprio Estado e dos Municípios, afigura-se como sendo razoável deixar as pessoas com deficiência, e somente elas, totalmente desprovida de acesso à Justiça?

Com o máximo respeito a quem pense de forma diversa, os códigos processuais e também o próprio direito se constituem em meio, jamais em fim. Não se afigura como sendo razoável que questões menores de ordem meramente processual possam impedir o acesso de um cidadão à Justiça ou mesmo que sua pretensão seja analisada pelo Judiciário. Exemplo clássico neste sentido é a questão da autoridade coatora em sede de mandado de segurança. Mesmo sabendo que a administração pública é extremamente agigantada e dotada de estrutura organizacional deveras complexa, muitos Juízes têm extinto pretensões mandamentais ao conveniente e rápido argumento de que não houve a especificação correta do pólo passivo da demanda.

Ora, segundo pensamos, o que basta é um direcionamento correto da autoridade coatora, ainda que de forma genérica. Não é razoável impor ao cidadão pleno conhecimento dos meandros do poder público, para se exigir dele uma descrição milimétrica do cargo ocupado pelo agente coator. Por outro lado, somente o erro grosseiro teria o condão de impedir a apreciação do mérito. Assim, se um diretor de uma escola estadual, por exemplo, praticou conduta abusiva, violadora de direito líquido e certo de determinado estudante, seria erro grosseiro eventual impetração contra o comandante do Corpo de Bombeiros.

Cada vez mais temos decisões de Tribunais de Justiça e de Cortes Nacionais reconhecendo, de forma categórica, a necessidade emergencial de flexibilização da dogmática tradicional em prol da inclusão social às pessoas com deficiência, pois o cidadão doente em casa não terá oportunidade de ter uma vida social digna. Os julgados do STJ acerca da possibilidade de saque do FGTS mesmo para os casos não contemplados na lei específica, mas desde

que se apresentem motivos razoáveis, especialmente na seara da saúde, demonstram clara tendência de mudança de rumo na forma de se aplicar o direito.

Caso emblemático ocorrido no Estado de Santa Catarina e posteriormente julgado pelo Supremo Tribunal Federal merece detida análise e ilustra bem este “movimento de ruptura com o convencional” que vem ocorrendo silenciosamente na Justiça Brasileira.¹⁴³ Na hipótese em apreciação, o Desembargador Catarinense Sérgio Paladino, ao julgar o agravo de instrumento TJSC 97.000511-3, pronunciou-se no sentido de ser juridicamente possível imputar ao Estado a obrigação de custear tratamento experimental de uma criança portadora de distrofia muscular progressiva de Duchenne, nos Estados Unidos da América, a um custo estimado em 160.000 mil dólares americanos. Para sustentar sua decisão o Desembargador utilizou-se apenas do direito à saúde assegurado na Constituição da República e do princípio da dignidade humana, ainda que de forma discreta.

Cumprido, ainda, ressaltar que a determinação judicial para o custeio de um tratamento experimental e, portanto, sem comprovação científica de resultados positivos ao paciente, se deu em caráter de antecipação de tutela e sem a oitiva do Estado.

O Estado de Santa Catarina, por sua vez, em sede recursal, alegou grave risco de comprometimento das finanças públicas, a persistir a decisão. A pretensão recursal do Estado foi fundamentada nos artigos 100 e 167, incisos I, II e VI da Constituição da República.

Quando da apreciação do recurso estatal, o STF, pelas mãos do Ministro Celso de Melo, manteve a decisão do Tribunal Estadual ao argumento de que o perigo de grave lesão às finanças do Estado – interesse secundário – jamais

¹⁴³BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Reg. em Petição 1.246-1/SC. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Pet&processo=1246&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 25 jul. 2009.

poderia se sobrepor ao interesse primário, vinculado ao bem maior vida e devidamente assegurado pela Constituição^{144, 145}.

Por fim, mesmo defendendo de forma veemente a supremacia axiológica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico nacional, a necessidade de flexibilização da dogmática tradicional e a necessidade emergencial de uma interpretação muito mais voltada para o social, não poderíamos deixar de consignar a existência de respeitáveis opiniões em sentido contrário.

Assim, em julgados também referentes ao problema da distrofia muscular progressiva de Duchenne, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁴⁶, por duas vezes sucessivas negou aos autores a possibilidade de se exigir que o Estado custeasse o referido tratamento. Nas duas hipóteses, os argumentos foram os seguintes: A impossibilidade de interferência de um poder em outro; A complexidade da gestão das finanças públicas e o risco de colapso, caso o entendimento do autor viesse a prevalecer; Quebra da isonomia de tratamento com relação aos demais usuários do sistema público de saúde ao se privilegiar um único cidadão em detrimento dos demais, causando problemas orçamentários e comprometendo a gestão coletiva dos recursos. Com efeito, apesar de respeitarmos as opiniões em sentido contrário, o que é próprio da dialética inerente ao direito, nos filiamos à corrente que preconiza a necessidade emergencial de mudança de foco por parte dos operadores do direito, de uma visão mais humanística e social quando da aplicação da norma ao caso concreto e de uma aplicação responsável, que leve em conta a realidade social brasileira. Vedar o acesso de um cidadão carente à Justiça, que muitas vezes já passou por uma verdadeira “*via crucis*” até conseguir bater à porta do Estado-Juiz, ao argumento de que determinada

¹⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal Federal, loc. cit. Cf: Recurso Extraordinário 273.834. Relator: Min. Celso de Melo. Revista de Direito Administrativo, n. 222, pp. 248-253.

¹⁴⁵SÃO PAULO (Estado)/BRASIL. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Público. AI nº 42.530-5/4. Relator: Des. Alves Bevilaqua. Julgado em 11 nov. 1997. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2009.

¹⁴⁶SÃO PAULO (Estado)/BRASIL. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara de Direito Público. AI nº 48.608-5/4. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em 11 fev. 1998. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2009.

formalidade processual não foi atendida; a despeito de ser “legal”, pois se adequa ao direito positivo, não se afigura como sendo honesto e muito menos ético.

A este respeito, oportuna a lembrança ao julgamento de Nuremberg, em que os oficiais nazistas invocaram como principal argumento de defesa, o cumprimento literal do direito positivo alemão, em vigor à época. Além disso, invocaram, também, o estrito cumprimento de dever legal, na medida em que se limitaram a obedecer aos comandos vindos diretamente do Estado-Maior Nazista.

Ora, a despeito desta boa argumentação defensiva e da própria plausibilidade da tese, prevaleceu o entendimento de que as disposições de direito positivo não podem violar preceitos maiores, originários do próprio direito natural e que, inclusive, dispensam expresse reconhecimento pelo direito positivo de determinado Estado. Desta forma, os atentados à dignidade humana das vítimas do nazismo teve severa punição com alicerce em normas não escritas, provenientes de um direito não escrito, mas eterno, que paira sobre todo e qualquer ordenamento jurídico positivado.

Resta, portanto, patente a insuficiência do direito positivo para reger as sociedades humanas. Uma relação mais estreita com o direito natural e com seus postulados é garantia de maior equidade na aplicação das normas jurídicas e na solução das lides. Cabe, contudo, a ressalva de que a prescindibilidade de positivação de direitos fundamentais, absolutamente não retira a enorme importância de se fazer constar expressamente tais direitos nas Constituições. Particularmente, entendemos que a consagração de tais direitos fundamentais, cuja expressão máxima se materializa no princípio da dignidade humana, representa expressivo avanço no processo de consolidação da democracia e da própria inclusão social.

Há uma obra que nos despertou a atenção pelo nome, durante as diversas andanças por livrarias: Holocausto Brasileiro. Na referida obra, muito mais social do que jurídica, seu autor, um jornalista, advoga a tese de que

nosso país vive um verdadeiro holocausto social, sugere o número de 65 milhões de menores abandonados, sendo 25 milhões drogados, armados e prostituídos.¹⁴⁷

Tal assertiva tem por si só um grande mérito, ainda que não se possa provar a veracidade total desta forte afirmação, seguramente nos faz refletir, nos convoca à introspecção. Esta dura realidade nos remete ao tema do controle da natalidade, verdadeiro tabu neste país, já por nós rapidamente abordado. Mas uma virtude esta frase já tem. Ela “comprova” que o instituto da legitimidade excepcional é mais do que simplesmente necessário, mas emergencial. Comprova, ainda, que a inclusão social já não pode ser deixada de lado. A água já está no pescoço...

Neste momento, os operadores do direito são convidados a enfrentar o problema de frente já que a sociedade brasileira já não tolera mais ouvir dizer que “a culpa é do governo”. O direito tem sua parcela de responsabilidade, assim como seus operadores. Reforçamos neste momento a necessidade, já referida, de um grande pacto jurídico pela inclusão social, uma revolução silenciosa na busca por mais equidade. Judiciário, Ministério Público, Defensorias, Procuradorias Jurídicas dos entes da federação e Ordem dos Advogados do Brasil precisam somar esforços.

¹⁴⁷FERREIRA PRÉCOMA, Ayrton. “*Holocausto brasileiro*”. Correio Metropolitano, Rio de Janeiro, 1999. p.12.

7. DIGNIDADE HUMANA: O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS

Ao contrário do que pensam alguns, o pluralismo jurídico não é um fenômeno contemporâneo que surgiu em decorrência das sociedades complexas e massificadas de hoje. O pluralismo tem profundas raízes históricas e acompanhou a evolução de vários povos. Sem a pretensão de uma análise histórica e tão somente com o propósito de demonstrar ao leitor que o pluralismo é um fenômeno antigo.

Iniciemos pelo Império Romano, que conviveu com diversas formas autônomas de regulamentação social, conforme pesquisa de WOLKMER¹⁴⁸.

Também na Idade Média, especialmente por sua constituição social, a descentralização territorial, a expressiva diversidade de centros autônomos de poder e a coexistência de diversos direitos dentro de um mesmo território, o pluralismo jurídico também esteve muito presente.

Era bastante nítida a convivência do direito utilizado pelo senhor feudal com o direito canônico e destes com o direito da burguesia, tudo em uma verdadeira miscelânea de ordenamentos autônomos e coexistentes. A este respeito, oportuna a contribuição de Marcos Augusto MALISKA¹⁴⁹.

¹⁴⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. “*Pluralismo jurídico*”. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 169. “[...] a constatação da existência do pluralismo jurídico no Império Romano é pautada em duas observações. Primeiramente, no fato de que os romanos não impuseram total e rigidamente seu direito às populações conquistadas, permitindo uma certa liberdade para que as jurisdições locais estrangeiras continuassem a aplicar seu direito autóctone. (...) Outra observação histórica é trazida pela pesquisa de Eugen Ehrlich, para quem os romanos já conheciam e utilizavam fontes jurídicas não estatais, representadas basicamente no chamado direito consuetudinário dos juristas”.

¹⁴⁹ MALISKA, Marcos Augusto. op. cit., p. 23. “A Idade Média era marcada pelo teocentrismo, teoria na qual Deus é o centro de tudo. Desta maneira, sob forte influência da Igreja, no mundo medieval as pessoas preparavam-se para a vida eterna, ou seja, as pessoas não deviam apegar-se a bens materiais, pois a vida na terra era passageira. No âmbito jurídico, todo o sistema de instituições correspondia às concepções dos senhores feudais, com o poder que exerciam sobre os camponeses. As normas de direito feudal consolidavam os privilégios dos nobres proprietários que exerciam legalmente o arbítrio sobre os camponeses subjugados. Em consonância com o direito feudal, exercido pelos nobres proprietários, existia o direito canônico, ligado à Igreja Católica. A doutrina da Igreja Católica era dominante na Europa Ocidental Medieval. As teorias políticas desse período eram construídas sob os dogmas da Igreja. O monopólio dos sacerdotes sobre a educação, que adquiriu um caráter predominantemente teológico, também expressava o domínio ideológico da época. A religião cristã era largamente utilizada para justificar a exploração feudal, propagar o obscurantismo e fundamentar a arbitrariedade e a violência”.

Assim, a despeito de ser uma sociedade altamente hierarquizada, dominada de cima para baixo pelo clero e a nobreza, a sociedade medieval era altamente pluralista. Na seqüência histórica, com o fim da Idade Média, o pluralismo passa a se interligar com uma nova proposta, a liberal, decorrência da sociedade capitalista que emergia e da própria formação dos Estados Liberais. A partir deste momento histórico, o pluralismo se desvincula da ótica religiosa, tão presente no medievalismo.

Especificamente no Brasil, os registros históricos indicam que houve verdadeira aniquilação das práticas costumeiras dos povos nativos pelos colonizadores portugueses, que apenas se preocuparam em implementar aqui toda a estrutura burocrática e extrativista idealizada pela Coroa. A consolidação do modelo trazido da metrópole e implantado pela força na colônia, refletiu em um modelo jurídico dogmático e formalista, totalmente dissociado dos interesses das comunidades em que a igualdade material sequer foi ao menos pretendida. Toda a estrutura montada tinha como único objetivo a consolidação do domínio português no território e a captação de recursos para os cofres da Coroa.

Vera Cury, autora de obra específica sobre o tema em questão¹⁵⁰.

Esta breve análise histórica mostra a origem e a formação da sociedade brasileira. A grande influência de Portugal, que reproduziu no Brasil um modelo elitista a discriminatório de ordem jurídica, que sempre privilegiou a classe abastada em detrimento das massas. Não se pode falar em pluralismo no Brasil contemporâneo sem que se analisem as características da colonização portuguesa e o verdadeiro aniquilamento das práticas culturais nativas e da própria ordem social das nações indígenas. Todas estas constatações têm

¹⁵⁰ARRUDA ROZO CURY, Vera de. *Introdução à formação jurídica no Brasil*. Campinas: Edicamp 2002, pp. 121-122. "Cria-se desta forma no Brasil, em decorrência da própria colonização exploratória imposta, uma mentalidade econômica voltada à agricultura, centrada no cultivo da terra, representativa de uma empresa extrativa de produtos primários, ao lado do sistema monopolista imposto pela metrópole. Resultante desse processo, edifica-se uma sociedade agrária, latifundiária, com mão-de-obra escrava".

conseqüências ainda hoje na sociedade brasileira. A esse respeito, oportuna a reprodução de texto de Vera Cury¹⁵¹.

Assim, no atual contexto contemporâneo, em pleno século XXI, em que a sociedade brasileira discute o fim do nepotismo nos três poderes da República, pode-se realmente perceber o quão profundas foram as marcas da colonização portuguesa no Brasil e a real origem dos desmandos com o dinheiro público. Toda esta dinâmica imposta por Portugal refletiu diretamente no mais severo aniquilamento de qualquer pretensão pluralista ou de cidadania participativa durante o processo de colonização¹⁵².

Neste sentido, fica bastante clara a origem do culto à legalidade, da reprodução de modelos dogmáticos nem sempre adequados à realidade brasileira, de um direito elitista e dissociado dos interesses da classe excluída e de um cenário jurídico direcionado aos interesses dos poderosos. A presente constatação revela um processo longo e gradativo pelo qual vem passando a sociedade brasileira, que tem o desafio de quebrar estruturas rígidas sedimentadas há séculos e de difícil superação.

Assim, uma compreensão segura acerca das origens da formação jurídica brasileira permitirá ao operador do direito a formação de uma base sólida para a reversão deste desalentador cenário de exclusão¹⁵³.

¹⁵¹ARRUDA ROZO CURY, Vera de. *ibidem*, p. 126. “Tal poder era burocrático e, na grande maioria, as atividades deveriam obedecer a uma série de normas que previam o distanciamento do magistrado da vida social local, como se a integração magistrado/comunidade pudesse contribuir para o desvio dos princípios de lealdade e obediência ao rei, inerentes ao próprio cargo. Para o acesso ao cargo, na maior parte das vezes, levava-se em consideração a origem social do jurista somada ao apadrinhamento”.

¹⁵² *Id. ibid.* p. 127. “Dessa maneira, essa elite refletia o patrimonialismo e a burocracia, princípios tradicionais centralizadores e formalistas. Isso resultou no fato de que a especificidade da estrutura colonial de Justiça favoreceu um cenário institucional que inviabilizou, desde os seus primórdios, o pleno exercício da cidadania participativa e de práticas político-legais descentralizadas, próprias de sociedade democrática pluralista”.

¹⁵³ARRUDA ROZO CURY, Vera de. *ibidem*. pp.128-129. “Constituiu-se, dessa maneira, o Direito no Brasil, na qualidade de Colônia, como essencialmente particular, desvinculado da população, voltado aos interesses privativos dos coronéis e da coroa. Esta não buscava fazer justiça na Colônia, mas tão somente precaver-se de ameaças ao poder estatal e garantir o pagamento de impostos, admitindo que seus magistrados protegessem os seus próprios interesses e o dela, preterindo até mesmo os direitos do povo, privilegiando, como Roma e em Portugal, um estrato social específico, representado pelo poder elitista do patriciado e pela nobreza, partícipes da administração burocrática do Estado patrimonial. Este Estado reflete um quadro sociopolítico de dominação, exploração e injustiça, permeado por uma cultura elitista”.

Uma simples comparação entre a formação jurídica no Brasil Colônia e o quadro político contemporâneo, nos revela o quão profundas foram as raízes plantadas pelos colonizadores portugueses. A atual crise de legitimidade dos três poderes da República, a própria crise das instituições do Estado revelam a necessidade de quebra de paradigmas e de superação de conceitos alçados à condição de dogmas. A sociedade brasileira precisa de uma proposta pluralista, com o foco voltado para a emancipação das classes oprimidas.

Bárbara Hudson, com suporte filosófico seguro, nos coloca a questão do acesso igualitário das minorias aos processos judiciais e ao procedimento de elaboração das leis; confirmando a exclusão histórica dos grupos não integrantes das elites¹⁵⁴.

A complexidade e a riqueza da sociedade acarretam uma diversidade de possibilidades interpretativas, influenciadas por fenômenos políticos, sociais, filosóficos, jurídicos. Toda esta complexidade permite a assertiva de que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda a produção jurídica.

O pluralismo jurídico possui perspectiva descentralizadora e anti-dogmática, que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-políticos-sociológicos sobre critérios técnico-formais positivistas. Aliás, esta proposta de

¹⁵⁴HUDSON, Bárbara A. *“Direitos humanos e ‘novo constitucionalismo’: princípios de justiça para sociedades divididas.”* In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Ed.). *“Direitos humanos e democracia”*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (no prelo). “A mais comum e persistente crítica do direito então vigente, pelos teóricos críticos das relações raciais pós-coloniais, e pelas feministas, é de que os grupos marginalizados e subordinados foram excluídos dos processos discursivos pelos quais as leis foram feitas e aplicadas. Não estiveram presentes nos debates enquanto as leis eram feitas, não estiveram nos escalões de elite do judiciário nos Estados-nações quando as teorias e regras jurídicas foram estabelecidas. Portanto, o primeiro princípio de justiça que pode ir além da “justiça do homem branco” é que o Direito – incluindo os processos legislativos, bem como os de mediação e arbitragem – deve se tornar um discurso muito mais aberto. Ao invés de as leis serem esboçadas e aprovadas por grupos de elite e os casos criminais terem que ser conduzidos na linguagem muito restrita da lei, os grupos marginalizados devem ser capazes de participar dos procedimentos legislativos, devem ser capazes de se explicar por suas ações e de verbalizar seus reclamos nos Tribunais usando suas próprias palavras e escolhendo seus próprios assistentes e representantes. O princípio do discurso, encontrado na teoria política contemporânea de HABERMAS, BERNHABIB e Nancy FRASER, por exemplo, também insiste em que qualquer um dos envolvidos possa suscitar qualquer questão”.

flexibilização dogmática e de análise da consequência social decorrente da aplicação da norma, vem sendo cada vez mais utilizada pelos Tribunais do país e os vários julgados apresentados neste trabalho demonstram claramente esta tendência.

O fenômeno do pluralismo jurídico deve ser entendido enquanto uma multiplicidade de manifestações ou práticas normativas em um mesmo espaço sócio-político, interagida por conflitos ou consensos, oficiais ou não e tendo sua razão de ser em necessidades existenciais, materiais e culturais da sociedade, sempre em constante transformação.

Parte da premissa de que há um esgotamento e uma crise no tradicional modelo jurídico liberal-individualista; que já não oferece respostas satisfatórias/eficazes aos anseios sociais. Representa a proposta de um novo fundamento de validade para o mundo jurídico.

A busca de novos padrões normativos para a solução de demandas decorrentes da produção e concentração de capital, das contradições sociais, das crises institucionais, da ineficácia do modelo tradicional de justiça, refletem o esgotamento do sistema tradicional. O pluralismo jurídico pressupõe, assim, a necessidade de se superar a noção de Estado como centralizador da produção normativa.

A proposta de superação da dogmática tradicional consiste em delinear, por uma apreciação indutivo-crítica, a existência de um pluralismo jurídico alicerçado em práticas sociais participativas, capaz de reconhecer e legitimar novas formas normativas extra-estatais/informais, produzidas pelos novos titulares de carências e necessidades desejadas.

Desta forma, parte de uma inequívoca constatação: a de que existe um grande desencontro entre a “racionalidade formal oficial” e a “racionalidade material”, latente no dia-a-dia de uma sociedade marcada pela desigualdade e tão carente de inclusão social.

A implementação desta nova perspectiva pressupõe um pluralismo aberto, descentralizado e democrático; associado à positivação de novos

direitos, dentre eles, o “Direito Comunitário”. Vejamos os dizeres de WOLKMER^{155, 156}.

Resta patente, portanto, a superação do velho modelo jurídico de fundamentação “estatal monista conservadora” por um modelo contemporâneo “pluralista comunitário participativo”. As necessidades da vida contemporânea e as dinâmicas de um mundo globalizado afiguram-se como sendo incompatíveis com um modelo de direito idealizado para reger a sociedade brasileira do início do século passado.

Exemplo claro neste sentido é o Código Civil de 1916, que permaneceu em vigor até 2002. Ora, o referido diploma de direito civil teve como alicerce estrutural o Código Civil Francês de 1804, idealizado, por sua vez, em um momento imediatamente posterior ao da Revolução Francesa. Ademais, não houve qualquer adaptação aos padrões brasileiros dos institutos jurídicos provenientes da França.

Desta forma, aliado a políticas públicas democraticamente discutidas, a proposta de compromisso com a inclusão social, decorrente diretamente da promoção da dignidade humana, passa pela defesa de um pluralismo comunitário-participativo como novo modelo político e jurídico de validade, caracterizado por formas alternativas de produção de juridicidade e por modalidades democráticas emancipatórias de práticas sociais. Tais práticas,

¹⁵⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit, p. XI. “Outrossim, a configuração do pluralismo presente nos procedimentos instituintes de um Direito Comunitário não prioriza mais as regras tecno-formais e as ordenações genérico-abstratas, mas inspira-se na dinâmica de uma práxis da vida cotidiana e numa auto-regulação comprometida com a dignidade do outro injustiçado. Uma cultura jurídica – pluralista, informal e descentralizada – constrói-se, não a partir da razão metafísica ou do sujeito enquanto essência em si, mas de um “sujeito histórico-em-relação” e de uma nova forma de ver o mundo dos valores: parte-se de um espaço marcado não só pela exigência de direitos e pela justa satisfação de interesses desejados, como, sobretudo, pela superação dos conflitos de classes e grupos, pela erradicação das formas de opressão, espoliação, sofrimento e injustiça”.

¹⁵⁶ Id. ibid., p. XV. “Contrariamente ao insuficiente paradigma estatal predominante, representado pelo dogmatismo jurídico convencional, o direito comunitário, por estar inserido nas práticas sociais plurais, das quais é produto, transcende aos órgãos estatais, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa e adquirindo um caráter múltiplo e heterogêneo. As revelações de pluralismo jurídico comunitário-participativo que não se sujeitam ao formalismo a-histórico das fontes convencionais estão assentadas no espaço conflituoso e de confronto social, causadas pelas privações, exclusões e necessidades de forças societárias agregadoras e reivindicações, mas, dado o processo, eficazes e legítimas”.

por levarem em conta a realidade na qual estão inseridas tendem a apresentar um grau muito mais acentuado de eficácia.

Acerca deste tema, oportuna a transcrição do pensamento de Marcos Augusto MALISKA, que bem complementa a noção de pluralismo em quanto projeto de emancipação social, alicerçado em algo muito maior do que apenas a complexidade do mundo jurídico contemporâneo¹⁵⁷.

Neste contexto, é importante que se diga que não defendemos uma ruptura com a ordem vigente, mas apenas a necessidade de sua readequação às novas necessidades da vida contemporânea. Entendemos a proposta pluralista-emancipatória como um vetor para a promoção da inclusão social; como uma alternativa legítima de se ampliar o rol de oportunidades a todos.

Ademais, na medida em que se permite o alargamento dos centros produtores de valores jurídicos, cria-se condição para que grupos marginalizados e excluídos possam ter vez e voz na sociedade. Pluralismo jurídico e práticas emancipatórias representam, na essência, um grito pela igualdade de oportunidades a todos os cidadãos. Assim, os alicerces para uma sociedade mais justa têm como pressupostos básicos uma educação estatal de qualidade e acessível a todos e uma atuação estatal compensatória em favor dos excluídos; justamente para garantir esta igualdade de oportunidades.

Bárbara HUDSON complementa a questão abordando a justiça reflexiva, deixando evidente que a verdadeira promoção da inclusão das pessoas com deficiência, somente ocorrerá quando as peculiaridades do caso concreto

¹⁵⁷ MALISKA, Augusto. op. cit., p. 17. “No entendimento aqui esboçado, o pluralismo jurídico não contempla, por si só, a complexidade das relações jurídicas da atualidade, sendo necessária a sua interação pela crítica jurídica com outras expressões do “jurídico”. O pluralismo jurídico, quando trabalhado como instrumento operacionalizante de aglutinação e formação crítica junto aos estudantes de direito deve valorizar a interação entre o plano instituído, o plano da jurisdicionalidade emanada do Estado e o plano das práticas pluralistas, campo da racionalidade material. O abandono desta interação, por um lado, contribui para a formação de juristas desvinculados das questões concretas que envolvem o problema social e, por outro, contribui para formar grandes teóricos e conhecedores das questões sociais, mas com pouca formação técnica.

Neste sentido, ao superarem o embate pluralismo versus monismo, a teoria crítica e a perspectiva pluralista devem contemplar o fenômeno jurídico, levando em conta as especificidades dos três planos da racionalidade: racionalidade jurídica normativa, racionalidade jurídica formal e racionalidade jurídica material. A relação indissociável entre estes três planos é condição primeira para o trabalho de uma teoria crítica, bem como para a implantação de um projeto de emancipação”.

passarem a ser levadas em conta quando das decisões judiciais. Enfoca, neste particular, a questão relevante da equidade, em quanto valor de justiça levado ao litígio concreto¹⁵⁸.

Esta atuação compensatória por parte do Estado justifica, as cotas para pessoas com deficiência nos concursos públicos, como forma de se corrigir as desigualdades possibilitando o acesso adequado a este candidato. O modelo criticado que aí se encontra faz com que os concursos públicos sejam utilizados quase que com exclusividade pelos filhos da elite abastada.

Por tal razão, mesmo reconhecendo que o sistema de cotas não seja o ideal e apresente algumas falhas, ele se justifica, ainda que temporariamente, para corrigir uma distorção quanto às oportunidades. Dessa forma, o Brasil poderá reverter em algumas décadas esta questão crucial da igualdade de oportunidades, essencial para a consolidação da democracia.

Ainda no aspecto educacional, vale a lembrança da verdadeira revolução operada na Coréia do Sul, feita pacificamente pela educação. Há 30 anos atrás, o referido país asiático tinha indicadores sociais piores do que os do Brasil; hoje, já faz parte do seletor grupo de países do primeiro mundo, com indicadores sociais semelhantes aos europeus. Desta forma, defendemos uma relação direta entre pluralismo e práticas emancipatórias e a educação; sendo

¹⁵⁸HUDSON, Bárbara. op. cit. (no prelo). “Os proponentes da justiça reflexiva não estão sugerindo que os Códigos Penais e os precedentes devam ser completamente descartados ou ignorados. O que eles dizem é que assim como conhecer os códigos ou consultar os precedentes, um juiz necessita exercitar o julgamento reflexivo, a fim de que seja formulada a pergunta: ‘esse resultado significará justiça nesse caso particular?’ O princípio da reflexão é obviamente necessário para que a justiça seja o “discurso” no sentido que proponho. A menos que os procedimentos sejam abertos ao tipo de representações e considerações que são cogitados pelo princípio da reflexão, as condições do discurso (de que as pessoas devem ser capazes de contar sua história em suas próprias palavras, e de que qualquer participante deva ser capaz de suscitar uma questão), não podem ser atendidas. [...] O que esses horizontes de justiça possam ser não está bem especificado na literatura teórica, mas a minha interpretação da idéia é de que a justiça precisa levar em consideração o contexto de opressões e desigualdades na sociedade onde o caso ocorre. Para voltar ao exemplo anterior da mulher que mata um marido abusivo, deve ser levado em consideração não apenas o mal infligido ao homem, mas questões tais como a existência de assistência e recursos para as mulheres em relacionamentos abusivos; a inabilidade de enxergar possibilidades de construir uma vida fora do relacionamento e os sentimentos de impotência associados com o abuso; a assistência comunitária e cultural às mulheres que abandonam os casamentos abusivos. Enquanto o Direito há de reconhecer a gravidade de se tirar a vida de alguém, o princípio da reflexão assevera que as circunstâncias pessoais e sociais envolvidas em cada caso serão diferentes, e devem ser admitidas como relevantes”.

esta a condição necessária para a implementação segura de uma nova perspectiva social, muito mais justa.

Uma proposta de desenvolvimento efetiva pressupõe a prévia remoção dos principais focos de privação da liberdade, tais como a pobreza, governos totalitários, falta de oportunidades de trabalho, falta de acessibilidade, segregação de minorias étnicas, serviços públicos de má qualidade, dentre outros, em particular no que se refere ao centro de nossa atenção, a integração e igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência. Há relação direta entre dignidade humana e promoção das liberdades em todos os seus aspectos¹⁵⁹.

Ao longo da história da humanidade, o direito tem variado no tempo e no espaço, sempre refletindo a ideologia do grupo dominante, em determinado período histórico. O modelo tradicional “burguês-capitalista” está assentado nos princípios da estatalidade, unicidade, formalidade positivista, monismo e centralização. Todas estas características levam a um direito excludente e elitizado.

Este processo de dominação é complementado com precisa análise histórica acerca da evolução do liberalismo e do modo de ser adotado pela burguesia, evidenciando contradições ideológicas e paradoxos ao longo do processo evolutivo.

Constatações históricas evidenciam a complexa relação entre homem e poder¹⁶⁰.

¹⁵⁹SEN, Amartya. op. cit, p.18. “As palavras de Amartya Sen são claras neste sentido. O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Apesar de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social [...]. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade”.

¹⁶⁰WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 33. Em seus primórdios, o liberalismo se constituiu na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas

Já no final do século XX resta absolutamente evidenciado o esgotamento e a ineficácia do “monismo normativista”, característico de um estado centralizador e de um judiciário excludente e elitizado, muito pouco ousado e, via de regra, chancelador da vontade das elites. Este modelo tradicional de direito, idealizado em um contexto histórico-social deveras ultrapassado, enquanto produção normativa de uma estrutura política unitária, tende a ocultar o comprometimento e os interesses capitalistas da burguesia enriquecida, através de suas “convenientes” características de generalidade, abstração e impessoalidade. A esse respeito, oportuna a transcrição de mais uma lição de Wolkmer¹⁶¹.

camadas sociais exploradas) utiliza contra o antigo regime absolutista. Acontece que, no início, o liberalismo assumiu uma forma revolucionária, marcada pela “liberdade, igualdade e fraternidade”, que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia, “a elite burguesa”, assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo. Ademais, menciona Lanzoni, o liberalismo oferece “situações ambíguas, em quase todos os seus aspectos. Se, de um lado, ele prega a liberdade, como bem supremo do homem, de outro, limita a ação daqueles que não possuem dinheiro. Se se apresenta como revolucionário e progressista em relação ao antigo regime, [...] é, no entanto, conservador em relação às reivindicações populares. Portanto, [...] é revolucionário e ao mesmo tempo conservador”. Enquanto que, no século XIX, “luta contra a monarquia absoluta e, no século XX, contra as ditaduras e regimes totalitários”, volta-se, em ambos os momentos, contra “as autoridades populares e sobretudo contra a democracia e o socialismo”.

¹⁶¹WOLKMER, Antonio Carlos. *ibid.*, pp. 47, 52. “Como já se mencionou noutro contexto, o positivismo jurídico, que prosperou a partir das grandes codificações e acabou se impondo como principal doutrina jurídica contemporânea constituiu-se na mais vigorosa reação às correntes definidas como jusnaturalistas, que buscavam definir a origem, a essência e o fim do Direito na natureza, ou mesmo na razão humana. A ideologia positivista procurou banir todas as considerações de teor metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigor. Contrapondo-se à concepção metafísica, na dogmática positivista, o Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e punitiva. Toda a sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma administração política burocrática e hierarquizada. A concepção jurídico-normativa tipificada pelo caráter abstrato, genérico e institucionalizado tende a harmonizar os diversos interesses conflitantes no bojo da produção social burguesa capitalista, bem como direcionar e manter as diversas funções do aparelho estatal a serviço de setores hegemônicos do bloco no poder. Esse caráter ideológico, passível de ser detectado na doutrina positivista, não é de forma alguma reconhecido, mas ocultado pelo dogmatismo jurídico oficializado. Não será inoportuno lembrar que o monismo jurídico, enquanto expressão do formalismo dogmático positivista, é o fruto da sociedade burguesa já formada, ou, pelo menos, da sociedade em que a burguesia já reforçou suficientemente as suas posições econômicas e políticas. [...] O projeto jurídico positivista, descartando as análises de domínio da prática política e das relações sociais, encastelou-se em construções meramente descritivo-abstratas e em metodologias mecanicistas, assentadas em procedimentos lógico-linguísticos. Isso significa que, embora a dogmática jurídica estatal se revele, teoricamente, resguardada pelo invólucro da cientificidade, competência, certeza e segurança, na prática, intensifica-se a gradual perda

Dentro desta mesma linha de raciocínio, em complementação ao pensamento acima, Fábio Konder COMPARATO, bem coloca a necessidade de repensarmos o modelo capitalista contemporâneo, direcionando-o para uma visão mais humanista e solidária¹⁶².

A crise entre o direito oferecido pelo Estado e a eficácia social dessas normas vem acarretando crescentes questionamentos acerca da “limitação” do direito ao “direito produzido pelo Estado”. Há a necessidade de se superar a dogmática tradicional, já exaurida e socialmente ineficaz. Novos questionamentos tendem a surgir de forma cada vez mais veemente, na tentativa de se buscar outros pontos de legitimidade para o direito, que não mais pode se resumir à ordem vigente e imposta pelo Estado.

A própria questão da legitimidade e da capacidade postulatória em juízo, por nós já abordada no tópico anterior, somente confirmam a urgência de uma ampla discussão a respeito. A defesa rígida e intransigente do instituto da capacidade postulatória em Juízo, em uma estrutura procedimental absolutamente incompatível com a sociedade contemporânea e também com o alto grau de exclusão da sociedade brasileira, colocam em cheque a credibilidade de todo um sistema positivado de garantias.

A defesa rígida de procedimentos legais e de institutos voltados a este fim em um Estado que garanta a real possibilidade de acesso à Justiça, seja de que forma for – por Defensorias Públicas instituídas, por convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que realmente funcionem ou mesmo

de sua funcionalidade e de sua eficácia. É por essa razão que se coloca a inevitável questão da crise desse modelo de legalidade. Por assim dizer, a crise do monismo jurídico estatal vem refletindo o constante desajustamento entre as estruturas sócio-econômicas e as instituições jurídico-políticas.”

¹⁶²KONDER COMPARATO, Fábio. “*A afirmação histórica dos direitos humanos*”. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 537-538. “O espírito do capitalismo é o egoísmo competitivo, excludente e dominador. Daí por que toda espécie de colaboração entre empresários é naturalmente tida por suspeita; assim como suspeita e nociva à boa economia sempre pareceu, desde as origens, aos olhos dos empresários, a sindicalização dos trabalhadores e a organização reivindicativa dos despossuídos. Nesse tipo de civilização, toda a vida social, e não apenas as relações econômicas, fundam-se na supremacia absoluta da razão de mercado. [...] Enquanto o capital desumanizado é levado à posição de pessoa artificial, o homem é reduzido à condição de simples instrumento de produção, ou ao papel de mero consumidor a serviço do capital. Ora, a razão de mercado é necessariamente expansionista.”

pela nomeação de advogados cadastrados e remunerados pelo Estado – seria razoável; todavia, diante da realidade brasileira e da imensa maioria de excluídos, uma interpretação muito mais flexível, especialmente das normas de direito processual, já seria um grande passo para a promoção da inclusão.

Gilberto GIACÓIA, também defende de forma categórica o exaurimento do modelo tradicional de direito e reconhece uma crise, sem precedentes, do pacto social. Vejamos seu posicionamento em recente artigo jurídico¹⁶³:

O direito positivo, da forma como se encontra, apenas vem permitindo a “perpetuação” das elites dominantes no poder. O direito fornecido pelo Estado, via de regra, é feito pela e para a elite, razão pela qual possui alto grau de segregação social, em nítido confronto com o ideal de Justiça; valendo aqui lembrar a questão dos usuários das universidades públicas no Brasil. A demonstração real de limitação da doutrina positivista, especialmente pelo emblemático exemplo do julgamento de Nuremberg, fez surgir a necessidade de se repensar a relação entre direito e sociedade.

Dentro deste contexto, não se poderia repensar esta relação entre o direito e a sociedade sem uma profunda análise revisional do sistema regente desta mesma sociedade. Assim, defendemos a flexibilização de alguns “dogmas” capitalistas, que devem ser relativizados, humanizados e redirecionados sob a ótica da solidariedade¹⁶⁴.

Ainda dentro desta perspectiva pluralista, absolutamente contrária aos conceitos prontos e estáticos, defendemos uma maior interação entre Estado, mercado, sistema legal, partidos políticos, imprensa, clubes de serviço,

¹⁶³GIACÓIA, Gilberto. “Justiça e dignidade.” *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica*, Jacarezinho, n. 2, 2002, p. 13. “Do contratualismo clássico às novas formas de consenso, o pacto social vive, hoje, uma crise sem precedentes de poder e legitimidade. O vácuo ético deixado pela incapacidade das instituições e organismos oficiais de criar e de sustentar formas de convivência que mantivessem em seu centro o valor pessoa humana, apenas por sua condição humana, agrava sensivelmente esta crise. Resgatar, reabilitar e mesmo ressuscitar a ética para uma nova ordem tem sido o grande desafio da filosofia moderna e, assim, do direito e da própria religião.

¹⁶⁴KONDER COMPARATO. Fábio. op. cit., p. 538. Novamente, Comparato comprova esta relação de subserviência entre direito positivo e elite. “Quanto ao arcabouço institucional do capitalismo, a sua peça-mestra é o confinamento da atividade estatal à proteção da ordem, do contrato e da propriedade privada, como garantias do exercício da liberdade empresarial. O conjunto das liberdades civis e políticas, passa, assim, a exercer um papel secundário nesse quadro institucional: elas podem ser preteridas diante da liberdade de empresa, como se tem visto amiúde na Ásia, na África e na América Latina.”

universidades e voluntários no sentido de serem reorientados para que possam contribuir para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, que devem passar a ser vistos como agentes participantes de uma grande rede de solidariedade e não mais como meros expectadores passivos de políticas decididas unilateralmente pelo grupo que detém o poder. Amartya SEN elucida a questão¹⁶⁵.

É importante que se diga que absolutamente não defendemos um sistema novo e revolucionário, apenas concordamos com a flexibilização de alguns postulados do capitalismo. Tal sistema, como quase tudo nesta vida, merece sofrer adaptações ao longo da história, no sentido de aperfeiçoamento. Neste particular, o direito pode e deve dar sua contribuição, com a edição de leis compensatórias em favor dos excluídos e principalmente via interpretação do sistema jurídico de uma forma mais humana e solidária, sempre tendo como referencial a noção de dignidade humana associada à igualdade de oportunidades e à promoção da liberdades, em todas as suas vertentes.

A visão contemporânea, especialmente na seara constitucional, que defende a era do humanismo e do pós-positivismo, alicerçada em uma visão inovadora do direito, pretende a redescoberta dos valores axiológicos contidos em princípios, em clara tentativa de se conferir efetividade social ao direito e de se promover de forma eficaz a dignidade humana.

Percebe-se, portanto, que o que está em crise, hoje, é o paradigma da dogmática jurídica estatal, consolidada nos séculos XVIII e XIX; o que vem permitindo um constante questionamento dos paradigmas dominantes e sugerindo uma ruptura com modelos tradicionais e impostos de fundamentação. As crises se constituem em pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e novos paradigmas. As constantes transformações sociais, a rapidez da informação, as novas formas

¹⁶⁵SEN. Amartya. op.cit., p. 11. “[...] Concentra-se particularmente nos papéis e inter-relações entre certas liberdades instrumentais cruciais, incluindo oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. As disposições sociais, envolvendo muitas instituições, são investigadas segundo sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança, e não como receptores passivos de benefícios.”

massificadas de contratação, o fenômeno da globalização e a imperiosa necessidade de novas formas de legitimação dos sujeitos de direito, colocam a reformulação do sistema jurídico como pauta prioritária.

Exemplo flagrante neste sentido é a situação do direito processual. As formulas tradicionais de legitimidade para as demandas judiciais são as mesmas idealizadas pelos doutrinadores oitocentistas que, evidentemente, não satisfazem as necessidades supervenientes de direitos coletivos e difusos, próprios da sociedade contemporânea. Toda esta situação processual contribui para “engessar” e, por vezes, impossibilitar, a prestação jurisdicional; sendo certo que esta dinâmica processual possui relação direta com o grau de eficácia do sistema jurídico brasileiro. Deste contexto, emerge como voz uníssona no meio jurídico a conclusão de que algo precisa ser feito no sentido de se promover a inclusão social. WOLKMER complementa nosso pensamento¹⁶⁶.

Um modelo rígido e estático de direito não mais se adéqua ao mundo contemporâneo e à excessiva velocidade das informações. A dinâmica da sociedade do século XXI afigura-se absolutamente incompatível com um sistema dogmático-positivista e com um Judiciário excessivamente formalista e meramente chancelador da vontade das elites, materializada nas leis. Aqui, contudo, há que se fazer uma ressalva; se por um lado grande parte do Judiciário brasileiro ainda aplica o “culto à legalidade estrita”, por outro, uma grande e crescente parte deste mesmo Judiciário tem cada vez mais flexibilizado os rigores da lei em benefício de uma “jurisdição inclusiva” e, por que não emancipatória. Os julgados referidos neste trabalho demonstram claramente esta nova e confortante tendência.

¹⁶⁶WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 66. “Agora, no entanto, o positivismo jurídico dogmático começa a vivenciar uma profunda crise, por permanecer rigorosamente preso à legalidade formal escrita e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando-se das práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas, desprezando as emergentes manifestações extra-legislativas; revelando-se desajustado às novas e flexíveis formas do sistema produtivo representado pelo capitalismo avançado, dando pouca atenção às contradições das sociedades liberal-burguesa (principalmente aquelas provenientes de necessidades materiais dos pólos periféricos) e, finalmente, sendo omissa às mais recentes investigações interdisciplinares.”

Outro ponto que merece reforço é a análise histórica que explica a razão do exaurimento do atual modelo de direito vigente na sociedade brasileira. O arquétipo modelo da “legalidade liberal burguesa” foi idealizado para a sociedade europeia dos séculos XVIII e XIX e este modelo foi aplicado, sem critérios ou adaptações, às sociedades capitalistas periféricas, como o Brasil; sendo certo que toda esta situação vem contribuindo para uma diminuição cada vez maior da eficácia do direito positivo nestes países.

No Brasil Colônia, como acima já demonstrado, a grande preocupação de Portugal foi impor o seu modelo segregador e discricionário de direito, em que toda a sistemática jurídica estava voltada para garantir a autoridade da metrópole e perpetuar as elites no poder. Houve absoluto descaso para com as práticas costumeiras de um direito nativo e informal. Esta prática viciada e elitista, herdada desde a época do descobrimento, vem produzindo efeitos até nossos dias.

A cultura jurídica brasileira é marcada por uma tradição monista, de forte influxo Kelseniano, ordenada em um sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa; cuja produção transforma o direito e a justiça em manifestações estatais exclusivas.

Este modelo se vê diante de uma grave crise, eis que não vem conseguindo dar respostas a determinados conflitos coletivos, específicos da contemporaneidade. Esta ineficiência do modelo jurídico dominante, além de revelar uma crise de legitimidade nos poderes da República, se manifesta especialmente em dois níveis de atuação: Poderes Judiciário e Legislativo.

É inegável a flagrante crise de legalidade e de insuficiência dos canais jurídicos tradicionais e dos próprios poderes constituídos, para a solução dos conflitos de interesses; o que reforça a tendência para que os novos sujeitos sociais se utilizem de meios extra-judiciais e de práticas informais não-oficiais.

Um Judiciário burocratizado e lento, habituado a solucionar pendências de natureza inter-individual-patrimonial e extremamente apegado à dogmática legal, apresenta-se hoje abismado com a necessidade de se conferir respostas de “novos direitos”, ainda não positivados, pleiteados por “novos atores sociais”. Entendemos que o caminho para a promoção da inclusão social e da

difusão da dignidade humana passa, necessariamente, pela superação destes obstáculos e pela promoção efetiva de igualdade de oportunidades.

Defendemos como sendo absolutamente necessária a superação da normatividade tradicional, feita essencialmente pelo Estado, via Poderes Legislativo e Judiciário. Em uma sociedade marcada pela pluralidade de interesses e pela complexidade, a juridicidade emerge de várias formas do agir comunitário, pela via de processos sociais auto-reguláveis, provenientes de grupos voluntários, comunidades, associações e organizações sociais, sempre na busca de uma efetivação das necessidades destes segmentos. A construção de uma juridicidade alternativa, além da estatal, em sintonia com a proposta pluralista, nos parece um caminho sem volta, em que crescerá a importância dos movimentos sociais.

Os movimentos sociais contemporâneos, dotados de posturas reivindicatória, contestatória e participativa, refletem bem esta tendência, sempre na busca da satisfação das necessidades humanas fundamentais e como reação ao alto grau de exclusão social nas sociedades periféricas, da qual faz parte o Brasil.

Aqui uma colocação se faz necessária. Os movimentos sociais são legítimos e apenas refletem o alto grau de exclusão da sociedade brasileira, contudo não podem se distanciar da causa que os motiva, sob pena de perder esta mesma legitimidade, confundindo sua bandeira de luta com propósitos totalmente alheios.

Assim, se o Movimento Sem-Terra (MST)¹⁶⁷ possui legitimidade para denunciar a existência de latifúndios improdutivos e pressionar democraticamente pela reforma agrária; por outro, abusa de seu direito de protestar quando fecha rodovias, invade praças de pedágio e destrói prédios públicos. Todos estes excessos contribuem para o descrédito do movimento social.

¹⁶⁷“Movimento social brasileiro de inspiração marxista e do cristianismo progressista (teologia da libertação), cujo objetivo é a realização da reforma agrária no Brasil.” Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Movimento_dos_Trabalhadores_Rurais_Sem_Terra, acesso em: 06 set. 2010.

O Estado Democrático de Direito deve saber conviver com a postura reivindicatória dos movimentos sociais, entretanto deve reprimir com rigor o abuso deste direito, mantendo a ordem e o respeito aos direitos de terceiros. Não será demais lembrar que algumas pessoas que estavam a caminho do hospital faleceram por conta do fechamento irresponsável de rodovias.

Uma sociedade pluralista deve saber conviver com posturas contestatórias, todavia, deve saber manter a ordem instituída, o respeito à Constituição e às Instituições públicas, sob pena de anarquização do sistema de controle social. A mesma Constituição que contempla a função social da propriedade e admite protestos pacíficos, explicita a necessidade de manutenção da ordem.

Neste contexto, percebe-se a plena realização da máxima de que os fatos sempre andam na frente do direito. Enquanto o direito positivo assiste perplexo à evolução social, os fatos e as reivindicações continuam a ocorrer. Esta defasagem temporal entre fatos e o direito positivo produz verdadeiras aberrações; assim, enquanto pessoas com deficiência ficam sem acesso adequado a prédios públicos, seja para diversão ou trabalho, o poder público fecha os olhos para esta problemática social, deixando-os sem amparo e conseqüentemente excluídos da sociedade. O poder público investe na construção de grandiosos estádios de futebol para sediar a copa do mundo e esquece que existem milhões de pessoas com deficiência que precisam de acessibilidade em todos os sentidos. Estas necessitam que sejam derrubadas as barreiras arquitetônicas e atitudinais, adaptações que requerem o mínimo de investimento. Aliás, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – 2007, já dispôs sobre este assunto, quando fala sobre ajustamento razoável¹⁶⁸, também disposto na Convenção sobre os direitos das

¹⁶⁸ Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – 2007. "Ajustamento razoável: modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido à sociedade, quando necessários em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam desfrutar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais."

Pessoas com Deficiência, decreto nº 6.949/09, em seu art. 2º quando trata das definições¹⁶⁹.

Investir na acessibilidade das pessoas com deficiência não acarretariam um ônus desproporcional ao poder público e privado, em comparação com o investimento em grandiosas construções, seria um ajuste razoável. Tão importantes são estes ajustes razoáveis, que negá-los, é classificado como forma de discriminação na Convenção da ONU retro citada:

"Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável¹⁷⁰."

Diante deste caos legislativo, extremamente ineficaz e burocrático, uma alternativa coerente seria um aperfeiçoamento legislativo, priorizando-se os princípios gerais, permitindo-se a construção da solução jurídica em função das peculiaridades do caso concreto; em detrimento desta enorme produção legislativa, cara, inoperante e de duvidosa eficácia social. A construção de um direito vivo comunitário não depende da legislação oficial, de decisões judiciais e nem da ciência do direito, mas sim de ser complementado pelas condições reais da vida cotidiana, cuja eficácia encontra suporte na dinâmica social, materializada pela ação dos movimentos sociais contemporâneos.

O grande desafio da proposta pluralista é a motivação para repensar a racionalidade, não como algo acabado, imodificável, mas sim como algo em constante construção e em interação com a dinâmica social, caracterizada pela coexistência das diferenças e em sintonia com uma diversidade de sistemas jurídicos circunscrita à multiplicidade de fontes normativas informais e difusas.

A crise do modelo tradicional propicia condições para o surgimento de novas teorias que questionam e superam o reducionismo dogmático-positivista, representado pela ideologia monista centralizadora. A aplicação criteriosa de princípios consagrados no ordenamento – explícita ou implicitamente – associada a uma interação com a realidade trazida pelo caso concreto

¹⁶⁹ "Adaptação razoável" significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

¹⁷⁰ Disponível em: http://www.ampid.org.br/Artigos/Convencao_Vandir_Lilia.php, acesso em: 7 set. 2010.

(inclusive com considerações históricas), permitiria a obtenção de um grau de eficácia e mesmo de legitimidade muito maiores do que os atuais.

Bárbara HUDSON, dentro desta perspectiva pluralista e emancipatória, ilustra bem a questão citando que a Suprema Corte canadense vem de forma inovadora levando em conta fatores históricos para aplicar penas diferentes a casos tecnicamente idênticos. Assim, um mesmo delito, praticado nas mesmas condições de tempo e lugar poderia gerar penas diferentes, a depender da etnia de seus autores, por exemplo. É a proposta de “desvantagem sistêmica” na seara penal, vejamos a referência da autora inglesa¹⁷¹.

O principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a única e exclusiva fonte de todo o direito. Trata-se de visão anti-dogmática que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios técnico-formais. Neste particular, é importante que se diga que não advogamos a defesa de um Estado mínimo, mas tão somente uma necessária mudança de foco na aplicação do direito, nos termos já expostos. A defesa de um Estado mínimo num país em que há tanta distorção de distribuição de renda seria temerária e nefasta para a inclusão social.

Neste sentido, pluralismo jurídico pode ser concebido como sendo a multiplicidade de práticas jurídicas existentes em um mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais, tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.

¹⁷¹ HUDSON, Bárbara. op. cit., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240. “Ao desenvolver perspectivas pós-Carta, em demandas de igualdade na justiça criminal, a Suprema Corte canadense tem saído do reconhecimento da discriminação individual em fundamentos permissíveis (raça, sexo, religião etc.) para a aceitação de uma idéia de desvantagem sistemática. Esse é um conceito relacional porque se dirige para relacionamentos entre grupos sociais, indagando se o grupo a qual o réu pertence é aquele que sofre desvantagem sistemática, quando comparado a outros grupos sociais. Assim como nos casos em que se argumenta que a violência é sistematicamente desvantajosa para as mulheres, essa mudança para o raciocínio relacional pode ser encontrada em casos onde o tema seja a desvantagem racial. Tantos os aborígenes quanto os afro-canadenses têm sido reconhecidos por sofrerem desvantagem sistemática quando comparados aos canadenses brancos, e por causa disso a Suprema Corte tem argumentado que eles merecem menos punição que os canadenses brancos condenados por crimes similares. Essa tese foi argüida em casos de transporte de drogas (caso Hamilton e Mason, de 2004) e no caso Borde (Tribunal de Apelação de Ontário). Borde, um afro-canadense de dezenove anos condenado por um grande número de crimes graves envolvendo armas de fogo, teve a sua sentença reduzida pelo Tribunal de Apelação de Ontário. O Tribunal de Apelação reconheceu que: ‘Há fatores históricos e sistêmicos enfrentados por afro-canadenses e tais fatores devem ser levados em consideração na imposição da pena’.”

A crise das instituições, associada à crise da legitimidade política, favorece o surgimento de práticas jurídicas paralelas. O pluralismo jurídico deve ser visualizado como esforço teórico tendente a explicar a convivência contraditória, por vezes consensual e por vezes conflitante, entre os vários direitos observáveis em uma mesma sociedade. Não se deve confundir o pluralismo jurídico unicamente com a defesa do direito não-estatal. As duas principais causas do pluralismo jurídico são: o caráter injusto e a ineficácia do modelo da unicidade do direito¹⁷².

Da análise da proposta em questão, resta claro que o pluralismo jurídico não deve ser confundido com apologia ao direito alternativo, desprovido de critério e com grau de discricionariedade máxima, conferido ao julgador, aproximando-se do próprio arbítrio. O pluralismo jurídico deve ser entendido como uma ideologia transformadora das práticas jurídicas herdadas de um capitalismo burguês-individualista de duvidosa eficácia. Assim, a idéia do pluralismo serviria como um primeiro alicerce para criar condições para uma regulamentação social alicerçada em princípios gerais, abertos, que permitiriam o atingimento da concretude em função das lides apresentadas ao Judiciário. Outra grande vantagem da prevalência de princípios seria a desnecessidade de atualização/produção legislativa constante, na busca de uma adequação das leis rígidas e estáticas às evoluções da sociedade contemporânea.

É importante que se diga que esta utilização dos princípios e dos valores a eles agregados devem, necessariamente, interagir com a realidade exposta no caso concreto. Os valores dos indivíduos com deficiência, integrantes da lide devem ser levados em conta quando da prolação da sentença. A questão ora levantada adquire maior relevância se considerarmos que o Brasil é um país com 24,5 milhões de pessoas com deficiência, enfrentando barreiras

¹⁷² HUDSON, Bárbara. *ibid.*, p. 244. "Certamente, que o desafio está em transgredir o convencional e buscar valores emergentes (a nível do pensamento, da sensibilidade e da ação comportamental), provenientes das práticas sociais emancipatórias e das lutas reivindicatórias por necessidades transformadas em direitos. No espaço aberto de interações renovadas e de exigências éticas, cuja realidade fragmentada e experimental é reinventada e rearticulada permanentemente, os movimentos sociais se legitimam para criar, produzir e definir princípios éticos de uma nova sociedade, pautados na emancipação, autonomia, solidariedade, justiça e a dignidade de uma vida capaz da satisfação das necessidades fundamentais."

absolutamente diferenciadas de Estado para Estado. A pessoa com deficiência que reside no interior possui problemas de acessibilidade diverso das pessoas com deficiência das grandes metrópoles, por exemplo.

A proposta deste estudo é a demonstração da absoluta relevância da acessibilidade na inclusão social. Uma decisão judicial somente será justa na medida em que considerar a que grupo pertencem as pessoas que integram a lide. A mesma falta de acessibilidade no caso concreto terá repercussões diferentes no Rio de Janeiro e em uma cidadezinha do interior de Minas Gerais; este fator deve sempre ser levado em conta em qualquer decisão judicial.

Após todas estas ponderações, ilustradas por exemplos concretos e reais, ocorrentes em nossa sociedade, resta patente que a dogmática tradicional, importada da Europa sem quaisquer adaptações à realidade brasileira, associada à ideologia do rigorismo formal e ao culto à aplicação mecanicista da lei tem se distanciado, cada vez mais, da realidade da vida cotidiana; abrindo verdadeiro vácuo entre a legislação imposta pelo Estado e sua eficácia prática.

Toda esta falta de sintonia vem colaborando para o surgimento de uma “legalidade paralela”, em que a eficácia se torna o grande ideal. Estas novas formas que emergem da vida cotidiana, a despeito de criarem as raízes de um Direito comunitário-participativo, comprovam, na prática, a absoluta falência do modelo tradicional de Justiça, alicerçado em verdadeiros dogmas oitocentistas, surgidos quando da Revolução Francesa e totalmente dissociados da vida contemporânea.

Em sintonia com toda a sistemática proposta pelos defensores do pluralismo, ousamos sugerir, dentro do que preconiza a proposta de cursos de mestrado e doutorado, uma reformulação substancial no sistema jurídico brasileiro.

Defendemos uma legislação mínima, sempre amparada em princípios gerais, com tipos abertos, que possam receber valores particulares dos envolvidos naquela determinada lide.

Esta sistemática, apesar de gerar menos segurança jurídica, permitiria uma interpretação particularizada em função do caso concreto, sempre em

sintonia com os princípios gerais. Outra conseqüência imediata desta dinâmica seria a desnecessidade de constante produção legislativa, como lamentavelmente ocorre hoje no Brasil.

Outro ponto que merece destaque é a questão da regionalização das políticas públicas; especialmente quando idealizadas pelo Governo Federal, que tende a desconsiderar as enormes variações culturais de um país continental.

Novamente voltamos à questão acima exposta, não é razoável imaginar que uma determinada lei tenha a mesma aceitação entre a comunidade germânica do interior de Santa Catarina e os descendentes de africanos do pelourinho, na Bahia. As realidades culturais são absolutamente diferentes e comprometem a eficácia de determinada legislação que se choque com um padrão de comportamento.

Na época do Governo Collor, quando a União passou a construir os Ciac's, com a pretensão de serem escolas-modelo, um único projeto arquitetônico foi aprovado para todo o Brasil. Neste projeto, o grande trunfo era a aeração das salas, que dispensariam ar condicionado e permitiam uma intensa troca de ar. Como já era previsto, o projeto foi um sucesso nas regiões quentes do país; todavia, nas cidades serranas da região sul do país, ninguém agüentava o frio dentro dos estabelecimentos, dada a absoluta inadequação do projeto para determinadas regiões do Brasil.

Sob a ótica do pluralismo, este exemplo deixa clara a necessidade de flexibilização do dogma da “segurança jurídica”, associado a um voto de confiança para o Juiz, que deverá preencher a “cláusula geral” ou o “cheque em branco” outorgado pelo legislador, em decorrência das peculiaridades do caso concreto, em que serão levadas em conta as condições dos litigantes, a realidade específica de determinada comunidade, o nível cultural dos envolvidos e a saudável dinâmica que só o caso concreto poderá conferir. Ademais, já é hora de nos perguntarmos o que de tão bom esta “segurança jurídica”, por vezes levada ao extremo, legou à sociedade brasileira? Já não seria hora de repensarmos acerca da necessidade de flexibilização este dogma?

Exemplos claros desta opção, encontramos no novo Código Civil Brasileiro, especialmente na parte das obrigações. As cláusulas gerais da “função social do contrato” e da “boa-fé objetiva”, se bem compreendidas, dispensam atualizações legislativas, eis que permitem ao aplicador do direito o “preenchimento” de valores abstratos em função daquele caso concreto; priorizando o valor de “Justiça” em relação à legalidade estrita.

Outro ponto que merece destaque é a questão da legitimidade no atual sistema. WOLKMER defende, com muita propriedade, a superação desta legitimidade excessivamente dogmática, presa aos comandos legais e que tornam o Judiciário brasileiro extremamente excludente e elitista. A sociedade contemporânea, pluralista e massificada, vem se mostrando incompatível com o modelo tradicional e algo precisa ser feito; neste particular o papel das academias assume posição de reconhecido destaque¹⁷³.

Por fim, é importante que se diga que nossa pretensão se limita ao fomento do debate, especialmente na academia. Esperamos com serenidade críticas às propostas defendidas neste trabalho. Contudo, se de alguma forma, pudermos contribuir com a implementação de propostas reais de inclusão social, já teremos alcançado nosso objetivo. O respeito à diversidade de opiniões é um dos alicerces da democracia.

O festejado constitucionalista Luís Roberto BARROSO, ao discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, dispõe que após a acolhida expressa desse princípio pela Constituição brasileira de 1988, mais especificamente a partir do final da década de 90, surgiu uma fecunda produção doutrinária que procura dar a esse princípio densidade jurídica e objetividade¹⁷⁴. Desse modo, por exemplo, Maria Celina Bodin de MORAES

¹⁷³ MALISKA, Marcos Augusto. apud. WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 39. “A lição de Marcos Augusto Maliska, colabora para a elucidação deste ponto. O pluralismo jurídico, para ser compreendido como expressão de emancipação de direitos, do fortalecimento de uma ordem jurídica que possibilite a democracia como expressão maior de um povo, deve passar pela discussão em torno da existência concomitante de ‘códigos’ e ‘código’, ou seja, de uma ordem estatal que conviva e legitime ordens jurídicas insurgentes, representantes de direitos vivos, direitos que nascem no dia-a-dia, na convivência social, e que, por sua própria dinâmica, tornam-se insuscetíveis à apreensão por um único código, estatal.”

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf> Acesso em: 23 jul. 2009.

traz a sua contribuição, ensinando-nos que “de acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (preis) e a dignidade (würden). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade”.

7.1. O Princípio da Dignidade Humana como Base para o Reconhecimento da Pessoa com Deficiência

Devemos utilizar o princípio da dignidade humana para iluminar e tornar ainda mais forte o reconhecimento¹⁷⁵ da pessoa com deficiência. O reconhecimento do outro viabiliza a ultrapassagem da maior barreira à inclusão da pessoa com deficiência, que é na verdade a atitudinal, aquela que está dentro de nós por herança da cultura¹⁷⁶ aprendida e apreendida ao longo das nossas vidas. Se o reconhecimento, de um lado, serve como medicina para a estigmatização e exclusão, de outro ponto se presta ainda em converter desconforto em felicidade, saldando uma dívida de histórica violação à dignidade da pessoa humana com deficiência.

7.2. O Princípio da Igualdade

No que concerne ao objetivo fundamental de redução das desigualdades sociais, por óbvio, o mesmo está circunscrito pelo princípio da igualdade, e, conforme lição vinda desde Aristóteles, para a completa igualdade “é preciso tratar desigualmente os desiguais”.

¹⁷⁵ CHARLES, Taylor. “*A política do reconhecimento*”. In: *Argumentos Filosóficos*, 2000.

¹⁷⁶ BENHABIB, Seyla: “*Creo que la tarea de la igualdad democrática es crear instituciones imparciales en la esfera pública y en la sociedad civil en las que la lucha por el reconocimiento de las diferencias culturales y la disputa por los relatos culturales puedan llevarse a cabo sin dominación.*” (*Las reivindicaciones de la cultura – Igualdad y diversidad en la era global*, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 34.

Quanto a esse tema, Celso Antônio Bandeira de MELLO¹⁷⁷, mui didaticamente, como de costume, nos ensina que a harmonia entre o critério discriminador adotado pela norma e a isonomia depende da concorrência cumulativa de quatro elementos: Que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; Que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; Que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; Que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Conforme nos ensina Américo Plá RODRIGUEZ¹⁷⁸, citando Eduardo COUTURE, “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades¹⁷⁹.”

De igual modo, Calmom de PASSOS¹⁸⁰ leciona que o modo de igualar, substancialmente, pessoas entre si tão diferenciadas é desigualá-las em termos jurídicos para que através desse desigual tratamento se obtenha maior igualdade substancial. Isto é uma descriminação positiva.

A elevação do conceito de igualdade, passou então, ao longo da evolução do direito e da história, de uma concepção puramente formal, isto é, igualdade perante a lei, para um conceito material ou substancial, de modo a tornar acessíveis as oportunidades aos socialmente desfavorecidos. Tratou-se,

¹⁷⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “*Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*” ,3ª edição , Malheiros Editores, p. 41.

¹⁷⁸PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “*Princípios de Direito do Trabalho*” - Editora Ltr, São Paulo, 3ª tiragem, p. 30.

¹⁷⁹COUTURE, Eduardo. apud. Américo Plá RODRIGUEZ. “*Algunas Nociones Fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo*” - no tomo *Tribunales de Trabajo*, publicado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, Santa Fé, 1944, p. 115.

¹⁸⁰CALMOM DE PASSOS, J. J.. “O princípio de não discriminação”. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. I, no 2 maio de 2001; Salvador,BA.

pois, de dar dinamismo ao princípio da igualdade, com a promoção de condição de acesso (oportunidades) por meio de políticas públicas e leis que passaram a ponderar as peculiaridades dos indivíduos e dos grupos menos favorecidos, alterando-se, pela via da compensação, o marcador histórico, político, cultural e social.

7.3. O Princípio da Igualdade à Luz da Constituição Republicana

A Constituição Republicana de 1988 é cristalina ao anunciar e enunciar a sua opção pela igualdade substancial, a começar pelo seu preâmbulo que trata do propósito de se constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, e segue em todo o seu conteúdo com essa diretriz, consoante se pode ver pelos dispositivos a seguir:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;...

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. ...

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ...

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;...

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

VIII – A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; ...

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios; ...

VII – redução das desigualdades regionais e sociais ; ...

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Verdadeiramente, nos últimos tempos, conforme escólio da Procuradora da República Eugênia A. Gonzaga FÁVERO¹⁸¹ “quando se fala em desigualdades sociais, o termo que mais se houve é INCLUSÃO”, que tem como traço a exigência do uso de medidas positivas e afirmativas de modo a reduzir tais desigualdades.

As ações afirmativas¹⁸², conforme Joaquim Benedito Barbosa Gomes, Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, “consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.”

Afinada por esse diapasão, a também Ministra do STF, Carmen Lucia Antunes Rocha preleciona: “concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”.

Não bastasse o sentido de inclusão amparado pela nossa magnífica Constituição Republicana, também a legislação específica subsequente prevê

¹⁸¹FÁVERO, Gonzaga. *“In Direitos das Pessoas com Deficiência - Garantia de Igualdade na Diversidade”*, Ed. WVA, RJ, 2004, p. 37.

¹⁸² Esse mecanismo de inclusão social recebe nos Estados Unidos a denominação de “*affirmative action*” (ação afirmativa). Já na Europa tem o nome de “*discrimination positive*” (discriminação positiva) e de “*action positive*” (ação positiva).

a necessidade de dispensar tratamento diferenciado às pessoas com deficiência, como veremos a seguir.

7.4. Os Fundamentos Providos pela Tessitura Normativa Infraconstitucional

A Lei no 7.853/1989¹⁸³ - que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, define crimes, além de outras providências - prevê em vários de seus dispositivos o tratamento prioritário, aqui nos interessando, particularmente, o que reza o art. 9º, “*verbis*”:

“Responsabilidades do Poder Público. Art. 9º - A Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras com deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.”

O Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a lei acima referida, dispendo sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, prevê a diferenciação de tratamento de veras vezes, sendo que, visando reforçar a tese aqui defendida, destaco dois de seus dispositivos, quais sejam o inc. I do art. 6º e o art 9º, vejamos:

“Art. 6º São diretrizes da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência: I - estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam a inclusão social da pessoa portadora de deficiência;

Art. 9º Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal direta e indireta deverão conferir, no âmbito das respectivas competências e

¹⁸³ “As bases constitucionais da política de inclusão remetem aos capítulos da Assistência Social; da Educação; da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso que compõem a Ordem Social, e deram origem a essa Lei, que, além de criar a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE) com o fim precípua de formular a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, relacionou medidas para assegurar direitos básicos da pessoa com deficiência em diversas áreas”.

finalidades, tratamento prioritário e adequado aos assuntos relativos à pessoa portadora de deficiência, visando a assegurar-lhe o pleno exercício de seus direitos básicos e a efetiva inclusão social.”

A Lei nº 10.048/2000, que veio para dar prioridade de atendimento às pessoas que especifica, assim dispôs:

“Art. 1º As pessoas portadoras de deficiência física, os idosos com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo terão atendimento prioritário, nos termos desta Lei.

Art. 2º As repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas a que se refere o art. 1º.”

Não podemos deixar de lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ou simplesmente Convenção da Guatemala, sendo que este acordo internacional, desde a sua aprovação pelo Congresso Nacional¹⁸⁴, já faz parte do nosso ordenamento jurídico. O Decreto nº 3.956/2001 promulgou essa Convenção, que apresenta em seu artigo III os seguintes comandos, litteris:

“Artigo III - Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a: 1. 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, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas: 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

¹⁸⁴ Na forma do Decreto Legislativo no 198/2001.

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;”

Tão importante tal assunto, de integrar a pessoa com deficiência, que no Brasil é dada a prioridade de tramitação dos processos - judicial e administrativo - em que estejam em causa direitos de pessoas com deficiência. Obviamente que essa previsão de acesso à justiça foi adotada pela norma em sentido amplo, indo muito além da idéia de acesso físico, que, diga-se de passagem, tem regramentos específicos, por força da Lei nº 10.098/2000 e respectivo regulamento, trazido pelo Decreto nº 5.296/2004, tal prioridade também é regradada nos artigos 69-A, 1211-A, 1211-B, 1211-C do Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 5869/73.

7.5. O Reconhecimento do Direito à Prioridade das Pessoas com Deficiência na Tramitação em Qualquer Órgão ou Instância em Procedimentos Administrativos e Judiciais

Ora, não é à toa que de há muito o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem Resolução¹⁸⁵ própria a amparar e conferir prioridade no julgamento dos processos cuja parte seja pessoa com deficiência, desde que a causa em juízo tenha vínculo com a própria deficiência.

Com efeito, de modo idêntico ao que fez o STJ, o Conselho de Justiça Federal (CJF) recentemente editou a Resolução nº 554/2007 (em 03.05.2007), recomendando a todos os Tribunais Regionais Federais que procedam à priorização do julgamento dos processos cuja parte seja pessoa com deficiência, desde que, também como fez o mesmo STJ, a causa em juízo tenha vínculo com a própria deficiência.

No âmbito da Justiça Especializada Trabalhista, várias foram as iniciativas formuladas no sentido da consecução da prioridade de tramitação

¹⁸⁵ Resolução nº 2, de 25 de janeiro de 2005.

nos feitos em que estejam em causa direitos de pessoas com deficiência, malgrado não se tenha conseguido até agora a plena promoção da acessibilidade nesse campo da Justiça.

Em maio de 2005, por exemplo, a Subprocuradora-Geral da República e também Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Dra. Ela Wiecko V. de Castilho, expediu ofício¹⁸⁶ ao então Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) Ministro Vantuil Abdalla - em face das atribuições contidas no art. 4º, II do respectivo Regimento Interno - indagando sobre a possibilidade de se estabelecer orientação similar à do STJ no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e em todos os Tribunais Regionais do Trabalho, a fim de conferir concretude ao direito de tratamento prioritário das pessoas com deficiência, tendo, nos exatos termos dessa comunicação, o seguinte assunto: “Prioridade de tramitação nos feitos em que estejam em causa direitos de pessoas com deficiência, nos termos do art. 9º da Lei nº 7.853/89 e da Resolução STJ nº 02/2005.”

Essa ação do Ministério Público Federal encontrou na Justiça Trabalhista uma resposta parcial, qual seja a formulação de um ato administrativo¹⁸⁷ pelo TST, em lugar do CSJT, como expressamente intencionava a Procuradoria Federal de modo a alcançar também os Tribunais Regionais do Trabalho. Esse caminho tomado surpreende pela timidez da ação, uma vez que o movimento maior pela persecução de tal desiderato deveria provir da Justiça Trabalhista, por ser um ramo que, inegavelmente, mais aprofunda no direito positivo o ideário relativo à solidariedade social.

Numa ressonância mais próxima da questão parece estar o Poder Executivo Federal, que vem, ao menos à primeira vista, implementando várias medidas que dão destaque e procuram dar efetividade aos direitos das pessoas com deficiência, do que é exemplo o bem lançado Decreto nº 6.215,

¹⁸⁶Cópia do ofício está presente no indispensável sítio eletrônico da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC). Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/inclusao-pessoas-deficiencia/oficios>> Acesso em: 24 set. 2009

¹⁸⁷Instrução Normativa nº 29/2005, editada pelo Diretor Geral de Coordenação Judiciária do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

de 26 de setembro de 2007, que estabelece o compromisso pela inclusão das pessoas com deficiência, com vistas à implementação de ações concretas por parte da União, em regime de cooperação com Municípios, Estados e Distrito Federal, e institui o Comitê Gestor de Políticas de Inclusão das Pessoas com Deficiência (CGPD).

Pois bem: é mais do que chegado o momento do Poder Judiciário, em uníssono, via Conselho Nacional de Justiça (CNJ), fazer a sua parte, porque a previsão normativa de tratamento prioritário na Justiça já foi outorgada - como se buscou aqui esquadrihar – resta agora fazer o reconhecimento e dar eficácia a esse direito.

De modo idêntico, toda a linha de entendimento acima engendrada tem, obviamente, aplicabilidade ao processo administrativo. Ao respeitar esse direito a Administração Pública brasileira estaria reforçando e consolidando ainda mais o princípio da legalidade.

Assim, por todo o conjunto de fundamentos expostos, é fora de dúvida que a prioridade no julgamento de processos judiciais e administrativos em que estejam em causa direitos das pessoas com deficiência é um instrumento de justiça e inclusão social, bem como um direito que deve ser respeitado e garantido pelo nosso Estado Democrático de Direito¹⁸⁸.

¹⁸⁸STRECK, Lenio L. e BOLZAN MORAIS, José L.. *“Ciência Política e Teoria Geral do Estado”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.p. 53-56. No balizado entendimento destes autores o Estado Democrático de Direito carrega em si um caráter transgressor que implica agregar o feito incerto da Democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturante à sociedade, isto é, transformador da realidade. Por esse motivo, ainda na visão desses autores, “pode-se dizer que, no Estado Democrático de Direito, há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.”

8. A EFETIVIDADE DAS CONSTITUIÇÕES NA DIGNIDADE HUMANA

Ana Paula de BARCELLOS desenvolve interessante trabalho¹⁸⁹, em que defende a dignidade da pessoa como princípio basilar da Constituição brasileira e, bem ainda, a importância dos princípios constitucionais como normas jurídicas assecuratórias de valores intangíveis na esfera econômica. Tratando dos papéis das constituições, demonstra que na Europa Continental, até meados do século XX, a constituição não se impunha como norma jurídica como as demais, dirigida a todos, mas, sim, atuava como uma norma que contemplava basicamente os poderes constituídos, o Legislativo em especial, ao qual cabia sua interpretação e implementação. O contraste instalado nesse modelo genérico melhor se destacava nos Estados Unidos da América, onde os direitos fundamentais do homem assumiam evidente destaque, outorgando-se aos juízes, desde logo, o papel de controle supremo, difuso e concentrado da aplicação das normas constitucionais¹⁹⁰.

A partir da segunda década do século XX, as constituições incorporaram, além dos direitos individuais já universalizados, os chamados direitos sociais, que implicam prestações positivas¹⁹¹ do Estado e que repercutem coletivamente, constituindo-se, destarte, salvaguarda indispensável à existência dos direitos individuais, obrigando o Estado a uma atuação

¹⁸⁹BARCELLOS, Ana Paula de. *“A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana”*. p.13. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁹⁰Diferentemente do que se deu na Europa, os estadunidenses, desde 1803, a partir do caso *Marbury v. Madison* (5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)), conferiram ao Poder Judiciário a prerrogativa de controlar a constitucionalidade das leis, por meio da idéia de supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, na histórica decisão de John Marshall, então presidente da Suprema Corte americana.

¹⁹¹SARLET, Ingo Wolfgang. *“A eficácia dos direitos fundamentais”*. 6ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.56. Ingo Wolfgang SARLET faz a ressalva de que na esfera dos direitos fundamentais não se encontram apenas direitos de cunho positivo, mas também direitos concernentes às “liberdades sociais”, como o direito de greve, a liberdade de sindicalização, direitos fundamentais dos trabalhadores, entre outros.

concreta para garantir a efetivação desses direitos aos indivíduos, em detrimento de sua posição liberal não intervencionista¹⁹².

Os anos 50 inauguram a construção de um novo panorama constitucional, mais apartada dos dogmas positivistas, os quais, a pretexto de assegurar o direito às liberdades individuais, acabaram por legitimar a ação de maiorias, que solaparam direitos e consolidaram verdadeiras agressões àquelas liberdades. O regime nazi-fascista desnudou o aspecto da falibilidade das decisões majoritárias e positivadas na lei. Desde o final da Segunda Guerra, portanto, a constituição alçou-se à posição universal de norma jurídica suprema que a todo cidadão protege, cujo papel superou o paradigma da manutenção dos direitos individuais contra o Estado e da própria organização dos poderes e de seus limites, assumindo, consoante a autora Ana Paula de BARCELLOS: “(...) o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos – a chamada ‘constituição dirigente’, na consagrada expressão de CANOTILHO – que tem o efeito de determinar em boa medida o comportamento futuro do Estado que se organiza, independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento”¹⁹³. Essa tendência constitucional exemplifica-se com a eleição, na Constituição da República de 1988, do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental ao Estado brasileiro.

A Constituição dirigente sofre críticas de partidários da ideologia neoliberal, sob alegação de que “engessa a ação política do Estado”, o que, segundo BARCELLOS, pode até ser procedente em certos assuntos, porém é totalmente incabível quanto à eleição fundamental pelo legislador da dignidade

¹⁹²SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., pp. 55-56. Nas palavras de Ingo Wolfgang SARLET: “Não se cuida mais, portanto, de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos e prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa”.

¹⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 15.

da pessoa humana¹⁹⁴. O ato de se criar um Estado pressupõe a idéia de normas materialmente constitucionais, uma vez que elas inauguram ou reinauguram um Estado, criando suas bases. A autora, todavia, questiona se o ato de criação de um Estado restringe-se, apenas, em fixar suas bases estruturais, seus órgãos e regras do processo democrático. A Constituição brasileira, como muitas outras, não se limita a esse tipo de disposições estruturais, colocando, ao seu lado, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988).

A Constituição dos Estados Unidos de 1787, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como as primeiras constituições européias do século XIX tinham por escopo, basicamente, estabelecer a separação dos poderes e os direitos individuais de liberdade diante da atuação do Estado (liberdades públicas). Ao final deste século e início do século XX, a esse escopo binário gradual e pontualmente agregaram-se outros: primeiramente, os direitos consagrados no seio das relações de trabalho e, após, os direitos sociais típicos, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho e outros.

Ao contrário da cautela com que as constituições, até o início do século XX, consagraram direitos, as constituições elaboradas no período que se seguiu à Segunda Guerra “expressamente albergavam valores, formularam decisões tipicamente políticas e fixaram, sistematicamente, metas e objetivos sociais a serem alcançados pelos Estados que estavam recriando”¹⁹⁵. Ana Paula de BARCELLOS preconiza que, concebendo E. KANT que cada homem seja um fim em si mesmo e a organização política existindo a serviço desse homem, o valor humanista, indiscutivelmente, deveria impor-se como a pilastra central de todo o Estado: “ao longo do século XX, em vários momentos e por várias razões, o homem foi não apenas funcionalizado, como também imolado brutalmente nos altares do Estado-Nação, do Estado-partido, da ideologia de segurança nacional, dentre outras variações sobre temas semelhantes. As

¹⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *idem*, p. 16.

¹⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.*, p. 20.

Constituições, nesse meio tempo, foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto estritamente positivo-formal”¹⁹⁶.

Chegou-se, então, à percepção de que a positivação do direito e das constituições, tanto pregada outrora, não era suficiente para afastar e para resguardar a sociedade da banalidade e do mal; o direito não surge por si só no mundo e sim a partir de valores, ideais de justiça e de humanidade previamente difundidos na sociedade, à qual caberá regulamentar, optando, constitucionalmente, pelo retorno ao ideal dos valores. Essa opção permitirá a inserção nas constituições, novas ou reformuladas, de dispositivos que veiculem obrigatoriamente, de forma expressa, a decisão política do legislador constituinte por determinados valores fundamentais orientadores da organização política, bem como limites, formas e objetivos da atuação política do novo Estado, a fim de promover a realização destes valores, os quais passarão, sob a forma de normas-princípios, a atuar como idéias nucleares das constituições, consagrando-se não apenas filosófica, mas sobretudo juridicamente¹⁹⁷.

Na medida em que os valores fundamentais, bem como as ações políticas deles decorrentes, são juridicializados na constituição, esta se retira do debate político, pois coloca a seu serviço o instrumental jurídico do Direito Constitucional. Esse instrumental atua em duas frentes: a existencial e a operacional. Por intermédio da frente operacional, a constituição atribui, hierarquicamente, eficácia jurídica aos efeitos práticos produzidos por tais princípios, conferindo tanto maior eficácia quanto mais eficientemente apresentarem-se a fundamentalidade e a relevância do princípio ou do efeito que delas advém. A frente existencial, por sua vez, consiste na proteção dada a tais princípios, proibindo-se restrições ou supressões por meio da técnica das cláusulas pétreas. O assunto assume particular relevância, visto que os direitos

¹⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *idem*, p. 23.

¹⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.*, p. 26. Ana Paula de BARCELLOS explica que “(...) o Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem e não fins em si mesmos ou meios para outros fins ‘e, desse modo, o valor’ (...) dignidade humana é hoje um axioma jusfilosófico e, além disso, no nosso sistema, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica”

trabalhistas foram inseridos na Constituição Federal do Brasil, no título referente aos direitos fundamentais do homem, e a tal graduação empresta-se, como é sabido, a natureza de imutabilidade, tendo em vista a relevância daqueles direitos. Arnaldo SÜSSEKIND¹⁹⁸ defende mesmo que os direitos sociais incluídos no art. 7º são cláusulas pétreas, não passíveis, portanto, de emenda. No mesmo sentido, Paulo BONAVIDES ensina que, “em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título II da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos ‘direitos sociais’ como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60”¹⁹⁹.

Acrescente-se, a este, o argumento de que o caput do dispositivo constitucional em comento estabelece o chamado princípio da norma mais favorável (art. 7º, CF/88: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)”²⁰⁰). Segundo Américo PLÁ RODRIGUEZ²⁰¹, o princípio em tela assume três feições distintas: Interpretativa, referente à interpretação da lei, no sentido de que qualquer dúvida sobre um texto trabalhista deve ensejar interpretação mais favorável ao trabalhador; Aplicação da lei, concernente a conflito de regras trabalhistas, quando prevalecerá, mais uma vez, a regra mais benéfica ao mesmo trabalhador; Criação das leis, princípio que impede a promulgação de regras que acarretem perdas, supressões de direitos. Esta última faceta do princípio da norma mais favorável vem expressa na norma constitucional supra e, segundo Ana Paula de BARCELLOS²⁰², encontra eco na doutrina constitucionalista sob a égide do princípio da vedação do retrocesso, que se constitui criação doutrinária aplicável aos princípios constitucionais, mormente

¹⁹⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. *“Direito Constitucional do Trabalho”*. Editora: Renovar, 4ª edição, 2009.

¹⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *“Curso de Direito Constitucional”*. apud. SÜSSEKIND, Arnaldo. op. cit., ibid.

²⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *“Direito do Trabalho na Constituição de 1988”*, São Paulo, 1989, 1ª edição. p. 40.

²⁰¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *“Princípios de Direito do Trabalho”*, Editora: LTR. 3ª Edição, 2008. pp. 123- 130.

²⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit ., pp. 68- 71.

aos referentes aos direitos fundamentais, afeta à validade, e destinada, ademais, a preservar a idéia de progressividade na construção dos avanços inerentes àqueles direitos fundamentais. Sua aplicação volta-se contra normas que acarretem supressão ou revogação de direitos fundamentais já assegurados, sendo possível exigir do Judiciário a preservação daqueles direitos em face de normas supressivas. Incide, portanto, sobre atos comissivos do legislador.

Para o mesmo sentido converge a lição de Gustavo ZAGREBELSKY²⁰³, o qual demonstra que a grande conquista das constituições contemporâneas reside na percepção universal que estabelece distinção entre os direitos e a lei, entendimento que não se impunha na época da Revolução Francesa, quando se estabeleciam os modelos positivistas constitucionais do século XIX. De qualquer modo, dedica-se a alinhar os passos dados para que se conquiste a concepção positivista e daí se avance para a supremacia do direito sobre a lei inerente ao Estado Constitucional. Aponta, então, o fato de que o Estado Absolutista pairava à margem ou acima da lei, o que provocara a reação iluminista no sentido de submetê-lo à lei. “Deste modo, entre o ‘sujeito-Estado’ e os indivíduos podiam configurar-se relações recíprocas reguladas pelo direito e controladas por juízes independentes”²⁰⁴. Os direitos, portanto, confundiam-se com a lei. Essa formalização dos direitos assumia mais relevância que o próprio conteúdo das leis. Estabelecia-se, claramente, uma supremacia dos interesses do Estado, manifestados na lei e no direito objetivo, sobre os interesses dos indivíduos e os seus direitos subjetivos.

Tratava-se, segundo o autor, de uma questão ideológica que se expressava no positivismo jurídico.

O século XIX foi, assim, o momento da afirmação do Estado-Força, uma vez que, durante o século XVIII, os direitos fundamentais do indivíduo já se haviam erigido. A garantia de tais direitos fundamentais dependeria de um

²⁰³ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil*”, pp. 47- 73. “Traducción” de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editoria: Trotta, 2003.

²⁰⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. Idem, pp. 47- 48, tradução do autor.

Estado forte, capaz de enfrentar a questão social que irrompia da ação revolucionária da classe operária. O que se observou mais tarde, porém, evidenciou que a lei poderia descaracterizar-se da função de mecanismo de proteção dos direitos e das liberdades individuais, para se converter em séria ameaça, quando maiorias mal orientadas assim o quisessem, conforme historicamente se viu em países nazifascistas.

Trata-se de questão imperiosa a verificação da distinção entre lei e direito, o que se fez possível pela construção da teoria dos direitos públicos subjetivos, os quais permeiam as leis e as conformam. Nesse compasso, ZAGREBELSKY homenageia Thomas HOBBS, precursor da distinção de que aqui se cuida. Para ele, a lei (the law) era a manifestação do poder do príncipe, e o direito (the right) revelava as liberdades individuais.

Para as constituições contemporâneas, a distinção entre lei e direito assume relevância superior ao mero aspecto conceitual, tendo em vista que, enquanto as leis refletem os interesses de grupos definidos e transitórios, os direitos individuais, diretamente atribuídos pela constituição, como patrimônio jurídico inviolável aos titulares, subsistem independentemente da lei.

Para que se chegasse a essa dualidade nas constituições atuais, atravessou-se um processo histórico bem marcado pela diversidade de visões constitucionais, que se deram nos Estados Unidos da América e na Europa Continental. A maior contribuição da Declaração dos Direitos na França, de 1789, foi, justamente, a concepção de um sistema coerente, coeso e codificado de leis que assegurasse a implantação dos direitos fundamentais do homem que a Revolução Liberal burguesa formalizou. Embora a Constituição de 1791 contivesse os direitos já referidos, o sistema por ela concebido esvaziou-se diante de promessas formais que se cristalizaram em um mecanismo de defesa da lei considerada em si mesma. A lei não operava um controle dos direitos, tal controle submetia-se à legalidade, à força da lei.

Corroborava essa afirmativa a Constituição francesa que mostrou atuação pouco relevante para o asseguramento dos direitos humanos fundamentais, o

qual se operou, tão-somente, com o Código Napoleônico. Outro ponto que o demonstra centra-se no desempenho dos juízes, inseridos, no sistema recursal articulado pela Constituição em análise, como meros aplicadores da lei, sem qualquer margem de interpretação literal do texto, cabendo ao Tribunal de Cassação o papel de reformar sentenças, cujo conteúdo se desviasse da expressa aplicação do texto legal. Partia-se do pressuposto de que a vontade soberana do legislador, porque eleito, deveria ser protegida da ação ameaçadora do Judiciário, que não contava com o referendo popular.

O Direito Constitucional europeu, no entanto, apartou-se do modelo francês, aproximando-se da Constituição estadunidense. A Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, enuncia expressamente os direitos como base e como fundamento do governo. No modelo norte-americano, a Constituição elegeu direitos do indivíduo que precedem a qualquer lei e que conformam, por essa mesma razão, a atuação do Poder Legislativo, fato que se deu até como forma de prevenção contra medidas que os americanos consideravam abusos do Parlamento inglês, os quais poderiam, também, ocorrer internamente.

O sistema estadunidense caracterizou-se marcadamente na IX Emenda da Constituição Americana, que preceitua existirem autênticos direitos que a apreciação legislativa excluía. Evidencia-se uma visão oposta à manifestada no modelo francês do século XVIII, no qual o art. 5º da Constituição de 1791 assegurava liberdades de fato aos cidadãos, caso a lei não as limitasse. No dizer de ZAGREBELSKY, enquanto na França predominava a soberania das leis, nos Estados Unidos os direitos assumiam primazia em detrimento do texto legal. O modelo americano desconfiava da onipotência das assembléias legislativas, ambiente em que a coletividade poderia sufocar as consciências individuais e os próprios direitos dessa natureza, estruturadores da base do sistema constitucional. Mediante tal interpretação, aliás, a América apartou-se, inclusive, do modelo inglês, no qual o Parlamento predominava justamente em razão de uma herança histórica pouco racional atribuída ao povo britânico. Na construção do sistema americano, o racionalismo imperava, e o texto da Constituição escrita optou por condicionar qualquer outra manifestação legal,

que fica submetida ao controle constitucional intenso conferido ao Poder Judiciário. O juiz seria o guardião das liberdades individuais em face do legislador.

O modelo constitucional europeu continental coloca-se no meio termo entre os modelos estadunidense e francês. Assimila tanto a importância da manutenção dos direitos individuais quanto a tutela que recebem do Judiciário, mas reconhece a necessidade de um sistema legal forte que, ao seu turno, condicione a convivência política dos cidadãos em torno das coletividades sociais que transcendem as esferas individuais de interesses. Como se vê, o postulado da participação política coletiva supera a concepção individualista, e os direitos subjetivos individuais convivem em igual importância com os direitos coletivos políticos, cuja vigência deriva da força da lei. Prossegue, ZAGREBELSKY, atestando que o fim da Segunda Guerra Mundial marcou, outrossim, um importante momento de revisão do Estado e da busca do chamado Estado Constitucional. A desmistificação do Estado como senhor das razões e detentor das respostas, tal como concebeu Friedrich HEGEL, levou à criação de novas estruturas sociais abertas e mais, seguramente, democráticas. O mesmo movimento ocorreu durante os anos 70, após a queda dos últimos regimes fascistas ibéricos, e refluíu com a derrubada do muro de Berlim, pela necessidade de revisão dos modelos inerentes aos países orientais.

A partir do pressuposto de que o controle de constitucionalidade das leis presta-se à defesa das liberdades individuais, para que os direitos da coletividade se implementem em relação de reciprocidade com os primeiros, ressalta Gustavo ZAGREBELSKY²⁰⁵, ademais, que a normatização dos princípios constitucionais reforça esse movimento da evolução histórica constitucional. Uma das principais marcas da contemporaneidade centra-se na inserção, nas constituições, de princípios cujo escopo norteie-se pela busca da justiça efetiva, o que não se registrava no passado, tempo em que imperava o Estado de Direito. Naquela oportunidade, as constituições continham meros

²⁰⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., pp. 93- 108.

enunciados sem aplicabilidade prática. Nas novas constituições exige-se do Estado uma postura proativa pela promoção da justiça. Deixa de ser ele mero garantidor ou guardião do equilíbrio social, devendo, portanto, mobilizar esforços e aproximar os agentes sociais para, efetivamente, redirecionar a realidade rumo aos objetivos constitucionais de justiça.

Transitando pelo campo da economia até atingir as relação entre o homem e o meio ambiente, e, também, entre as gerações presentes e futuras, o Estado estabelece condições estruturais de efetivação das conquistas constitucionais. Em conseqüência, supera-se a noção kantiana, segundo a qual o direito seria um conjunto de condições de conciliação das vontades individuais conforme uma regra universal de liberdade, ou a afirmação depreciativa de HEGEL, para quem o direito se reduz a mero acordo de vontades. O direito conquista, então, status que o definem como “o conjunto de condições nas quais, necessariamente, devem se mover as atividades públicas e privadas para a salvaguarda de interesses materiais não-disponíveis. É uma ordem objetiva prevista para limitar a instabilidade das vontades”²⁰⁶. As normas constitucionais de justiça estabelecem, portanto, uma distinção entre os interesses individuais e os gerais, sendo de se esclarecer, desde logo, que os interesses gerais são diversos da simples soma dos interesses individuais, o que determina a existência de uma nova categoria de direitos. Trata-se de uma ordem objetiva que corresponde a idéias objetivas de justiça e, em conseqüência, impõe deveres. Essa busca de justiça social leva os direitos individuais a se aproximarem da justiça almejada, porque em tais direitos se funda a estrutura necessária para a obtenção do fim colimado. Não há, então, que se imaginar uma ruptura entre direito e justiça, mas um avanço de concepções do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Justiça.

Durante o século XIX, o positivismo jurídico projetava para a lei o conteúdo exclusivo da justiça e do direito, relegando as questões sociais e substanciais a um plano pré-jurídico. Tal interpretação se consagrava, porque cabia a os moldes do modelo jurídico; assim, os critérios de estruturação do

²⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., tradução do autor.

direito eivavam-se da mácula da parcialidade e, nesse contexto, qualquer questionamento que implicasse avaliação dos interesses das outras classes sociais eram repelidos, caso ameaçassem o equilíbrio daquela sociedade monovalente. Para ZAGREBELSKY, o Estado de Constituição, pluralista por excelência, incorpora nas cartas políticas o livre jogo de interesses de todas as classes sociais, acolhendo regras de origem difusa, geral, plural. Instala-se um pacto em que cada uma das classes apresenta seus ideais de justiça. Desse modo, as questões substanciais de justiça migram do estágio pré-jurídico para a consagração normativa da Constituição.

Contrariamente aos que afirmam que o pluralismo jurídico enfraquece a constituição, verifica-se que a fortalece como receptáculo dos anseios de toda a sociedade, uma vez que legitima anseios plurais e lhes confere força jurídica. Para o autor, a constitucionalização dos princípios de justiça reveste-se dos seguintes significados: A oposição à força desagregadora dos direitos individuais – lembra, aqui, que os direitos individuais, lastreados na idéia de liberdade e de autonomia da vontade, submetem a maioria aos desígnios de uma minoria dominante e que a constitucionalização dos princípios de justiça outorga o direito voz à maioria para fazê-la guardiã, inclusive, daquelas liberdades individuais para todos; A recuperação pelo Estado de competências políticas na economia – passa, o Estado, a traçar rumos políticos ao jogo do mercado, conduzindo-o em favor do bem comum; A mudança na relação entre o homem e o meio ambiente – os direitos inerentes às vontades individuais já não se movem natural e livremente, eis que se percebeu que os indivíduos devem limitar suas vontades para que se preservem os recursos naturais em favor de todos, inclusive das gerações futuras e; A desconfiança do homem diante do homem – ressalta o autor que o Estado de Direito e as salvaguardas das liberdades individuais não foram capazes de evitar os horrores da Segunda Guerra Mundial; sublinha, especialmente, Auschwitz, para realçar a importância de princípios gerais objetivos que possam refrear eventuais desvarios da maioria, que a lei legitimara.

Observa-se, portanto, que o surgimento do Direito do Trabalho acompanhou, historicamente, a idéia da primazia política e jurídica da constituição no ordenamento jurídico e acompanhou, inclusive, o processo de normatização de princípios constitucionais. Informou, até mesmo, o pluralismo constitucional, visto que todos esses fenômenos operaram-se no século XX, e a inserção de direitos trabalhistas nas constituições da segunda década do século destacou-se como fato precursor entre todos aqueles episódios que se firmaram no cenário mundial apenas após a Segunda Grande Guerra. Tal inserção mostra também a preocupação do Poder Público originário com o aproveitamento da capacidade laboral da Pessoa com Deficiência.

9. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A ISONOMIA E SUAS DIFICULDADES DE APLICAÇÃO PRÁTICA.

A atual Constituição Federal prevê garantias, a exemplo de documentos internacionais e mesmo de legislação anterior à sua promulgação, visando à garantia de direitos humanos fundamentais e à melhoria da qualidade de vida das pessoas com deficiência.

No direito brasileiro as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, independentemente de norma regulamentadora.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO preceitua que a intenção dos constituintes foi de tentar impedir que os direitos não permaneçam como letra morta, mas ganhem efetividade.²⁰⁷ Ensina ainda, “a leitura dos vários incisos do art. 5º facilmente demonstra a existência de normas definidoras de direitos ‘bastantes em si’, ao lado de muitas outras normas ‘não bastantes em si’²⁰⁸”.

No Brasil, até a Carta de 1969, inclusive, não havia uma preocupação do legislador constitucional com a pessoa com deficiência. Foi a Emenda Constitucional nº. 12, de 17.10.78 que assegurou as primeiras garantias às pessoas com deficiência: já na Constituição vigente, inúmeros dispositivos esparsos foram dedicados à sua proteção (arts. 37, VIII, e 227, § 2º); outrossim, sobreveio a Lei nº. 7.853 de 24.10.89, que dispôs sobre as normas de proteção às pessoas com deficiência. Ao exame desse quadro, verificamos que nossa legislação a respeito, ressalva até certo ponto a Lei nº. 7.853/89, é fragmentária e falha, inexistindo uma disciplina harmônica a respeito da matéria.

²⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 27ª edição, 2001, pp. 307 e seguintes.

²⁰⁸ Idem.

O Estado busca a realização de seus fins, já definidos na Constituição, com o objetivo único que é o bem comum, em última análise, o próprio homem. E todas as funções para aí convergem, em perfeita harmonia e independência entre si.²⁰⁹ O Estado foi constituído para atender às necessidades e às conveniências dos grupos sociais, e, assim, atingir o seu fim último: o bem comum.²¹⁰

E ao se asseverar que no Estado Democrático, fundado na supremacia da vontade popular, busca-se a igualdade de possibilidades, com liberdade, está se assegurando a expressão concreta de uma ordem social justa.²¹¹

A previsão da matéria em âmbito constitucional, ao menos dos princípios gerais, demonstra o intuito do legislador na proteção da pessoa com deficiência.

O princípio da igualdade, adotado na Constituição Federal de 1988, impede qualquer tipo de discriminação. Há igualdade de direitos, ressalvando-se os casos em que a desigualdade deve ser assim considerada, tratando-se os desiguais desigualmente.

Além do princípio da isonomia que garante o tratamento igual a todas as pessoas, a Constituição Federal contém outros dispositivos de relevância em relação à pessoa com deficiência.

A lei maior, a Constituição Federal determina:

1. art. 7º, inc. XXXI – garante a igualdade de direito de trabalho²¹²;

²⁰⁹MAZZILLI, Hugo Nigro. “A atuação do Ministério Público na defesa da pessoa portadora de deficiência, in *Doutrina Jurídica Brasileira*”, Editora Plenum (Edição em CD-Rom).

²¹⁰RULLI JÚNIOR, Antonio. “*Universidade da jurisdição*”, São Paulo, Juarez de Oliveira, 1998.

²¹¹ Ibidem, p. 21. “A finalidade do bem comum é a criação e a busca de condições que permitam ao homem e ao grupo social a efetivação de seus respectivos fins particulares”.

²¹² O art. 7º inc. XXXI garante a equidade salarial e a igualdade nos critérios de contratação para as pessoas com deficiência. Fica proibida qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

2. art. 23, inc. II – estabelece a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que diz respeito aos cuidados com a pessoa portadora de deficiência;

3. art. 24, inc. XIV – trata da proteção e integração social, estabelecendo competência concorrente para legislar da União, Estado e Distrito Federal;

4. art. 37, inc. VII – estabelece normas para admissão do portador de deficiência pelo Poder Público;

5. art. 203, inc. IV – estabelece Assistência Social, com o papel de promover a habilitação e reabilitação;

6. art. 203, inc. V – garante o benefício mensal equivalente a um salário mínimo;

7. art. 208 – estabelece o ensino especializado para o portador de necessidades especiais;

8. art. 227, § 1º - criação de programas especializados de assistência à saúde;

9. art. 227, § 2º - estabelece garantias de acessibilidade com relação à locomoção e acesso;

10. art. 244 – estabelece garantias de acessibilidade, com a adaptação de logradouros, edifícios e veículos para transporte coletivo.

No caso de concurso público, a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão (art. 37, inc. VIII).

A Constituição Federal regula que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos a habilitação e a reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e a garantia de um salário

mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O Estado deve promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: (a) 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; (b) 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.

O direito à vida é garantia fundamental, amparada expressamente pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, aplicando-se também o art. 203, inc. IV, que estabelece o direito à habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência.

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado as pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Sempre que possível, entretanto, as pessoas com deficiência devem ser integradas à rede escolar. Quanto maior a inclusão, melhor o desenvolvimento educacional da pessoa com deficiência.

Sobre a garantia de educação foram editadas, dentre outras, as leis nº. 9.131, de 24 de novembro de 1995, nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 e o decreto nº. 2.306, de 19 de agosto de 1997, este último regulamentado pela portaria nº. 1.679, de 02 de dezembro de 1999, que dispõe sobre requisitos de acessibilidade às pessoas com deficiência, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições, considerando a necessidade de assegurar as pessoas com

deficiência física e sensorial condições básicas de acesso ao ensino, de mobilidade e de utilização de equipamentos e instalações das instituições de ensino. Mas qual é a realidade? O relato da coordenadora abaixo ilustra bem os problemas que apresenta a educação inclusiva:

“Uma escola pública de Casimiro de Abreu, no interior do estado do Rio de Janeiro, resolveu com criatividade o desafio da educação de deficientes. Como não existiam as chamadas escolas especiais para receber esses alunos, os professores começaram a absolver os estudantes excepcionais nas classes regulares e, sem saber, puseram em prática a educação inclusiva, sistema considerado modelo pela Organização das Nações Unidas para ensino de deficientes (...) ‘Fomos experimentando como trabalharíamos com esses alunos, porque só tínhamos o modelo antigo de escola especializada’, conta a coordenadora de educação especial do município, Maria do Carmo Hübner Stroligo. (...) A notícia de que a escola ensinava crianças especiais atraiu os pais. Apareceram crianças cegas, surdas-mudas e em cadeiras de rodas. Os professores tiveram de especializar-se: procuraram parcerias com o Instituto Benjamin Constant, para aprender braile, e com o Instituto Nacional de Educação de Surdos, onde estudaram a linguagem de sinais (libras). Adultos com deficiência também procuraram o serviço destas escolas. É o caso do engraxate Jorge Elias dos Santos Silva, de 43 anos. A família acreditava que ele não precisava ir à escola depois que contraiu paralisia infantil. ‘Eu moro na roça e estudar não era fácil nem para quem andava’, conta. Nas salas de aula, os alunos surdos lêem lábios dos professores para acompanhar as aulas. Os que mantiveram o mínimo da audição usam equipamentos com fones de ouvidos para entender a voz dos professores, que falam em pequenos microfones. As crianças cegas fazem suas anotações em braile. (...) Maria do Carmo reconhece que encontrou dificuldades para a inclusão dos deficientes. Os pais não queriam seus filhos ao lado de ‘retardados’. ‘Discutimos muito com os pais

e agora estamos conversando com os alunos adolescentes, que são muito questionadores”.²¹³

Os fatos narrados pela reportagem evidenciam a importância da educação na inclusão da pessoa com deficiência e mostra que as barreiras a serem derrubadas são muitas. Sobre o tema, apenas foi exemplificado um fato real, documentado pela imprensa. Ilustrarei melhor com minha experiência própria, pois para mim é fácil discorrer sobre esse assunto. Basta contar um pouco do meu dia-a-dia. Falar no despreparo da sociedade em lidar com a pessoa com deficiência.

O maior exemplo de descumprimento de leis, da Constituição Federal, de menosprezo e pouco caso, tive quando retornei para faculdade no ano 2000. De 1995 a 2000 fiquei sem estudar, não tinha condições físicas e psicológicas. Consegui transferência da Universidade Luterana do Brasil/Canoas (ULBRA) para a Universidade Federal de Pelotas (UFPel)/Brasil. Fiz minha matrícula em uma cadeira do primeiro ano e em duas do segundo ano (currículo anual de seis anos), eram pré-requisitos para cursar o terceiro ano completo. Quando iniciei no primeiro semestre de 2000, o Prédio da Faculdade de Direito da UFPel, que é fora do Campus, estava no final de uma reforma geral, portanto, todas as turmas foram transferidas para um antigo prédio do Banco do Brasil, todo térreo, plano. Antes do fim do segundo semestre do ano 2000, as aulas voltaram a ser ministradas no Prédio do Direito. Lembro da Diretora do Curso de Direito na minha sala de aula:

“Alunos do Direito, semana que vem retornaremos ao nosso prédio. Gilberto, preciso falar contigo, tua entrada na faculdade será pelo ex-prédio do Serviço de Assistência Judiciária (SAJ). Este prédio possui ligação com o do Direito, os funcionários do Campus providenciaram umas rampas de madeira para teu acesso. Ainda em outubro deste ano será iniciada a segunda etapa da

²¹³Jornal “O Estado de São Paulo”, de 16 de julho de 2000, sob o título “*Escola do Rio ‘aprende’ a incluir deficientes*”, da autoria de Clarissa Thomé.

reforma, onde será demolido o antigo prédio da assistência e construído um prédio novo, com rampa e elevador, certo?".

O prédio da Faculdade de Direito da UFPel possuía uma enorme escadaria no acesso principal e não possuía elevador para o segundo andar, onde fica a secretaria, o colegiado, salas de aula e o salão de atos.

Em setembro do ano 2000 as aulas recomeçaram no prédio oficial.

Lembro da minha rotina para chegar até a sala de aula. Após estacionar o carro, meu secretário se dirigia ao hall de entrada onde se encontrava o zelador. Pedia para ele abrir a porta do prédio abandonado, que ficava a uma quadra de distância do acesso principal. Enquanto isso nós esperávamos do lado de fora. Após abrir duas portas emperradas, era preciso instalar três rampas de madeira para chegar até a sala de aula. Na hora de ir embora o mesmo procedimento. Quando precisava tirar fotocópia ou simplesmente sair no intervalo, o mesmo procedimento. Sem contar as palestras, seminários, congressos, aulas inaugurais e semanas-acadêmicas que ocorriam no salão de atos, segundo andar, aos quais eu não podia participar, não esquecendo da secretaria, sem acesso, local onde tinha que pedir à alguém ir para mim.

O tal prédio por onde eu entrava, não possuía luz, mas possuía muitas goteiras, ratos e baratas. No início nem me importava, queria era assistir as aulas e além disso, as reformas logo começariam me proporcionando um acesso digno.

O prazo se esgotou e nada aconteceu. Procurei a diretora do curso e ela disse:

“Gilberto, estamos do mesmo lado, me pressione para eu poder pressionar”.

Em 2000 protocolei meu primeiro requerimento e exponho aqui um pequeno trecho:

“...Não me cabe discutir a recente recuperação do prédio onde funciona o Curso de Direito. Assalta-me, entretanto, a indagação da efetivação de reformas num prédio, em pleno século XXI, sem levar em conta as Leis Federais, Estaduais e Municipais em vigor, relacionadas as pessoas com

deficiência. Temos normas da ABNT para edificações. Tais normas são letras mortas?

Como num prédio sem condições legais pode funcionar um Curso Universitário? Afinal, se todos são iguais perante a Lei, se sou um cidadão com deveres e direitos, por que sou excluído de freqüentar o Curso de Direito em igualdade de condições com os demais? Por que tenho de esperar meia hora até localizarem um funcionário para poder entrar por uma porta em meio à escuridão, entulhos, lixo e ratos? Por que não posso entrar pela porta da frente como os demais? Por que não me é possível assistir palestras? Por que, por que, por quê?

São muitos os empecilhos impostos pela sociedade e bela a legislação que está sendo conhecida, bela e ineficaz. No próprio Curso de Direito aprende-se que as Leis existem e não são cumpridas.

O sofrimento físico me foi imposto por um acidente de trânsito e o sofrimento moral me é imposto pela sociedade que faz de conta que não existem pessoas com deficiência. Muitos esquecem que, a qualquer momento, podem se tornar pessoas com deficiência.

Este pleito é de igualdade, não há aqui busca de melhores condições detidas pelos demais.

Ante o exposto, requeiro a Vossa Excelência, providências imediatas para o cumprimento da legislação vigente, conforme antes exposto, com acesso possível e digno a todas as atividades relativas ao Curso de Direito, não só para mim, mas também para todos aqueles que, embora pessoas com deficiência, busquem a integração social para serem úteis a este País...”.

O ano de 2001 chegou e fui procurado pela diretora do curso. Ela falou que reivindiquei meus direitos com muita propriedade, mas que a Universidade não se moveu para nada e ela sozinha não possuía recursos financeiros para executar tais adaptações. Mais uma vez tentei administrativamente uma solução. Meu segundo requerimento:

“... desde o ano 2000 ingresso no prédio do Curso de Direito pela porta do antigo prédio do Serviço de Assistência Judiciária, localizado na Rua Anchieta...

...como é de Vosso conhecimento, tal prédio encontra-se em obras. A porta fica trancada e ao chegar para assistir as aulas preciso ficar à espera enquanto meu acompanhante sai a procura do funcionário que trabalha no turno da noite e detém a chave....

...para Vossa ciência, a entrada por mim utilizada, fica alagada quando chove, não possui luz, é invadida por baratas e ratos que transitam em meio aos detritos acumulados da obra em andamento e muito lixo...

...faz, portanto um ano que busco condições que me são asseguradas pelas inúmeras leis que regem esta Nação e nada foi feito até agora...”.

Novamente fui procurado pela diretora que me falou a mesma coisa:

- Não tenho recursos, não tenho força...

E não tinha mesmo, ela dirigia o Curso de Direito, por óbvio, não era a responsável pelo prédio onde funcionava o curso.

Como estava amparado pela lei, decidi então ingressar com uma ação na Justiça Federal contra a Universidade. O tempo passou e no ano de 2002 meu pedido de tutela antecipada foi indeferido.

Meu pedido foi indeferido porque a justiça entendeu ser ele irreversível e não viu o perigo na demora. Disse que eu estava matriculado desde o ano 2000, freqüentando as aulas e sendo aprovado.

No dia 13 de setembro de 2002, o prédio por onde eu entrava tinha sido interditado pela Vigilância Sanitária e a Secretaria de Urbanismo (SEURB). Eu não tinha mais acesso às aulas.

Liguei para minha advogada e no mesmo processo em tramitação na Justiça Federal, entramos com uma petição de reavaliação do pedido de tutela antecipada devido ao fato novo. Agora existia o perigo na demora. Desta vez o Juiz deferiu. Deu quinze dias para a Universidade me dar acesso às aulas, interditou o salão de atos enquanto as pessoas com deficiência não possuísem acesso e estabeleceu o prazo de dois meses para Universidade apresentar um plano de reforma definitiva e incluí-lo no orçamento da União. Finalmente eu vi leis sendo cumpridas e meu acesso ao prédio onde estudava começando a se concretizar...

No início a Universidade pensou em transferir as aulas de minha turma para um prédio sem barreiras arquitetônicas. Sofri represálias dos alunos de outras turmas e de alguns professores, foi um período difícil, de descobertas boas e ruins.

O Centro Acadêmico organizou um “abaixo-assinado” e vários estudantes do Direito não quiseram assinar alegando “... não vou assinar uma coisa para estragar a fachada do nosso prédio...” – Alguns professores não apoiaram minha causa, recusaram o “abaixo-assinado” alegando “que nosso prédio é histórico, não combina com elevador!” Parece mentira, mas não é!

Após a decisão do Juiz a Universidade construiu uma rampa de madeira em frente ao prédio e isto ocorreu num prazo de cinco dias!

Isso custou tempo, fiquei dois anos entrando pelo meio do lixo porque a Universidade não queria fazer uma rampa que demorou cinco dias para ser construída.

A interdição do prédio por onde eu entrava e a rampa, me custaram 40 dias sem aula, mas hoje ela está lá e já posso entrar pela porta da frente! O elevador também já foi instalado e eu já conheci o salão de atos.

Hoje, outras pessoas com deficiência também estão usufruindo da rampa, até um professor que realizou uma cirurgia há pouco tempo faz uso dela. Sou feliz em saber que ao concluir meu curso de Direito deixei uma rampa e um elevador, enfim, deixei acesso para todos aqueles que não têm condições físicas de subir escadas! Mais feliz ainda eu fico porque, embora na época, apenas um estudante de Direito, tetraplégico, consegui fazer valer algumas leis vigentes em meu país²¹⁴.

²¹⁴ “Então, é importante este tipo de atividade, para levar à sociedade o conhecimento dos Direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais, para que de conhecimento destes, possamos zelar pela sua eficácia, lembrando que essa eficácia depende da vigilância dos próprios interessados e, esses interessados, somos todos nós, vulneráveis a doenças e acidentes no trabalho, no trânsito, na escola ou mesmo em casa. É incrível, que no que diz respeito a este assunto, poucos são os que, não estando diretamente envolvidos com a questão, se dão conta de que não há democracia onde somente uma parcela da população sabe o que é cidadania”. Palestra realizada por Gilberto Stanieski Filho, no Rotary Club Pelotas/Fragata no dia 22 de abril de 2002. Publicada no Jornal “Diário da Manhã”, do dia 5 de maio de 2002, na cidade de Pelotas, p. 11.

Na faculdade de Direito realizava as provas oralmente. Enquanto meus colegas faziam suas provas lendo, escrevendo, pensando, eu sentava com a professora e respondia oralmente as questões. Parece simples, mas não é. Nem simples e nem igual aos demais. Eu ficava na “vitrine”, dependendo da visão que cada professor trazia sobre minha condição física: alguns me viam como gente, outros como um empecilho. Uns demonstravam paciência, atenção, outros deixavam claro que eu os incomodava.

Minha turma era muito numerosa e em um teste final, a professora decidiu aplicá-lo em uma sala maior, chamada de “Maracanã”, assim poderia distribuir melhor os alunos. O detalhe é que esta sala situa-se no segundo andar e ainda não existia acesso para mim. A professora pediu que eu aguardasse:

“Gilberto, distribuirei as provas, peço para alguém cuidar e desço para a gente conversar, ok?”

O horário da prova era das 20h40 às 22h.

Resultado: esperei até às 22h e nada, ela esquecera de mim.

Fui embora sem realizar a prova. Fiquei chateado porque tinha me preparado psicologicamente para fazer aquele teste, estava ansioso e continuei ansioso. O sentimento que tomou conta de mim foi de que fiquei “plantado” num canto, dentro de uma faculdade de Direito, para fazer uma prova sobre leis, levando a certeza de que existem sim, mas não são levadas a sério.

Tudo foi difícil. A cada prova eu tinha de lembrar a professora e ela precisava de tempo para marcar data especial. Aquela professora, sem saber, demonstrou a dificuldade pessoal de lidar com um aluno como eu. Sei que ela não agia deliberadamente, porém, ela fazia eu me sentir uma sobra dentro da faculdade, alguém que atrapalhava.

A inversão ocorrida é terrível. O prédio antigo e com escadas não obedecia a nenhuma legislação para prédios públicos. O acesso para pessoas com deficiência e portadores de necessidades especiais (incluindo-se aí gestantes, usuários de muletas, anciãos) era nulo e quem incomodava era eu!

Isto é incrível, só depois de ficar lesado medular é que passei a observar a arquitetura das casas, enfim de qualquer tipo de construção e 90% delas não

oferecem acesso para os cadeirantes. Quando se consegue entrar em um prédio, não se consegue entrar nos banheiros e por aí vai. Acho incrível as pessoas ainda não observarem este detalhe, é tão simples o acesso às pessoas com deficiência, ainda mais quando já faz parte do projeto de novas construções. O mais difícil é criar o acesso em obras já prontas.

Outra coisa importante é sinalizar bem os acessos para que não sejam bloqueados.

É importante que essas adaptações venham seguidas de campanhas de conscientização, pois, rampas espalhadas pelas quadras de uma cidade é, aqui no Brasil, algo novo. Acredito que as pessoas que bloqueiam uma rampa com o carro, nem saibam da existência dela ali. As rampas são muito mal sinalizadas. Infelizmente no Brasil, as leis existem, mas não há fiscalização eficaz para seu cumprimento. No Brasil, somos nós, cidadãos, que decidimos quais leis vamos respeitar e quais não vamos. Então, quem sabe se revoguem as leis descumpridas?

Morei na Praia do Laranjal, bairro da cidade de Pelotas/RS/Brasil. Lá, há um pequeno Shopping na beira da praia. Quando mudei para lá, em 1998, conversei com o pessoal da administração do shopping e consegui seis rampas ao redor do mesmo, todas pintadas de amarelo e devidamente sinalizadas. Por inúmeras vezes cheguei ao shopping e as rampas estavam obstruídas por motos, automóveis, carrocinhas de pipoca etc.

Lembro de um diálogo com um Policial Militar:

‘Boa noite? Me diz uma coisa, é proibido estacionar em frente ao meio fio rebaixado?’ perguntei.

‘Sim, é’. Ele respondeu.

Logo perguntei se quem estaciona está sujeito à multa, ele respondeu sim, mas não multou o carro alegando:

‘Pode ser que o dono apareça e retire o automóvel, se quiseres te ajudo a subir na calçada’.

Em realidade, nosso país não possui cultura para pessoa com deficiência, e o povo, as relega a um segundo, terceiro, quarto ou quinto plano.

O pensamento geral vê-se bem, é: “porque este aleijado não vai para casa, é só um...”

Não pedi ajuda para subir a alta calçada, queria fazer valer a lei!

Em tudo que é lugar é assim:

“Podes vir, não temos acesso, mas damos um jeitinho”.

Sim, dão um jeitinho de estragar a cadeira da gente, de rasgar nossas roupas, de derrubarem a gente no chão! Nós não queremos ser ajudados, queremos o acesso para circular livremente e, assim, nos sentirmos o mais normal possível ou menos limitado. Creio que uma campanha publicitária daria certo.

No bairro do Laranjal não existe mais nenhuma placa de sinalização nas rampas, todas foram destruídas pelos cidadãos pelotenses e não foram substituídas. As rampas sinalizadas estavam quase sempre bloqueadas e depois, na ausência das sinalizações, sempre.

Às vezes desanimo, as dificuldades são muitas!

Mas o que mais me entristece é que ninguém enxerga que essas melhorias são para todos e não só para quem possui algum tipo de necessidade especial.

Em 1994 estava em Porto Alegre/RS/Brasil nadando no Campeonato Estadual de Natação e em 1995 estava em uma cadeira de rodas.

Será tão difícil entender que ontem fui eu quem de um minuto para outro ficou deficiente e, amanhã, pode ser qualquer um?

10. A HISTÓRIA DO APROVEITAMENTO LABORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA ADAPTABILIDADE NO ÂMBITO INTERNACIONAL DO DIREITO AO TRABALHO

Na Europa, o Direito do Trabalho surgiu, historicamente, para viabilizar um aprofundamento de reflexões em torno de uma discussão filosófica e política concernente ao princípio da igualdade. Ao longo da história, através de evoluções sociais, este foi se modificando, remanesce, porém, até os dias de hoje, a evidência de que determinados grupos sociais, incluindo-se aí o das pessoas com deficiência, estão à margem das conquistas do Estado de Direito, situação que mais se acentua nos países periféricos, que, por sinal, estão à margem das benesses econômicas do mercado.

No caso do Brasil, percebe-se uma já detalhada rede de instrumentos legais aptos a garantir a inclusão das pessoas com deficiência nas estatísticas de desenvolvimento humano. Todavia, o desafio sempre presente consiste em dar efetividade à norma, viabilizando-se sua aplicação no plano fático por parte de empregadores, de empregados, de governos e da sociedade em geral, sobretudo quanto à mitigação de preconceitos e à transposição de barreiras culturais.

Assim como ocorre na luta pela não-discriminação de gênero e raça, também os trabalhadores especiais merecem ampla atenção na incessante batalha por justiça e igualdade social, batalha esta travada, sobretudo, pelos operadores do Direito e pela sociedade civil organizada.

Indispensável à realização do valor "dignidade humana" (preconizado por nossa carta constitucional e universal em seu conceito) é a viabilização do *trabalho decente* em todas as suas possibilidades, incluindo-se o indivíduo no grupo social, trazendo-o ou resgatando-o da marginalidade a que estão

submetidos milhares de cidadãos que não conhecem o significado do termo "cidadania" ²¹⁵.

O problema do acesso ao trabalho é tema recorrente nas discussões entre grupos internacionais, empresas e governos, sobretudo quando se trata de fomentar oportunidades de trabalho aos indivíduos que possuem alguma espécie de deficiência física ou mental.

Não só o acesso como também a manutenção do trabalhador especial, em um mercado de trabalho cada vez mais competitivo e ávido por qualificações específicas, exigem tratamento legal direcionado, voltado ao fomento de ações de treinamento e de inclusão social, sejam tais ações capitaneadas por órgãos oficiais ou pela sociedade civil. Concluímos que para aproveitar a capacidade laboral da pessoa com deficiência, e esta servir como meio de inclusão social deste, deve ser levada em consideração a Ergonomia, na medida em que adapta o local de trabalho, para facilitar o uso com segurança e conforto para o usuário com deficiência ou não.

Diversas são as formas de classificação hoje utilizadas para delimitar o universo de deficiências (*disabilities*) que acometem o homem e que, de forma direta ou indireta, podem afetar as atividades laborativas disponíveis e os resultados sociais esperados.

No plano internacional, tem destaque a atuação da OIT – Organização Internacional do Trabalho – que, em diferentes programas, reafirma a luta pela mitigação das desigualdades no trabalho, tanto em relação à inserção dos trabalhadores no mercado de trabalho quanto às relações do homem trabalhador no ambiente laboral, visando não só criar oportunidades de colocação e formação profissional, mas também incentivar as práticas de reabilitação e inclusão das pessoas com deficiência.

²¹⁵ Aqui se menciona "cidadania" sem a acepção conferida pela Constituição Federal, que refere participação e direitos políticos, mas sim como percepção empírica de um maior ou menor grau de participação do indivíduo na vida social de sua comunidade.

O *Programa de Promoção dos Direitos e Oportunidades de Emprego das Pessoas Portadoras de Deficiência*, capitaneado pela OIT, atua hoje na busca de soluções para os desafios enfrentados pelo trabalhador com deficiência, sobretudo através de ações de qualificação, apoio e conscientização.

De acordo com a OIT, o conceito de pessoa com deficiência²¹⁶ leva em consideração a dificuldade na colocação profissional, na conservação do posto de trabalho e na ascensão profissional.

Considerando-se que cerca de 14,5% da população brasileira²¹⁷ possui alguma espécie de deficiência, necessária a discussão acerca do que pode ser feito, além das já conhecidas práticas assistencialistas.

Pelo prazer do debate, interessante seria uma discussão apurada acerca de conceitos como "aptidão", "adaptabilidade" e "adaptatividade"²¹⁸, no plano do trabalho. A expansão dos conceitos referidos para abranger situações específicas e gerais, que dizem respeito à condição do trabalhador especial, pode significar a ampliação dos horizontes hoje franqueados a essa classe de trabalhadores, favorecendo a reflexão acerca do que deve ser feito para que o trabalho possa ser adaptado ao trabalhador e não o contrário – o que, em determinadas atividades, seria recomendável e extremamente mais produtivo.

No que tange o termo "aptidão", sem desprezar o dicionário, pretende-se aqui sugerir uma nova concepção do termo, haja vista que "aptidão" não deve ser tida como sinônimo de "capacidade", e sim como termo mais próximo de "grau de envolvimento".

²¹⁶ "Todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada."

²¹⁷ IBGE, Censo Demográfico 2000.

²¹⁸ Este termo é mais utilizado no plano comercial para referir a relação produto/usuário em termos de informática, denotando a possibilidade do produto adequar-se às expectativas do usuário sem a necessidade de que este interaja com o produto ditando-lhe o que deseja.

Já a *adaptabilidade* é termo utilizado para designar a possibilidade do trabalhador especial lançar mão de instrumentos e tecnologias para adaptar-se à atividade proposta. Um exemplo de adaptabilidade ocorre com o trabalhador que não tem uma das mãos e utiliza-se de uma prótese sofisticada para desempenhar um determinado trabalho. Na adaptabilidade, temos o trabalhador buscando adequar-se ao trabalho pretendido: o empregador espera desse obreiro que execute as tarefas propostas com o mínimo de diferença quanto ao mesmo serviço quando desempenhado por pessoa sem deficiência.

Por outro lado, ousa-se introduzir o termo "adaptatividade" ao ambiente trabalhista por entendermos equivocada a percepção exposta no parágrafo anterior. Para a efetiva redução das desigualdades sociais, o respeito às diferenças é fundamental, e essas diferenças podem e devem ser aferidas não como diferenças, mas como diferenciais. Assim, entende-se que o que deve ser fomentado é o estímulo às pessoas com deficiência, para que encontrem suas verdadeiras aptidões e consigam, por si só, agregar valor ao trabalho desempenhado, sem que tenha de camuflar ou suprir com tecnologias a diminuição de suas capacidades física, sensorial ou mental.

*José Cláudio Monteiro de BRITO FILHO*²¹⁹ considera o valor "dignidade" como sendo a base necessária à percepção dos direitos que podem ser considerados *direitos humanos*.

Contrário à visão de *Norberto BOBBIO*²²⁰, que indicava quatro dificuldades que gerariam a impossibilidade de haver um fundamento absoluto para os Direitos Humanos (ser a expressão "direitos humanos" vaga demais, serem os direitos humanos uma classe heterogênea e variável, revelariam antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas), o citado autor, em sua obra "Trabalho Decente", não enxerga na historicidade dos direitos humanos um fator que seja capaz de desnaturar "um fundamento único e

²¹⁹BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. "Trabalho Decente". São Paulo: Ltr, 2004, p. 42.

²²⁰ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; BOBBIO, Norberto apud. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. "Trabalho Decente". 1ª Edição São Paulo: Ltr, 2004, p. 41.

maior", que independeria da vontade política vigente na estrutura social em que sejam considerados.

Ao contrário, *José Cláudio Monteiro de BRITO FILHO*²²¹ se alinha ao pensamento de *Fábio Konder COMPARATO*²²², citando-o para fortalecer o entendimento de que é a dignidade o valor que tem o condão de dar sustentação aos chamados direitos humanos.

Da linha de pensamento acima esposada interessa a percepção do valor *dignidade* enquanto chave para a inclusão laboral das pessoas com deficiência, haja vista que a noção essencial de dignidade decorre da necessidade de respeito à condição de ser humano em todas as suas necessidades essenciais, sem as quais o mesmo ser não seria capaz de sentir-se humano.

No atual sistema constitucional brasileiro, corroborando-se o entendimento acima exposto, a dignidade da pessoa humana é valor que transcende os interesses políticos e econômicos dominantes. Então, outra não poderia ser a conduta imposta ao Estado e à comunidade no tocante à (verdadeira) inclusão dos trabalhadores especiais.

Além da dignidade humana, outros princípios constitucionais se alinham para permitir maior proteção às pessoas com deficiência em várias facetas da vida.

O princípio da não-discriminação do trabalhador decorre, dentre outros, dos princípios da igualdade e da isonomia, não cabendo aqui a conceituação de cada princípio, mas, sobretudo, sua contextualização no objeto deste trabalho: tais princípios contribuem para o equilíbrio de forças entre os chamados direitos individuais e os direitos sociais.

É nesse sentido a importância de tais princípios para a questão do trabalhador especial: sua observância determina a compatibilização entre as

²²¹ idem, p. 42.

²²² COMPARATO, Fábio Konder apud. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. "*Trabalho Decente*". 1ª Ed. São Paulo: Ltr, 2004, p. 42/43.

liberdades ditadas pela livre iniciativa e o necessário valor social do trabalho, considerando-se o indivíduo especial em todas as suas potencialidades, retirando-o do papel de coadjuvante de sua própria existência e conferindo-lhe papel decisivo na construção da sonhada sociedade livre, justa e solidária preconizada pela constituição da república.

Adverte Tarso GENRO²²³, referendando a obra de Antônio BAYLOS, que a construção do novo Direito do Trabalho deve romper as pesadas amarras que lhe foram impostas pela ação neoliberal que vigeu nas últimas décadas. Há, por isso, que se resgatar a autonomia coletiva como instrumento de equiparação social entre os atores na relação entre capital e trabalho; há que se realçarem, ademais, experiências de libertação dos trabalhadores do jugo do poder diretivo da empresa, estimulando-se projetos de cooperação e de autogestão produtivas. Há, ainda, que se estimular a participação direta dos cidadãos nos rumos da sociedade.

Segundo GENRO, o velho Direito do Trabalho consolidou conquistas inalienáveis e diretamente afirmadoras da dignidade da pessoa e de sua força produtiva. Não logrará, porém, a manutenção de tais conquistas ou, muito menos, o seu aprimoramento, caso não se adapte às novas formas de organização econômica empresarial. A terceirização se impôs como um fator de horizontalização do processo industrial e de precarização da contratação laboral; da mesma forma se propõe a contratação intermitente de trabalhadores e o tele-trabalho que permite a absorção de mão-de-obra barata e distante just-in-time. Essas manifestações da hegemonia do interesse patronal tendem a se avolumar, considerando-se as facilidades que advêm do volumoso exército de reserva, que cresce a cada ano, e da falta de institutos trabalhistas que normatizem as novas exigências do mercado produtivo sem, no entanto, solapar as conquistas já definitivamente definidas na construção dos direitos fundamentais, neles, é claro, incluídos aqueles que amparam os direitos das pessoas com deficiência na seara do trabalho.

²²³BAYLOS, Antonio apud. GENRO, Tarso. *“Um futuro por armar – estudo preliminar, direito do trabalho’ Modelo para amar”*. São Paulo: LTr, 1999. pp. 13-39.

Convém, finalmente, notar-se que essa busca às palavras de BAYLOS é conveniente, uma vez que a Espanha experimentou, durante os anos 80, forte processo de precarização trabalhista, tal qual o ocorrido no Brasil. Adotaram-se os contratos por prazo determinado, por tempo parcial, com direitos reduzidos, sem nenhum sucesso, porém. A tentativa de baixar custos para auferir maior empregabilidade frustrou-se acentuadamente por afetar, justamente, o poder de compra da classe trabalhadora, desacelerando o comércio e a própria atividade industrial. Este é o depoimento apresentado por Antônio BAYLOS em palestra proferida no Tribunal Regional do Trabalho de Florianópolis²²⁴ (TRT-12^a Região), em 2004, e que referenda todas as informações doutrinárias a respeito.

²²⁴ “*Encontro debate risco de reforma trabalhista*”. Jornal Digital A Notícia. Joinville, 23 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2004/out/23/0ger.htm>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2009.

11. INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELA ACESSIBILIDADE

Doravante, o foco de investigação convergirá para a apreciação do quão é importante a acessibilidade, quando falamos em inclusão social e integração da pessoa com deficiência.

O lazer, a educação, o trabalho são formas importantes de integração da pessoa com deficiência. Não é possível que esta participe da vida em sociedade se lhe é impedido o acesso até mesmo por barreiras arquitetônicas, elementos físicos. Além das barreiras culturais que provavelmente são as mais difíceis de vencer.

Ainda existem barreiras à plena participação das pessoas com deficiência. Geralmente, as barreiras são de três tipos:

Físicas – por exemplo, degraus que impedem a entrada de cadeirantes (usuários de cadeiras de rodas) nos edifícios; elevadores sem controle em relevo e sinais audíveis para pessoas com deficiência visual;

Sistêmicas – relacionadas a políticas formais e informais, por exemplo, estabelecimentos de ensinos que não oferecem serviços assistivos – tais como anotação de aulas para alunos que não conseguem fazê-lo eles mesmos – excluem esses alunos;

Atitudenais – em forma de preconceitos, estigmas e estereótipos sobre pessoas deficientes, por exemplo, o mito de que pessoas com deficiência têm péssima assiduidade no trabalho pode gerar comportamento discriminatório contra elas.

Essas barreiras negam às pessoas deficientes a oportunidade de serem membros ativos e produtivos da sociedade. Por outro lado, os poderes públicos, têm capacidade para mudar este quadro situacional.

O preconceito atinge a pessoa com deficiência direta e indiretamente. O preconceito direto é aquele dirigido explicitamente à pessoa com deficiência, como por exemplo, não querer tocá-la, manter-se distante etc. Mas, há outro tipo de preconceito, indireto, com efeitos tão ou mais graves. Deixar de construir uma rampa, por exemplo, pela “agressão estética” ao local é uma forma de preconceito grave, muito distante de qualquer idéia de dignidade do ser humano²²⁵.

Dentre as várias entrevistas feitas, selecionei um relato que reflete a dor causada pela discriminação e a necessidade de acesso como forma de inclusão.

“A gente nunca imagina o que é realmente a discriminação e o preconceito, até passar por ele e descobrir que também acontece com a gente. Antes disso, apenas temos uma noção, retirada de demonstrações de preconceito feitas aos outros. Depois a sensação do coração apertado, da dor no estômago e a boca seca. É assim a discriminação e o preconceito. E depois? Depois é aquele vazio e o pensamento martelando: Você é como todo mundo. Mas no coração, além da dúvida, fica o medo de acontecer de novo e todo mundo ver. Daí a gente fica em casa e pensa que tudo podia ser diferente. Por que sou uma pessoa com deficiência? E bem que a cidade podia ser igual para todos. O pior é que a gente tem que engolir a seco o discurso, seja de políticos, empresários, padre ou pastor que somos cidadãos. Isso eu sei e uma outra pessoa com deficiência também sabe, mas e vocês? Padres, pastores, empresários e políticos? Realmente vocês sabem? Eu sei que sou diferente por ter uma deficiência e não posso negar, assim como sou diferente na forma

²²⁵ MORAIS BARROS, Alexandre de. *Direito Constitucional*, Atlas, São Paulo, 5ª Edição, p.66. “E, somente a dignidade concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta idéia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico de assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto serem humanos.”

de sentir, agir ou amar uma pessoa e todos somos assim. Agora quanto a ser um cidadão, sou e tenho os mesmos direitos e deveres iguais que qualquer um. Portanto, perante a lei somos iguais, certo? Na teoria tudo divino, mas, passando para o nosso dia-a-dia as coisas não funcionam. Se vamos pegar um ônibus não há adaptação e a maioria dos motoristas para longe, e quando param! Daí a gente espera que alguém tenha bom senso para nos ajudar e quando estamos com sorte o motorista tem paciência e está de bom humor. Muitas vezes a situação é contornável, entretanto isso dificilmente ocorre porque falta interesse nos empresários em entrar em contato com uma entidade de pessoa com deficiência para juntos elaborarem um esquema de palestras de conscientização e até prevenção de acidentes, só que é mais barato deixar humilhar a pessoa com deficiência, a mulher e o idoso. Já dentro do ônibus é torcer pro lugar que nos é destinado estar vago. De canto de olho você observa uma mãe que fala pro filho: 'Tire o olho dele, menino, é feio ficar olhando'. E a pergunta vem na minha cabeça: será que eu sou feio? Ou é feio ser deficiente? E a criança que tudo quer aprender, pergunta para a mãe: 'Por que ele é assim?' A mãe fala: 'Ele é dodói porque teimava muito com sua mãe. E não fica mexendo com ele (se referindo a cadeira de rodas).' Você comenta consigo: 'Mas não sou dodói e sempre fui um bom filho!' E isso é tão enraizado na nossa cultura que a pessoa com deficiência é dodói, que não se pode tocar, mexer ou falar com ele e a criança cresce com isso, com essa barreira, com a visão de que o deficiente é culpado por ser torto, cego, surdo... Quando na verdade esta barreira, esse imaginário, deveriam acabar. Mas esse enraizamento é tão antigo e profundo que tira até o direito de amarmos, de fazermos sexo, é como se fossemos assexuados. Posso citar como exemplo um padre que apareceu num programa jornalístico que não queria dar o direito ao matrimônio a uma pessoa com deficiência, alegando que o casamento deve gerar frutos. Mas como pode ele, julgar isso se vive no tormento da mente lutando contra este sentimento? Se escondendo atrás da desculpa de amar toda a humanidade e rejeita o casamento de uma pessoa com deficiência. Chega por fim a hora de descer do ônibus. Depois de toda a confusão de 'aí não pode pegar', 'segura aqui', 'olha minha roupa'. E por sorte não cair. Aí vem

o primeiro obstáculo, um carro estacionado na frente da rampa, mais adiante uma rampa muito inclinada e o pior, não há banheiros públicos adaptados. Tentava buscar um emprego, logo na primeira empresa que precisa de um funcionário você entra e é bem recebido, tira de uma pasta uma seqüência incrível de cursos que infelizmente são inúteis. 'Seus cursos de computação estão ultrapassados, você nunca trabalhou, não terminou os estudos e o mais chocante: você é uma pessoa com deficiência e a empresa nunca está preparada para recebê-lo. Isso dói no fundo do peito, será que sou tão difícil assim que as empresas não podem nem tentar? Não existe uma lei que tem que haver pessoas com deficiência trabalhando nos quadros de funcionários? Saí em busca de um novo emprego pensando que preciso ganhar esta batalha, não posso aceitar isso. Enquanto descanso calado, senta alguém ao meu lado e suas palavras de conforto são: 'Venha para minha igreja, Jesus ama você! Ele curou o cego e o aleijado. Se você vier comigo ele irá curar você. Cansado desse assunto respondi: 'Curar-me? Não sou doente. Por que sou eu que devo ficar bom? É errado ser deficiente? Só devo ir a uma igreja se ela me prometer cura? Deixe-me em paz, eu quero apenas ser um qualquer, não estou buscando a cura, e sim a igualdade.'²²⁶

O depoimento demonstra que a pessoa com deficiência sofre psicologicamente. Mesmo existindo algumas opiniões doutrinárias, que inexplicavelmente, imaginam que a pessoa com deficiência tem falta de percepção daquilo que sofre. O fim da discriminação em todos os seguimentos, somente terá início no momento em que for reconhecida a igualdade da pessoa com deficiência e a supremacia axiológica da dignidade humana para avaliar as situações.

O objetivo deste capítulo é demonstrar que a acessibilidade das pessoas com deficiência no meio físico se configura como pressuposto para a inclusão social destas pelo princípio da dignidade humana, disposto na Constituição Federal Brasileira, sendo este mais subjetivo.

²²⁶ Entrevista realizada com P.G.S, 29 anos, paraplégico desde os 5 anos, na cidade de Porto Alegre, em 29 de julho de 2004.

11.1. Acessibilidade

A acessibilidade possui relevante importância, constituindo um dos princípios gerais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, decreto nº 6.949/09, sendo reservado por esta, um artigo específico que amplamente trata sobre este tema.

Artigo 9: Acessibilidade

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Parte, tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;

b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

2. Os Estados Parte também tomarão medidas apropriadas para:

a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;

b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;

c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;

d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;

e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;

f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;

g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;

h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

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, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.²²⁷

Acessibilidade é a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos

²²⁷ Disponível em: <<http://www.deficienteeficiente.com.br>>. Acesso em: 03 out. 2009.

urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. A Acessibilidade não se refere somente ao meio físico, hoje seu moderno conceito envolve o ambiente físico, como as edificações e os transportes e também o acesso aos meios de comunicação (rádio, televisão...). A acessibilidade ao meio físico vem garantida por lei. A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, parágrafo 2º, estabelece que a lei disporá sobre normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso público e da fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas com deficiência.

Infelizmente nem sempre o Poder Público consegue resolver o problema da acessibilidade, basta lembrarmos do episódio ocorrido em Campinas, Estado de São Paulo - Brasil, quando o indivíduo removeu a calçada para garantir seu direito de ir e vir²²⁸.

Circular pelas ruas da cidade é um desafio para pessoas com deficiência. Embora as vias públicas tenham passado por adaptações para facilitar a circulação destas, a situação deixa a desejar. Os exemplos de problemas são inúmeros.

Destaco, por exemplo, o processo das adaptações para receber as pessoas com deficiência que ocorre nas agências bancárias. Em algumas foi colocada uma porta convencional ao lado da giratória, que fica trancada e é aberta quando indivíduo se aproxima e solicita sua abertura. Lentamente as agências bancárias de Pelotas - Brasil estão facilitando o acesso à pessoas com deficiência as suas dependências. São cada vez mais freqüentes nas agências, rampas, elevadores e portas laterais, para que cadeiras de rodas

²²⁸ Jornal *"Folha de São Paulo"*, publicado em 12 de janeiro de 2000. "O deficiente físico Marcelo Sanches, 30, quebrou ontem a calçada da esquina da General Osório com Regente Feijó. Ele protestou contra o fato de a prefeitura não rebaixar as guias das sarjetas para deficientes. É a quarta vez que Sanches quebra as guias das calçadas na área central da cidade. Ele afirmou que sempre pede para a prefeitura fazer esse trabalho, mas não é atendido. "Já perdi as contas de quantas cadeiras tive de consertar porque não conseguia descer as calçadas", disse. Ele afirmou que vai continuar quebrando calçadas enquanto os deficientes tiverem dificuldade de transitar pelo centro. A Prefeitura de Campinas informou que está rebaixando as calçadas conforme há disponibilidade de recursos e mão de obra."

entrem sem grandes dificuldades. Apesar das remodelações, porém, muitas agências ainda não cumprem integralmente a legislação, o que acaba por gerar algumas situações desagradáveis. Infelizmente ainda não há um sistema eficiente de fiscalização em Pelotas - Brasil²²⁹.

A acessibilidade é crucial para a integração do deficiente.

Por todo o Brasil acontecem ações visando a inclusão da pessoa com deficiência. Assim temos em Cuiabá - Brasil, a Juíza, Dra. Helena Maria Bezerra Ramos, proferiu sentença determinando que instituição bancária abrisse conta corrente para pessoa com deficiência visual, depois que o banco recusou-se a fazê-lo.

No dia 2 de junho de 2004 um passo importante foi dado com o lançamento do Programa Nacional de Acessibilidade no Plano Plurianual 2004/2007 do governo federal o qual prevê a capacitação e especialização de técnicos e agentes sociais em acessibilidade, campanhas educativas e fiscalização à obediência das leis. Este programa, lançado pelo Ministério das Cidades desenvolverá ações para a garantia da acessibilidade nos sistemas de transporte e circulação de vias públicas para as pessoas com restrição de mobilidade – idosos, crianças, gestantes e obesos, além de pessoas com deficiência. No entanto, há que se reforçar para todos os segmentos da sociedade que a acessibilidade abrange uma dimensão muito maior do que a simples adaptação de espaços físicos.

A questão de suma importância neste Programa Nacional é o fato de o mesmo prever o desenvolvimento de ações com campanhas educativas. Somente programas e leis não garantem a efetiva acessibilidade. A fiscalização

²²⁹ J.P.T. 33 anos, paraplégico desde os 15 anos, entrevistado na cidade de Pelotas em 13 de junho de 2003. Um deficiente por mim entrevistado narrou que é cliente de determinado estabelecimento bancário o qual possui várias agências e somente uma delas possui acesso, nas demais tem de ficar esperando na calçada pelo atendimento. E mais, disse ele: "...embora conste uma placa dizendo que tenho preferência no atendimento, fico parado na fila e se o caixa do banco não me chamar as pessoas da fila não me dão vez...se reclamo ficam com cara feia e o pessoal que trabalha no banco nem se dá conta de que estou na fila, muitas vezes em dificuldade porque preciso esvaziar o coletor de urina que está cheio..."

do cumprimento das leis só será eficaz quando a sociedade toda tiver a consciência da necessidade do cumprimento das mesmas, neste momento, cada cidadão será um fiscal do cumprimento das leis de seu país. Além disso, seria importante levar ao conhecimento da sociedade a Constituição Federal e o valor que é dado por ela à Dignidade Humana.

Em visita realizada na cidade de Munique, na Alemanha, deslumbrei-me com a atuação da população na aplicação das leis. Tive a oportunidade de assistir a pessoas chamando a atenção de turistas que atiravam papel na rua! E o faziam com eficiência, falavam seu idioma nativo e se o turista não entendia, gesticulavam demonstrando que o papel deveria ser colocado na lixeira. Lá, naquele momento, entendi o que desejo para meu país: a educação e conscientização do povo fazendo com que cada um atue em prol de todos.

No ano de 2004, na cidade de Macaé, no Rio de Janeiro - Brasil, ocorreu o seminário “Rio de Janeiro, um Estado para Todos”. O tema central foi a acessibilidade para pessoas com deficiência e necessidades especiais tendo como discussão o projeto de lei nº. 1440/2004 que institui a “obrigatoriedade de todos os empreendimentos de interesse turístico nos municípios a manterem adaptações e acessibilidade a idosos, pessoas com deficiência e demais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro - Brasil”. Exemplo a ser seguido pelos legislativos dos demais Estados do Brasil.’

No dia 31 de agosto de 2011, foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), o projeto que reduz de dois para um ano o prazo mínimo para taxistas e pessoas com deficiência poderem trocar veículos com isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Tal projeto, segue agora para análise da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), em decisão terminativa²³⁰.

²³⁰Decisão terminativa é aquela tomada por uma comissão, com valor de uma decisão do Senado. Quando tramita terminativamente, o projeto não vai a Plenário: dependendo do tipo de matéria e do resultado da votação, ele é enviado diretamente à Câmara dos Deputados, encaminhado à sanção, promulgado ou arquivado. Ele somente será votado pelo Plenário do Senado se recurso com esse objetivo, assinado por pelo menos nove senadores, for apresentado à Mesa. Após a votação do parecer da comissão, o prazo para a interposição de recurso para a apreciação da matéria no Plenário do Senado é de cinco dias úteis.

Segundo o autor do projeto de lei (PLS 299/11), senador Eunício Oliveira (PMDB-CE), o objetivo é adequar a legislação do país à Copa do Mundo de Futebol de 2014 e às Olimpíadas de 2016.

Em sua justificativa, o parlamentar explica que o meio de transporte mais usado pelos turistas é, sem dúvida, o táxi. Portanto, complementa, é de suma importância melhorar a impressão inicial do visitante, estimulando a renovação da frota de táxis. Em seu parecer favorável ao projeto, o relator na CDH, senador Eduardo Amorim (PSC-SE), observa que, além do aspecto econômico, a proposta propõe também a integração social da pessoa com deficiência²³¹.

Com regras para acesso a prédios, calçadas e transporte público, foi sancionado no dia 22 de agosto de 2011, na cidade de Porto Alegre, estado do Rio Grande do Sul, Brasil, o Plano Diretor de Acessibilidade. A legislação, que pretende facilitar a circulação da população com mobilidade reduzida, foi apresentada em meio à programação da 1ª Semana de Valorização da Pessoa com Deficiência, promovida pela Assembléia Legislativa.

O documento reúne toda a legislação vigente relacionada às pessoas com deficiência e nasceu do trabalho da Secretaria Especial de Acessibilidade e Inclusão Social. O plano é fruto de um debate entre interessados no assunto. Pessoas com deficiência e entidades de apoio foram ouvidas. A partir de agora, qualquer obra de bem público ou privado terá de seguir as normas de acessibilidade universal impostas.

Entre os principais problemas listados por pessoas com limitações físicas estão obstáculos do mobiliário urbano mal localizado, como cabines telefônicas, lixeiras e caixas de correio. Esse conjunto de itens, ao lado de calçadas precárias, costuma gerar dificuldades de deslocamento. Em decorrência do Plano Diretor de acessibilidade o poder público em parceria com o Ministério Público apresentou o Projeto Calçada Segura. A iniciativa deverá envolver proprietários de imóveis na regularização dos passeios.

²³¹ Disponível em: <<http://despertarparaser.blogspot.com/2011/09/prazo-para-troca-de-carro-com-isencao.html>>. Acesso em: 13 set. 2011.

Calçadas do Centro histórico já estão sendo rebaixadas em 180 pontos. Outra reivindicação é a instalação de botoeiras sonoras em semáforos para dar segurança na travessia a deficientes visuais. Para isso, 50 já foram colocadas. Quanto ao transporte público, todos os novos ônibus incorporados à frota de Porto Alegre devem contar com elevador para cadeirantes.

11.2. Barreiras

Conforme a lei federal nº. 10.098 de 19 de dezembro de 2000, barreira é qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas.

A mesma lei classifica as barreiras em:

Barreiras arquitetônicas urbanísticas – são aquelas existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público, tais como falta de rampas em guias altas, piso irregular ou esburacado etc.;

Barreiras arquitetônicas na edificação – são as existentes no interior dos edifícios públicos e privados, tais como a falta de rampas para o acesso, falta de acesso a elevadores, impedimento geométricos para a circulação de pessoas com dificuldade de locomoção²³².

²³² <<http://www.entreamigos.com.br/textos/acessibi/dirirvir.htm>>. Acesso em 1º, março, 2009. Por exemplo: “Uma simples análise do crescimento das cidades nos mostra que geralmente o seu crescimento, no que diz respeito à arquitetura e ao urbanismo, não levou em consideração as necessidades de todos que dela fazem parte. Prover a acessibilidade para todos é ainda um grande desafio que enfrentamos e este objetivo somente será atingido com a eliminação das barreiras arquitetônicas urbanísticas, da edificação, do transporte e da comunicação. Assim, entende-se por cidade com acessibilidade para todos aquela que nas suas edificações, seu urbanismo, seu transporte e nos seus meios de comunicação, traz condições que permitam a qualquer pessoa a sua utilização com autonomia e segurança. A cada dia surgem novas idéias e projetos de edificações que vão tecendo, dando forma e delimitando a cidade. Essas edificações são elementos e texturas formando um grande aglomerado de necessidades e facilidades criado pelo homem e para o homem. Hoje as novas idéias e projetos que surgem devem seguir o conceito de acessibilidade para todos, pois uma cidade é de todos, feita por todos e deve servir a todos. Suas ruas, suas praças, seus parques e seus edifícios devem ser projetados para atender a todos e não somente uma parcela da população. A sociedade da qual todos fazemos parte, da qual somos célula integrante, não deve resumir-se a elementos

Barreiras arquitetônicas nos transportes – ou seja, aquelas existentes nos meios de transportes, como a falta de elevadores nos ônibus e, a adequação geométrica nos pontos de ônibus.

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, ou seja, inexistência de *closed caption*²³³ na maioria dos canais de televisão, impedindo o acesso do deficiente auditivo, número reduzido de telefones públicos (orelhões) adaptados^{234,235}.

de inclusão ou exclusão. Nós todos somos a sociedade e as várias comunidades que a compõem são partes diferentes entre si, mas igualmente importantes e de expressão única. Portanto a arquitetura desenvolve um papel importante na história, no processo de compreensão da sociedade como um todo único. Toda e qualquer idéia ou projeto deve ter um nascer respeitando o conceito de "acessibilidade para todos". Todo e qualquer cidadão - a pessoa idosa, a pessoa com deficiência, a gestante, o obeso, a criança - tem o livre direito de locomover-se pela cidade, usufruir dela, participar e cooperar no seu desenvolvimento. A eliminação dessas barreiras e o entendimento de que novas barreiras não devem ser construídas passará a ser uma realidade para profissionais como arquitetos, engenheiros, urbanistas, pois devemos planejar, projetar e construir levando em consideração as limitações, capacidades e necessidades que as pessoas apresentam. Assim, devemos entender de uma vez por todas que não são as pessoas que são portadoras de deficiência e sim as edificações, transportes, praças, as cidades em geral, que são planejados e projetados com conceitos ultrapassados, ineficientes para o uso do homem (eu, você, todos)".

²³³Sistema que transmite o texto escrito daquilo que é falado nos programas transmitidos pela televisão, subtítuloção.

²³⁴Apesar de os últimos anos ter crescido consideravelmente este número, com a instalação de um grande número de aparelhos.

²³⁵Jornal "Valor Econômico", Edição de 28 fev. 2002. Empresas especialistas ou não em tecnologia estão desenvolvendo equipamentos e softwares que podem facilitar o dia-a-dia dos portadores de deficiência física. A lista de produtos inclui um programa que permite a um deficiente visual navegar pela internet e uma prótese de perna dotada de um microprocessador. No Brasil, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), há cerca de 20 milhões de portadores de deficiências físicas, mentais, visuais, auditivas ou múltiplas. Diariamente, 500 pessoas juntam-se a esse universo, em que 46% são das classes A e B. A IBM criou há 20 anos a unidade SNS – Special Needs Systems para o desenvolvimento de sistemas para usuários especiais. "A idéia dos produtos é reabilitar pessoas por meio da tecnologia ou fazer com que elas tenham acesso à informática", explica Marcela Vairo, gerente de marketing da IBM no Brasil. Apesar do pioneirismo da fabricante, os softwares do gênero só começaram a desembarcar no país, traduzidos para o português, a partir de 1998. A estréia aconteceu com o Speech Viewer, um programa desenvolvido para fonoaudiólogos na recuperação de deficientes na fala, pacientes com paralisia cerebral, com atraso de desenvolvimento ou com problemas de emissão causados por derrames. O sistema grava e verifica os sons emitidos, apresenta gráficos para medir a entonação da voz e ainda tem recursos especiais para o tratamento de crianças. Custam R\$ 3,5 mil. Em dezembro de 1999, a IBM disponibilizou em português o Via Voice, um programa baseado em comando de voz, destinado a deficientes visuais e motores. "Ele lê os textos na tela do micro e ainda permite controlar o computador sem a ajuda das mãos", explica Marcela. Custa R\$ 650. A internet

A dificuldade pode ser temporária ou permanente, ainda assim, a acessibilidade deve ser garantida sempre, pois deve permitir ao indivíduo, mesmo com dificuldade temporária (por exemplo, uso de cadeira de rodas em decorrência de dificuldade de locomoção resultante de membro inferior fraturado), o amplo acesso aos locais, como colocado pela lei.

De acordo com a Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, decreto nº 6.949/09, a qual reservou o artigo 20 desta, para tratar do tema Mobilidade Pessoal, os Estados Parte tomarão medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência sua mobilidade pessoal com a máxima independência possível; Facilitando a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência, na forma e no momento em que elas quiserem, e a custo acessível; Facilitando às pessoas com deficiência o acesso a tecnologias assistivas, dispositivos e ajudas técnicas de qualidade, e formas de assistência humana ou animal e de mediadores, inclusive tornando-os disponíveis a custo acessível; Propiciando às pessoas com deficiência e ao pessoal especializado uma capacitação em técnicas de mobilidade; 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.

11.3. Dos Elementos de Urbanização e do Desenho do Mobiliário Urbano

Como elemento de urbanização a lei considera qualquer componente das obras de urbanização, tais como os referentes a pavimentação, saneamento, encanamento para esgotos, distribuição de energia elétrica,

também está mais acessível aos usuários especiais. No final de 2001, a IBM colocou nas prateleiras o Home Page Reader, que permite que uma pessoa sem visão navegue pela web. O Home Page Reader “lê” textos em voz masculina e, quando encontra um link na web, por exemplo, faz o mesmo em voz feminina. Também interpreta tabelas e legenda de fotos. O manual de instruções é sonoro e a caixa de programa vem com indicações em braile. Custa R\$400.

iluminação pública, abastecimento e distribuição de água, paisagismo e os que materializam as indicações do planejamento urbanístico; e mobiliário urbano, o conjunto de objetos existentes nas vias e espaços públicos, superpostos ou adicionados aos elementos da urbanização ou da edificação, de forma que sua modificação ou traslado não provoque alterações substanciais nestes elementos, tais como semáforos, postes de sinalização e similares, cabines telefônicas, fontes públicas, lixeiras, toldos, marquises, quiosques e quaisquer outros de natureza análoga.

11.3.1. Urbanização

O planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos demais espaços de uso público deverão ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis para as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, de acordo com a determinação legal.

As vias públicas, os parques e os demais espaços de uso público existentes, assim como as respectivas instalações de serviços e mobiliários urbanos deverão ser adaptados, obedecendo-se à ordem de prioridade que vise à maior eficiência das modificações, no sentido de promover a ampla acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

O projeto e o traçado dos elementos de urbanização públicos e privados de uso comunitário, nestes compreendidos os itinerários e as passagens de pedestres, os percursos de entrada e de saída de veículos, as escadas e rampas, deverão observar os parâmetros estabelecidos pelas normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

As normas são:

NBR – 9050 – Acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência a edificações, espaço, mobiliário e equipamento urbanos (em processo de revisão);

NBR – 13994 (outubro de 1997) – Elevadores para transporte de pessoa portadora de deficiência;

NBR – 14020 (dezembro de 1997) – Transporte – Acessibilidade à pessoa portadora de deficiência – Trem de longo percurso;

NBR – 14021 (dezembro de 1997) – Transporte – Acessibilidade à pessoa portadora de deficiência – Trem metropolitano (Metrô);

NBR – 14022 (dezembro de 1997) – Transporte – Acessibilidade à pessoa portadora de deficiência em ônibus e trolebus, para atendimento urbano e intermunicipal;

NBR – 14273 – Acessibilidade da pessoa portadora de deficiência no transporte aéreo comercial.

No caso de rampas, em especial, deve-se observar que constituem recomendação para ligação e passagem de um pavimento para outro nas edificações, devendo ter largura mínima de 1,50m, declividade conforme tabela da ABNT, e patamares nivelados no início e no topo. Se as rampas mudarem de direção, deve haver patamares intermediários, destinados a descanso e segurança. As rampas não podem ter o piso escorregadio e, obrigatoriamente, corrimão e guarda-corpo, não sendo permitida a abertura de portas sobre a rampa.

A inclinação máxima, de acordo com a tabela da ABNT, é de 12,5%, em um segmento de rampa de 1,22m, com desnível máximo de 0,183m. Há outros padrões e medidas, sempre com valores menores de inclinação.

A utilização de rampa em veículos para acesso de pessoas com deficiência é imprópria e causa risco de morte ao indivíduo. Ou seja, o condomínio responde em caso de acidente (por ato de empregado do imóvel ou edifício, agente de segurança, síndico). A pessoa com deficiência, entretanto, muitas vezes, é obrigada a utilizar a rampa para adentrar aos veículos por ser o único meio de acesso. Nesse caso, a responsabilidade em

caso de acidentes e a obrigação de construir rampa de acesso não desaparecem.

A obrigação é de construir rampa que permita o acesso adequado; questões estéticas não podem impedir o acesso da pessoa com deficiência no recinto, moradia, trabalho etc. A própria Constituição Federal de nada valeria no caso de adotar-se esse entendimento. Ou seja, o responsável pela edificação, de alguma forma, deverá garantir o acesso da pessoa com deficiência, obrigatoriamente pelos meios determinados em lei ou norma da ABNT.

Os banheiros de uso público, existentes ou a construir em parques, praças, jardins e espaços livres públicos deverão ser acessíveis e dispor, ao menos, de um sanitário e um lavatório que atendam às especificações das normas técnicas da ABNT.

Em todas as áreas de estacionamento de veículos, localizadas em vias ou em espaços públicos, deverão ser reservadas vagas²³⁶ próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas com deficiência ou com dificuldade de locomoção.

11.3.2. Do Desenho e Localização do Mobiliário Urbano

O próprio espaço público deve adequar-se à circulação da pessoa com deficiência. Os elementos do mobiliário urbano deverão ser projetados e instalados em locais que permitam a sua utilização pelas pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Os semáforos para pedestres instalados nas vias públicas deverão estar equipados com mecanismo que emita sinal sonoro suave, intermitente e sem

²³⁶ As vagas, segundo a lei, deverão ser em número equivalente a dois por cento do total, garantida, no mínimo, uma vaga devidamente sinalizada e com as especificações técnicas de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes.

estridência, ou com mecanismo alternativo, que sirva de guia ou orientação para a travessia de pessoas com deficiência visual, se a intensidade do fluxo de veículos e a periculosidade da via determinam²³⁷.

11.4. Da Acessibilidade nos Edifícios Públicos ou de Uso Coletivo

De acordo com a Lei 10.098 de 2000, a construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Assim, deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade:

Nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem ou estacionamento de uso público, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas com deficiência e com dificuldade de locomoção temporária;

Pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade de pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

Pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá conter os requisitos de acessibilidade determinados pela lei e;

²³⁷ *Diário de São Paulo*, de 12 fev. 2002. A prefeitura de Guarulhos - Brasil colocou em funcionamento o primeiro semáforo em funcionamento para deficientes visuais na cidade. Localizado na Rua João Gonçalves, no Centro, o semáforo vai atender aos usuários do Espaço Braille da Biblioteca Municipal Monteiro Lobato. O semáforo opera através de um processo em que o deficiente visual aperta o botão e é orientado por sinais sonoros. O pedestre terá a confirmação do som da solicitação assim que acionar o semáforo. Quando o sinal está verde, ele ouve um som intermitente e tem doze segundos para atravessar. O semáforo avisa quando o sinal muda pra vermelho piscante através de um som mais alto, alertando ao cego para os seis segundos que restam para a travessia. Segundo a Prefeitura, o local foi escolhido a pedido da Associação dos Deficientes Visuais de Guarulhos.

Os edifícios deverão ter, pelo menos um banheiro acessível, para uso de pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

11.4.1. Acessibilidade nos Locais de Espetáculos, Conferências, Aulas e Outros de Natureza Similar

Os locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar deverão dispor de espaços reservados para pessoas que utilizem cadeira de rodas, e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com a ABNT, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação.

Os padrões criados pela ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) estabelecem as normas técnicas, tais como medidas, posicionamento dos recintos, portas, etc. A obrigatoriedade de local reservado decorre de lei e é indispensável para o acesso da pessoa com deficiência.

Importante ressaltar que não basta reservar o local, mas garantir que esteja nas proximidades de saída de incêndio, com visão adequada do espetáculo, show, palestra; que seja atendido adequadamente, em caso de haver serviço de alimentação, etc.

O acesso à cultura também deve ser garantido, de maneira a possibilitar a pessoa com deficiência a entrada, acesso e permanência aos locais de exposição e mostra. Nos casos de edificações antigas ou em edificações em que o acesso seja difícil, dentro do que for possível, dever-se-á garantir o acesso.

As edificações, sítios ou locais de difícil acesso devem ter plano para receber as pessoas com deficiência, avaliados eventuais riscos envolvidos.

Os bens imóveis culturais abertos à visitação, de grande parte, poderiam ter acessibilidade garantida a pessoa com deficiência, por meio de rampas e/ou

elevadores, desde que instalados de forma a não danificar os elementos que justificam sua preservação e devidamente aprovados pelos órgãos estatais preservacionistas; os bens imóveis culturais abertos à visitação, de pequeno porte e/ou cuja instalação de equipamentos de acessibilidade possam comprometer os elementos que justificam sua preservação devem manter pessoal especialmente treinado para assistir a pessoa com deficiência²³⁸.

11.4.2. Acessibilidade nos Edifícios de Uso Privado

Os edifícios de uso privado em que seja obrigatória a instalação de elevadores deverão ser construídos, tendo como requisito mínimo de acessibilidade, o percurso acessível que una as unidades habitacionais com o exterior e com as dependências de uso comum; percurso acessível que una a edificação à via pública, às edificações e aos serviços anexos de uso comum e aos edifícios vizinhos.

A cabine do elevador e respectiva porta de entrada devem ser acessíveis para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Os edifícios a serem construídos com mais de um pavimento, além do pavimento de acesso, à exceção das habitações uni familiares e que não estejam obrigados à instalação de elevador, deverão dispor de especificações técnicas e de projeto que facilitem a instalação de um elevador adaptado, devendo os demais elementos de uso comum destes edifícios atender aos requisitos de acessibilidade.

Caberá ao órgão federal responsável pela coordenação da política habitacional regulamentar a reserva de um percentual mínimo do total das habitações, conforme a característica da população local, para o atendimento da demanda de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

²³⁸ Cfr. RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *O acesso do portador de deficiência ao patrimônio cultural*, op. cit., pp.97 e seguintes.

11.5. Sistemas de Comunicação e Sinalização

Cabe ao Poder Público eliminar as barreiras na comunicação, segundo a lei, e estabelecer mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas com 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, implementando a formação de profissionais intérpretes de escrita em braile, linguagem de sinais e de guias-intérpretes, para facilitar qualquer tipo de comunicação direta à pessoa com deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação.

Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens adotarão plano de medidas técnicas com o objetivo de permitir o uso de linguagem de sinais ou outra subtítuloção, para garantir o direito de acesso à informação às pessoas com deficiência auditiva.

11.6. Ajudas Técnicas

A norma passou a determinar que o Poder Público promova a supressão de barreiras urbanísticas, arquitetônicas, de transporte e de comunicação, mediante ajudas técnicas, que consistem no fornecimento e oferecimento de meios técnicos que contribuam com a diminuição ou eliminação das barreiras.

O Poder Público, por meio dos organismos de apoio à pesquisa e das agências de financiamento, promoverá o desenvolvimento de programas destinados à promoção de pesquisas científicas voltadas ao tratamento e prevenção de deficientes e ao desenvolvimento tecnológico orientado à produção de ajudas técnicas para as pessoas com deficiência; bem como à especialização de recursos humanos em acessibilidade.

De acordo com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, decreto nº 6.949/09, o “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias. O “Desenho universal” significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico.

11.7. Acessibilidade na Administração Pública Federal (Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999).

Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal direta e indireta devem garantir a acessibilidade e a utilização dos bens e serviços, no âmbito de suas competências à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a eliminação de barreiras arquitetônicas e obstáculos, bem como evitando a construção de novas barreiras.

A construção, ampliação e reforma de edifícios, praças e equipamentos esportivos e de lazer, públicos e privados, destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis à pessoa com deficiência ou com a mobilidade reduzida e deverão ser observados alguns requisitos de acessibilidade, enumerados pela Lei.

Nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem e a estacionamento de uso público, serão reservados dois por cento do total das vagas à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, devidamente sinalizadas e com as especificações técnicas de desenho e traçado segundo as normas da ABNT.

As bibliotecas, os museus, os locais de reuniões, conferências, aulas e outros ambientes de natureza similar disporão de espaços reservados para pessoa que utilize cadeira de rodas e de lugares específicos para pessoa com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com as

normas técnicas da ABNT, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação.

11.8. Vagas em Estacionamentos

Devem ser reservadas vagas de estacionamentos para veículos de pessoas com deficiência na seguinte proporção:

- Privativo de 11 a 100 vagas – 1 vaga
- Privativo acima de 100 vagas – 1%
- Coletivo até 10 vagas - dispensado
- Coletivo de 11 a 100 vagas – 1 vaga
- Coletivo acima de 100 vagas – 3%

As vagas perpendiculares ou em ângulo em relação ao meio fio devem medir 3,50m de largura por 5,50m de comprimento. As vagas paralelas ao meio fio serão acrescidas de 1,00m no comprimento e 0,25m na largura para auxílio da manobra, e ainda, deverá ser acrescentada uma faixa contígua ao comprimento da vaga de 1,20m de largura para acesso da pessoa com deficiência, e com guia rebaixada em toda sua extensão.

O percurso da vaga até a entrada do edifício ou espaço deve ser livre de obstáculos. Havendo desníveis, estes devem ser vencidos por rampas, executados com piso firme e estável. No caso de o acesso se dar pela via pública, deverá ser previsto o rebaixamento de guias por todo o trajeto, observada a inclinação transversal máxima da calçada de 2% e desprovido de quaisquer desníveis abruptos ou degraus. As vagas devem ser demarcadas, e sinalizadas horizontalmente e verticalmente com o Símbolo Internacional de acesso.

11.9. Entradas e Saídas

Deve ser previsto no mínimo um acesso atendendo às condições de acessibilidade vinculado à circulação principal e à emergência, resultando-se que qualquer desnível entre o logradouro público ou área externa e o piso correspondente à soleira de ingresso da edificação deverá ser vencido através de rampas ou equipamentos eletromecânicos especiais, podendo ocupar os recuos.

As portas ou vãos de passagem situados nas áreas comuns de circulação, no ingresso e saída das edificações e das unidades autônomas, terão largura livre de 0,80m em pelo menos uma das suas folhas. Suas características devem oferecer condições para que seja aberta com um único movimento, com maçaneta de manuseio ergonômico e, sempre que abram para fora, devem ser dotadas de barra horizontal na face interna.

As portas do tipo vai-e-vem devem ser dotadas de visor vertical; as portas de correr não podem permitir que os trilhos ou guias estejam acima da superfície do piso; as portas giratórias, catracas, portas com dispositivos eletrônicos ou qualquer outro tipo de bloqueio devem oferecer condições de acesso à pessoa com deficiência ou deverá ser prevista outra opção de acesso localizado junto ao acesso principal da edificação devidamente sinalizado (Lei n. 12.821/99).

11.10. Circulação

Todos os pisos dos espaços de circulação e utilização adequados ao uso da pessoa com deficiência devem ter: superfície regular, estável, firme e antiderrapante sob qualquer condição climática. As juntas e grelhas devem ser embutidas no piso, seus vãos não podem exceder 1,5cm e, preferencialmente, posicionados transversalmente na direção do movimento.

As edificações devem assegurar condições de acesso e circulação nas áreas coletivas com, no mínimo, 1,20m de largura, livre de obstáculos, ainda que estes sejam do tipo removíveis como, por exemplo, lixeiras, bebedouros e mobiliários.

11.11. Instalações Sanitárias

Os sanitários e vestiários adequados para o uso da pessoa com deficiência devem localizar-se em lugares acessíveis, próximos à circulação principal e estar devidamente sinalizados, sendo no mínimo 5% do total de cada peça das instalações sanitárias adequadas ao uso da pessoa com deficiência, por sexo, com, pelo menos, uma peça de cada.

Para que uma instalação sanitária seja considerada acessível, alguns parâmetros devem ser observados, tais como, área de manobra, área de transferência e área de aproximação.

12. CONSIDERAÇÕES ESPECIAIS AO AMPARO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DO APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE LABORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 foi um marco para os direitos sociais no Brasil, entre eles a proteção daqueles grupos considerados em condição de vulnerabilidade, em posição desvantajosa, quer por questões raciais, sócio-econômicas ou por possuir algum tipo de deficiência.

12.1. Integração das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho

Bem antes do desemprego que assola o país, proveniente das crises econômicas, o direito ao trabalho já era negado à grande maioria das pessoas especiais, por preconceito, ignorância e discriminação.

Acreditamos que a exclusão tem início já no sistema educacional, pois as instituições de ensino não estão abertas para acolher e lidar com as necessidades específicas das pessoas com deficiência. Explicando melhor, as crianças e jovens podem freqüentar as escolas públicas, mas se elas não oferecem condições de acesso, se não desenvolvem métodos de ensino, não se pode afirmar que lidam direta e efetivamente com a inclusão.

Disso resulta uma das maiores dificuldades para a inserção no mercado de trabalho: a baixa ou nenhuma qualificação profissional. Assim, é expressivo o contingente de pessoas especiais (cegos, surdos, deficientes congênitos, deficientes mentais, acidentados reabilitados, etc.) em busca de uma oportunidade de trabalho para sua própria manutenção e de seus familiares, sem oportunidades, sem encontrar as portas abertas do mercado de trabalho.

Diante do mercado refratário às suas necessidades, podem contentar-se com postos de trabalho aquém de suas capacidades porque precisam, como

todos nós, sentirmo-nos úteis, produtivos, independentes e inseridos no convívio social.

Nega-se emprego a muitas pessoas com deficiência, ou somente se dá a elas empregos subalternos e mal remunerados. E isso ainda acontece embora já se tenha demonstrado que, com um trabalho adequado de valorização, treinamento e colocação, a maior parte das pessoas com deficiência pode realizar uma ampla gama de tarefas de acordo com as normas em vigor. Em períodos de desemprego e de crise econômica, as pessoas com deficiência costumam ser as primeiras a serem despedidas e as últimas a serem contratadas. Em alguns países industrializados que sentem os efeitos da recessão econômica, a taxa de desemprego entre as pessoas com deficiência que procuram trabalho é o dobro da taxa que ocorre entre os não deficientes.²³⁹

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.

Como modalidades de inserção laboral da pessoa com deficiência, consideram-se:

I- colocação competitiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais;

II- colocação seletiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que depende de adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização;

III- promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou

²³⁹BIANCHI NASCIMENTO, Rui. *“Programa de Ação Mundial para pessoas com deficiência”*. Publicado no site do Centro de Documentação e Informação do Portador de Deficiência. 1992 (CEDIPOD), p. 15. Disponível em: <<http://www.cedipod.org.br>> acesso em: fev. 2007.

em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal.

A pessoa com deficiência, beneficiária ou não do Regime Geral de Previdência social, tem direito às prestações de habilitação profissional para capacitar-se a obter trabalho, conservá-lo e progredir profissionalmente.

Em diversos países, têm-se implantado programas tomando medidas com vistas à criação de empregos para as pessoas com necessidades especiais. Entre essas medidas estão as oficinas protegidas de produção, oficinas terapêuticas, contratação preferencial ou seletiva, sistema de quotas, subvenções aos empregadores que oferecem formação profissional e em seguida contratam trabalhadores deficientes, sociedades cooperativas regulares para a promoção do trabalho autônomo, etc.²⁴⁰

No entanto, o número real de trabalhadores com deficiência empregados está muito aquém daquele correspondente ao número das que são capazes de trabalhar. É necessário que seja dada oportunidade para que essas pessoas possam participar da construção da sociedade, em vez de se eternizarem como beneficiários de políticas assistencialistas e da Previdência Social, o que lhes ofende a dignidade e arremessa fora suas forças de trabalho, tão sólidas e produtivas quanto às de qualquer outra pessoa.

No Brasil, o Censo Demográfico 2000 indicou que aproximadamente 24,5 milhões de pessoas, ou 14,5% da população total têm algum tipo de deficiência. Os cinco Estados com maiores taxas de deficiência são Paraíba (18,76%), Rio Grande do Norte (17,64%), Piauí (17,63%), Pernambuco (17,40%) e Ceará (17,34%). A região Sul concentra 18%, Centro Oeste 16%,

²⁴⁰“Projeto Cidadão Capaz. O Projeto Cidadão Capaz foi criado e é desenvolvido pela Petrobras Distribuidora, promovendo a adaptação de postos de combustíveis da Petrobras em condições para que pessoas com deficiência possam ser empregadas na rede. Esta é uma forma de estimular a inclusão social desses trabalhadores, reconhecendo sua competência profissional. Com o projeto, pessoas com deficiência colocam em ação o pleno exercício da cidadania, que é um direito de todos. Até o momento, o projeto foi implantado em 12 postos de serviço. Integrado ao Programa Petrobras Fome Zero, o Projeto Cidadão Capaz teve início em setembro de 2002 e, desde então, promove a adaptação de postos Petrobras às condições necessárias para que pessoas com deficiência possam ser empregadas na rede.” Disponível em: <<http://www.percepcoes.org.br/projetos.asp?idprojeto=375>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

Norte 14% e Sudeste 12%. Os cinco Estados com menores taxas de pessoas com deficiência são São Paulo (11,35%), Roraima (12,50%), Amapá (13,28%), Distrito Federal (13,44%) e Paraná (13,57%).²⁴¹

Num universo de 26 milhões de trabalhadores formais ativos, 537 mil são pessoas com deficiência, representando 2,05% do total de empregados.

Nos países desenvolvidos, o percentual de empregabilidade no mercado formal fica entre 30% e 45%.²⁴²

O Estado do Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal apresentam as maiores taxas de empregabilidade de pessoas com deficiência, respectivamente 3,10%, 2,73% e 2,19%. Por sua vez, Rondônia (0,52%), Tocantins (0,55%) e Piauí (0,63%) são os Estados que menos empregam pessoas com deficiência.

No que tange ao número de funcionários, a pesquisa mostra que as empresas com menos de 100 funcionários e que a legislação não determina cotas é a que mais vem empregando pessoas com deficiência. Como se pode observar no quadro a seguir, empresas com 101 a 200 funcionários são as únicas que realmente estão agindo de acordo com a lei.

Número de funcionários	Taxa média de empregabilidade (%)	Cota definida em Lei (%)
Menos de 100	1,05	Não exigida
De 101 a 200	2,7	2
De 201 a 500	2,9	3

²⁴¹Retratos da Deficiência no Brasil (PPD) /Marcelo Néri - Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2003. P. 250 Disponível em: <<http://www.fgv.br/cps>>. Acesso em: jun. 2007.

²⁴²LOPES RIBEIRO DA SILVA, Walküre. op. cit., p. 105.

De 501 a 1000	2,8	4
Mais de 1000	3,6	5

Ainda segundo a pesquisa, a chance de encontrarmos uma pessoa com deficiência com as mesmas características (sexo, idade, escolaridade, etc.) trabalhando em empresas com menos de 100 empregados, não sujeitas às cotas, é duas vezes maior do que naquelas com mais de 1000 trabalhadores.

Assim, fica claro que a lei de cotas vigente de 1999 não é cumprida. Caso as empresas finalmente assumissem a responsabilidade que lhes cabe o mercado formal de empregos para as pessoas com deficiência criaria 518.012 vagas, o que praticamente dobraria o contingente atual. Seriam as empresas com mais de 1000 trabalhadores as grandes contratadoras, apenas elas abririam 310.081 vagas.

Os dados demonstram que, a despeito da regulamentação legal trazida pelo Decreto nº. 3.298/99, não houve aumento expressivo do percentual de empresas que cumprem cotas, pois, antes de 1999 a taxa de empregabilidade era de 1,91% e hoje é de 2%.

Os mecanismos para inserção das pessoas com deficiência têm, ainda, o desafio de estimular a contratação de trabalhadores em todas as faixas etárias para ocorrer equilíbrio na distribuição hoje existente: 62,3% dos trabalhadores com deficiência têm entre 25 e 45 anos; 17,9% entre 15 e 25 anos; 17,4% entre 45 e 60 anos e 2% mais de 60 anos.

Urge, ainda, tratar dos trabalhadores com deficiência do meio rural.

Segundo dados do CENSO 2000 do IBGE, apenas 2,33% das pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal estão na zona rural. É importante que o governo, no mínimo, subvencione ou forneça material para que os trabalhadores possam se estabelecer em cooperativas agrícolas

artesanais ou em pequenas fábricas. Sabemos que o estímulo ao trabalho no campo é bem mais complexo por envolver obras de infra-estrutura nos locais de trabalho e nas cidades, nos meios de transporte, a criação de postos de atendimento especializados e centros de reabilitação, etc. No entanto, os problemas ligados ao trabalho na zona rural não afetam exclusivamente as pessoas com deficiência, apenas 3,41% dos trabalhadores formais concentram-se no campo.

É particularmente importante e merece destaque a atuação do Ministério Público do Trabalho na promoção da igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Em parceria com o Ministério do Trabalho e

Emprego, com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, Corde/MJ e com a sociedade civil organizada, o Ministério Público está conseguindo fazer cumprir a reserva legal de vagas, como também conscientizar o empresariado sobre os potenciais das pessoas com deficiência e a necessidade de se investir em sua formação adequada.

Segundo a publicação do Instituto Ethos distribuída gratuitamente aos seus associados - o que as Empresas podem fazer pela Inclusão das Pessoas com Deficiência - a contratação é apenas uma das etapas da inclusão da pessoa com deficiência na empresa. A permanência no cargo requer outras medidas também importantes. Não excluir as pessoas com deficiência do convívio com o restante da empresa e não isolá-las em setores criados para deficientes são medidas fundamentais para que ocorra um real processo de inclusão. Buscar trazer a diferença para dentro da empresa, combatendo o preconceito e reconhecendo a igualdade essencial entre as pessoas, é uma atitude que faz parte da postura ética a ser adotada como valor e prática nos negócios.

Em todo o mundo, cresce a consciência de que a inclusão dessas pessoas é uma questão de ética, cidadania e redução da desigualdade social e as empresas podem ajudar muito.

Num quadro social marcado por discrepâncias profundas, fica cada vez mais clara - também para as empresas - a importância estratégica de criar uma realidade social inclusiva, que absorva as demandas e necessidades de todos os segmentos sociais. Afinal, a vida longa dos negócios está intimamente relacionada à criação de um modelo sustentável de desenvolvimento para toda a sociedade.²⁴³

A Organização das Nações Unidas - ONU - estima em 82% o total de pessoas com deficiência vivendo abaixo da linha da pobreza nos países em desenvolvimento, inclusive o Brasil. O Banco Mundial também estuda a relação deficiência-pobreza e estima que 2/3 da população com deficiência no mundo vive nessa situação.

As péssimas condições de vida ajudam a agravar o problema, como a falta de água, comida e nutrientes; educação e sistema de saúde precários; falta de oportunidades de emprego e o acesso praticamente nulo aos meios de comunicação e à informação em geral. Quem vive em situação de risco social tem mais probabilidade de adquirir deficiência por enfrentar gravidez e parto traumáticos, trabalhar em piores situações de segurança e saúde, habitar casas precárias e com condições mínimas de higiene. Além disso, são submetidos à má nutrição ou à fome e freqüentemente são atingidos por violência, conflitos armados em suas comunidades.

De acordo com o *European Disability Fórum*²⁴⁴, nos próximos 30 anos a população com deficiência nos países em desenvolvimento aumentará em 120% contra 40% nas nações desenvolvidas. Em alguns países de renda média e alta, a prevalência da deficiência vem oscilando entre 15% e 20% do total da população. Os números dos estudos demonstram que existe um ciclo vicioso de causa e efeito entre ser uma pessoa pobre e ser uma pessoa com deficiência. Aqueles que nascem com problemas de formação congênita e são socialmente desfavorecidos enfrentam um risco maior de continuar nessa

²⁴³ "O que as empresas podem fazer pela inclusão das pessoas com deficiência". Vários autores. Coordenação Marta Gil. Rede Saci, Ceca (USP) São Paulo. Instituto Ethos, 2002.

²⁴⁴ Disponível em: <www.edf-feph.org> Acesso em: Julho 2009.

condição e ter filhos com as mesmas características. De acordo com estatísticas da ONU, a má-nutrição é a causa da deficiência em ¼ da população com deficiência.

Apoiado no princípio de que o vínculo pobreza-deficiência é inquestionável, o enfoque de desenvolvimento inclusivo determina a necessidade de elaboração e implementação de políticas públicas de combate simultâneo de ambos os problemas. No qual é necessário criar mecanismos para o fim da pobreza e elaborar meios contra a discriminação. De acordo com especialistas, atualmente muitos governos, empresas e organizações de cooperação internacional entendem - de maneira equivocada - que é preciso buscar primeiro soluções para a pobreza e, só depois, para a deficiência.

O enfoque de desenvolvimento inclusivo é a solução, embora tenha sido solenemente ignorado, apesar da percepção de que a diversidade inerente à espécie humana é um valor, não um problema extra para as políticas públicas. Para os especialistas, atender as necessidades específicas de pessoas com deficiência é, na maioria das vezes, considerado custo, e não investimento.

Especialistas denominam esse erro histórico de “ciclo de invisibilidade”, que segue a seguinte lógica: pessoas com deficiência não conseguem sair de casa e, portanto, não são vistas pela comunidade; assim, deixam de ser reconhecidas como parte dela; por esse mesmo motivo, não são consideradas suas garantias de acesso a bens, direitos e serviços; desta forma, não há como serem incluídas na sociedade e, conseqüentemente, continuam invisíveis, público-alvo de constante discriminação.

Entendemos o princípio da igualdade como a base dos direitos das pessoas com deficiência, pois, a Constituição de 1988 adotou o princípio da igualdade como princípio fundamental para a criação de uma sociedade justa e solidária.

A idéia de igualdade está intimamente associada à idéia de democracia. Trata-se de princípio que norteia a discussão de como compreender o Estado Democrático de Direito. É bastante pertinente ressaltar, debater e defender o

princípio da igualdade enquanto condutor da democracia na medida em que o desenvolvimento da sociedade capitalista nos levou ao neoliberalismo, doutrina que prega a desigualdade como um valor em si mesmo e contaminou todas as relações econômicas e políticas nas últimas décadas no país e no mundo.

A discussão acerca da igualdade entre os homens não é recente, está há séculos na agenda política dos povos. Deita raízes na filosofia grega, nos fundamentos do cristianismo, toma corpo na Revolução Francesa e ganha nova forma quando a sociedade e o mundo do Direito começam a falar e a defender a isonomia material. No entanto, não é mais suficiente considerar todos iguais perante a lei; agora é preciso tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na exata medida de sua desigualdade.

A igualdade, diferentemente da liberdade, é um conceito relativo. Uma pessoa só é igual (ou desigual) se houver outra a ser comparada com ela.

Ninguém é absolutamente igual ou desigual, apenas relativamente. A igualdade pressupõe a existência do outro, o seu reconhecimento enquanto pessoa, enquanto ser humano. Podemos afirmar, portanto, que o princípio da igualdade está intimamente vinculado à idéia de solidariedade; exatamente neste sentido dispôs a Constituição Federal de 1988. Ao dizer, em seu art. 3º, I que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, entende-se que na justiça e solidariedade se encontram os pressupostos para se efetivar a igualdade, que será mencionada no caput do art. 5º. Sem compreensão de justiça que carregue em si a necessidade da igualdade e sem solidariedade, não se estrutura uma sociedade igualitária.

Ao abordar distintamente a ordem econômica e a ordem social, o legislador constituinte ressaltou a importância da ordem social para o desenvolvimento da nação.

12.2. Exclusão da Pessoa com Deficiência e Alguns Trabalhos à sua Inclusão

A exclusão e o preconceito são os maiores inimigos na integração da pessoa com deficiência. Iniciativas como a do desembargador José Rodrigues de Carvalho Netto, quando presidente do 1º Tribunal de Alçada Civil, com a criação de vagas específicas para pessoa com deficiência ou como de várias entidades do Brasil, tais como a IBM, a Fiat, a Serasa, que além de integrar a pessoa com deficiência, lutam contra os preconceitos e a exclusão, são pontos importantes no caminho de uma sociedade que integre efetivamente a pessoa com deficiência.

Na Universidade Uni Sant'anna, em São Paulo, há o Centro de Informação para a Vida Independente (CIVI), que reúne dados nacionais e internacionais sobre produtos, notícias, pesquisas e serviços relacionados à questão da deficiência. Seu objetivo é democratizar o acesso de toda a comunidade e especialmente da pessoa com deficiência a essas informações. As mesmas estão disponíveis em um banco de dados e podem ser acessadas por telefone, por meio de atendentes, ou pela internet em página própria.²⁴⁵

O CIVI oferece, ainda, atendimento personalizado aos interessados, por meio de consultorias específicas promovidas por profissionais especializados em áreas como: legislação, arquitetura, equipamentos auxiliares, reabilitação, esporte, laser, turismo, recursos humanos, etc.

Além do preconceito expresso e ativo, existe aquele silencioso, traduzido pela exclusão causada, por exemplo, pela impossibilidade de acesso com a falta da adequação arquitetônica.

Este tipo de exclusão é tão grave quanto qualquer outro. Eliminar os preconceitos é também permitir o acesso amplo aos meios de transporte, educação, lazer, atendimento médico etc. No âmbito civil, impedir o acesso, ou

²⁴⁵Disponível em: <<http://www.santanna.br/civil>>, acesso em: 26 set. 2004.

dificultá-lo, quando teria de provê-lo, pode causar ao indivíduo dano material ou moral.

A inclusão da pessoa com deficiência deve observar, especialmente, sua adequação, praticidade, completude e particularidades. Assim, não adianta apenas instalar uma rampa, se as medidas não permitem que seja utilizada; de forma semelhante, a consciência em relação à pessoa com deficiência deve ser culturalmente colocada, naturalmente fazer parte dos indivíduos, para que ocorra uma ampla e efetiva integração.

A proteção que leva o cidadão a fazer parte integral da sociedade, não se restringe apenas às medidas destinadas diretamente a pessoa com deficiência. É indispensável que se ampliem as medidas sócio educativas dirigindo-as à população em geral, que deve receber o indivíduo como um cidadão inserido no contexto social, sem expressar, ainda que indiretamente, qualquer forma de discriminação.

Essa proteção, verdadeira significação da expressão, não alcança parte de seiscentos milhões de indivíduos com deficiência no mundo.

A política buscada pelas nações deve ser a de instaurar um ambiente de oportunidades para a pessoa com deficiência, permitindo a ampla inclusão na sociedade.

No século passado o desenvolvimento da idéia dos direitos da personalidade dentro do progresso científico, cultural e social, demonstra a importância da preservação de cada vida, cada ser vivente, e o papel do Estado na proteção dos direitos das pessoas, de todas as pessoas, sem diferenciá-las.

A deficiência deve passar a ser encarada como normal pela sociedade, valorizando-se a pessoa com deficiência como indivíduo e cidadão que é, com todas as prerrogativas inerentes à cidadania.

Estatisticamente, pelo menos 10% de qualquer sociedade nascem ou adquirem uma deficiência; e aproximadamente uma em quatro famílias possui uma pessoa com deficiência²⁴⁶.

A proteção do Estado ao indivíduo precisa seguir uma linha real. Baseada em direitos humanos dirigidos à manutenção da dignidade humana, impedindo a discriminação e permitindo acesso a uma vida digna e feliz.

Tão importante é o progresso científico quanto o progresso humano, ou seja, o entendimento de que nascer com diferenças, ou no decorrer da vida, adquirir diferenças, não significa ficar menos importante que os demais.

O século passado demonstrou a possibilidade de integrar a pessoa com deficiência. O desafio é dar a cada indivíduo condições de participar satisfatoriamente do meio em que vive como forma de integrá-lo.

A idéia de integração, contudo, deve ser vista de maneira prática e viável, permitindo não só a criação legal de um direito, mas a sua efetiva aplicação e aproveitamento por parte da pessoa com deficiência. Exemplificando, a criação da lei que garantiu o “passe livre” foi de grande importância, porém, em muitos casos, há a necessidade de veículos adaptados para permitir o acesso às pessoas com deficiência. Não adianta a iniciativa pública rebaixar meio fio, fazer calçadas transitáveis se a iniciativa privada não fizer a sua parte, como escadas na frente de restaurantes ou até de consultórios médicos. Ou seja, algumas medidas, por si só são insuficientes. Há que existir eficácia na colocação da lei em prática. É essencial que os efeitos práticos sejam, desde o início, levados em consideração.

Possibilitar a integração social da pessoa com deficiência, não é apenas um movimento regionalizado, mas um movimento de caráter global. A evolução da tecnologia, com meios como a internet, permite ao indivíduo acessar diversos serviços que facilitam sua vida. Novas idéias, produtos e serviços

²⁴⁶ Os dados levaram em conta as considerações relatadas na Carta aprovada em 09 de setembro de 1999, em Londres, pela Assembléia administrativa da “*Rehabilitation International*”.

ganham uma ampla divulgação com extrema rapidez. Há que se promover a divulgação de que a pessoa com deficiência é um cidadão e como tal tem de ser tratado. Não pode ficar à margem dos movimentos sociais.

Na cidade de Londres, em setembro de 1999, foi elaborada Carta aprovada pela Assembléia Geral da *Rehabilitation International*, na qual é reconhecida a necessidade de integração, eliminando-se todos os tipos de barreiras, desde aquelas mais antigas, como a discriminação. Ela dispõe expressamente o seguinte:

“No século 21, nós precisamos estender este acesso que poucos têm para muitos, eliminando todas as barreiras ambientais, eletrônicas e atitudinais que se antepõem à plena inclusão deles na vida comunitária (...) A cada minuto, diariamente, mais e mais crianças e adultos estão sendo acrescentados ao número de pessoas cujas deficiências resultam do fracasso na prevenção das doenças evitáveis e do fracasso no tratamento das condições tratáveis (...) No terceiro milênio, nós precisamos criar políticas sensíveis que respeitem tanto a dignidade de todas as pessoas como os inerentes benefícios e harmonia derivados da ampla diversidade existente entre elas. (...) Todas as pessoas com deficiência devem ter acesso ao tratamento, à informação sobre técnicas de auto-ajuda e, se necessário, à provisão de tecnologias assistivas e apropriadas. Cada pessoa com deficiência e cada família que tenha uma pessoa deficiente devem receber os serviços de reabilitação necessários à otimização do seu bem-estar mental, físico e funcional, assim assegurando a capacidade dessas pessoas para administrarem sua vida com independência, como o fazem quaisquer outros cidadãos. Pessoas com deficiência devem ter um papel central no planejamento de programas de apoio à sua reabilitação; e as organizações de pessoas com deficiência devem ser empoderadas com os recursos necessários para compartilhar a responsabilidade no planejamento nacional voltado à reabilitação e à vida independente. A reabilitação baseada na comunidade deve ser amplamente promovida nos níveis nacional e internacional como uma forma viável e sustentável de prover serviços. Cada nação precisa desenvolver, com a participação de organizações de e para pessoas com deficiência, um plano abrangente que tenha metas e

cronogramas claramente definidos para fins de implementação dos objetivos expressos nesta carta.”²⁴⁷

Esse documento é um dos mais importantes no mundo no sentido de integrar a pessoa com deficiência, não só legalmente, com a criação de leis que garantam determinados direitos, mas com efetiva aplicação de tais direitos, lembrando ainda a importância de colocar a prevenção com merecido destaque.

12.3. O fundamento Legal da Integração da Pessoa com Deficiência no Mercado de Trabalho

Apesar de existirem outros dispositivos visando à integração social da pessoa com deficiência, assegurando educação, saúde, acesso ao lazer, esportes e vida cultural, determinando ademais, acesso aos meios de transporte, aos edifícios públicos e privados. Assim, fica evidente a intenção do legislador constituinte de assegurar às pessoas com deficiência um conjunto de normas programáticas, as linhas básicas do processo de integração destas à sociedade e ao mercado produtivo nacional.

O princípio da igualdade, sem dúvida, é o esteio de todas as garantias e prerrogativas de que goza a pessoa com deficiência. (art. 5º, *caput*).

A Constituição estabelece que todos, União, Estado, Distrito Federal e Município são envolvidos para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantias das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II).

O art. 24, XIV determina que compete a União, Estados e Distrito Federal legislar sobre a proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência, entendendo assim que o tema é nacional e estadual, e não de interesse local.

²⁴⁷ Carta aprovada pela Assembléia Geral da “*Rehabilitation International*” em Londres, 09 de setembro de 1999.

A Constituição no art. 37, VIII, reserva vagas aos portadores de deficiência para ingresso no serviço público através de concursos. Não trata da iniciativa privada, que mereceu lei ordinária específica para tratar da reserva de cotas.

O art. 203, inciso IV, inclui entre os deveres da assistência social "a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária". É um avanço, pois até então o acesso à habilitação e reabilitação era permitido apenas aos segurados.

O inciso V, do mesmo artigo dispõe que os deficientes e idosos incapazes de se manter, pelo próprio trabalho ou por auxílio da família, terão direito a uma renda mensal vitalícia equivalente a um salário mínimo, mediante regulamentação de norma específica, que veio pela Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993 (art. 21, inciso V, arts. 20, 21 e parágrafos).

Ações no sentido de criar uma jurisprudência para casos semelhantes fazem parte do jurídico. O Supremo Tribunal Federal determinou que o INSS pagasse um salário mínimo mensal de pensão para um portador de paralisia cerebral. A decisão é do ministro Ricardo Lewandowski. O INSS recorreu ao Supremo contra a decisão da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul/Brasil. O argumento foi o de que a primeira instância teria dado interpretação ao artigo 20, da Lei 8.742/93, o que foi proibido pelo Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. Lewandowski negou o recurso. O relator afirmou que o paciente sofre de "paralisia cerebral, prejuízo nas funções vegetativas, alteração no sistema sensório motor oral e retardo no desenvolvimento psicomotor" e, por isso, tem direito de receber o benefício do INSS. "As informações constantes dos autos apontam a existência de uma renda familiar de apenas R\$ 536,60 (quinhentos e trinta e seis reais e sessenta centavos) 'não tendo dados sobre a natureza do trabalho exercido, se temporário ou por prazo indeterminado' e despesas comprovadas de R\$ 500,00 (quinhentos reais) limitados, esses gastos, ao mínimo, o que resulta em condições de vida bastante modestas", considerou Lewandowski. Diante das circunstâncias e dos "graves riscos à subsistência do interessado, decorrentes

da eventual supressão do benefício”, o relator negou o pedido do INSS por entender que, no caso, o perigo na demora “milita em favor do interessado”.

O art. 208, inciso III, arrola entre os deveres do Estado na órbita da atividade educacional, o atendimento especializado para pessoas com deficiência, preferencialmente na rede pública de ensino, como forma de sociabilizar as crianças e não excluí-las do convívio com outras não deficientes.

O artigo 227 trata da proteção das crianças e adolescentes, visando à integração à coletividade, promovendo a eliminação de preconceitos e obstáculos. A eliminação das barreiras arquitetônicas, adaptação de logradouros públicos, edifícios, veículos de transportes coletivos estão previstos no art. 227, II, parágrafo 2º. De fato, a dificuldade de locomoção e acesso às ruas e prédios configura um grande entrave para a integração dessas pessoas.

A Constituição, portanto, é bastante clara quanto à igualdade de trabalhadores, pessoas com deficiência ou não. O Brasil dispõe, ainda, de uma legislação infraconstitucional que vem tratando do tema desde 1989, um ano após a promulgação da Constituição Federal. Apresentaremos em ordem cronológica as leis que diretamente nos interessam nesse trabalho, mostrando assim a evolução normativa.

12.3.1. Pessoa com Deficiência no Âmbito do Direito do Trabalho, de Outros Diplomas Legais, Declarações, Convenções e Recomendações

Como já vimos no primeiro capítulo desta tese, 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 na vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Já o termo "discriminação contra as pessoas com deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência 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 com deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

No Brasil, ter direito ao benefício de prestação continuada, por exemplo, garantido em lei, depende de atestado de médico perito do INSS. Há inúmeras ações procurando garantir o direito a quem não foi admitido pelo exame pericial.

Ao tratar do tema Deficiência, pretendemos chamar a atenção para os avanços tecnológicos que estão modificando rapidamente a noção de totalmente incapaz, como exemplo, o físico Steven Hawking, com grande produção intelectual ou mesmo os atletas brasileiros campeões da pára-olimpíadas.

Será que é muita pretensão defender o acesso a tecnologias (apoios especiais, próteses, órteses, etc.) diante da absurda situação de desigualdade social que impera no país? Pretendemos que as pessoas com limitações alcancem melhores condições de qualidade de vida pessoal e laboral.

A tutela jurídica está aqui exposta com seus fundamentos. Porém, como veremos, os resultados em termos de inclusão no mercado de trabalho são pífios (2% em condições de ingressar no mercado de trabalho têm empregos formais), ou seja, praticamente não se emprega pessoa com deficiência no Brasil. Leis existem, porém não são cumpridas. Diante de dois candidatos a uma colocação, ambos com mesma qualificação, mas um deles é pessoa com deficiência, certamente o empregador não optará por ele. As Cooperativas Sociais também se mostraram um fracasso. Não conseguem viabilizar a entrada das pessoas no mercado de trabalho e talvez nossos deficientes necessitem de formação empreendedora para assumir que podem atuar dessa forma. É muito provável que a mentalidade assistencialista e piedosa

alimentada e cultivada por milênios tenha fixado raízes não apenas na maneira como a sociedade olha e trata a pessoa com deficiência, mas principalmente tenha deixado dúvidas profundas de auto-estima e capacidade de realização.

O primeiro conceito de pessoa com deficiência no âmbito do Direito do Trabalho surgiu em 1955, através da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Recomendação nº. 99. Esse conceito foi repetido e aprimorado posteriormente (Recomendação nº. 168 e Recomendação nº. 159 ambas de 1983 da OIT). O Brasil, através do Decreto Legislativo nº. 51 de 28 de agosto de 1989, ratificou a Recomendação 159 e adotou então, o primeiro conceito de pessoa com deficiência no contexto normativo trabalhista brasileiro, qual seja: “Artigo 1º.: Para efeitos da presente Convenção, entende-se por ‘pessoa deficiente’ todo indivíduo cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental, devidamente reconhecida”.

Foi necessário que transcorresse mais de três décadas após a Organização Internacional do Trabalho ter recomendado aos países membros que o fizessem. É um exemplo cabal da morosidade que caracteriza todas as ações relacionadas às pessoas com deficiência.

Note-se que o conceito acima enfatiza a barreira da deficiência (física ou mental) enquanto impeditiva do ingresso das pessoas no mercado de trabalho.

Porém, ela não é a única. A capacitação profissional é outro fator limitante, geralmente mencionado por empresas quando discutem o aproveitamento dessa mão-de-obra em seus quadros.

Em outubro de 1989 foi editada a Lei Brasileira de nº. 7.853, regulamentada apenas em 1993 pelo Decreto nº. 914 que instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e que traz em seu texto outra definição de pessoa com deficiência: “aquela que apresenta em caráter permanente, perda ou anormalidade de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o

desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”.

Esse decreto foi revogado por outro, em 1999, Decreto nº. 3.298, atualmente em vigor e que de fato mostrou-se como um aprimoramento dos anteriores na medida em que define claramente os diferentes tipos de deficiência a partir da conceituação da Organização Mundial de Saúde (OMS), bem como estabelece as diferenças entre deficiência, deficiência permanente e incapacidade. No artigo 3º encontram-se assim definidos Deficiência e Incapacidade:

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”.

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”.

Encontramos em âmbito internacional outras conceituações. Em 1975, a ONU proclama a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, Resolução nº. XXX/3447, que traz em seu artigo 1º a seguinte definição: “O termo ‘deficiente’ designa toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em consequência de uma deficiência congênita ou não de suas faculdades físicas ou mentais”.

No final da década de 90 (1999), os Estados Unidos da América através da Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência definiram no art.1º, inciso I, o termo “deficiência” da seguinte forma: “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”.

No Brasil, a Lei nº. 8.742/93 em seu art. 20, § 2º. Define que “... a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”.

Para o INSS Ordem de Serviço nº. 562/97, item 1.2, a pessoa com deficiência é “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”.²⁴⁸

Ainda no âmbito do INSS,²⁴⁹ a Ordem de Serviço Conjunta nº. 90, expedida pela Diretoria de Arrecadação e Fiscalização e do Seguro Social (DAF) em 1998 apresenta uma classificação que admite três formas de deficiência: a física, a sensorial auditiva e visual e a mental, além das múltiplas deficiências.

Na obra de Alves,²⁵⁰ o autor aborda a questão da classificação ou “categorias” mencionando que outros países adotam diferentes categorizações. Na Grécia, lista-se 11 categorias de deficiências. A grande maioria adota duas categorias, as de natureza física e as mentais. Itália, Alemanha e Holanda adotam também o termo psíquico e a Holanda vai mais além definindo os “deficientes por desordem de caráter” e os “incapacitados sociais”.²⁵¹

Diante do exposto, é correto afirmar que são vários os conceitos de deficiência encontrados nas obras e nos textos relativos ao tema, no Brasil e

²⁴⁸ OLIVEIRA MARANHÃO, Rosane de. “O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho”, São Paulo, LTr, 2005, p. 35.

²⁴⁹ OLIVEIRA MARANHÃO, Rosane de. op. cit., p. 40.

²⁵⁰ VALTECIDES ALVES, Rubens. “Deficiente Físico - Novas Dimensões de Proteção ao Trabalhador”, São Paulo, LTr, 1992, p. 33.

²⁵¹ VALTECIDES ALVES, Rubens. op. cit., p. 34.

em outros países. Ademais, as pessoas com deficiência não formam um grupo homogêneo e nesse sentido demandam políticas e ações específicas.

Nesse contexto, estabeleceram-se as diretrizes para a inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, tratando de direitos e garantias também em educação, saúde, assistência social, lazer, cultura e esporte, estabelecendo-se inclusive medida de discriminação positiva.

O Brasil tem empreendido esforços no sentido da inclusão social estabelecendo leis e mecanismos de aferição do cumprimento das mesmas, porém, ainda estamos longe de atender o universo, as estatísticas mostram, por exemplo, que 98% da população com deficiência do país em idade de trabalhar encontra-se fora do mercado.

A constituição deixa claro o princípio isonômico em seu art. 5º, caput: “todos são iguais perante a lei sem distinção”. E garante no inciso XII que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Encontramos mais adiante, no art. 7º, inciso XXXI, a reafirmação desse princípio na “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

A Lei 7.853/89 regulamentada pelo Decreto nº. 3.298/99 que trata do apoio às pessoas com deficiência reafirma o princípio isonômico no art. 1º, § 1º. “na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito”.

Apenas podemos entender as normas jurídicas voltadas à proteção dos trabalhadores deficientes, se associadas a outras normas que tenham por fundamento e finalidade cumprir a ordem social constitucionalmente estabelecida, a qual tem como base o trabalho e por objetivo o bem estar e a justiça social.

A Convenção dos Direitos sobre as Pessoas com Deficiência, decreto nº 6.949/09 reservou o artigo 27 para dispor sobre o tema Trabalho e Emprego, onde os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros, tais como: Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho; Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho; Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas; Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado; Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego; Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio; Empregar pessoas com deficiência no setor público; Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas; Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de

trabalho; Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho; Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

Nesse capítulo tratamos da questão da deficiência mostrando que o conceito não é e nunca foi homogêneo, quer tenha sido tratado pela legislação internacional ou do Brasil. Portanto, estabelecer parâmetros e limites para definir quem se enquadra, parece que sempre será uma questão controversa.

12.3.2. A Lei nº. 7.853 de 24 de outubro de 1989

A lei nº. 7.853/89 estabeleceu normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, e sua efetiva integração social.

Na aplicação e interpretação desta lei devem ser considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

Os dispositivos desta lei visam a garantir às pessoas com deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

As ações governamentais necessárias ao cumprimento da lei, de que fala seu próprio texto, não são apenas os atos praticados pelo Poder Público diretamente a beneficiar a pessoa com deficiência, mas a fiscalização pelo Poder Público de que a norma está sendo cumprida pelo particular. Assim, não é apenas a atribuição do Poder Público construir rampas ou adaptar edifícios públicos, por exemplo, mas determinar e fiscalizar a adaptação dos edifícios privados.

No art. 1º, § 1º da referida Lei encontramos os valores básicos que devem ser considerados em sua aplicação e interpretação, quais sejam, igualdade de tratamento e oportunidades, justiça social, respeito à dignidade da pessoa humana.

O art. 2º, deixa claro que é de responsabilidade do Poder Público e seus órgãos assegurarem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à saúde, educação, ao trabalho, lazer, à previdência social, ao amparo à infância e maternidade e outros que propiciem bem estar pessoal, social e econômico.

A lei tratou de medidas nas áreas de educação, saúde, formação profissional e trabalho, recursos humanos e edificações.

No âmbito da formação profissional e trabalho merece destaque: apoio e garantia de acesso aos cursos regulares voltados à formação profissional; empenho do Poder Público na criação e manutenção de empregos; promoção de ações de inserção nos setores públicos e privados; a intenção de adotar legislação própria para reserva de mercado de trabalho, tanto na Administração Pública quanto no setor privado e a regulamentação da organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho.

Procurou, ainda, criar o suporte necessário para formar professores de nível médio para a educação especial, de técnicos de nível médio especializados na habilitação e reabilitação, de instrutores para formação profissional, incentivar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico de todas as áreas do conhecimento relacionadas à pessoa com deficiência.

Essa lei atribuiu ao Ministério Público a defesa dos interesses coletivos e difusos das pessoas com deficiência, com a possibilidade de se ingressar com ação civil pública e instaurar inquérito civil. Também tipificou como crime as condutas que obstem ou neguem injustificadamente o acesso de alguém a qualquer cargo público, emprego ou trabalho, por motivos derivados de sua deficiência.

Por fim essa lei reestruturou como órgão autônomo, a Coordenadoria Nacional para a Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE que tem como funções: coordenar ações, elaborar planos, programas e projetos, acompanhar sua implantação, coordenar com Estados, Municípios, Territórios, Distrito Federal e Ministério Público as ações destinadas à integração social, acompanhar contratos e convênios, promover e incentivar a divulgação e o debate das questões concernentes à pessoa com deficiência, visando à conscientização da sociedade, entre outras atribuições.

Com base nessa lei e no art. 227 da Constituição Federal, em 1999, o STJ - RO-MS 9613 de São Paulo/Brasil, 1ª T, tendo como Relator o Min. José Delgado concede mandado de segurança em favor de deputada estadual deficiente física, para que sejam criadas condições materiais, com a reforma da tribuna de modo a permitir acesso e exposição de idéias em condições de igualdade com seus pares. Segundo o parecer, “a filosofia do desenho universal neste final do século inclina-se por projetar a defesa de que seja feita adaptação de todos os ambientes para que as pessoas com deficiência possam exercer, integralmente, suas atividades”.

12.3.3. Lei nº. 8.112 de 11 de dezembro de 1990

Essa Lei trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Inclui no texto o sistema de reserva de vagas às pessoas com deficiência, reservando um percentual de até 20%. A lei serviu de paradigma para que Estados e Municípios adotassem disposições similares.

No entanto, observa-se que muitas das vagas deixam de ser preenchidas, principalmente aquelas que exigem nível superior e de melhores salários. Isso nos mostra que a reserva de vagas não é suficiente para integrar a pessoa com deficiência ao mercado de trabalho. É preciso intensificar o trabalho de base, de formação acadêmica. É preciso investir em educação, habilitação e reabilitação. É preciso favorecer o acesso a tecnologias e apoios

especiais que facilitem o desempenho de atividades básicas em especial aquelas úteis ao mercado de trabalho.

12.3.4. A Lei nº. 8.213 de 24 de julho de 1991

A lei fixa em seu artigo 93²⁵² percentuais para a admissão das pessoas com deficiência no setor privado. Toda empresa está obrigada a ter dentro do seu quadro de funcionários pessoas portadoras de necessidades especiais, obedecendo à seguinte proporção:

Número de empregados	Percentual de deficientes
De 100 até 200	2%
De 201 a 500	3%
De 501 a 1000	4%
De 1001 em diante	5%

Não se trata de dispositivo novo, pois a lei 3.807 de agosto de 1960 já estabelecia previsão semelhante em seu art. 55, havia a obrigação da reserva de cargos em empresas com 20 ou mais empregados, porém não havia a obrigação de admitir.

A partir de 1991 todo empregador cuja empresa se enquadre no padrão estabelecido fica obrigado a contratar pessoas com deficiência, sob pena de se

²⁵² Art. 93. 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.

considerar prática discriminatória caso não o faça. Em caso de demissão, o cargo vago deverá ser substituído por outra pessoa também com deficiência. Trata-se de medida totalmente justa face à proteção constitucional assegurada ao deficiente e as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho e a jurisprudência a respeito.

O Diário da Justiça publicou em 04/04/2003 decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-SP), tendo como relator o ministro Carlos Alberto Reis de Paula, determinando a reintegração de empregado deficiente físico, por não ter o empregador agido, quando do momento da despedida, em conformidade com o que dispõe o art. 93, § 1º, da Lei 8.213/91 (646.255/2000).

Em outro caso, a Sexta Turma do TST tendo por relator o Aloysio Corrêa da Veiga, confirmou o direito de um trabalhador com deficiência física à reintegração no emprego. A decisão unânime do TST negou agravo de instrumento à Telemar Norte Leste S/A. O argumento jurídico utilizado pela defesa do trabalhador levou à concessão de seu pedido. A conduta da empresa resultou em violação da Lei nº 8.213, de 1991, que, dentre outros temas, prevê a porcentagem mínima de cargos para deficientes físicos em empresas com mais de cem empregados (artigo 93) e restringe a possibilidade de dispensa. De acordo com o parágrafo 1º do artigo 93 da lei, “a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”. Como não foi provada a admissão de outra pessoa com deficiência em substituição ao porteiro dispensado, foi determinado seu retorno à empresa. Além da ordem de reintegração, num prazo de oito dias, a primeira instância determinou o pagamento dos salários correspondentes ao período de afastamento, 13º salário, férias acrescidas de um terço e os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Posteriormente, a questão foi submetida ao TRT fluminense que confirmou os efeitos da sentença.

O Tribunal Superior do Trabalho, no Processo nº 84200-21.2005.5.10.0014, referente ao cálculo do percentual à reserva de vagas às pessoas com deficiência, prevista no art. 93 da Lei 8213/91, decidiu que esta é de ordem pública e esse dispositivo não excetua do seu âmbito de aplicação atividade alguma. Ademais, a incapacidade do empregado para exercer a atividade de vigilância deve ser comprovada na prática, e não meramente presumida, de sorte que não se podem excluir do cálculo do percentual de cargos destinados aos portadores de deficiência as vagas referentes às atividades de vigilância.

12.3.5. Ordem de Serviço Conjunta INSS/DAF/DSS nº. 90, de 27 de Outubro de 1998

A Ordem de Serviço foi publicada pelas Diretorias de Arrecadação e Fiscalização e de Seguro Social do INSS que definiu as modalidades de deficiências e estabeleceu os procedimentos de modo a dar cumprimento ao art. 93 da Lei nº. 8.213/91. A Ordem de Serviço é anterior ao Decreto nº. 3.298/99 que regulamentou a Lei 7.853/89. Muitos dos seus conceitos foram repetidos no Decreto. Os procedimentos para a contratação de pessoas com deficiência estão dispostos nessa norma.

Dispõe que cabe à Unidade Executiva de Reabilitação Profissional - UERP, receber denúncias sobre empresas que violam as normas legais. A UERP é também responsável por identificar empresas, beneficiários reabilitados e pessoas com deficiência habilitadas, para que se efetive a fiscalização do cumprimento de cotas.

No corpo dessa OS encontra-se um texto que muitas vezes é utilizado por empresas para justificar a inexistência ou o não preenchimento das vagas destinadas às pessoas com deficiência. O item 6.2 diz: “A empresa cujo quadro de recursos humanos já esteja preenchido, sem, no entanto, atender ao percentual de reserva de vagas que se refere o item 04, promoverá o

preenchimento do mesmo, de forma gradativa, a medida em que surjam as vagas.”

Esse item deve ser assim interpretado: nos casos de inexistência de vaga, não resulta violado o art. 93 da Lei nº. 8.213/91 desde que a empresa tenha criado políticas específicas voltadas para a contratação de pessoas com deficiência na medida em que forem abertas vagas no quadro de pessoal.

12.3.6. Lei nº. 9.867, de 10 de novembro de 1999

A Lei cria as Cooperativas Sociais com a finalidade de inserir “pessoas em desvantagem” no mercado de trabalho. O conceito de “pessoas em desvantagem” inclui: deficientes físicos e sensoriais, deficientes psíquicos e mentais, pessoas que necessitam de acompanhamento psiquiátrico permanente e os egressos de hospitais psiquiátricos, dependentes químicos, os egressos de prisões, os condenados a penas alternativas e à detenção e os adolescentes em idade de trabalho e em situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo.

Para que essas pessoas façam parte de Cooperativas Sociais é necessário atestado proveniente de órgãos da Administração Pública. A exigência tem por objetivo evitar que as cooperativas sejam utilizadas como meras intermediárias de mão-de-obra.

Às cooperativas sociais cabe desenvolver e executar programas de treinamento com vistas à melhoria da qualificação profissional.

12.3.7. Decreto nº. 3.298, de 20 de dezembro de 1999

O Decreto nº. 3.298/99 regulamentou a lei nº. 7.853/89, acerca da integração da pessoa com deficiência e sua proteção. Nele estão definidos os conceitos de deficiência e incapacidade.

De acordo com o Decreto, definiu-se que a política nacional para a integração da pessoa com deficiência compreende o conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, sendo atribuição dos órgãos e das entidades do Poder Público assegurar à pessoa com 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.

Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70021038153, o Relator Pedro Luiz Pozza, desproveu a Apelação feita pelo Banco do Brasil S/A, fundamentando que o candidato ao tempo da publicação do edital, apresentava deficiência auditiva que, à luz do decreto 3298/99, permitia que concorresse às vagas destinadas aos deficientes. Alteração do critério de deficiência pelo decreto nº 5296/2004, não pode atingir o concurso já encerrado.

12.3.8. Portaria nº. 1.199 de 28 de outubro de 2003

Por intermédio dessa Portaria, o Ministério do Trabalho e Emprego aprovou normas para imposição de multa administrativa prevista no art. 113 da Lei nº. 8.213/91, pela infração ao sistema de cotas implantado pelo art. 93 da mesma Lei. A partir dessa Portaria os fiscais puderam aplicar penalidades aos infratores.

O Tribunal Superior do Trabalho, no Agravo de Instrumento de Recurso de Revista, processo nº 151540-64.2005.5.02.0382, acordou que compete ao Ministério do Trabalho e Emprego a fiscalização do trabalho, bem como as aplicações das sanções previstas em normas legais ou coletivas.

12.3.9. Decreto Federal nº. 5.904 de 21 de setembro de 2006

Regulamenta a Lei nº. 11.126, de 27-06-2005, 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.

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Apelação Cível no processo nº 70027051101, acordou que o impedimento de ingresso de deficiente visual com cão guia nas dependências do Shopping Center, a abordagem realizada pelos seguranças configura dano moral. Considerando a evidente afronta do estabelecimento comercial aos ditames da Lei Estadual nº 11.739/2002 e do Decreto Federal nº 5904/06, ao obstaculizar o ingresso do autor, deficiente visual, nas dependências do shopping, juntamente com o seu cão guia, abordando-o de maneira a chamar a atenção dos demais transeuntes, resta configurado o ato ilícito e, por conseguinte, o dever de indenizar.

12.3.10. Responsabilidades do Poder Público

Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, 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.

12.3.11 Integração da Pessoa com Deficiência e o Processo Eleitoral

As pessoas com deficiência têm o direito de participar do processo

eleitoral, como eleitor e como candidato, cabendo ao Poder Público prover os meios para que exerça seu direito de votar.

Na prática, devem ser observados os princípios aplicados à acessibilidade, permitindo que a pessoa com deficiência, basicamente, alcance a urna eleitoral.

Para viabilizar a adequação do local de votação, determina-se que, durante um prazo estipulado, os eleitores com deficiência comuniquem ao Juiz eleitoral, por escrito, suas restrições e necessidades, para que a Justiça Eleitoral possa facilitar-lhes o exercício do voto.

A indiferença e o preconceito também estão presentes no processo eleitoral. Atualmente discute-se sobre o voto facultativo para as pessoas com deficiência, alegando que a maioria dos locais de votação não oferecem acesso. Está é uma atitude discriminativa que exclui as pessoas com deficiência porque a integração também se dá pelo direito de votar, escolher seus representantes e exercer sua cidadania.

Além da previsão contida no Código Eleitoral, a resolução nº. 19.849, do Tribunal Superior Eleitoral (editada em 29 de abril de 1997), garantiu a facilidade de acesso aos locais de votação, orientando-se os juízes eleitorais por intermédio dos Tribunais Regionais Eleitorais. Assim, cabe ao Juiz eleitoral providenciar as necessárias adaptações aos locais de votação.

Vale ressaltar que não existe a necessidade de grandes adaptações ou gastos; basta aperfeiçoar o acesso da pessoa com deficiência ao local de votação.

12.3.12. Cooperativas Sociais

O modelo cooperativo tem sido usado para viabilizar negócios em vários campos de atuação. Temos Cooperativas Agropecuárias, de Consumo, de

Crédito, de Habitação, Educacionais e as Cooperativas Especiais compostas por cooperativas constituídas de pessoas que precisam ser tuteladas.

A Lei nº. 9.867, do dia 10 de setembro, de 1999, criou a possibilidade de se constituírem cooperativas sociais para organização e gestão de serviços sócio-sanitários e educativos, mediante atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços, contemplando as seguintes pessoas: deficientes físicos, sensoriais, psíquicos e mentais, dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, dependentes químicos, pessoas egressas de prisões, os condenados a penas alternativas à detenção e os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo.

As cooperativas sociais organizam o seu trabalho, especialmente no que diz respeito às dificuldades gerais e individuais das pessoas em desvantagem, e desenvolvem e executam programas especiais de treinamento, com o objetivo de aumentar-lhes a produtividade e a independência econômica e social. A condição de pessoa em desvantagem deve ser atestada por documentação proveniente de órgão da administração pública, ressalvando-se o direito à privacidade. O estatuto da Cooperativa Social poderá prever uma ou mais categorias de sócios voluntários, que lhes preste serviços gratuitamente, e não estejam incluídos na definição de pessoas em desvantagem.

As Cooperativas Sociais constituem hipótese viável de inserção da pessoa com deficiência no mundo do trabalho, desde que baseada na colaboração recíproca e tendo por objetivo principal proporcionar o exercício profissional aos seus associados. Constitui forma de trabalho por conta própria (art. 35, III, do Decreto 3.298/99). Aplica-se às cooperativas sociais, subsidiariamente, a Lei nº. 5.764/71, que prevê como condições essenciais a adesão voluntária e aberta, a gestão democrática e participação econômica efetiva dos cooperados, autonomia e independência, educação, formação e informação dos cooperados, cooperação entre as cooperativas e interesse pela comunidade.

No entanto, as Cooperativas Sociais são inexpressivas. Até o mês de dezembro de 2003 o Brasil contava apenas com sete cooperativas, número inexpressivo diante da repercussão social pretendida. O debate sobre as cooperativas de trabalho apresenta pelo menos duas óticas contrapostas: a que considera o trabalho cooperativo uma real alternativa perante as agruras derivadas das mudanças econômicas recentes e a que enxerga no funcionamento das cooperativas um exemplo da crescente precariedade das relações de trabalho.

A pesquisa bibliográfica empreendida para levantar maiores informações sobre as cooperativas de trabalho geridas e mantidas por trabalhadores deficientes mostrou-se inócua ensejando a oportunidade de sugerir novos estudos nessa área para que se compreendam profundamente quais questões inibem o avanço.

12.3.13. Outros diplomas legais²⁵³

Alguns outros diplomas legais tratam da proteção do trabalho das pessoas com deficiência. É o caso do art. 66 da Lei 8.069/90 que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e que assegura ao adolescente com deficiência o trabalho protegido.

Com a alteração sofrida pela Medida Provisória nº. 2.164-41 de 24.08.01 e pela Lei nº. 8.859/94, a Lei nº. 6.494/77 conhecida como “Lei do Estágio” ampliou o estágio profissionalizante às escolas de qualquer grau.

A Lei 8.666/93 que trata das Licitações e Contratos da Administração Pública incluiu entre as hipóteses de dispensa de licitação a “contratação de associação de pessoas com deficiência física sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública,

²⁵³ LOPES RIBEIRO DA SILVA, Walküre. op. cit., p. 80

para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT): **art. 460** - o empregado com deficiência terá direito a perceber salário igual a qualquer outro empregado da empresa que fizer serviço equivalente ou o que for habitualmente pago para serviço semelhante, sendo irrelevante a questão da deficiência. **Art. 461** - o empregado com deficiência terá direito a equiparação salarial, desde que preenchidos os requisitos legais (função idêntica, trabalho de igual valor, mesmo empregador, mesma localidade, inexistência de quadro de carreiras e tempo na função inferior a dois anos) a um paradigma com salário superior. Também nesse artigo consta a proibição de que o empregado com deficiência seja utilizado como paradigma para fins de equiparação salarial quando readaptado em nova função por conta da deficiência.

A Lei nº. 10.098/2000 traça normas gerais e critérios básicos para acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação. Acessibilidade é condição indispensável para o sucesso das políticas de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Outras iniciativas louváveis da área pública: Estados e Fundações passam a exigir das empresas que concorrem em licitações que estejam cumprindo a cota de pessoas com deficiência no quadro funcional.

Exemplo disso é o Estado do Rio de Janeiro, espera-se que essa atitude se alastre para toda área pública do Brasil.

13. O APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE LABORAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Neste capítulo, apresentaremos o arcabouço legal destinado à proteção do aproveitamento laboral das pessoas com deficiência. Veremos também que embora a Constituição Federal de 1988 tenha avançado significativamente na proteção à pessoa com deficiência, especialmente com relação ao trabalho, os resultados são pífios na medida em que 98% delas em idade de trabalhar estão fora do mercado produtivo.

Quanto à Constituição de 1988, importantes inovações foram acrescentadas²⁵⁴.

Os incs. XXX a XXXII cuidam da isonomia salarial e coíbem as formas de discriminação em relação a sexo, idade, cor, estado civil, deficiência física, mental ou sensorial, ou entre o trabalho manual, o técnico ou o intelectual. A Constituição coloca-se, assim, em consonância com a Organização Internacional do Trabalho, que acolhe tais princípios nas Convenções nº. 111 e 159, ratificadas pelo Brasil. Não obstante, a discriminação encontra-se muito presente, apesar da edição de diversas leis de ação afirmativa em favor de mulheres (Leis 9.029/95 e 9.799/99), de adolescentes (Lei 10.097/00) e de pessoas com deficiência (Lei 8.213/91 e Decreto 3.298/99). Cogita-se a implantação de uma política nacional de inclusão dos negros nas universidades

²⁵⁴ MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *“O Direito do Trabalho e a Constituição de 1988”*, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 16. Sob o ponto de vista estrutural, entende Amauri MASCARO NASCIMENTO: “Na correlação de forças que lutaram na Assembléia Nacional Constituinte, caracterizadas como progressistas ou conservadoras, aquelas obtiveram vantagem sobre estas em diversos pontos: 1º) na adoção de um modelo prescritivo, não-omissivo, segundo a diretriz do constitucionalismo social e seus objetivos fundamentais, que compreendem a idéia de inclusão de direitos sociais nas Constituições; 2º) com a opção por um texto constitucional não-sintético, de certo modo extenso e que, apesar de poucos artigos, contém inúmeros incisos dispondo sobre uma variedade de direitos trabalhistas, em dimensão até hoje desconhecida em nossas Constituições e; 3º) com a inclusão, na Constituição, de novos direitos trabalhistas, assim considerados aqueles até agora não previstos em nossa ordem jurídica, como, também, aqueles que o eram apenas em nível de legislação ordinária, passando, com a Constituição, a nível maior”.

públicas e privadas. Interessante discussão trava-se no sentido de compatibilizar o princípio da isonomia ou da igualdade formal de todos perante a lei (art. 5º, caput, da CF/88) com essas normas de ação afirmativa. Embora se reconheça a complexidade do tema, nossa discussão dirige-se à defesa das ações afirmativas, eis que compatíveis com os princípios da dignidade da pessoa, da cidadania e do valor social do trabalho e da livre iniciativa, contidos no art. 1º da Carta Constitucional, e com as prescrições do art. 3º, segundo o qual deve o Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e eliminar o preconceito em prol do bem de todos, além de outros preceitos.

O inc. XXXIV assegura direitos igualitários entre os trabalhadores empregados e avulsos. Neste passo, a Constituição abarcou o que já se consagrara pela via da lei ordinária, eis que os trabalhadores avulsos do porto já haviam obtido todos os direitos empregados.

O art. 10 da CF/88 assegura a participação dos trabalhadores em órgãos colegiados que digam respeito aos seus interesses, como a Previdência, o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT e outros. Verifica-se, aqui, a preocupação com a idéia de democracia participativa que se encontra em outros campos da organização institucional brasileira, como os conselhos bilaterais da criança, do idoso, da mulher, das pessoas com deficiência, entre outros, as audiências públicas, o Amicus Curiae, além de outros. O art. 11 estabelece a participação sindical nas empresas com mais de duzentos empregados, com, pelo menos, um delegado. Pretende, a Carta Política, estimular a co-gestão, fazendo-o de forma incipiente, indicando, contudo, uma tendência a ser observada na reforma trabalhista.

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo ciclo de avanços no tocante a políticas de reabilitação profissional, qualificação e emprego de pessoas com deficiências.

O art. 7º, inciso XXXI, dá a tônica do tratamento a ser dispensado ao trabalhado com deficiência: é vedada a discriminação salarial e nos critérios de admissão desses profissionais.

Prevendo a criação de programas específicos de integração social, com treinamento para o trabalho (art. 227, §1º, II), o sistema de proteção constitucional das pessoas com deficiência transcendeu a antiga visão paternalista, que em quase nada agregava valor à busca de integração social do deficiente.

Na Administração Pública, também o acesso aos cargos e empregos públicos passou a contar com a previsão do estabelecimento de percentuais mínimos de inclusão, a serem estabelecidos em lei infraconstitucional (art. 37, VIII).

Na esteira de avanços sensíveis, a promulgação do Decreto nº 129 de 1991, que inseriu na órbita jurídica nacional as disposições da Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), reafirmou a vontade política nacional de garantir aos trabalhadores especiais o tratamento adequado à sua inserção e manutenção no mercado de trabalho, além da ênfase dada à reabilitação profissional como instrumento de incentivo ao emprego dos referidos profissionais.

Prevendo a habilitação e reabilitação profissional, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, esclarece no que consiste a reabilitação profissional e elenca, no art. 89, medidas como o fornecimento de próteses, órteses e instrumentos de auxílio para locomoção do trabalhador que tem ou teve, de algum modo, esta capacidade reduzida, bem como o transporte do trabalhador especial, se necessário. Mais uma vez, temos aqui uma medida que enxerga o trabalhador como algo que precisa ser adaptado para ser útil, e não um ser humano útil ainda em suas diferenças.

A grande contribuição trazida pela a Lei nº 8.213/91 e pelo Decreto nº 357, de 07/12/1991, à condição das pessoas com deficiência foi a exigência imposta às empresas com mais de 100 (cem) empregados de ter de 2% a 5%

de seus quadros funcionais compostos de pessoas com deficiência ou de profissionais reabilitados (arts. 93 e 217, respectivamente).

Como já se poderia supor, a dificuldade maior enfrentada pelo trabalhador especial já não era de ausência de leis, mas de insuficiência de solidariedade social e consciência inclusiva por parte dos empregadores, razão pela qual o estabelecimento de cotas para admissão de trabalhadores especiais pode ser considerado salutar, ainda que haja quem não veja nos sistemas de cotas instrumentos eficazes de distribuição de riquezas e dividendos sociais.

Na esteira da evolução legislativa, o já referido Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/89, carreou ao mundo jurídico expressões mais engajadas com o propósito de inclusão social e econômica das pessoas com deficiência, estabelecendo a *Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência* (art. 5º).

Expressões como "respeito às peculiaridades", "igualdade de oportunidades", "acessibilidade"²⁵⁵, dentre outras, passaram a ter respaldo legal, restando à sociedade a observância de tais preceitos na condução de empresas e negócios em geral.

Também o assistencialismo, peculiar à relação entre o Estado e a pessoa com deficiência, deixou de ser a tônica da discussão, ainda que mais "no papel" que na prática...

O fato é que, houve, com o advento do Decreto nº 3.298/99, o fortalecimento do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), vinculado ao Ministério da Justiça, o que já significa avanço prático na articulação de políticas de inclusão.

São dignos de especial atenção os diplomas legais mais recentes em matéria de educação.

²⁵⁵ A acessibilidade foi regulamentada pela Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.

A Lei nº 9.394, de 20/12/1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da Educação Nacional, traz postulados importantes, como a necessária vinculação da educação ao mundo do trabalho e à prática social (art. 1º, §2º), inspiração nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana (art. 2º).

Com um capítulo específico para a Educação Especial, a Lei 9.394/96 exige dos sistemas de ensino uma educação especial para o trabalho, viabilizando a inserção dos educandos especiais nas diversas possibilidades de trabalho (art. 59, IV), com preferência para a oferta na rede regular de ensino.

Também a Resolução CNE/CEB²⁵⁶ nº 02, de 11 de setembro de 2001, possui disposições específicas quanto à preparação do ambiente de formação dos educandos especiais, denotando preocupação específica com o desenvolvimento de suas potencialidades. (arts. 3º, 4º, 16 e 17).

A culminância da evolução legislativa pátria em prol das pessoas com deficiência ocorreu com a promulgação do Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, que trouxe para o universo jurídico nacional a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, que estabeleceu critérios específicos para aferição de eventuais discriminações perpetradas contra deficientes.

Sobretudo no âmbito do trabalho, este instrumento significou avanço, haja vista a necessidade de repressão pontual de práticas discriminatórias comumente levadas a efeito, não só no momento da admissão ao trabalho, como também no ambiente de trabalho, e não só por empregadores e superiores hierárquicos, como também por colegas de trabalho em geral e eventuais usuários dos serviços.

Alguns aspectos referentes ao contrato de trabalho devem ser observados, sobretudo, sob o olhar da não-discriminação, cujo combate,

²⁵⁶ Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Básica.

segundo Maurício Godinho DELGADO, teve seu divisor de águas na Constituição Federal de 1998²⁵⁷.

Aspectos como meio ambiente do trabalho e segurança do trabalho não merecerão grande atenção neste item, por tratarem de regras essencialmente *universais* a todos os empregadores em relação aos trabalhadores, sejam eles pessoas com deficiência ou não.

A principal questão está na igualdade de salário e de oportunidades de ascensão profissional, uma vez que, tanto na admissão quanto na recolocação dos profissionais com deficiência, verificam-se, por vezes, situações de discriminação passíveis de reparação.

A vedação constitucional (art. 7º, XXXI) de discriminação quanto a salário e critérios de admissão é clara, embora na prática ainda presente, sejam observadas atitudes discriminatórias de toda sorte.

Na readaptação do trabalhador a nova função em razão de deficiência física, atestada pelo órgão de previdência, o princípio da irredutibilidade de salários o protege, sendo vedada a violação à vantagem personalíssima da maior remuneração.

Ressalte-se ainda que, na dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado no final do contrato de trabalho por prazo determinado de mais de 90 dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante (Lei nº 8.213/91, art. 93, § 1º).

Há divergências na doutrina quanto à correta classificação dessa garantia esposada no § 1º do art. 93, da Lei nº 8.213/91, havendo quem a considere garantia de emprego e quem a considere ato jurídico submetido a uma condição suspensiva. Considerando-se o primeiro entendimento, a dispensa do trabalhador deficiente antes da contratação de outro em

²⁵⁷ GODINHO DELGADO, Maurício. “Curso de Direito do Trabalho”. São Paulo: Ltr Editora, 2007, 6ª edição, p. 779.

semelhante condição ensejaria indenização ou reintegração. No segundo entendimento, este seguido por Maria Alice Monteiro de BARROS²⁵⁸, ter-se-ia que, o escopo protetivo do dispositivo em questão, a única saída possível seria o reconhecimento da nulidade da dispensa, com a conseqüente reintegração do trabalhador até a nova contratação prevista.

²⁵⁸MONTEIRO DE BARROS, Maria Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr Editora, 2006, 2. edição, p. 1140.

14. O APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE LABORAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL, COMPARADO E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

14.1. A História do Trabalho das Pessoas com Deficiência

Desde a Antigüidade remota, registros existem para comprovar o tratamento que se dedicava a pessoas com deficiência. Os povos primitivos tratavam-nas das mais diversas formas: muitos, simplesmente, eliminavam-nas, como empecilhos que representavam para a caça e para a marcha natural entre os nômades; outros, ao contrário, protegiam-nas, sustentando-as, no afã de conquistar a simpatia dos deuses, ou como medida de recompensa por mutilações sofridas durante a caça ou durante a guerra.

Rubens Valtecídes ALVES²⁵⁹ ilustra, nesta constatação, pelo exemplo dos Sirionos (tribo seminômade que habita a selva amazônica boliviana, próximo à fronteira com o Brasil) que costumam abandonar as pessoas com deficiência, idosas, ou com doenças que impeçam ou dificultem a movimentação da tribo. Os balineses (nativos da Indonésia), por sua vez, são impedidos de manter contato amoroso com pessoas que fujam do padrão estético ou comportamental em vigor. Sabe-se, ademais, que os astecas, de acordo com determinação expressa de Montezuma, confinavam as pessoas com deficiência em campos semelhantes a zoológicos para exposição e para escárnio público. Os hebreus proibiam as pessoas com deficiência de atuarem em atividades religiosas, por considerá-los pecadores atávicos punidos por Deus. A Lei das XII Tábuas previa, expressamente, autorização para que os “pater familias” eliminassem os filhos com deficiência, o mesmo ocorrendo em Esparta, onde as crianças com alguma deficiência eram projetadas, em cerimônia religiosa, do alto do Taigeto (abismo de mais de 2.400 metros de profundidade, próximo de Esparta).

²⁵⁹ VALTECIDES ALVES, Rubens. *Deficiente Físico: Novas Dimensões da Proteção ao Trabalhador*, São Paulo: Editora LTr, 1992. pp.18-32.

Rubens VALTECIDES ALVES, conforme já se dizia, relata o fato de que alguns povos antigos ou primitivos protegiam as pessoas com deficiência, sendo exemplo os hindus que, diferentemente dos hebreus, julgavam que as pessoas cegas reuniam condições de maior sensibilidade espiritual, justamente pela ausência da visão, e as escolhiam, preferencialmente, para o desempenho de funções religiosas. Os atenienses, por influência da concepção aristotélica da igualdade geométrica, no sentido de atender a cada um segundo o seu merecimento, desenvolveram um sistema semelhante a uma previdência social, contribuindo para o cuidado dos heróis de guerra e de suas famílias. Mantinham-nos, porém, afastados do convívio social, para que sua “saga” não influenciasse o moral das tropas. Por influência ateniense, também os romanos imperiais agiam da mesma forma. Discutiam, esses dois povos se a conduta adequada seria a assistencial, ou a readaptação desses deficientes para o trabalho que lhes fosse apropriado.

Válida parece uma análise da figura mitológica de Hefesto, retratada nos poemas *Ilíada* e *Odisséia* de Homero. Tratava-se de um deus, cuja peculiaridade consistia na capacidade de superar a deficiência física nos membros inferiores, tornando-se exímio na metalurgia e nas artes marciais.

Registra a mitologia que foi ele responsável, como deus do fogo, por forjar, no centro dos vulcões, os raios de Zeus, o tridente de Poseidon, a couraça de Herácles, as flechas de Apolo e as armas de Aquiles. Tal símbolo mitológico traduz o ideal humano de que as deficiências, em geral, não constituem limitações, por elas mesmas, ao trabalho da pessoa com deficiência. As capacidades dessas pessoas podem fazer-se notar desde que se abra espaço e se municie a pessoa com instrumentos adequados.

Durante a Idade Média, já sob a influência do cristianismo, os senhores feudais amparavam as pessoas com deficiência e os doentes em casas de assistência por eles mantidas. Progressivamente, no entanto, com a perda da influência do feudalismo, veio à tona a idéia de que as pessoas com deficiência deveriam ser engajados no sistema de produção ou assistidos pela sociedade que contribuía, compulsoriamente, para tanto. Em 1723, na Inglaterra, fundou-

se a “Work House”, que se destinava a proporcionar trabalho aos deficientes, mas foi ocupada pelos pobres que alijaram os primeiros daquele programa. Na França, instituiu-se, em 1547, por Henrique II, assistência social obrigatória para amparar pessoas com deficiência por meio de coletas de taxas.

Mas foi com o Renascimento que a visão assistencialista cedeu lugar, definitivamente, à postura profissionalizante e integradora de pessoas com deficiência. Uma percepção da realidade daquela época sob ótica científica derrubou o piegas estigma social que influenciava o tratamento das pessoas com deficiência, e na busca racional da sua integração promulgaram-se várias leis.

Na Idade Moderna, a partir de 1789, vários inventos se forjaram com o intuito de propiciar meios de trabalho e de locomoção às pessoas com deficiência, tais como a cadeira de rodas, bengalas, bastões, muletas, coletes, próteses, macas, veículos adaptados, camas móveis e outros. O sistema Braille, criado por Louis Braille, propiciou a perfeita integração das pessoas com deficiências visuais ao mundo da linguagem escrita. O despertar da atenção para a questão da habilitação e da reabilitação das pessoas com deficiência para o trabalho aguçou-se a partir da Revolução Industrial, quando guerras, epidemias e anomalias genéticas deixaram de representar as causas únicas das deficiências; o trabalho em condições precárias, ao ocasionar acidentes mutiladores e doenças profissionais, centralizou a preocupação para a questão de pessoas com deficiência, sendo necessária a própria criação do Direito do Trabalho e um sistema eficiente de seguridade social, com atividades assistenciais, previdenciárias e de atendimento da saúde, bem como de reabilitação dos acidentados. Fundaram-se organismos nacionais de apoio a pessoas com deficiência, nos séculos XIX e XX, entre os quais o Relief of Ruptured and Crippled, atual Hospital de Manhattan, nos Estados Unidos, e a Society and Home for Cripples, na Dinamarca.

O panorama contemporâneo do trabalho da pessoa com deficiência encontra-se registrado, com muita proficiência, pela OIT, em manual 86, recentemente divulgado no Brasil, o qual informa que, nas últimas décadas do

século XX, muitos países vêm adotando políticas de inclusão social e laboral de pessoas com deficiência, políticas essas que se manifestam por meio de reservas de vagas ou de cotas para trabalhadores com deficiência em empresas ou na administração pública. Em alguns países, diante da impossibilidade de atendimento das cotas por parte das empresas, facultam-lhes as determinações legais, uma contribuição com recursos financeiros direcionados para programas de formação profissional para pessoas com deficiência. São os seguintes: na Europa – França, Alemanha e Itália e, na Ásia – China, Japão e Tailândia. Em outros países, ainda existe legislação que se limita a proibir a discriminação em termos de critério de admissão e de conservação do emprego, bem como de remuneração e de garantia de progresso na carreira, como se constata na Austrália, no Canadá, na Nova Zelândia, em países escandinavos, na África do Sul, no Reino Unido e nos Estados Unidos. As medidas governamentais de implementação de políticas de emprego consistem em benefícios financeiros para empregadores e assessoramento técnico disponível.

A OIT atesta que o resultado dessas políticas implicou sensível crescimento da empregabilidade das pessoas com deficiência nos últimos vinte anos, em setores que incluem atividades competitivas do mercado de trabalho, com muito mais ênfase do que se dava em relação às oficinas protegidas. Há empresas que contratam diretamente pessoas com as mais diversas deficiências, enquanto outras adotam contratos experimentais ou de estágio. Também aqueles trabalhadores reabilitados de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais são contratados ou readmitidos em suas empresas de origem. Ressalta, finalmente, que lições valiosas foram apreendidas a partir da experiência concreta da atividade de pessoas com deficiência no trabalho e que tanto empregadores como entidades que lidam com pessoas com deficiência devem assegurar desempenho eficaz dessas pessoas no trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho destinou ao assunto duas Recomendações – nº. 99, de 1955 e nº. 168, de 1983 – e uma Convenção – nº. 159, de 1983. Todas essas Recomendações e Convenções decorreram da

Convenção e Recomendação nº. 111, de 1958, que trata de critérios gerais de anti-discriminação no trabalho e, também, da decisão da Organização das Nações Unidas – ONU – de consagrar o ano de 1981 como o ano das pessoas com deficiência²⁶⁰, a fim de iniciar um movimento em prol da sociedade inclusiva, movimento que perdura e se materializa nas diversas Convenções e Declarações que doravante se analisam.

14.2. Convenções e Recomendações da OIT²⁶¹ em Matéria de Discriminação no Trabalho

Convém, agora, expor-se o conteúdo da Convenção nº. 111²⁶², 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 Filadélfia²⁶³ para sublinhar que todos os seres humanos, sem distinção de raça, de crença ou de sexo, têm direito a perseguir

²⁶⁰ONU – Organização das Nações Unidas. Centro de Informação da ONU em Portugal. Disponível em: <<http://www.onupor.tugal.pt/anos.html>>. Acesso em: 02 nov. 2008.

²⁶¹A Emenda Constitucional nº 45/2005 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, dispondo, acerca da hierarquia dos tratados e convenções dentro do ordenamento jurídico brasileiro, nos seguintes termos: “Art. 5º (...): (...); § 3º 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.”

²⁶²OIT, “*Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo – 1919- 1984 – adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo*”. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1985. pp. 1.037-1.040.

²⁶³ “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 set. 2008.

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 dispositivos²⁶⁴.

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 OI, 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

²⁶⁴Organização Internacional do Trabalho. (OIT) “*Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*”, 1919-1984, *adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo*”, p. 1.037. 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”.

sua entrada em vigor. Finalmente (arts. 11 a 14), cuida dos procedimentos de revisão e de divulgação internacional de suas normas.

No mesmo ano, editou a OIT a Recomendação nº. 111²⁶⁵ sobre discriminação em empregos e em ocupações, justamente regulamentando a Convenção de mesmo número. Compõe-se de três partes concernentes a definições, formulação e aplicação da política e coordenação da prevenção da discriminação em todos os campos.

A primeira parte (art. 1º) repete, literalmente, as disposições da Convenção regulamentada, conforme acima se expôs. O art. 2º da segunda parte (arts. 2º a 9º) exorta a que os países-membros implementem políticas anti-discriminatórias nos empregos e nas ocupações, por meio de legislação e de convenções coletivas, considerando os seguintes princípios: Fomento da igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego é questão de ordem pública; Tratamento igual e idênticas oportunidades a todas as pessoas em face do acesso aos serviços de orientação e colocação profissional, acesso aos meios de informação e admissão ao trabalho, conforme as aptidões e escolhas pessoais, progresso profissional de acordo com a conduta, experiência, capacidade e operosidade de cada pessoa, segurança no emprego, remuneração compatível e uniforme, correspondente ao valor do trabalho e direitos a condições mínimas de trabalho como: jornada, períodos de descanso, férias anuais remuneradas, segurança e higiene no trabalho, seguridade social; Políticas de emprego não discriminatórias implantados por órgãos oficiais; Não tolerância de discriminação pelos empregadores quanto aos critérios de admissão, promoção e de dispensa em relação a qualquer pessoa ou ao fixar suas condições de trabalho e, em sendo assim, aqueles empregadores que agirem desta forma devem ser isentos de qualquer interferência ou intervenção de órgãos públicos ou privados; Os princípios aqui contidos deveriam ser objeto de limites e de incremento das negociações coletivas; As organizações de empregados e empregadores não deveriam

²⁶⁵ Organização Internacional do Trabalho (OIT). op. cit., pp. 1.041-1.043.

tolerar cláusulas discriminatórias em relação aos respectivos associados e não associados.

Os governos dos países-membros deveriam evitar discriminações contra orientação profissional e serviços de colocação no mercado de trabalho, tanto em face da iniciativa privada, quanto em face da administração pública, criando-se organizações compostas por comissões paritárias de empregados e empregadores ou outras interessadas em promover políticas anti-discriminatórias, com a finalidade de divulgar os princípios aqui constantes, bem como em receber e em examinar denúncias sobre discriminação, emitindo opiniões e sugestões sobre medidas de caráter corretivo. Qualquer medida legal ou de políticas públicas incompatíveis com a Recomendação deveria ser revogada ou interrompida por parte dos países-membros. O art. 6º, pela sua importância neste trabalho²⁶⁶.

O art. 7º também exclui do conceito de discriminação medidas que afetem pessoas sobre as quais recaiam suspeitas fundadas de atividades contrárias aos interesses do Estado. O art. 8º dirige-se aos trabalhadores imigrantes, incitando ao cumprimento dos princípios estabelecidos pela Convenção e pela Recomendação de 1949, a eles dirigidas. Encerrando a segunda parte, instiga a uma colaboração permanente entre autoridades, representantes de empregados e empregadores, além de organizações interessadas no implemento e no aperfeiçoamento de políticas anti-discriminatórias no trabalho. O art. 10º regula a parte final concernente à coordenação da prevenção e da discriminação²⁶⁷.

A Convenção nº. 159, de 1983, assume importância primordial, de vez que representa a posição mais atual do organismo internacional em comento e

²⁶⁶“Art. 6º. A aplicação da política de não discriminação não deveria desconsiderar as medidas especiais destinadas a satisfazer as necessidades particulares das pessoas que, por razões tais como sexo, idade, deficiência, origem familiar ou condição social ou cultural, façam jus, reconhecidamente, à necessidade de proteção ou assistência especial (tradução deste autor)”.

²⁶⁷“Art. 10º. As autoridades encarregadas da luta contra a discriminação em matéria de emprego e ocupação deveriam cooperar estritamente e de maneira contínua com as autoridades encarregadas da luta contra a discriminação em outros setores, a fim de que possam coordenar-se medidas adotadas a este respeito”. (tradução deste autor).

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 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 promover-se igualmente nas zonas rurais e nas comunidades apartadas. O Convênio dispõe, além disso, medidas em favor do desenvolvimento da formação e da disponibilidade de assessores especializados²⁶⁸.

Regulamentando a Convenção acima, editou a OIT, durante a 69ª Conferência em Genebra, em 1º de junho de 1983, a Recomendação nº. 168, que trata da reabilitação profissional e do emprego de pessoas com deficiência.

A Recomendação em apreço incorpora os conceitos da Recomendação nº. 99, de 1955, sobre habilitação e reabilitação profissional, que se deixará, por esse motivo, de colacionar. Considera a Recomendação nº. 168 o fato de que a Organização das Nações Unidas elegeu o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência e que, desde então, explicitou-se a necessidade de implementação de políticas públicas em âmbitos nacional e

²⁶⁸ Organização Internacional do Trabalho. (OIT) “*Resúmenes de normas internacionales Del trabajo*”. Genebra:OIT, 1991. p.29.

internacional, para garantir a plena participação das pessoas com deficiência na sociedade, bem como sua efetiva igualdade.

Considerou, também, a conveniência de se observarem os progressos havidos na compreensão acerca das necessidades das pessoas com deficiência, em relação tanto ao trabalho quanto à cidadania.

Apresenta-se, assim, com as seguintes partes: I – Definições e campo de aplicação; II – Reabilitação profissional e oportunidades de emprego; III – Participação da coletividade; IV – Reabilitação profissional nas zonas rurais; V – Formação de pessoal; VI – Contribuição das organizações de empregadores e de trabalhadores ao desenvolvimento dos serviços de reabilitação profissional; VII – Contribuição das pessoas com deficiência e suas organizações ao desenvolvimento dos serviços de reabilitação profissional; VIII – Reabilitação profissional como parte dos regimes de seguridade social; IX – Coordenação²⁶⁹.

Ao delimitar o campo de aplicação das diretrizes sugeridas, a Recomendação define pessoas com deficiência da seguinte forma: “toda pessoa cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de nele progredir estão substancialmente reduzidas em razão de uma deficiência de natureza física ou mental devidamente reconhecida” (item 1).

Estabelece, outrossim, no item 2, que a reabilitação e a habilitação profissional permitam a uma pessoa com deficiência obter e conservar um emprego adequado e nele progredir, e que se promova, assim, a integração ou reintegração dessa pessoa na sociedade. Preceitua que as medidas de reabilitação profissional sejam universais, por meio de programas de orientação e de formação profissional permanente, oferecidas o quanto antes possível (itens 4 a 6). Quanto à parte referente à reabilitação profissional e a oportunidades de emprego, sugere o princípio da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres com deficiência, tanto para acesso quanto para

²⁶⁹ Organização Internacional do Trabalho (OIT). “*Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*”. op. cit., pp. 1.710-1.717.

conservação do emprego correspondente a escolha pessoal do interessado (itens 7 e 8).

O item 9 é bastante importante, por isso se coloca em destaque. Reza que: “as ações afirmativas especiais destinadas a assegurar a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre os trabalhadores com deficiência e os demais trabalhadores não deveriam ser consideradas discriminatórias com respeito aos últimos”²⁷⁰. Pugna, também, pela adoção de medidas que equiparem as pessoas com deficiência às demais no trabalho, sugerindo as seguintes: Incentivos governamentais para que os empregadores contratem pessoas com deficiência e adaptem o meio ambiente de trabalho às necessidades dos trabalhadores com deficiência; Estímulo governamental para a criação de empregos protegidos para as pessoas que não tenham acesso aos empregos comuns; Fomento da cooperação entre as oficinas protegidas de produção e linhas comuns de produção; Estímulo governamental à orientação e à formação profissional de pessoas com deficiência; Estímulo para a criação de cooperativas incluindo sócios com deficiência e pessoas em geral; Estímulo para a criação de pequenas empresas, cooperativas ou oficinas de produção; Eliminação das barreiras físicas e arquitetônicas que atuem como obstáculo ao trabalho da pessoa com deficiência; Adaptação dos meios de transportes; Divulgação de experiências bem-sucedidas de emprego de pessoas com deficiência; Isenção de impostos para importação de equipamentos e instrumentos que possibilitem o emprego de pessoas com deficiência; Criação de empregos em tempo parcial; Estudos sobre os resultados de trabalhos de pessoas com deficiência; O governo deve impedir experiências que impliquem exploração de pessoas com deficiência durante a orientação e a formação profissional.

O governo deve implementar medidas de apoio e instrumentalização personalizada de pessoas com deficiência, a fim de possibilitar-lhes a obtenção, a manutenção e o progresso no emprego (itens 12 e 13). Nos itens 15 a 19 regula a terceira parte, qual seja, a da participação da coletividade.

²⁷⁰ Organização Internacional do Trabalho (OIT). *idem*, p. 1.711, (tradução do autor).

Exorta a que as questões concernentes à habilitação e à reabilitação profissional, tanto em comunidades urbanas quanto em rurais, ainda que distantes dos grandes centros, devem ser partilhadas por representantes do governo, de empresários e das pessoas com deficiência, com ampla publicidade quanto aos direitos das pessoas com deficiência e suas capacidades profissionais, bem como o apoio financeiro, material e técnico e reconhecimento oficial de organizações não governamentais bem sucedidas.

Nos itens 20 e 21 trata da quarta parte, qual seja a habilitação e reabilitação profissional na área rural, fixando a idéia de que deve ser garantida a isonomia de direitos e oportunidades a pessoas com deficiência que residam no campo ou na cidade. A quinta parte cuida da formação de pessoal, abrangendo os itens 22 a 30. Assinala a idéia de que os profissionais que lidam com a formação profissional de pessoas com deficiência devem receber treinamento específico e qualificado, tanto com relação às deficiências, quanto às possibilidades de trabalho nas oficinas protegidas de produção ou nas empresas, percebendo remuneração compatível e equiparada a outras áreas de formação profissional. Estimula, outrossim, a criação de cursos permanentes de qualificação e requalificação desses profissionais e seus auxiliares.

A sexta parte, a seu turno, estimula a cooperação das organizações de trabalhadores e de empregadores, convidando-as a fixarem políticas de formação e de orientação profissional de pessoas com deficiência, nos itens 31 a 37, em conjunto com as entidades de pessoas com deficiência, compondo, sempre que possível, conselhos e comissões paritárias constituídas em caráter permanente, para orientação, formação profissional e criação efetiva de empregos ou de atividades de empreendedorismo protagonizadas por pessoas com deficiência. As organizações de empregadores devem assessorar seus membros para estimular a contratação de pessoas com deficiência por meio de adequações materiais e atitudinais, o que também deve ser feito por organizações de trabalhadores. A sétima parte trata da contribuição das pessoas com deficiência e suas organizações (item 38), recomendando

incentivos para que participem no desenvolvimento de atividades comunitárias e estímulos governamentais a fim de promover o desenvolvimento dessas organizações e, por meio delas, criar programas de instrução da população, com o intuito de demonstrar uma imagem positiva das pessoas com deficiência e suas capacidades.

Nos itens 39 a 41, traça a oitava parte, cujo objeto é a inclusão da habilitação e reabilitação profissional nos regimes de seguridade social, instigando, os membros a adotarem os ditames contidos nos arts. 35 da Convenção sobre a Seguridade Social (de 1952), 26 da Convenção sobre as Prestações no Caso de Acidentes de Trabalho e Enfermidades Profissionais (de 1964) e 13 da Convenção sobre as Prestações de Invalidez, Velhice e Sobreviventes (de 1967). Finalmente, na parte nona, o item 42 estabelece que, na medida do possível, deverá haver uma coordenação entre as políticas de reabilitação profissional e as de desenvolvimento social e econômico, as de promoção de emprego, de formação profissional geral, de integração social, de seguridade social, de cooperativas, de desenvolvimento rural, as de pequenas indústrias, as de segurança e de higiene no trabalho e as de adaptação dos métodos de trabalho às necessidades pessoais e à melhoria das condições de trabalho.

14.3. O Direito Comparado das Pessoas com Deficiência na Comunidade Européia

Reafirma a gravidade da exclusão que se impõe às pessoas com deficiência. Pugna, por isso, por políticas públicas de emprego, de educação, de acessibilidade e de eliminação de barreiras, prevenção, saúde, proteção, reabilitação e novas tecnologias.

Verificar-se-á, nos próximos itens, o direito positivo de alguns países membros da Comunidade Européia, apenas para exemplificar, à guisa de

referência, o tratamento que as diversas legislações conferem à proteção das pessoas com deficiência.

14.3.1. O Direito Português

A dirigente Constituição portuguesa, de 02 de abril de 1976, no dizer de J.J. CANOTILHO, estabelece defesa incontestada da dignidade da pessoa como primado essencial (art. 1º), primado este lastreado no Estado Democrático de Direito, nas liberdades e direitos fundamentais, com aspiração socialista²⁷¹. A soberania portuguesa, a seu turno, respalda-se na vontade popular e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme também estabelece o art. 1º, mas a ordem constitucional portuguesa abre-se à influência direta do Direito Internacional, uma vez que o art. 8º assim estabelece:

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. (...)
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.
4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

²⁷¹ O preâmbulo da Carta Política portuguesa descreve as circunstâncias históricas revolucionárias que propiciaram a Constituição e propõe a meta da construção de um Estado socialista, fundado na liberdade, nos direitos fundamentais e na democracia.

Como se vê, as disposições referentes às políticas públicas, conforme requisitos mínimos fixados pela Comunidade Européia, fazem-se lei instantaneamente no Estado português, o que reforça o privilégio que se atribui aos direitos fundamentais, tanto na ordem interna, quanto na externa.

Para implementar esses desígnios constitucionais, o art. 9º da Constituição determina que o Estado deve:

- b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático; (...)
- d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais;

Deste modo, o Estado português assume uma postura pró-ativa no sentido de construir uma sociedade cuja característica dominante assente-se na igualdade real entre as pessoas, todas elas. Não apenas enuncia, a Constituição, a igualdade, mas impõe a busca permanente de sua efetivação, daí a importância da expressão “igualdade real”, que se materializa muito além da mera afirmação formal da igualdade de todos perante a lei. A igualdade real pressupõe o acesso aos bens da vida, bens mínimos para se assegurar a igualdade em dignidade e em direitos. O art. 13, nesse mister, propugna:

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

Esse desejo de igualdade, como se constata, domina intensamente a vontade constitucional portuguesa e, certamente, acolhem inclusive as pessoas com deficiência, embora não se mencione expressamente tais pessoas no item 2. Explique-se que a lista, dele constante, mostra-se meramente exemplificativa, e a disposição constante do art. 8º incorpora, automaticamente, as regras da Comunidade Económica Europeia, bem como as das Nações Unidas, como demonstrado linhas acima.

Ademais, o art. 50, da mesma carta política, determina que:

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, aos cargos públicos.
2. Ninguém pode ser prejudicado na sua colocação, no seu emprego, na sua carreira profissional ou nos benefícios sociais a que tenha direito, em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos.
3. No acesso a cargos electivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos.

O art. 58, ao seu turno, declara a universalidade do direito ao trabalho. Impõe que o Estado promova, para tanto, “a) políticas de pleno emprego; b) a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou gênero de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais; c) a formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores”. O artigo subsequente assegura a universalidade dos direitos sociais do trabalhador, determinando que o Estado assegure:

(...) as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente: a) O estabelecimento e a atualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre

outros fatores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade econômica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento; b) A fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho; c) A especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem atividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas; d) O desenvolvimento sistemático de uma rede de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais; e) A proteção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes; f) A proteção das condições de trabalho dos trabalhadores estudantes.

Mas o corolário constitucional do direito das pessoas com deficiência revela-se no art. 71 que, pela importância, será transcrito integralmente.

Artigo 71.º (Cidadãos portadores de deficiência)

1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.
2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.
3. O Estado apóia as organizações de cidadãos portadores de deficiência

Verifica-se, pelo teor do dispositivo, a postura inclusiva da Constituição Portuguesa em relação às pessoas com deficiência, eis que lhes outorga todos os direitos e deveres de cidadãos plenos, em capacidade de exercício e gozo de direitos. Impulsiona, assim, a ação estatal, para que tais direitos sejam efetivos, instando às ações afirmativas públicas e particulares para compensar as maiores adversidades inerentes à vida das pessoas com deficiência. O art. 74, ao tratar da educação, assegura no item 2, alíneas g e h, o acesso das pessoas com deficiência às escolas regulares, bem como à oficialização da língua gestual portuguesa.

Regulamentando o art. 50, combinado com o art. 71 da Constituição, há o Decreto-Lei 29 ²⁷², de 3 de fevereiro de 2001, que estabelece cota de trabalhadores com deficiência, com um grau de incapacidade igual ou superior a 60%, nos serviços e nos organismos da administração central e local, bem como nos institutos públicos que se revistam da natureza de serviços personalizados do Estado ou de fundos públicos. Considera deficiência, assim, aquela prevista na revogada Lei 9/89, de 2 de maio, as pessoas que, apresentando quaisquer limitações funcionais, possam superá-las mediante adaptação do posto de trabalho ou de concessão de instrumento hábil. As deficiências relacionadas acolhem as áreas de paralisia cerebral, orgânica, motora, visual, auditiva e mental.

O art. 3º do Decreto fixa a cota de 5% de vagas, em todos os concursos públicos, cujo número mínimo de postos abertos seja dez. Nos concursos em que o número de cargos a preencher seja inferior a dez e igual ou superior a três, garante-se a reserva de uma vaga para candidatos com deficiência. Em concursos que ofereçam uma ou duas colocações, ao candidato com deficiência, em situação de igualdade em classificação, concede-se direito de preferência, a qual prevalece sobre qualquer outra preferência ou disposição legal. Assinala-se exceção apenas a concursos referentes a carreiras com funções de natureza policial das Forças e dos serviços de segurança e do

²⁷² PORTUGAL. “*Decreto-Lei 29 de 3 de fevereiro de 2001*”. Universidade do Porto – Biblioteca. Disponível em: <http://paginas.fe.up.pt/demegi/Tec_Sup_DR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2008.

Corpo da Guarda Prisional, para os quais não se aceitam pessoas com deficiência.

Finalmente, regulando o art. 71, combinado com os arts. 58 e 59, da Constituição, a Lei nº. 38, de 18 de agosto de 2004, fixa políticas de prevenção, de habilitação, de reabilitação e de participação da pessoa com deficiência. O conceito de pessoa com deficiência estabelecido na lei, agora também aplicável aos cargos públicos, em vista da revogação da Lei nº. 9/89, consiste em:

Art.2.º Noção. Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congênita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a atividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.

Importante especificar que o conceito de pessoa com deficiência engloba aspectos fisiológicos, psicológicos, mentais, físicos, sensoriais e sociais. A expressão final do dispositivo contempla a inserção social da pessoa em razão de limitação congênita ou adquirida. Busca, deste modo, assegurar igualdade de oportunidades permanentes que se implementam por meio de políticas de constante acompanhamento da vida e da cidadania dessas pessoas, conforme consagra o art. 3º.

Os arts. 4º a 15 tratam dos princípios fundamentais que pautam a política referente às pessoas com deficiência, que são os princípios da singularidade, cidadania, não discriminação, autonomia, informação, participação, globalidade, qualidade, primado da responsabilidade pública, transversalidade, cooperação e solidariedade. Sintetizam-se tais princípios em quatro vertentes básicas: a) da independência e autonomia, b) da universalidade das ações, c) da não discriminação e d) das políticas públicas interdisciplinares de ação e informação. As pessoas com deficiência devem ser

respeitadas nas suas necessidades peculiares e opções pessoais, mas a atenção a elas dirigida deve derivar de políticas coletivas e paritárias, estabelecidas entre o Estado, as empresas e a sociedade civil organizada. A vertente da não-discriminação assegura proteção contra a discriminação direta ou indireta e impõe, para tanto, ações afirmativas. Finalmente, o princípio da transversalidade e globalidade revela o mister estatal de coordenar ações multidisciplinares articuladas para o atendimento dos objetivos firmados pelo legislador português.

O capítulo II (arts. 16 a 24), em consequência, traça o *modus operandi* do Estado na condução articulada da política paritária em prol da pessoa com deficiência, regulando a intervenção do Estado, intensidade e oportunidades; cria a entidade coordenadora das políticas públicas estabelecendo as funções centrais; dimensiona o grau recíproco de intervenção das entidades públicas e privadas; estimula o apoio às organizações não-governamentais que dispõem de função consultiva na condução das políticas públicas e, finalmente, estabelece regras de apoio à família da pessoa com deficiência.

O Capítulo IV cuida da prevenção, habilitação, reabilitação e participação propriamente ditas, sendo de se ressaltar o art. 28 que estabelece a cota de até 2% de trabalhadores com deficiência, considerando-se as dimensões respectivas, o que se estabelecerá por meio de norma regulamentar. Com relação à administração pública, a lei fixa o percentual de, no mínimo, 5%, conforme vier a ser regulado.

O quinto capítulo (arts. 41 a 47) disciplina as políticas transversais, alinhavando interessantíssimo modelo de interação dos órgãos públicos entre si e destes com a iniciativa privada para ampliar possibilidades e capacidades.

Os arts. 48 a 50, das disposições finais preconizam a criação de um fundo de apoio a pessoas com deficiência, com verbas advindas da coima em processos judiciais, em face de transgressores dos direitos das pessoas com deficiência; outrossim; preconiza a dotação orçamentária de recursos públicos

para as políticas aqui estabelecidas, bem como impõe ao Estado a regulamentação da presente Lei, sem fixar prazos.

Segundo CANOTILHO, o Direito Constitucional português garante proteção contra a discriminação para as pessoas com deficiência, e tal proteção assume dupla perspectiva. A primeira diz respeito ao fator negativo da discriminação, louvando-se as pessoas com deficiência com leis e dispositivos constitucionais que as preservam de qualquer ação excludente de direitos ou de deveres, correspondente, destarte, ao direito à igualdade. A segunda refere-se à ação positiva estatal e se materializa no direito de exigir do Estado a consubstanciação das condições fáticas que viabilizem o acesso aos bens da vida e aos direitos mesmos das pessoas com deficiência²⁷³.

António de ARAÚJO sublinha os aspectos indicados por CANOTILHO e Vital MOREIRA, na medida em que considera que a parte um do art. 71 refere uma dimensão preceptiva e outra programática, utilizando os mesmos argumentos já delineados pelos autores supracitados. Citando Joseph RAZ, assinala que: “(...) o Estado tem o dever não apenas de assegurar protecção contra as ameaças à liberdade, mas também de providenciar as condições para o desenvolvimento da autonomia dos indivíduos.”²⁷⁴.

O aspecto peculiar à doutrina de António ARAÚJO, porém, reside na oportuna lembrança de que a revisão constitucional de 1997 abandona o conceito de “pessoa deficiente” e insere, no texto constitucional, o conceito de “cidadão portador de deficiência”, caminhando, assim, de forma resoluta, para a concepção da sociedade inclusiva. Afirma, com razão, que não se trata de mera alteração semântica irrelevante, eis que as diversas definições possíveis de deficiência plenificam-se de carga ideológica evidente. A deficiência pode ser analisada sob vários discursos, que se alternam nas diversas legislações e períodos históricos. Pode ser vislumbrado, por exemplo, sob o ponto de vista

²⁷³CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *“Constituição da República Portuguesa Anotada”* apud ARAÚJO, António de. *“Cidadãos Portadores de Deficiência – O seu lugar na Constituição da República”*, Editora: Coimbra. 2001. pp. 19-20.

²⁷⁴RAZ, Joseph. *“The morality of freedom”* apud ARAÚJO, António de. op. cit., p. 114.

de um médico, de um leigo, de uma pessoa caritativa, de um profissional de direito ou de gestão.

Expressões como “acometido por deficiência”, “pessoa fisicamente diminuída”, “inválida”, “incapaz”, “aleijada”, e tantas outras, enfocam o aspecto excludente da deficiência, que pode efetivamente negar direitos ou assegurá-los de forma meramente assistencial.

Na verdade, a definição implica o poder de captar a realidade do objeto definido, segundo a ótica de quem define, e esta, no caso da pessoa com deficiência, tem sido curiosamente alterada conforme se alternem os ângulos da visão política que analisa a questão. A sociedade inclusiva, plenamente cidadã e acolhedora das diversidades humanas, acolhe-as apenas como referência, não como elementos distintivos de direitos ou de deveres, nem como referência para a tomada de medidas de proteção negativa ou afirmativa.

14.3.2. O Direito Espanhol

Antes de exponer los hitos más relevantes del tratamiento jurídico de la protección de las personas con discapacidad, conviene partir de una aproximación começando com um resumo da evolução histórica deste. Hay que destacar, desde já, que las personas con discapacidad han sido objeto de tratamientos muy dispares a lo largo de la historia, fruto de la distinta concepción que la sociedad ha tenido de estas personas y de las causas que dan origen a la discapacidad.

Segundo a professora titular de Derecho Civil, Maria Del Carmen GARCÍA GARNICA, em seu trabalho sobre La Evolución Hacia El Modelo Social Del Tratamiento Jurídico de las Personas con Discapacidad, publicado na obra Derecho tributário y las personas con necesidades especiales: una apuesta por las medidas jurídicas transversales” ²⁷⁵, a través de la historia

²⁷⁵Dir. LÓPEZ MARTINEZ, Juan. Editora: Tirant Lo Blanch (en prensa). Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía, “Análisis interdisciplinar de los

hasta nuestros días, cabe distinguir tres grandes modelos o etapas en la atención jurídica de las personas con discapacidad.

GARCÍA GARNICA afirma que a primeira etapa é referente a marginación de las personas con discapacidad. Na tradição judaico-cristã em que o ordenamento jurídico español tem suas raízes, os defeitos físicos e mentais das pessoas eram considerados frutos de maldições e castigos para os pecados destas. Devendo, dessa forma, serem ocultados dos demais, escondidos, o que também camuflou a origem do problema.

Dessa forma, concluimos que no que diz respeito a lo largo de la historia, é que as pessoas com deficiência, han sido víctimas de prácticas atroces como el exterminio, la marginación, el desprecio o la persecución, sendo lhes negada la condición misma de persona y eran excluidas social e incluso físicamente.

Frente a ese rechazo y marginación absolutos de los que durante siglos han sido víctimas las personas con discapacidad, a partir del siglo XIX podemos cifrar una segunda etapa, caracterizada por una concepción paternalista o médico-rehabilitadora de la discapacidad. Nesta etapa, as pessoas com deficiência recuperaram, ao menos formalmente, seu raciocínio jurídico de sujetos de derecho, com capacidade para contrair direitos e obrigações.

Paralelamente, del rechazo o la persecución de las personas que adolecían de alguna discapacidad, se pasó a un modelo basado en la adopción de políticas basadas en la caridad y en argumentos paternalistas²⁷⁶.

En consecuencia, la protección de las personas en que concurre alguna discapacidad que merma su capacidad de autogobierno, pero que carecen de

instrumentos de protección y promoción de las personas dependientes” (código P08-SEJ-04088).

²⁷⁶ No obstante, hasta bien entrado el siglo XX la atención de los discapacitados era incluso represiva. A título ilustrativo, en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970, se consideraban como peligrosos, entre otros, “los enfermos y deficientes mentales” (art. 3).

patrimonio, queda con demasiada frecuencia en manos de la buena voluntad y de la guarda de hecho que ejercen sus familiares o allegados.

Finalmente, a partir de los años setenta del pasado siglo XX hasta la fecha, en poco más de tres décadas, y en rápida evolución, se ha gestado un modo diverso de atender a las necesidades de las personas con discapacidad. Un modelo social que se basa en dos pilares fundamentales, surgiendo então a terceira etapa, El Modelo Social De La Discapacidad.

En primer lugar, en la consideración de la protección de las personas con discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Se toma conciencia de que la discapacidad no es un problema, sino una circunstancia personal que requiere en determinados supuestos de medidas específicas para garantizar el goce y el ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas, o foco se da então, a partir de garantir seus direitos e dignidades iguais aos dos outros.

En segundo lugar, se abandona la consideración, propia del modelo anterior, se toma conciencia de que la discapacidad no es una cualidad ni un problema meramente personal, sino sobretudo una cuestión social.

Contudo, a verdadeira origem de la “falta de capacidad” está en las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y asegurar que las necesidades que las personas con discapacidad sentirem, dentro da organização social, sejam supridas. Una simple mirada al entorno basta para ver edificios y medios de transporte inaccesibles, actitudes discriminatorias y estereotipos culturales negativos que, como denuncian los propios afectados, son los que realmente les “discapacitan” y les impiden o dificultan su integración social.

En definitiva, este modelo concibe la discapacidad como un fenómeno complejo, que no es sólo resultado de un atributo de la persona, sino de un conjunto de condiciones y condicionantes, muchos de los cuales son creados por el contexto social, o que levou a centrar a atenção na eliminação de barreiras sociais e físicas, para a plena inclusão e participação das pessoas

com deficiência, para desfrutar os direitos em condições de igualdade com os demais.

O objetivo não será a normatização das pessoas com deficiência e sim da sociedade como um todo, para hacer frente a las necesidades de todas las personas. A partir de este momento, se procurará la inclusión social de las personas con discapacidad, a través de la igualdad real de oportunidades.

Las nuevas normas suelen coincidir en destacar como objetivos la integración social, la no discriminación y el pleno ejercicio de derechos por las personas con discapacidad. Todo ello, con la salvaguarda de la dignidad de las personas con discapacidad como referente último.

A finales de los 70 del siglo XX, el compromiso y la obligación de luchar contra la discriminación y desprotección social de las personas con discapacidad fue convertida en norma jurídica y colocada en la más alta y obligatoria de todas ellas, la Constitución de 1978.

En la misma línea, hay que destacar la discriminación positiva, también denominada por algunos *acción positiva*. Se trata de la implantación de medidas de discriminación a favor de colectivos sociales desfavorecidos, a fin de lograr su igualdad real y no meramente formal. Las acciones han variado entre la reserva de una cuota mínima de puestos de trabajo a las personas con discapacidad, en el sector público y privado; la exención de tasas para facilitar su acceso a la educación; etc. Si bien, estas medidas deben ser progresivamente sustituidas, reemplazando la “discriminación” por la “normalización”.

Hay que destacar que aunque se ha producido un cambio cualitativo del modelo meramente prestacional a un modelo que procura la igualdad real y efectiva, y el pleno disfrute de todos los derechos fundamentales por las personas con discapacidad; el modelo social no excluye la necesidad de medidas asistenciales y rehabilitadoras. Por el contrario, la integración social sin apoyo vendría a ser una declaración meramente formal y quedaría en papel mojado. El modelo social se completa con la necesidad de seguir ofreciendo

medidas rehabilitadoras y de tratamiento, en el nivel máximo que la sociedad sea capaz de ofrecer.

Concretamente, ha sido en los últimos 30 años cuando se han abandonado posiciones asistencialistas, paternalistas y reductoras de la dignidad de este colectivo de personas, que les trataban como meros destinatarios pasivos de las prestaciones y de las políticas inherentes a un modelo médico o rehabilitador.

La CE ha sido la base y el motor de una rápida evolución en los últimos años hacia el modelo social de protección de las personas con discapacidad y para la asunción de su protección como una cuestión de derechos humanos.

Segundo a doutrina²⁷⁷, na Espanha, o espectro jurídico constitucional que sustenta os direitos das pessoas com deficiência decorre da combinação dos arts. 9, 10, 14, 40, 41 e, finalmente, o art. 49 daquela Carta Política, sendo o último aquele que versa especificamente a respeito da matéria, en el que se consagran los “principios rectores de la política económica y social”. O art. 9º da Constituição Espanhola (CE), de 27 de dezembro de 1978, no seu número 1, declara que todos os cidadãos espanhóis estão sujeitos à Constituição e às leis comuns; estabelece, no seu número 2, ainda, que:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social²⁷⁸.

²⁷⁷VILLATORE, Marco Antônio César. “A pessoa portadora de deficiência no Direito do Trabalho brasileiro e o tema no Direito do Trabalho comparado”. Genesis: Revista de Direito do Trabalho. Nº 15 (88) – abril 2000, pp. 552-563; ARAÚJO, António de. op.cit., pp. 20; 81-85; GARCÍA MURCIA, Joaquín. “El trabajo de los incapacitados”. Tribuna Social: “revista de seguridad social y laboral”. Número 91 – monográfico, julio de 1988, pp. 25-40.

²⁷⁸CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. “La Constitución Española”. Disponível em: <http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/titulo_preliminar.html>. Acesso em: 30 set. 2008.

O número 3, por sua vez, trata do princípio da legalidade, da hierarquia das leis, da irretroatividade, da publicidade das normas e outros.

Observa-se, portanto, que o número 2 da norma em análise cuida de projetar a postura pró-ativa do Estado espanhol, no sentido de fixar atitude efetiva para que se propicie igualdade real entre os cidadãos, mister tipicamente estatal. Fica, assim, o Estado incumbido da remoção dos obstáculos físicos, atitudinais, políticos e econômicos, para que toda e qualquer pessoa na Espanha usufrua a igualdade de direitos e de deveres.

O art. 14, fazendo eco à disposição supra, afirma o princípio da igualdade ao dispor que: “Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Trata-se da afirmação da igualdade formal de todos perante a lei, correspondente ao caput do art. 5º da Constituição brasileira. É bom lembrar que o art. 9º, tal qual o 3º da Constituição brasileira, confere ao Estado a missão de garantir que a igualdade extrapole a mera declaração de intenção formal e se converta em realidade.

Os arts. 40 e 41, da mesma Carta Política, elencam os direitos trabalhistas do povo espanhol. O primeiro consagra o direito ao pleno emprego, por meio de políticas públicas que garantam oportunidades a todos para o trabalho e pugna por leis que implementem a segurança e a higiene no trabalho. O art. 41 trata da seguridade social universal e ampla em termos da cobertura das contingências, em especial do desemprego.

O art. 49, por sua importância, será transcrito:

“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para

el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

Joaquín GARCÍA MURCIA²⁷⁹ afirma, com razão, que a leitura combinada dos artigos 14 e 49 permite não só reafirmar a igualdade formal de todos os cidadãos, inclusive os com deficiência, mas também assegurar igualdade substancial em termos de oportunidades de trabalho às pessoas com deficiência. Isto decorreria, segundo o autor, das Convenções da OIT (111 e 159), da Carta de Direitos Sociais Fundamentais, da Comunidade Européia e da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006.

No que concerne às normas ordinárias, constata-se uma profusão de regras que serão apenas enumeradas, indicando-se os respectivos assuntos, para se sedimentar a análise da regra que assegura reserva de vagas em órgãos públicos ou empresas privadas: o art. 7^a, § 1^o, da Lei 13/1982 (LISMI) traz a definição de pessoa com deficiência nos seguintes termos: “(...) entender-se-á por deficiente toda pessoa cujas possibilidades de integração educativa, laboral ou social se encontrem diminuídas em resultado de uma deficiência, previsivelmente permanente, de carácter congênito ou não, nas suas capacidades físicas, psíquicas ou sensoriais”²⁸⁰ e dispõe a respeito da necessidade de adaptação dos transportes coletivos públicos; o Real Decreto 7/1989 assegura vantagens a deduções fiscais às pessoas com deficiência; o Real Decreto 620/1981 regulamenta concessão de apoio financeiro a pessoas com deficiência para a aquisição de cadeiras de rodas ou de veículos motorizados; o Real Decreto 20028 /1985 igualmente regula a concessão de redução tributária para a aquisição de veículos; o Real Decreto 383/1984, executando a Lei 13/1982, trata de subsidiar o transporte de deficientes; o Real Decreto 3250 /1983 determina o acompanhamento de deficientes visuais por servidores públicos em repartições e transportes públicos; a Lei 30/1984,

²⁷⁹ GARCÍA MURCIA, Joaquín. op. cit., p. 30.

²⁸⁰ ARAÚJO, António de. op. cit., p. 84.

alterada pela Lei 23/1988, determina que toda oferta de emprego público deve reservar 3% dos lugares para as pessoas com deficiência que possuam uma incapacidade de, no mínimo, 33%; o Real Decreto 364/1995 assegura a adaptação dos locais de trabalho das pessoas com deficiência; Lei 38/1992 isenta de impostos veículos matriculados em nome de pessoas com deficiência; Lei 25/1998 – regulamenta benefícios tributários sobre sucessões e doações em relação às pessoas com deficiência; Real Decreto 6/1999 estende benefícios concernentes à famílias numerosas para aquelas as quais tenham pelo menos dois filhos, e, dentre eles, um com deficiência; Real Decreto nº. 1.971/1999 estabelece procedimentos para reconhecimento, declaração e qualificação da deficiência; Lei 3/1997 promove acessibilidade e supressão de barreiras arquitetônicas, urbanísticas, de transportes e de comunicação. “Ley 41 de 2003: Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Ley 39 de 2006: *de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*”.

No que diz respeito ao trabalho, realça a doutrina²⁸¹, como precursoras, destacam-se a LISMI (Lei 13/1982) e a Lei de Seguridade Social (LGSS/74), mas, sobretudo, o Decreto Real nº. 1.451/1983, que as regulamenta e lança as bases para a ratificação legislativa operada em 1997 pelas Leis nº. 63 e nº. 66. O art. 4º, do Decreto Real citado, reza que “as empresas públicas e privadas com mais de 50 trabalhadores fixos deverão contratar 2% ou mais de trabalhadores portadores de deficiência”. Os arts. 5º e 6º do Decreto nº. 1.451/83 delineiam procedimentos para a tabulação de postos de trabalho já ocupados, ou que virão a ser, por pessoas com deficiência, tanto por meio de tabelas oficiais a serem supridas por informações das empresas, quanto por meio de negociação coletiva. A Lei nº. 66, de 1997, ratificou, com esse processo legislativo, a dicção do art. 4º do Decreto Real 1451/83.

²⁸¹ VILLATORE, Marco Antônio César. op. cit., p. 559. GARCÍA MURCIA, Joaquín. op. cit., p. 38.

Finalmente, o Decreto Real nº. 1/95, que contempla o Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, teve sua redação alterada, na segunda parte das disposições adicionais, pela Lei nº. 63/97, para que se concedesse uma gama de incentivos fiscais a empresas que contratassem pessoas com deficiência em tempo integral e/ou para a formação profissional, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social respectivas²⁸².

É interessante destacar, à guisa de conclusão do estudo do direito espanhol, a doutrina de Ricardo ESTEBAN LEGARRETA²⁸³. Segundo este autor, o Direito laboral na Espanha, no final do século XX, atravessava um processo de flexibilização e de desregulamentação acentuado, mas, em contrapartida, traduzia uma atenção especial a determinados grupos de trabalhadores e empregadores que merecessem tratamento diferenciado no tocante à contratação individual. As pessoas com deficiência, certamente, incluíam-se nesse rol e, com efeito, têm, por força do art. 49 da Constituição, o direito a prestações estatais peculiares de compensação, concernentemente à empregabilidade. Essas compensações dizem respeito não apenas aos contratos individuais, mas, sobretudo, à própria garantia do direito ao trabalho, no âmbito geral da cidadania espanhola. Tal posicionamento justifica a edição de uma norma especial de emprego ao cidadão com deficiência, a qual isentasse de caráter discriminatório.

Prossegue discutindo o direito ao trabalho. Reconhece que se trata de um direito complexo, pois decorre de uma série de circunstâncias fáticas favoráveis ou adversas e também do direito subjetivo do empregador de empregar ou não. Desenvolve, assim, seu estudo enveredando por duas vertentes que jorram da análise de decisões do Tribunal Constitucional espanhol.

²⁸²“Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo de 1995”. “*Ley del estatuto de los trabajadores*”. Disponível em: <<http://www.igsap.map.es/cia/dispo/6031.htm#adi>>. Acesso em: 13 out. 2008.

²⁸³ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo. “*La relación laboral especial de los minusválidos*”. Tribuna Social: “*revista de seguridad social y laboral*”. Número 91 – monográfico, julio de 1988, pp. 41-43.

A primeira vertente toca ao direito individual do trabalhador de obter e de manter seu posto de trabalho, desde que habilitado para tanto.

Uma vez que o trabalhador individualmente não teria como exigir um emprego, tanto do Estado como de um empregador, deve preparar-se e ingressar no mercado de trabalho obedecendo às exigências do mercado.

Conforme os arts. 35 e 40 da Constituição, porém, o empregador não pode, simplesmente, despedir o trabalhador unilateralmente, sem justa causa, garantindo-se ao prejudicado a reivindicação judicial de sua estabilidade. A segunda dimensão orbita na esfera coletiva. Nesse sentido, compete ao Estado envidar esforços e políticas permanentes visando o pleno emprego, o que se afiguraria um pressuposto indispensável à efetividade do direito constitucional ao trabalho. As garantias de emprego especial às pessoas com deficiência destinam-se, destarte, não apenas à superação dos obstáculos inerentes à condição de pessoa com deficiência, mas, sobretudo, à validação do direito amplo dos cidadãos espanhóis às políticas que implementem o princípio do pleno emprego.

GARCÍA GARNICA, em seu outro artigo, sobre a hipoteca inversa como instrumento privado para el sostenimiento económico de la dependencia²⁸⁴, com base em suas considerações, afirma que a promoção da autonomia e a proteção das pessoas com deficiência é um problema complexo, transversal e multidisciplinar, ao que todos convergem ao mesmo tempo uma série de aspectos sociais, econômicos, jurídicos, laborais, etc. Esta complejidad, unida a la generalidad del fenómeno, han puesto de relieve prácticamente desde un primer momento la necesidad de hacer converger en la atención de la dependencia los esfuerzos públicos y privados, y ello, tanto a nivel asistencial, como a nivel financiero.

De entre ellos, nuestra atención se centrará en estas líneas en describir la configuración jurídica con la que el legislador español ha introducido en

²⁸⁴ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “La hipoteca inversa: un instrumento financiero para contribuir al sostenimiento económico de las personas dependientes”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2011, pp. 91-110.

nuestro derecho la hipoteca inversa, precisamente, en el marco y con la finalidad de atención al sostenimiento económico de la dependencia.

A hipoteca inversa, diz respeito a una operación financiera especialmente diseñada para mayores de 65 años y personas dependientes, con la que se posibilita convertir a dinero el valor patrimonial que representa la propiedad de su vivienda, sin perder la titularidad. Esta se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, periódicas o en forma de cobro único, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución, y al alcanzarse dicho porcentaje se deja de disponer de la renta aunque la deuda sigue generando intereses.

La hipoteca inversa debe ser concedida por una entidad de crédito o una entidad aseguradora y el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar deben ser mayores de 65 años o afectados de dependencia severa o gran dependencia.

En España está regulada por la Ley 41 de 7 de diciembre de 2007 (Reforma del mercado hipotecario). En el Punto 4º de la Disposición Adicional 1ª se exige que las Entidades crediticias ofrezcan un asesoramiento independiente a los particulares, con la finalidad de garantizar los derechos de los clientes y su adecuación a sus necesidades económicas y financieras. Esa labor de asesoramiento normalmente la realizan empresas especialistas que trabajan para los clientes particulares.

14.3.3. O Direito Francês

Não há, na Constituição da República da França, de 4 de outubro de 1958, qualquer menção específica acerca dos direitos das pessoas com deficiência, mas a França desenvolve, desde a Primeira Guerra Mundial, um amplo sistema de proteção jurídica aos cidadãos com deficiência.

Inicialmente, atenderam-se os heróis de guerra, para, logo a seguir, estenderem-se benefícios aos acidentados no trabalho e, progressivamente, a toda a população de pessoas com deficiência.

A doutrina refere-se à Lei 75-534, de 30 de junho de 1975, a qual concentra as medidas de apoio e de ação afirmativa dirigidas a esses cidadãos, outorgando-lhes todos os direitos civis e políticos por meio, inclusive, de ações afirmativas que viabilizem a consagração de tais direitos. A norma em questão define pessoas com deficiência como: “(...) qualquer pessoa com menos de 60 anos de idade é considerada como ‘deficiente’ quando sua capacidade residual de trabalho é reduzida para 2/3”²⁸⁵. Esse percentual de alteração da capacidade física, mental, sensorial ou múltipla é auferido por um órgão oficial, cuja missão consiste em avaliar as restrições e, acima de tudo, a vocação dessas pessoas com deficiência, para que, tomando-se como referencial as tendências vocacionais identificadas, indiquem-se postos de trabalho adequados (art. L. 323-11, do Código do Trabalho francês, de 1973). As deficiências são classificadas, então, em níveis que oscilam entre os graus leve, moderado e sério.

O Código do Trabalho francês, em seu art. L. 323-1, reserva postos de trabalho no importe de 6% dos trabalhadores empregados em empresas com mais de vinte empregados²⁸⁶. Ademais, a legislação francesa estabelece incentivos à contratação de pessoas com deficiência e que se corporificam na redução da cota patronal da previdência para subsídio dos salários; bônus para contratação de pessoas com deficiência na condição de aprendizes; subsídios para entidades filantrópicas ligadas às pessoas com deficiência; salários mínimos assegurados por lei, que variam de acordo com a ocupação.

José PASTORE²⁸⁷, por seu turno, aponta outras peculiaridades que considera incentivadoras da contratação. A primeira delas diz respeito às

²⁸⁵ VALTECIDES ALVES, Rubens. op. cit., p. 75.

²⁸⁶ VILLATORE, Marco Antônio César. op. cit., p. 560.

²⁸⁷ PASTORE, José. “Oportunidades de Trabalho para Portadores de Deficiência”, São Paulo : LTr, 2000. pp. 165-167.

peças que apresentam deficiências graves, as quais equivalem a 1 ½, 2 ou 2 ½ pessoas, para fins de cumprimento da cota; pontua-se, outrossim, adicionalmente, a contratação de pessoas com deficiência que acusem idade inferior a 25 e superior a 50 anos; a de pessoas que receberão treinamento no interior das empresas; ou a daquelas que receberão o mesmo treinamento em entidades especializadas, mas mantidas e remuneradas pelo empregador.

Logo, a empresa poderá contratar trabalhadores para postos de trabalho em oficinas protegidas ou, até mesmo, para trabalhos em domicílio. Realça o sociólogo a possibilidade de que as empresas que, por alguma razão não possam contratar diretamente pessoas com deficiência, tenham a perspectiva de pagar uma taxa, uma contribuição, que reverterá para um fundo daquele órgão oficial destinado à formação e à orientação profissional de pessoas com deficiência.

Outra medida louvada pelo autor diz respeito à contratação terceirizada de pessoas com deficiência, que pode ser estabelecida pela empresa nas mesmas condições já mencionadas. A peculiaridade reside no fato de que, se a empresa exigir de seus fornecedores terceirizados a contratação de pessoas com deficiência, será tal trabalhador considerado empregado da empresa tomadora, para fins de preenchimento da respectiva cota. Os trabalhadores terceirizados, no entanto, não podem ultrapassar o percentual de 50% da cota obrigatória. Aduz que: “Cerca de 63% das empresas pagam a contribuição; 12% contratam toda a cota; 20% contratam uma parte e pagam contribuição para completar a cota; as demais fazem outras combinações. As grandes empresas preferem contratar diretamente ou através de entidades de ‘trabalho protegido’. A maioria das pequenas paga a contribuição. As médias combinam cota com contribuição”²⁸⁸. PASTORE acrescenta, ainda, os mesmos subsídios apontados por Valtecides ALVES e sublinha o estímulo que se concede ao trabalho autônomo por meio de benefícios previdenciários de renda mínima, bem como de seguro-desemprego e a fruição de recursos públicos para

²⁸⁸ PASTORE, José. op. cit., p. 166.

empresas que implantem programas de formação profissional, habilitação ou reabilitação de pessoas com deficiência.

Mencionam-se, ainda, pela doutrina de António de ARAÚJO, as Leis 87-517 e 91-663, respectivamente, referentes a emprego e acesso à habitação, a locais de trabalho e a espaços públicos para as pessoas com deficiência. Cita, também, o art. 52 da já mencionada Lei 75-534, sobre o acesso a transportes coletivos ou, em casos de necessidade, transportes individuais. Lembra a Lei 90-602, que é relativa à proteção contra discriminação em razão do estado de saúde ou da deficiência.

14.3.4. O Direito Italiano

O art. 3º da Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947, consagra o princípio da igualdade de todos perante a lei, bem como o princípio da dignidade da pessoa e o da eliminação do preconceito de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condição pessoal e social. Em sua segunda parte, o referido artigo diz ser dever do Estado italiano a remoção dos obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

Também o art. 4º, em sua primeira parte, afirma que a República reconhece o direito ao trabalho de todos e promove as condições que rendam efetivo esse direito. A segunda parte, do mesmo artigo, outorga a cada cidadão o dever de desenvolver uma atividade produtiva, conforme escolhas e aptidões de cada um, para que concorram ao progresso material ou espiritual da sociedade²⁸⁹.

²⁸⁹ VILLATORE, Marco Antônio César. op. cit., p. 557.

Convém, outrossim, ressaltar que o art. 38, da mesma Carta assegura aos incapazes e às pessoas com deficiência o direito à educação e ao encaminhamento profissional.

A Lei nº. 482, de 2 de abril de 1968, estabelecia, para ocupação de vagas em empresas com mais de 35 empregados, uma cota de 15% de pessoas com deficiência. Constatou-se, porém, que a população de pessoas com deficiência hoje na Itália é de 3,5%²⁹⁰, o que evidenciava o caráter hiperestimativo das cotas vigentes. Desse modo, em 12 de março de 1999, editou-se a Lei nº. 68 que, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados deverão contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados, duas pessoas com deficiência, no caso de empresas com 36 a 50 trabalhadores, e uma, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores.

Em atividades que exijam aptidão física plena, as pessoas com deficiência podem ser contratadas para desenvolver trabalhos na área administrativa. Segundo a doutrina italiana, manifesta no entendimento de Maria Cristina CIMAGLIA²⁹¹, a Lei em apreço preocupa-se, acima de tudo, com a adequação entre as habilidades e as preferências das pessoas com deficiência e a demanda do mercado de trabalho. Na opinião de Maurizio CINELLI²⁹², faz-se relevante observar que a cota de 7% não é obrigatória, mas sugerida por lei, o que implica uma postura construtiva, progressiva, próativa do Estado e da sociedade, no sentido de se galgar, passo a passo, a inclusão das pessoas com deficiência, cuidando-se de inseri-las em atividades efetivamente produtivas e satisfatórias ao empregador e ao trabalhador.

²⁹⁰STELLUTI, Carlo. “Le nuove norme per il diritto al lavoro dei disabili”. *Lavoro Informazione*. Nº 6, ano XVIII-31 de março de 1999, p. 9.

²⁹¹CIMAGLIA, Maria Cristina. “Gli aspetti giuridici della legge sul diritto al lavoro dei disabili”. *Lavoro Informazione*. Nº 9, ano XVIII - 15 de maio de 1999, 1999, p.14.

²⁹²CINELLI, Maurizio. “Profili del collocamento obbligatorio ‘riformato’ ”. In: Maurizio Cinelli e Pasquale Sandulli (Coord.). *Diritto al lavoro dei disabili*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. pp. 3-16.

14.3.5. O Direito no Reino Unido

A proteção legal de pessoas com deficiência no Reino Unido é recente. Segundo a doutrina, prevaleceu, historicamente, o tratamento assistencial desenvolvido em hospitais, asilos e materializado por meio de pensões pagas pelo Estado²⁹³.

O primeiro diploma legal caracterizando as pessoas com deficiência como um “grupo” individualizado foi o Disabled Persons (Employment) Act, de 1944, que procurou fixar os direitos laborais das pessoas com deficiência, apresentando uma linha, apenas, de conduta patronal em face de trabalhadores com deficiência, linha esta que tratava de aspectos da dinâmica de trabalho, para que as empresas se adaptassem, em termos materiais e comportamentais, mas não garantiu absoluta isonomia de tratamento quanto a salários. Tanto é verdade que se editou, no mesmo ano, o Education Act, de forte inspiração paternalista, preceituando que as crianças com deficiência deveriam freqüentar as aulas com os seus pares, com outras crianças com deficiência, em salas e em escolas especiais, durante o primeiro e segundo graus de sua formação educacional. A política assistencial, no entanto, notabilizou-se, de forma cabal, por meio do National Assistance Act, de 1948, o qual impunha, em sua Seção 29, caber às autoridades locais o dever de “arranjar serviços” (“arrange services”) para as pessoas com deficiência, tolhendo a essas mesmas pessoas o direito à livre escolha de um trabalho.

Em 1970, editou-se o Chronically Sick and Disabled Persons Act, numa tentativa de racionalização do caos assistencial durante décadas instalado, o que, no dizer Ian BYONE, conferiu garantia às pessoas com deficiência apenas aos direitos “a passar fome, de congelar ou de morrer sozinha”²⁹⁴. A norma em questão almejava atuar como a “Carta dos Deficientes”. Quase nada acrescentou, porém, em relação ao National Assistance Act, de 1948, impondo

²⁹³DOYLE, Brian. “Employment rights, equal opportunities and disabled persons: the ingredients of reform”. *Industrial Law Journal*. Vol. 22, nº. 2, June 1993.

²⁹⁴BARNES, Colin; OLIVER, Mike. “Discrimination, disability and welfare: from needs to rights”. In: BYONE, Ian, et al. *Equal rights for disabled people – The case for a new law*. pp. 7-16, Institute for Public Policy Research : London, 1991.

às autoridades locais apenas o dever de compilar um registro das pessoas com deficiência e oferecer serviços públicos essenciais, identificados na lei. Apresentava, entretanto, a ressalva de que esses serviços deveriam ser providos “apenas onde fosse praticável e razoável fazê-lo”. Logo, na prática, não se propunha exigível na maior parte das situações. Como se vê, o Ato de 1970 apenas enfatizou o assistencialismo de provisões básicas.

Inegáveis se mostraram, reconheçam-se, os aspectos positivos da política assistencial britânica que, em certa medida, possibilitaram uma relativa inclusão das pessoas com deficiência no convívio social. Tal proposta de inclusão, porém, não se completava integralmente, posto que eficaz apenas no tocante à sobrevivência mínima, não alterou o comportamento preconceituoso, paternalista, até então imperante²⁹⁵.

Nos anos 80, nada se alterou, apesar da edição das leis Education Act, de 1981, e Disabled Persons (Services, Consulation and Representation) Act, de 1986, as quais mantiveram a linha assistencialista e excludente das escolas especiais segregadas.

Três fatores implicaram, mais tarde, a reforma do sistema: o Movimento pelos Direitos Civis (The Civil Right Movement), nos Estados Unidos da América, desencadeado pelos negros em meados dos anos 50, primeiramente na luta pelos direitos civis básicos, como o direito de votar e ser votado e de ser julgado pelos seus pares, depois pelos direitos sociais, alcançando outros grupos excluídos, como as mulheres e as pessoas com deficiência; a aprovação pelo Parlamento Britânico de outras leis (Acts) tratando da questão da igualdade efetiva, como o Sex Discrimination Act, de 1975; o Race Relations Act, de 1976, foi a segunda grande causa pela demanda de um tratamento

²⁹⁵ BARNES, Colin; OLIVER, Mike. op cit., p. 9. Em paráfrase: “Por um lado, não se pode dizer que o assistencialismo tenha sido de todo mal para o país, uma vez que garantiu às pessoas com deficiência, no Reino Unido, um maior acesso a uma extensa gama de serviços, reduzindo-se, drasticamente, o número de pessoas segregadas em instituições. Por outro lado, as referidas pessoas pagavam um preço por esses serviços, abdicando de suas intimidades, constantemente violada por um exército de profissionais, tendo que aceitar serviços com cujas responsabilidades não queriam ou não poderiam arcar, mas que o Estado acreditava que desses encargos essas pessoas necessitavam, no lugar daqueles realmente necessários, além da socialização que se pautava pela dependência”.

justo, igualitário e efetivo contra a discriminação das pessoas com deficiência, que se tornou claramente inconcebível na sociedade britânica²⁹⁶; o terceiro fator foi a criação de organizações de pessoas com ou sem deficiência que, em prol das causas das primeiras, dirigiam-se à discussão política, conscientização, informação e divulgação na sociedade dos direitos e das necessidades das pessoas com deficiência, bem como da urgência de uma legislação apropriada que dispusesse sobre tais direitos.

As organizações tradicionais em prol das pessoas com deficiência, que se revestiam de um caráter fortemente paternalista, erguiam a bandeira contra uma legislação anti-discriminatória, alegando ser esta totalmente desnecessária, uma vez que a discriminação não se afigurava um problema para as pessoas com deficiência. Todavia, os milhares de atos genuinamente discriminatórios contra as pessoas com deficiência atraíram a atenção do governo para a iminente essencialidade de se promulgar a legislação.

A criação de conselhos e de organizações que identificassem, quantificassem e avaliassem as necessidades das pessoas com deficiência, bem como de entidades que lutassem pela efetivação da legislação, tanto pelo governo quanto pela sociedade civil, viabilizaram, em 8 de novembro de 1995, a edição do Disability Discrimination Act (DDA).

Especificamente quanto ao trabalho das pessoas com deficiência, o Disability Discrimination Act consagra que tais pessoas gozam dos mesmos direitos conferidos a todos os trabalhadores britânicos. Elege, porém, algumas garantias especiais.

A Lei em tela indica, nas considerações iniciais de seu Capítulo 50, Parte I, Long Title, as correspondentes finalidades, quais sejam, a de tornar ilegal qualquer tipo de discriminação em face das pessoas com deficiência com relação a emprego, provisão de bens, facilidades e serviços, eliminação dos pressupostos administrativos que tolham sua livre escolha interativa. Criou, outrossim, o Conselho Nacional da Deficiência.

²⁹⁶ BARNES, Colin; OLIVER, Mike. *idem*, p. 11.

Apresenta, ainda, na seção 2 do mesmo Capítulo, as definições de “deficiência”, que descem a minúcias, cujo conteúdo se dispensa pela brevidade que ora se exige. Estabelece, ademais, que, em caso de dúvida quanto à existência ou não da deficiência, delegue-se a necessária confirmação ao Poder Judiciário, único legitimado para interpretar a definição legal.

Na Parte II, que trata de Emprego, na seção 3A, o DDA conceitua a discriminação para a incidência de seus efeitos, normatizando desde a candidatura do trabalhador com deficiência ao emprego, tais como, preenchimento de fichas de candidatos, entrevistas, testes de proficiência, ofertas de emprego, passando pelos termos do contrato, promoção, transferência, treinamentos concedidos pela empresa, benefícios relacionados com o trabalho, até sua demissão. Até outubro de 2004, esses dispositivos, bem como o DDA, aplicavam-se apenas a empregadores com mais de quinze empregados; a partir de então, o DDA aplica-se a todos os empregadores britânicos, incluem-se tais empregadores entre empresas de pequeno, médio ou grande porte.

Na seção 4A, a Lei em questão determina, como dever do empregador, que se promovam os ajustes razoáveis ao ambiente de trabalho, de modo a não submeter o trabalhador com deficiência a posições de desvantagem substancial em decorrência da organização das atividades desenvolvidas, ou por qualquer outro detalhe físico do local de trabalho, tais como: adaptação das instalações; transferência do trabalhador para outro local acessível, se necessário; flexibilidade quanto aos horários, com aplicação de carga horária diferenciada, avaliação do trabalhador não pelas horas, mas pelo trabalho realizado, bem como licença para que a esse trabalhador se conceda permissão para o exercício de atividades referentes à reabilitação ou tratamento; promoção do devido treinamento do trabalhador com deficiência; uso de equipamento adaptado; promoção de instruções e manuais mais acessíveis; e uso de leitores ou intérpretes, o que demonstra, nesse passo, a grande influência da ADA americana. A garantia do cumprimento da Lei quanto

aos ajustes razoáveis (reasonable adjustments), bem como a prestação de informações aos trabalhadores com deficiência e, até, a ajuda de custo para a adaptação do local de trabalho, em caso de início de um negócio próprio, encontram respaldo em um programa do governo denominado Access to Work (acesso ao trabalho).

A seção 17A dispõe que qualquer queixa referente ao descumprimento dos dispositivos da Parte II, ou da seção 57 ou 58, deverá ser apresentada à Justiça do Trabalho (Employment Tribunal).

Em 25 de novembro de 2001, como resultado do encontro Government's 2001 Manifesto, o Parlamento britânico introduziu o Disability Discrimination Bill, como prova de seu comprometimento de estender direitos e oportunidades às pessoas com deficiência. Essa Declaração emendou o Disability Discrimination Act – DDA, conferindo aos órgãos públicos novos deveres, estendendo a obrigação de realizar os ajustes razoáveis aos proprietários de imóveis, quanto às barreiras arquitetônicas; adaptação de veículos e transporte público; e passou a incluir, no rol das pessoas com deficiência, as pessoas com HIV, câncer ou esclerose múltipla e eliminou a necessidade da comprovação clínica da deficiência mental.

A Emenda ao DDA, de 2003 — Regulations 2003 — acarretou significativas alterações à Disability Discrimination Act , estendendo a abrangência da Lei a pequenos empregadores, com menos de quinze empregados, outrora dispensados, e a inclusão de ocupações às quais o DDA não se aplicava (ex: polícia, carcereiro, trabalhadores em câmaras de pressão e sócios em sociedades). Estabeleceu, finalmente, o preceito de que nenhuma discriminação seria justificável se motivada por preconceito, inclusive no que concerne às escolas especiais, fixando-se o entendimento, hoje imperante, de que toda e qualquer criança deve freqüentar a escola regular, comum, seja de que tipo e intensidade for a deficiência física, mental ou sensorial que eventualmente ocorra.

14.4. Direito Comunitário Europeu

A era da globalização da economia deu início a um mundo sem fronteiras. E nessa nova realidade mundial que se afigura, decorrente do processo de globalização da economia, surge o Direito Comunitário na União Européia.

Grande tendência da pós-modernidade, o surgimento de blocos econômicos ganha importância em todos os quadrantes, impondo profundas transformações políticas, econômicas e, principalmente, no que diz respeito, jurídicas.

Considerados por alguns juristas como organizações internacionais para fins econômicos, os blocos correspondem à prática de integração entre Estados soberanos, com base na neutralização das fronteiras tributárias, com a liberação comercial interpartes.

Esse direito constituiu um novo sistema jurídico, distinto de qualquer outro existente, e incrementado a partir dos tratados institutivos da União Européia, que se adaptaram às necessidades do bloco econômico com regras, princípios e procedimentos competentes.

A Comunidade não só é uma criação do direito, como também recorre exclusivamente ao direito na prossecução dos seus fins. É uma Comunidade pelo direito.

É este que forma a ordem jurídica comunitária. É a base do sistema institucional. É esse que define os processos de decisão das instituições comunitárias e que regula as relações destas entre si. Atribuí-se-lhes poderes de ação através de regulamentos, decisões gerais, diretivas, recomendações e decisões individuais, que podem ser vinculativos para os Estados-membros e seus nacionais.

A Comunidade Européia propõe interessantíssimo desafio às bases tradicionais do Direito, uma vez que coloca em xeque, de forma curiosamente

positiva, os antigos conceitos de soberania territorial da lei e do próprio Estado-Nação. Parece ser positiva, tomando por consideração as palavras de J.J. Gomes CANOTILHO e de Amartya SEN, que já foram aqui estudadas, a idéia no sentido de que as regras da Comunidade Européia alavancaram a implementação dos direitos fundamentais, uma vez que atuaram elas como dormentes que alinharam os citados direitos aos trilhos das decisões econômicas e, se por um lado, implicam uma certa renúncia à soberania territorial, acabam, por outro, dialeticamente, fortalecendo-a, justamente porque impõe aos Estados Membros condutas mínimas a partir das estratégias fixadas pelos dirigentes coletivos.

O Conselho Europeu costuma estabelecer, anualmente, um conjunto de orientações que fixam prioridades comuns e objetivos individuais para as políticas de emprego dos Estados-Membros. O objetivo geral abrange a criação de empregos, melhoria da respectiva qualidade, facilidades para o equilíbrio entre as exigências profissionais e a vida familiar, promoção de um envelhecimento ativo e garantia de que a raça, o sexo ou a deficiência não limitem as oportunidades de emprego no quadro da economia formal²⁹⁷. O processo de implantação e de acompanhamento dessas diretrizes é executado por cada governo e toma por referência cem indicadores, desde os principais índices econômicos (Produto Interno Bruto - PIB, níveis de crescimento e de emprego) às possibilidades de interrupção de carreira e à assistência aos filhos.

A União Européia faz questão de preservar suas tradições concernentes às garantias de cidadania, o que trouxe aos países menos desenvolvidos uma série de exigências que acarretaram melhoria geral nas condições de vida das respectivas populações. A política laboral compreende medidas que asseguram condições gerais de trabalho digno e salvaguarda dos direitos dos trabalhadores. Sugere a adoção de normas mínimas comuns em matéria de condições de trabalho e de higiene e segurança, bem como da promoção de

²⁹⁷ “A Estratégia Européia de Emprego”. Europa: o portal da união européia. Disponível em: <http://www.europa.eu.int/pol/socio/overview_pt.htm>. Acesso em: 15 set. 2008.

relações laborais modernas e do diálogo entre os representantes dos trabalhadores e dos empregadores. A Comissão Europeia propõe a responsabilidade social das empresas por meio da promoção da idéia de que integrem estratégias de ordem social e ambiental nas decisões de gestão. Propõe, ademais, o fim da discriminação em razão do sexo quanto à prestação de bens e serviços.

A estratégia da União Europeia quanto à discriminação consiste, destarte, no apoio e na complementação das ações dos Estados-Membros de luta contra as formas de discriminação²⁹⁸. O Tratado de Amsterdã impôs-se como a norma internacional que alterou o Tratado original da União Europeia, no sentido de incluir-lhe disposições cogentes em relação aos direitos fundamentais individuais e sociais, bem como outorgou ao Tribunal de Justiça Europeu o poder de tomar medidas em face de Estados-Membros que descumprirem os direitos fundamentais individuais e sociais. Na verdade, o Tratado em questão estendeu a todos os membros da Comunidade Europeia a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), assinada em Roma, em 1950, a Carta Social Europeia de 1961 e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989.

O Tratado de Amsterdã resultou da Conferência Intergovernamental, lançada em 29 de março de 1996, durante o Conselho Europeu de Turim. Foi adotado no Conselho Europeu de Amsterdã, ocorrido em 16 e 17 de junho de 1997, e passou a vigor após a ratificação por todos os países-membros a partir de 1º de maio de 1999.

Para esta tese, interessa especialmente, a alteração de alguns dispositivos do Tratado da União Europeia, inclusive de seu Preâmbulo. Os efeitos jurídicos do Tratado de Amsterdã tocam, portanto, à inclusão do respeito obrigatório aos direitos fundamentais individuais e sociais, bem como do combate a qualquer forma de discriminação naquele Tratado. Incluiu no seu Preâmbulo menção expressa às Cartas Sociais de 1961 e 1989 e alterou os

²⁹⁸Decisão do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um programa de ação comunitário de luta contra a discriminação (2001-2006).

arts. 12 e 13 do mesmo Tratado original para generalizar o combate às formas de discriminação quanto a sexo, raça ou origem étnica, religião ou crenças, deficiências, idade ou orientação sexual.

Embora as normas internacionais careçam de cogência, em regra, evidência que se constata em face das Recomendações e Convenções da OIT, no que concerne à União Européia, tal realidade parece atenuar-se e, até certo modo, reverter-se, porque o vínculo econômico que levou à formação da Comunidade Européia, iniciado pela CECA (Comunidade Européia do Carvão e do Aço) e aperfeiçoado nos primórdios pela Comunidade Econômica Européia, os quais inspiraram o interesse inicial dos Estados-Membros, findaram por consolidar preocupações de ordem social e jurídica que se colocaram como regras éticas tão fortemente assimiladas que forçaram os países que se filiaram, e viessem a se filiar à Comunidade Européia, a considerá-las princípios acima do comércio e que se revestem de questões de respeito mínimo obrigatório. Trata-se de inusitada utilização dos interesses comerciais em favor dos direitos fundamentais.

A Comunidade Européia dedica profunda atenção ao trabalho das pessoas com deficiência e materializa esse cuidado editando normas que decorrem da realidade observada com relação àquelas pessoas. Trata-se da Recomendação 86/379 /CEE do Conselho, de 24 de julho de 1986, sobre o emprego das pessoas com deficiência na comunidade e Resolução do Conselho, de 17 de junho de 1999, sobre a igualdade de oportunidades de emprego para pessoas com deficiência. Essas normas tomam por referência as Convenções da OIT, linhas atrás analisadas, bem como a Recomendação R (92) 6 do Conselho da Europa, relativa a uma política coerente para as pessoas com deficiência e as disposições-quadro em matéria de igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência, aprovadas sob a forma de uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de dezembro de 1993.

Adotou, assim, uma série de medidas em prol da inclusão da pessoa com deficiência e, de acordo com essas medidas, preconiza a Carta

Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 9 de dezembro de 1989, que reza que “todas as pessoas com deficiência, seja qual for a origem e a natureza da sua deficiência, devem poder beneficiar-se de medidas adicionais concretas tendentes a favorecer a sua integração profissional e social”.

Também o Conselho Europeu adotou a Recomendação de 24 de julho de 1986, no sentido de que os Estados-Membros: Assegurem o tratamento eqüitativo às pessoas com deficiência em matéria de emprego e de formação profissional (formação inicial e primeiro emprego/readaptação e reinserção) e; Prossigam as suas políticas em favor das pessoas com deficiência. Em 1999, expediram-se diretrizes que determinaram que os Estados-Membros prestam sem atenção especial às necessidades das pessoas com deficiência desenvolvendo, nomeadamente, "formas adequadas de políticas preventivas e ativas que fomentem a sua inserção no mercado de trabalho".

Realizou-se, também, em Dresden, em fevereiro de 1999, uma conferência sobre "a política europeia para o emprego das pessoas com deficiência" no sentido de incentivar o debate a respeito do assunto. Nessa conferência chegou-se à seguinte conclusão: a política em prol do emprego das pessoas com deficiência deve incluir vários instrumentos, tais como: as diretrizes, o Fundo Social Europeu, o diálogo social e, ainda, propostas com o objetivo de lutar contra as discriminações do mercado de trabalho e contra a exclusão social; além de uma abordagem global no âmbito comunitário, a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência implica a instituição de uma verificação mais apropriada para responder aos fatores inerentes a certas desvantagens próprias dessas pessoas; a abordagem global deve basear-se muito mais no princípio da igualdade de direitos e nos princípios de não-discriminação que na proteção social das pessoas com deficiência.

A consequência mais significativa da Convenção de Dresden consagrou-se no reconhecimento, por parte do Conselho Europeu, de que os Estados-Membros despenderam esforços frutíferos para a inclusão das pessoas com

deficiência no emprego. Concluiu o Conselho, então, pela conveniência de estimular tais esforços que se revelaram imprescindíveis.

Indicou, para tanto, as seguintes linhas estratégicas: Promover mais oportunidades de emprego para pessoas com deficiência e desenvolver abordagens positivas e preventivas adequadas as suas políticas nacionais em colaboração com os parceiros sociais e com organizações não governamentais; Explorar plenamente todas as possibilidades, atuais e futuras, dos fundos estruturais, designadamente do Fundo Social Europeu, bem como explorar iniciativas comunitárias relevantes; Prestar uma atenção especial às possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento da sociedade da informação em termos de novas oportunidades de emprego.

Em dezembro de 2000, editou-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com um capítulo intitulado “Igualdade”, em que se reiteram os princípios de não-discriminação, igualdade entre homens e mulheres, diversidade cultural, religiosa e lingüística. Trata, também, dos direitos da criança, das pessoas idosas e das pessoas com deficiência. Em matéria de não-discriminação, a Carta estipula o seguinte: “É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”²⁹⁹.

Como se vê, a União Europeia empenha-se, efetivamente, em fixar critérios eficazes de respeito aos direitos fundamentais e sociais, submetendo os interesses econômicos a tais direitos. Impõe, ademais, o combate frontal e decisivo a qualquer forma de discriminação, estimulando políticas compensatórias em prol das minorias: imigrantes, idosos, crianças e pessoas com deficiência. Trata-se do direito internacional eficaz. Não adota pretextos e subterfúgios comuns às Declarações e Convenções que lhe antecedem. Não há mais expressões como “na medida do possível” ou “de acordo com as

²⁹⁹Luta contra as discriminações. *“Igualdade de oportunidades”*. Europa: o portal da comunidade europeia. op. cit., Acesso em: 15 de setembro de 2008.

conveniências”. Estabelece estratégias, diretrizes que se sobrepõem aos ordenamentos locais, exercendo sobre eles coerção moral e juridicamente irresistível.

14.5. O Direito Comparado das Pessoas com Deficiência na América Latina, Central e do Norte

Os Países das Américas procuram garantir a habilitação e reabilitação profissional, formação profissional e colocação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, através da função estatal.

Mostram a preocupação com a gravidade da exclusão que se impõe às pessoas com deficiência, protegendo-as através da normatização inclusiva e voltada para o aproveitamento de suas capacidades laborais.

Verificar-se-á, nos próximos itens, o direito positivo de alguns países das Américas, apenas para exemplificar, à guisa de referência, o tratamento que as diversas legislações conferem às pessoas com deficiência.

14.5.1. O Direito Argentino

A Constituição da República da Argentina, de 22 de agosto de 1994, nada declara especificamente a respeito das pessoas com deficiência, apesar de afirmar a cidadania plena do povo argentino, o que também incluiu as pessoas com deficiência.

A doutrina brasileira, na voz de Marco Antônio César VILLATORE, ressalta a Lei Argentina, nº. 24.465, de 15 de março de 1995, que não impõe ações afirmativas, mas exorta e estimula a contratação de pessoas com deficiência por meio de um contrato especial de trabalho, por prazo determinado de seis meses, que pode ser prorrogado, sucessivamente, até o máximo de 2 anos. Concede isenção de 50% da contribuição previdenciária

patronal com relação a tais contratos, cujo percentual obedece à seguinte tabela (art. 3º, § 6º da referida Lei): “o número de trabalhadores contratados nessa modalidade não poderá superar 10% do total de trabalhadores no estabelecimento. Nas empresas constituídas de 6 a 25 trabalhadores, a percentagem máxima admitida será de 50%; quando não supere os 5 trabalhadores, o percentual admitido poderá ser de 100%, não podendo exceder do número de 3 trabalhadores sob esse tipo de contrato especial (...)”³⁰⁰.

14.5.2. O Direito Chileno

O art. 1º da Constituição Política da República do Chile, de 21 de outubro de 1980, vaza-se nos seguintes termos:

“Artículo 1º.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos

³⁰⁰VILLATORE, Marco Antônio César. op. cit., p. 559.

los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”³⁰¹.

Promove-se um programa nacional, justamente com a meta de cumprir o que dispõe o art. 1º, acima indicado, denominado “Programa de Colocação de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho”.

O governo chileno executa-o por meio do Fondo Nacional de Discapacidad (Fonadis)³⁰². Trata-se de atividade pioneira que se implementa por meio de oficinas de intermediação de mão-de-obra de pessoas com deficiência. Instalam-se essas oficinas em nove regiões do país, havendo perspectivas de ampliação. O programa preocupa-se em aproximar o trabalhador com deficiência, maior de 18 anos, chileno ou residente autorizado no Chile, das empresas públicas ou privadas, orientando empregados e patrões no sentido de viabilizar opções recíprocas, tomando em conta as necessidades do mercado e as habilidades das pessoas cadastradas.

A Lei nº. 19.284³⁰³, de 1994, cuida dos direitos das pessoas com deficiência. Contém 65 artigos e 4 dispositivos transitórios. Dispõe-se da seguinte forma: Título I – Normas Preliminares; Título II – Da Qualificação e do Diagnóstico das Deficiências; Título III – Da Prevenção e da Reabilitação; Título IV – Da Equiparação de Oportunidade; Título V – Do Registro Nacional da Deficiência; Título VI – Procedimento e Sanções; Título VII – Do Fundo Nacional da Deficiência; Título VIII – Das Disposições Gerais; e Disposições Transitórias.

³⁰¹ “*Constitución Política da República de Chile, de 21 de octubre de 1980*”. “*Gobierno de Chile*”. Disponível em: <<http://www.gobiernodechile.cl/documentacion/constitucion.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

³⁰² “*Fondo Nacional de la Discapacidad – Programa de colocación de personas con discapacidad en un puesto de trabajo*”. “*Gobierno de Chile*”. Disponível em: <www.fonadis.cl/index.php?seccion=76#centro>. Acesso em: 10 jan. 2009.

³⁰³ “*Ley 19.284, de 14 de enero de 1994*”. Congreso Nacional. Disponível em: <http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/listado_leyes_mas_soli.php>. Acesso em: 10 jan. 2009.

O Capítulo III do Título IV trata da capacitação e da inserção laborais das pessoas com deficiência, inseridas nos arts. 33 a 38. Inexistem cotas, tanto nas empresas como na Administração, mas o governo empenha seus esforços para a inclusão laboral das pessoas com deficiência por meio do programa acima referido, com espeque nos dispositivos legais retrocitados.

14.5.3. O Direito Colombiano

A Constituição da Colômbia, de 6 de julho de 1991, declara, nos arts. 2º e 13, a função estatal de promoção da justiça social e da igualdade entre as pessoas, determinando no parágrafo terceiro deste artigo que:

Artículo 13. (...)

(...)

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”³⁰⁴.

Reitera-se a mesma diretriz nos arts. 47 e 54 os quais estabelecem, sucessivamente, a função estatal de garantir a habilitação e reabilitação profissional, formação profissional e colocação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Para legitimar exeqüibilidade aos dispositivos constitucionais supra, a Lei 361/97³⁰⁵ estabelece mecanismos para a integração das pessoas com deficiência E, mediante os arts. 22 a 34, disciplina a integração laboral,

³⁰⁴“*Constitución Política de la República de Colombia, de 6 de julio de 1991*”. Colombia - Senado Federal. Disponível em: <www.senado.gov.co>. Acesso em: 11 jan. 2009.

³⁰⁵“*Ley 361, de 11 de febrero de 1997*”. Colombia – Senado Federal. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/l0361_97.htm>. Acesso em: 11 jan. 2009.

regulando as providências estatais no sentido de estimular a contratação de pessoas com deficiência por empresas pública ou privadas. O art. 24, por sua vez, assegura aos empregadores que contratarem pessoas com deficiência as seguintes garantias: Para aqueles que tiverem em seus quadros pelo menos um mínimo de 10% de seus empregados em condições de deficiência, nos termos desta lei, devidamente certificados pelo Ministério do Trabalho na região, e com contratos anteriores a um ano, terão preferência, em igualdade de condições, nos processos de licitação, adjudicação e celebração de contratos, sejam estes públicos ou privados; Prevalência na concessão de crédito subsidiado de organismos estatais e; Taxas de importação reduzidas para a aquisição de equipamentos destinados ao trabalho das pessoas com deficiência.

O art. 26 garante o acesso, a manutenção e o progresso no emprego às pessoas com deficiência, vedando despedida dessas pessoas em razão da própria deficiência, salvo autorização expressa do Ministério do Trabalho que deverá declarar a absoluta incompatibilidade da deficiência com a função, bem como a inexistência de meios para a superação de tal incompatibilidade. O art. 27 assegura preferência em caso de empate na classificação em concursos públicos. O art. 29 confere benefício assistencial de prestação continuada a pessoas com deficiência que sejam impossibilitadas de se sustentar. O art. 33, a seu turno, garante a manutenção do benefício assistencial, mesmo em caso de ingresso no mercado de trabalho. O art. 31 garante a dedução, para fins de imposto de renda, de 200% do valor dos salários pagos a pessoas com deficiência, bem como a redução em 50% na cota obrigatória de aprendizes. O art. 32 cuida do trabalho protegido em oficinas, enquanto o art. 34 garante o subsídio de crédito para pequenas ou médias empresas que produzam bens para deficientes e que possuam pelo menos um empregado com deficiência e no mínimo 80% dos empregados com deficiência.

14.5.4. O Direito Hondurenho

A Constituição da República de Honduras³⁰⁶, de 11 de janeiro de 1982, consagra, em seu art. 60, o princípio da igualdade, afirmando-o em relação a todos os cidadãos hondurenhos. Declara, também, em sua segunda parte, ser punível qualquer discriminação de sexo, raça, classe e qualquer outra lesiva a dignidade humana, o que é normatizado pelo art. 12 do Código Hondurenho do Trabalho³⁰⁷.

O art. 127 da Constituição, ao seu turno, estende o direito ao trabalho a todo cidadão hondurenho, assegurando-se-lhe, para isso, a oportunidade de escolher livremente uma ocupação, a ela renunciar, bem como a de ter acesso a condições satisfatórias e eqüitativas de trabalho e a proteção contra o desemprego.

Não obstante inexistir qualquer dispositivo constitucional que proteja, especificamente, as pessoas com deficiência, Honduras alinha-se ao Brasil, em sendo o único país, além do brasileiro, na América Latina, a fixar cotas obrigatórias para pessoas com deficiência em empresas públicas e privadas. Sacramenta-o por intermédio da Lei de Promoção de Emprego de Pessoas com Deficiência³⁰⁸, Decreto nº 17/91³⁰⁹, que, em seu art. 2º, preceitua:

Artículo 2. “Las entidades de la Administracion Publica y las Empresas de caracter privado quedan obligadas a contratar un

³⁰⁶ “Constitución de la República de Honduras, de 1º de janeiro de 1982”. Honduras – Congreso Nacional. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/honduras/1982.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2009.

³⁰⁷ “Código del Trabajo - Decreto 189-59, de 15 de julho de 1989”. Honduras – Congreso Nacional. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/codigos/codigodeltrabajo.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2009.

³⁰⁸ “Ley de Promoción de Empleos para Personas Minusvalidas - Decreto nº. 17-91, de 25 de abril de 1991”. Honduras – Congreso Nacional. Disponível: <<http://www.congreso.gob.hn/PDF/DECRELEY/HN2504199101.PDF>>. Acesso em: 17 jan. 2009.

³⁰⁹ O Diário Oficial da República de Honduras, La Gaceta, indica como referência à Lei em epígrafe o Decreto nº. 17, de 1991, do Poder Legislativo Hondurenho.

numero de trabajadores minusvalidos o discapacitados, de conformidad con la tabla siguiente:

De 20 a 40 trabajadores, un discapacitado;

De 50 a 74 trabajadores, dos discapacitados;

De 75 a 99 trabajadores, tres discapacitados; y,

Por cada 100 trabajadores, cuatro discapacitados”.

A Lei em questão contém vinte e quatro artigos distribuídos em quatro capítulos, quais sejam: Capítulo I – De Sua Finalidade e De Seu Campo de Aplicação; Capítulo II – Da Opção pelas Vagas Reservadas e Das Condições de Admissão; Capítulo III – Da Comissão de Avaliação das Condições Pessoais para o Emprego e; Capítulo IV – Das Alternativas Laborais para as Pessoas com Deficiência.

Entre as finalidades da Lei, destaca-se, como principal, a integração das pessoas com deficiência no mercado de trabalho comum e, em caso de impossibilidade, a procura de formas alternativas de trabalho ou de atividade produtiva, estabelecendo-se processos gradativos de inserção do trabalhador com deficiência no mercado competitivo, se assim se fizer necessário, de modo que as oficinas protegidas sejam consideradas meras etapas preparatórias, sempre que possível. Nesse desiderato, a Lei considera nulos de pleno direito dispositivos contratuais individuais ou coletivos que lesem os direitos constitucionais e legais das pessoas com deficiência.

O segundo capítulo dispõe a respeito da inserção laboral das pessoas com deficiência, respeitando-se respectivas habilidades pessoais e demandas de mercado, sendo, para isso, criada a Comissão de Avaliação das Condições Pessoais para o Emprego, cujo papel é o de intermediá-las, priorizando as pessoas com deficiência com maior responsabilidade familiar.

O fomento do emprego das pessoas com deficiência também se impõe como mister atribuído a essa Comissão que poderá sugerir isenções e demais

incentivos fiscais. Assegura-se ao trabalhador acidentado no trabalho a manutenção do emprego e o direito à reabilitação. Institui-se, para tanto, ação coordenada entre o Instituto Hondurenho de Habilitação e Reabilitação de Pessoas com Deficiência e a Secretaria de Trabalho e Previsão Social.

No capítulo III estrutura-se a Comissão mencionada, que é composta de sete membros, sendo cinco de órgãos públicos ligados à saúde, previdência e formação profissional e dois que representam os trabalhadores e os empregadores. Estabelecem-se, outrossim, as atividades dessa comissão, que consistem na avaliação, em cada caso, das habilidades pessoais do trabalhador com deficiência e de suas possibilidades no mercado e, ainda, o cadastramento de seguimento de trabalhadores reabilitados ou habilitados para que se acompanhe o seu desempenho.

O capítulo IV, finalmente, aponta as alternativas ao emprego, que consistem em trabalho autônomo, cooperativas, microempresas, emprego protegido e outras formas de trabalho. Trata-se do mais longo capítulo da lei, dirigido que é à efetiva inserção produtiva da pessoa com deficiência. Admite, por exemplo, a criação de centros especiais de trabalho, por empresas ou pelo governo, sugerindo a criação e a implantação de oficinas protegidas que poderão contar com subvenção pública; caso as empresas privadas canalizem investimentos e mantenham essas oficinas protegidas, o respectivo valor será dedutível do imposto de renda. Assinale-se que, cumprindo o espírito da lei, as oficinas protegidas funcionarão sob constante avaliação de uma comissão paritária, para que cada um dos trabalhadores logre conquistar a possibilidade de promoção e acesso à atividade competitiva, tanto no que tange a emprego, quanto no campo do empreendedorismo. A última disposição normativa da lei em tela impõe ao Instituto Nacional de Formação Profissional procedimentos destinados à preparação de pessoas com deficiência.

14.5.5. O Direito Estadunidense

A Constituição americana, que se notabiliza entre as demais constituições por sua marcante natureza sintética, nada expressa em respeito a pessoas com deficiência. As normas que se estabeleceram sobre o assunto cravam seu fulcro nas Emendas V e XIV, ambas de 1868, que tratam do princípio da igualdade e dos direitos inerentes à liberdade, à propriedade e à dignidade da pessoa, instituindo, portanto, tais Emendas, as bases da cidadania americana.

Em 1990, editou-se a ADA - The Americans with Disabilities Act (United States Code – Title 42, Chapter 126: Equal Opportunities for Individuals with Disabilities)³¹⁰. A ADA, Lei dos Americanos Portadores de Deficiência, contém quatro capítulos que tratam sucessivamente de emprego, de barreiras arquitetônicas e de comunicação, de discriminação e de disposições gerais.

Nas conclusões e nas finalidades da Lei (§ 12.101), que equivalem à exposição de motivos, usual no modelo brasileiro, o Congresso americano observa que as pessoas com deficiência constituem uma minoria muito apartada do convívio social, que tem sido submetida a tratamento injusto e relegada a uma posição de inferioridade (§ 12.101, “a”, 2) fato que se evidencia em relação ao trabalho, à moradia, à hospedagem e ao uso de instalações públicas, além de educação, transporte, recreação, internação em hospitais e clínicas, atendimento médico, votação e acesso aos serviços públicos (§ 12.101, “a”, 3). Observa, ademais, o Congresso estadunidense, que a discriminação em face das pessoas com deficiência materializa-se por normas e por políticas super-protetoras, segregação ou relegação a serviços ou programas menores, tendência à exclusão, exclusão intencional declarada e uma série de barreiras físicas (§ 12.101, “a”, 4 e 5). Constata-se, ainda, no documento de motivação da Lei, que, à época de sua edição, a população

³¹⁰“The Americans with Disabilities Act – ADA, 1990 - US CODE, Title 42, Chapter 126”. Cornell University. Disponível em: <http://fatty.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc_sup_01_42_10_126.html>. Acesso em: 19 jan. 2009.

estadunidense de pessoas com deficiência quantificava-se em torno de 43 milhões, cujas características concentravam os maiores índices de problemas sociais, eis que se encontram entre os mais idosos, os que têm menos escolaridade e menos emprego do que as pessoas que não possuem deficiência, estando presentes, também, em todos os seguimentos raciais e econômicos daquela sociedade (§ 12.101, “a”, 6).

Traduzem-se como propósitos da presente Lei (§ 12.101, “b”, 1-4): Proporcionar uma política nacional clara e evidente em prol da eliminação da discriminação contra as pessoas com deficiência; promover ações uniformes claras, eficientes e consistentes para combater a discriminação contra as pessoas com deficiência; assegurar-se que o governo federal atue no papel central nas ações uniformes estabelecidas nesse capítulo em favor dos indivíduos com deficiência e; invocar a autoridade do Congresso para fazer valer a Emenda XIV, no sentido de regular o comércio de produtos e tecnologias direcionados a sanar as maiores dificuldades enfrentadas na vida diária das pessoas com deficiência.

O conceito legal de pessoa com deficiência implica as seguintes características (§ 12.101, Definitions, 2): existência de limitação de ordem física ou mental que restrinja de maneira substancial uma ou mais atividades fulcrais, tais como a audição, a visão, a locomoção, a respiração ou a fala; existência de um histórico dessa limitação substancial a uma das principais atividades da vida e; ocorrência de imagem social que faça a pessoa ser vista como portadora de deficiência. Tal definição impõe-se abrangente por princípio. O Congresso optou por não criar uma lista de deficiências que tivesse o objetivo de enquadrar as pessoas na ADA.

No subcapítulo primeiro é relevante notar a prioridade que se atribui ao trabalho como fator de efetivação da cidadania. Na seção § 12.112, Discrimination, “a”, consubstancia-se o princípio geral de que não pode ocorrer discriminação, nem mesmo menção expressa à deficiência, não somente quando da admissão dos trabalhadores com deficiência, mas em todo o processo em que se desenrole a relação de emprego, ou seja, testes,

atribuição de funções, avaliação, ações disciplinares, treinamento, demissão, indenização e administração de licenças e benefícios.

Na seção § 12.112, Discrimination, “b”, 5, A, fixa-se a compreensão de que a empresa que não adapta suas estruturas físicas e organizacionais para incluir pessoas com deficiência, discrimina-as. As adaptações exigidas não devem, necessariamente, implicar dispendiosos custos para o empregador ou perda de eficiência do processo produtivo, mas, de forma detalhada, a Lei enumera, nos parágrafos seguintes, as adaptações necessárias e exigíveis em face das deficiências declaradas pelos empregados, quais sejam: providências para que o local de trabalho se torne fisicamente acessível; aquisição ou modificação de equipamentos ou dispositivos; reestruturação da função ou modificação da programação de trabalho; ajuste ou modificação de materiais ou políticas de treinamento; e a disponibilização de leitores ou intérpretes qualificados. Segundo consigna a Agência de Informações dos Estados Unidos³¹¹, em 1995, apenas 28% das pessoas com deficiência em condições produtivas inseriam-se no mercado de trabalho, o que, em relação ao Brasil, revela-se um índice altíssimo.

Os subcapítulos, II e III tratam, sucessivamente, de transportes públicos e de remoção de barreiras arquitetônicas em locais públicos ou em edificações, sempre afirmando ser discriminatório o comportamento que implique omissão, ou que seja comissivo, em face de obstáculos de natureza física para o acesso e para acomodação de pessoas com deficiência.

O subcapítulo IV cuida de disposições gerais acerca dos efeitos da Lei, prazos de vigência em relação a cada direito concedido, revogação de dispositivos específicos e correlação da presente Lei com outras, como por

³¹¹ “*Sociedade e Valores dos EUA*”. Revista Eletrônica da Agência de Informações dos Estados Unidos. Volume 4, nº. 01, janeiro de 1999. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itsv/0199/ijsp/toc.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

exemplo, a Lei de Reabilitação de 1973³¹², cujo conteúdo foi incorporado em grande medida.

Comentando a doutrina americana, a juíza brasileira Regina Maria Vasconcelos DUBUGRAS³¹³ classifica as formas de discriminação, para fins de avaliação judicial, em três tipos: Discriminação individual, que se caracteriza pela ação dirigida contra um ou mais indivíduos, em razão de raça, cor, religião, gênero, nacionalidade, idade ou outras bases legalmente protegidas. A ocorrência de fato discriminatório, ainda que isolado e perpetrado por trabalhador contra colegas, acarreta responsabilidade solidária da empresa, ou por inexistirem nessa mesma empresa medidas coibidoras de política de tolerância zero contra discriminação ou por falhar na aplicação de tais medidas; Discriminação sistemática que consiste em manifestações concernentes a grupos específicos, também delineados por raça, gênero, cor, religião, nacionalidade ou outras bases protegidas pela legislação. Pode ser explícita ou implícita, ocorrendo a primeira “quando a empresa literalmente define o tratamento diferenciado”³¹⁴, como anúncios de contratação de pessoas com idade inferior a 40 anos ou critérios de dispensa ou contratação que tomem em conta a filiação sindical. A segunda, por seu turno, opera-se quando há evidência costumeira que implique prática excludente; Discriminação reflexiva, também é genérica, dirige-se a grupos específicos, mas se distingue da anterior pelo fato de manifestar-se de forma inconsciente, involuntária, materializando-se em dados estatísticos, que demonstrem, por exemplo, inexistirem trabalhadores de determinada raça ou condição de gênero, origem ou deficiência nos quadros respectivos.

Segundo a mesma autora, caracterizando-se formas de discriminação, o modelo jurídico americano impõe, como medida de reparação, a indenização

³¹²“*Rehabilitation Act, 1973 - US CODE, Title 29, Chapter 16, Subchapter V*”. Cornell University. Disponível em: <http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode29/usc_sup_01_29_10_16_20_V.html>. Acesso em: 20 jan. 2009.

³¹³VASCONCELOS DUBUGRAS, Regina Maria. “*Discriminação no Emprego – Formas, Defesas e Remédios Jurídicos*”. São Paulo. Revista LTr, vol. 66, nº.11, novembro de 2002, pp. 1.334-1.336.

³¹⁴VASCONCELOS DUBUGRAS, Regina Maria. *idem*, p. 1.334.

dos lesados diretamente e/ou a contratação, reintegração, das pessoas atingidas ou de políticas afirmativas voltadas aos grupos afetados.

No mesmo sentido, o ministro Joaquim Barbosa GOMES³¹⁵ informa que, por via judicial, torna-se possível a fixação de cotas para contratação em empresas, desde que se demonstre, por qualquer meio de prova, inclusive a estatística, que os quadros respectivos não contemplam as minorias existentes em determinada localidade. Tal ação afirmativa vigorará até que os devidos percentuais sejam atendidos na empresa. Tem sido esse o entendimento da Suprema Corte americana com relação às pessoas com deficiência e negros, tanto pela via individual quanto coletiva³¹⁶.

³¹⁵BARBOSA GOMES, Joaquim B.. “*Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como Instrumento de Transformação Social*”. A Experiência dos EUA, Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2001. p. 58.

³¹⁶Jurisprudência da Suprema Corte estadunidense: “1) SCHOOL BOARD OF NASSAU COUNTY V. ARLINE – 480 U.S. 273 (1987)” – A professora Gene Arline foi demitida da escola em que trabalhava por ter tuberculose. A Corte entendeu que somente o fato de portar uma doença contagiosa, mesmo que seus sintomas estivessem controlados, já implicava a caracterização de “pessoa com deficiência”, de acordo com a ADA, ficando adstrita a seus efeitos, inclusive o constante da § 504 (que determina que nenhuma pessoa com deficiência poderá ser excluída, negada ou discriminada em qualquer programa ou atividade que receba incentivo financeiro federal). Trata-se da imagem social que se impõe em face de determinadas situações, pois uma pessoa que se encontra tuberculosa é vista como portadora de deficiência e tem, por isso, notória dificuldade de inclusão social. ZIMMER, Michael J. e outros. *Cases and Materials on Employment Discrimination*, Fifth Edition, pp. 744-749. UNITED STEELWORKERS OF AMERICA AFL-CLC V. WEBER – 443 U. S. 193 (1979) – o caso consiste na verificação da legalidade de um plano de ação afirmativa, objeto de acordo coletivo, que prevê a reserva de 50% das vagas de um programa interno de treinamento para metalúrgicos para empregados negros, até que o percentual de trabalhadores negros qualificados da fábrica seja proporcional à percentagem de negros na força de trabalho local. Weber, trabalhador branco, sentiu-se prejudicado pela política de ação afirmativa, pois, embora mais antigo, foi preterido na vaga em favor de negros contratados em razão da política em questão. Alegava, desse modo, que o acordo coletivo em tela feria o Título VII do Estatuto dos Direitos Civis de 1964, o qual proibiria cláusulas como a questionada, porque a base dos direitos civis, segundo o demandante, fundava-se no direito à igualdade de todos perante a lei. A Suprema Corte, reformando as decisões de primeira e de segunda instâncias, entendeu que as políticas de ação afirmativa não contrariam o princípio da igualdade legal, muito pelo contrário, reforçam-no. GRIGGS V. DUKE POWER CO. – 401 U.S. 424 (1971) – empregados negros da demandada impugnaram judicialmente uma exigência regulamentar que impunha testes de avaliação de inteligência para contratação e promoção, bem como a apresentação de diploma de segundo grau. Segundo os autores, essas exigências não eram aptas a avaliar a capacidade de aprendizagem, concernente à função ou grupo de funções, mas findava por se caracterizar como obstáculo concreto à contratação ou à promoção dos negros, o que se evidenciava nos dados estatísticos. Tratava, assim, da discriminação reflexiva, eis que não voluntária. A Corte Suprema decidiu que: “1) o Estatuto dos Direitos Civis, de 1964, em seu Título VII, impõe a eliminação de barreiras artificiais, arbitrárias e desnecessárias ao acesso ao emprego, as quais operam discriminatoriamente no sentido de excluir com base em raça, e se, como no presente caso, uma prática empregatícia que exclui negros não pode ser vista como relacionada ao

14.5.6. O Direito Canadense

O Canadá, em 06 de out. de 2004, inaugurou a Declaração de Montreal sobre a Deficiência Intelectual. Embora tenha este título a declaração abrange as pessoas com deficiência em geral, afirmando que: “Nós pessoas com deficiências intelectuais e outras deficiências, familiares, representantes de pessoas com deficiências intelectuais, especialistas do campo das deficiências intelectuais, trabalhadores da saúde e outros especialistas da área das deficiências, representantes dos Estados, provedores e gerentes de serviços, ativistas de direitos, legisladores e advogados...”

Nesta declaração fica disposto que as Pessoas com Deficiência Intelectual, assim como outros seres humanos, nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A deficiência intelectual, assim outras características humanas, constitui parte integral da experiência e da diversidade humana. A deficiência intelectual é entendida de maneira diferenciada pelas diversas culturas o que faz com a comunidade internacional deva reconhecer seus valores universais de dignidade, autodeterminação, igualdade e justiça para todos.

Os Estados têm a obrigação de proteger, respeitar e garantir que todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e as liberdades das pessoas com deficiência intelectual sejam exercidos de acordo com as leis nacionais, convenções, declarações e normas internacionais de Direitos Humanos. Os Estados têm a obrigação de proteger as pessoas com deficiências intelectuais contra experimentações científicas ou médicas, sem um consentimento informado, ou qualquer outra forma de violência, abuso,

desempenho da atividade, esta prática é proibida, não obstante a ausência de intenção discriminatória por parte do empregador; 2) o Estatuto não interdita o uso de teste ou mecanismos de avaliação, mas proíbe que se lhes dê uma força decisiva, a menos que eles comprovadamente constituam uma medida razoável de avaliação do desempenho da atividade. Reformado em parte o julgado da Corte de Apelação”. GOMES, Joaquim B. Barbosa. op. cit., pp. 296-343, p. 334.

discriminação, segregação, estigmatização, exploração, maus tratos ou castigo cruel, desumano ou degradante. *(como as torturas)*.

Os Direitos Humanos são indivisíveis, universais, interdependentes e inter-relacionados. Conseqüentemente, o direito ao nível máximo possível de saúde e bem estar está interconectado com outros direitos fundamentais, como os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais ou outras liberdades fundamentais. Para as pessoas com deficiências intelectuais, assim como para as outras pessoas, o exercício do direito à saúde requer a inclusão social, uma vida com qualidade, acesso à educação inclusiva, acesso a um trabalho remunerado e equiparado, e acesso aos serviços integrados da comunidade.

Todas as pessoas com deficiências intelectuais são cidadãos plenos, iguais perante a lei e como tais devem exercer seus direitos com base no respeito nas diferenças e nas suas escolhas e decisões individuais. O direito a igualdade para as pessoas com deficiência intelectual não se limita à equiparação de oportunidades, mas requerem também, se as próprias pessoas com deficiência intelectual o exigem, medidas apropriadas, ações afirmativas, adaptações ou apoios. Os Estados devem garantir a presença, a disponibilidade, o acesso e utilização de serviços adequados que sejam baseados nas necessidades, assim como no consentimento informado e livre destes cidadãos e cidadãs.

As pessoas com deficiências intelectuais têm os mesmos direitos que outras pessoas de tomar decisões sobre suas próprias vidas. Mesmo que algumas pessoas possam ter dificuldades de fazer escolhas, formular decisões e comunicar suas preferências, elas podem tomar decisões acertadas para melhorar seu desenvolvimento pessoal, seus relacionamentos e sua participação nas suas comunidades. Em acordo consistente com o dever de adequar o que está estabelecido no parágrafo 5 B, as pessoas com deficiências intelectuais devem ser apoiadas para que tomem suas decisões, as comuniquem e estas sejam respeitadas. Conseqüentemente, quando os indivíduos têm dificuldades para tomar decisões independentes, as políticas públicas e as leis devem promover e reconhecer as decisões tomadas pelas

peças com deficiências intelectuais. Os Estados devem providenciar os serviços e os apoios necessários para facilitar que as pessoas com deficiências intelectuais tomem decisões significativas sobre as suas próprias vidas. Sob nenhuma condição ou circunstância as pessoas com deficiências intelectuais devem ser consideradas totalmente incompetentes para tomar decisões baseadas apenas em sua deficiência. Somente em circunstâncias mais extraordinárias o direito legal das pessoas com deficiência intelectual para tomada de suas próprias decisões poderá ser legalmente interdito. Qualquer interdição deverá ser por um período de tempo limitado, sujeito as revisões periódicas e, com respeito apenas a estas decisões, pelas quais será determinada uma autoridade independente, para determinar a capacidade legal.

A autoridade independente, acima mencionada, deve encontrar evidências claras e consistentes de que apesar dos apoios necessários, todas as alternativas restritivas de indicar e nomear um representante pessoal substituto foram, previamente, esgotadas. Esta autoridade independente deverá respeitar o direito a um processo jurídico, incluindo o direito individual de ser notificado, ser ouvido, apresentar provas ou testemunhos a seu favor, ser representado por um ou mais pessoas de sua confiança e escolha, para sustentar qualquer evidência em uma audiência, assim como apelar de qualquer decisão perante um tribunal superior. Qualquer representante pessoal substituto da pessoa com deficiência ou seu tutor deverá tomar em conta as preferências da pessoa com deficiência intelectual e fazer todo o possível para tornar efetiva a decisão que essa pessoa teria tomado caso não o possa fazê-lo.

Com este propósito, os participantes de Conferência (OPS/OMS) de Montreal sobre Deficiências Intelectuais, em solidariedade com os esforços realizados a nível nacional, internacional, individual e conjuntamente, acordam em apoiar e defender os direitos das pessoas com deficiências intelectuais; difundir as convenções internacionais, declarações e normas internacionais que protegem os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais das pessoas

com deficiências intelectuais; e promover, ou estabelecer, quando não existam, a integração destes direitos nas políticas públicas nacionais, legislações e programas nacionais pertinentes.

Também acordam em apoiar, promover e implementar ações, nas Américas, que favoreçam a Inclusão Social, com a participação de pessoas com deficiências intelectuais, por meio de um enfoque intersetorial que envolva as próprias pessoas com deficiência, suas famílias, suas redes sociais e suas comunidades.

Por conseguinte, os participantes da Conferência (OPS/OMS) de Montreal sobre a Deficiência Intelectual e recomendam aos Estados a reconhecer que as pessoas com deficiências intelectuais são cidadãos e cidadãs plenos da Sociedade; Cumprir as obrigações estabelecidas por leis nacionais e internacionais criadas para reconhecer e proteger os direitos das pessoas com deficiências intelectuais. Assegurar sua participação na elaboração e avaliação de políticas públicas, leis e planos que lhe digam respeito. Garantir os recursos econômicos e administrativos necessários para o cumprimento efetivo destas leis e ações; Desenvolver, estabelecer e tomar as medidas legislativas, jurídicas, administrativas e educativas, necessárias para realizar a inclusão física e social destas pessoas com deficiências intelectuais; Prover as comunidades e as pessoas com deficiências intelectuais e suas famílias o apoio necessário para o exercício pleno destes direitos, promovendo e fortalecendo suas organizações; Desenvolver e implementar cursos de formação sobre Direitos Humanos, com treinamento e programas de informação dirigidos a pessoas com deficiências intelectuais.

Cabe aos diversos agentes sociais e civis, participar de maneira ativa no respeito, na promoção e na proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiências intelectuais; Preservar cuidadosamente sua dignidade e integridade física, moral e psicológica por meio da criação e da conservação de condições sociais de liberação e não estigmatização.

No mesmo sentido cabe às Pessoas com Deficiência Intelectual e suas famílias tomar a consciência de que eles têm os mesmos direitos e liberdades que os outros seres humanos; de que eles têm o direito a um processo legal, e que têm o direito a um recurso jurídico ou outro recurso eficaz, perante um tribunal ou serviço jurídico público, para a proteção contra quaisquer atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos por leis nacionais e internacionais; Tornarem-se seguros de que participam do desenvolvimento e da avaliação contínua da legislação vigente (e em elaboração), das políticas públicas e dos planos nacionais que lhe dizem respeito; Cooperar e colaborar com as organizações internacionais, governamentais ou não-governamentais, do campo das deficiências com a finalidade de consolidação e fortalecimento mútuo, a nível nacional e internacional, para a promoção ativa e a defesa dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiências.

Por fim, cabe às Organizações Internacionais a tarefa de incluir a "deficiência intelectual" nas suas classificações, programas, áreas de trabalho e iniciativas com relação à "pessoas com deficiências intelectuais" e suas famílias a fim de garantir o pleno exercício de seus direitos e determinar os protocolos e as ações desta área e colaborar com os Estados, pessoas com deficiências intelectuais, familiares e organizações não-governamentais (Ongs) que os representem, para destinar recursos e assistência técnica para a promoção das metas da Declaração de Montreal, incluindo o apoio necessário para a participação social plena das pessoas com deficiências intelectuais e modelos integrativos de serviços comunitários.

14.6. A Convenção da Guatemala

No âmbito das Américas, há que se frisar a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – Convenção da Guatemala, de 1999. Posto que

geral e enunciativa, fez-se cogente no Brasil em face de sua ratificação em 2001, por meio do Decreto Legislativo nº. 198, de 13 de junho de 2001, e promulgado pelo Decreto nº. 3.956, de 08 de outubro de 2001, e do fato de que instiga os signatários à implantação de políticas compensatórias de caráter inclusivo.

Em seu Preâmbulo, reafirma que as pessoas com deficiência detêm os mesmos direitos fundamentais das demais, reconhece que a paz e a justiça social alicerçam a base necessária para uma paz duradoura e que as pessoas com deficiência persistem sistematicamente alijadas do acesso às condições e aos direitos sociais mínimos; invoca a Convenção sobre a readaptação profissional e o emprego de pessoas com deficiência da Organização Internacional do Trabalho (Convenção 159), a Declaração dos Direitos do Retardado Mental (AG.26/2856, de 20 de dezembro de 1971), a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Resolução 3.447, de 9 de dezembro de 1975), o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Resolução 37/52, de 3 de dezembro de 1982), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador" (1988), os princípios para a proteção dos doentes mentais e para a melhoria do atendimento de saúde mental (AG.46/119, de 17 de dezembro de 1991), a Declaração de Caracas da Organização Pan-Americana da Saúde, a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Continente Americano [AG/RES.1249 (XXIII-O/93)], as Normas Uniformes sobre igualdade de oportunidades para as pessoas portadoras de deficiência (AG.48/96, de 20 de dezembro de 1993), a Declaração de Manágua, de 20 de dezembro de 1993, a Declaração de Viena e Programa de Ação aprovados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, das Nações Unidas (157/93), a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no hemisfério americano [AG/RES. 1356 (XXV-O/95)] e o Compromisso do Panamá com as pessoas portadoras de deficiência no continente americano [AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)].

Lastreada no compromisso categórico de “eliminar a discriminação, em todas suas formas e manifestações, contra as pessoas portadoras de deficiência”, estabelece, em seus artigos, que se considera deficiência, para os fins desta Convenção, “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”; que se considera discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência “toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência 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”; explicita, ademais, que “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”; e, finalmente, que “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. I).

Reforça, no art. II, a afirmação de seu objetivo categórico de eliminar e de prevenir qualquer forma de discriminação contra as pessoas com deficiência e de propiciar a sua plena integração à sociedade.

O art. III fixa as diretrizes para que os objetivos, acima traçados, implementem-se nos seguintes termos:

Artigo III. Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a:

1. 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,

entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:

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; e

d) medidas para assegurar que as pessoas encarregadas de aplicar esta Convenção e a legislação interna sobre esta matéria estejam capacitadas a fazê-lo.

2. Trabalhar prioritariamente nas seguintes áreas:

a) prevenção de todas as formas de deficiência preveníveis;

b) 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 portadoras de deficiência; e

c) sensibilização da população, por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas a serem iguais, permitindo desta forma o respeito e a convivência com as pessoas portadoras de deficiência.

O art. IV fixa o princípio da cooperação recíproca entre os Estados-Membros para que se combatam todas as formas de discriminação.

O art. V instiga à participação colegiada de pessoas com deficiência, de organizações não governamentais e de autoridades, na elaboração, na execução e na avaliação de medidas e de políticas eficazes, além de estimular a criação de canais de comunicação e divulgação ampla dos objetivos e meios para alcançá-los.

O art. VI cria uma comissão internacional de acompanhamento da implantação da Convenção nos diversos Estados-Membros, bem como dos métodos de sua operacionalização.

O art. VII é norma de exegese, na medida em que impõe que, na aplicação dos artigos da presente Convenção, tais artigos devem ser interpretados de forma a não restringir nem limitar o gozo dos direitos das pessoas com deficiência reconhecidos tanto pelo Direito Internacional consuetudinário quanto pelos instrumentos internacionais vinculantes para um determinado Estado Parte.

Os arts. VIII a XIV tratam dos requisitos formais para vigência, ratificação, denúncia e publicidade da Convenção.

14.7. Outras Declarações e Convenções Relevantes

A Resolução 45/91 da Organização das Nações Unidas – ONU, aprovada em 14/12/90, assume especial relevância porque certamente influenciará a própria Convenção da Guatemala. A Resolução em questão, em 1990, revertera a política de meras declarações ou afirmações de direitos das pessoas com deficiência para encetar políticas concretas e eficazes de inclusão.

A Organização das Nações Unidas preconiza a chamada sociedade inclusiva, ou seja, aquela que acolhe a diversidade humana e se direciona para as necessidades dos diversos grupos sociais, estendendo-lhes caminhos e braços abertos. As meras declarações de direitos acabavam por inviabilizar a efetiva inserção, porque os meios materiais para a obtenção daqueles direitos permaneciam inacessíveis, ou inexistentes. A sociedade inclusiva, ao contrário, decorre de políticas públicas, regras de compensação, que envolvem transportes, barreiras arquitetônicas, barreiras atitudinais e cidadania.

A Resolução 45/91 define o objetivo no sentido de que até 2010 instale-se uma sociedade global para todos. Em 1993, a Assembleia Geral da ONU editou as Regras Gerais sobre Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência³¹⁷, que se formalizaram por intermédio da Resolução 48/96, de 20 de dezembro. Lastreiam-se, tais Regras, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Político e Civil, no Pacto Econômico e Social, nas Convenções 111 e 159 da OIT, na Resolução 1990 /26 do Conselho Econômico e Social, expondo normas que preconizam a total aplicação dos direitos humanos às pessoas com deficiência, observadas as respectivas necessidades peculiares.

Observando, outrossim, que grande parte da população mundial consiste de pessoas com deficiência e que estão severamente alijadas das conquistas sociais e dos direitos humanos, objetivando, também, dar cumprimento ao Programa de Ação Mundial relativo às Pessoas com Deficiências, adotado pela Assembleia Geral na sua Resolução 37/52, de 3 de Dezembro de 1982. A referida Assembleia editou a presente Declaração que consiste de 22 regras com diversos subitens, distribuídas em quatro títulos: I - Requisitos para a Igualdade de Participação; II - Áreas Alvo da Igualdade de Participação; III - Medidas de Aplicação, e IV - Mecanismo de Controle.

O primeiro título (Requisitos para a Igualdade de Participação), por sua vez, divide-se em: Regra 1 – Sensibilização (itens 1 a 9), diz respeito a

³¹⁷ “Regras Gerais”. Centro de Informação da ONU em Portugal. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/Regrasgerais.pdf>>. Acesso em: 27 de setembro de 2008.

medidas de sensibilização que consistem em providências para a divulgação de informações sobre necessidades e possibilidades das pessoas com deficiência; Regra 2 – Cuidados Médicos (itens 1 a 6), que pugna pela prestação estatal de cuidados médicos eficazes às pessoas com deficiência; Regra 3 – Reabilitação (itens 1 a 6), insta à prestação estatal de serviços de reabilitação para que as pessoas com deficiência adquiram e mantenham um nível ótimo de autonomia concernente à capacidade funcional; Regra 4 – Serviços de Apoio (itens 1 a 7), aos programas de reabilitação devem suceder-se serviços estatais de apoio permanente para que as pessoas com deficiência ampliem cada vez mais o respectivo nível de autonomia na vida cotidiana e exerçam seus direitos.

O título II (Áreas Alvos da Igualdade de Participação) abrange as seguintes regras: Regra 5 – Acessibilidade (itens 1 a 11), trata da acessibilidade física a ser providenciada pelo Estado com relação a todas as deficiências, bem como da acessibilidade à informação; Regra 6 – Educação (itens 1 a 9), enuncia o princípio de que as pessoas com deficiência, de qualquer natureza, devem ser incluídas nas escolas regulares, sendo dever do Estado prepará-las, as escolas e as pessoas, para a consecução deste mister; Regra 7 – Emprego (itens 1 a 9), quanto ao emprego, recomenda que as pessoas com deficiência tenham acesso amplo ao mercado de trabalho, tanto urbano quanto rural, com igualdade de oportunidades e de remuneração; Regra 8 - Garantia de Rendimentos e Segurança Social (itens 1 a 7), sugere a ação estatal no sentido de assegurar previdência social e renda mínima assistencial às pessoas com deficiência; Regra 9 - Vida familiar e Integridade Pessoal (itens 1 a 4), exorta para a edição de leis que preservem o direito à vida familiar, ao casamento, à sexualidade e à integração social e plena da pessoa com deficiência; Regra 10 – Cultura (itens 1 a 3), na mesma ótica, a presente regra estimula a participação cultural das pessoas com deficiência em condições de igualdade com todos os cidadãos; Regra 11 - Lazer e Desporto (itens 1 a 5), o princípio dominante centra-se no estímulo estatal ao lazer e ao desporto dirigido a pessoas com deficiência, por meio de acesso a equipamentos e locais adaptados; Regra 12 – Religião, estímulo estatal para a

participação das pessoas com deficiência em atividades de índole religiosa desenvolvidas nas comunidades.

O título III versa sobre as Medidas de Aplicação. Compreende as regras 13 a 22, cujos teores sintetizam-se nas seguintes diretrizes gerais: cabe aos estados escolher e divulgar informações adequadas com relação às pessoas com deficiência; estabelecer políticas públicas planejadas em relação às pessoas com deficiência; todos os requisitos acima sugeridos devem ser implementados por meio de legislação hábil aos fins colimados; deve, também, o estado financiar, com recursos públicos, as políticas de implementação dos princípios aqui enfocados; devem, também, criar comitês, conselhos paritários com a função de fiscalizar, coordenar as políticas destinadas às pessoas com deficiência; devem os Estados, igualmente, valorizar e ouvir em caráter consultivo as organizações de pessoas com deficiência para a condução das medidas estatais; as pessoas que trabalhem no desenvolvimento de tais atividades devem ser adequadamente preparadas por meio de ações estatais para este fim canalizadas; o controle e a aplicação das políticas públicas impõe-se como mister estatal permanente e que deve ser executado, inclusive, mediante cooperação internacional.

O título IV enumera treze itens destinados a disciplinar os Mecanismos de Controle, traçando um roteiro interessante para conduzir a ação dos poderes executivos dos Estados-Membros.

Há que se citar, também, a Declaração de Washington, aprovada em 25 de setembro de 1999, no Encontro “Perspectivas Globais em Vida Independente para o Próximo Milênio”, realizado em Washington, DC, EUA, no mesmo sentido das anteriores³¹⁸.

Retomando o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Declaração Internacional de Montreal sobre inclusão, aprovada em 5 de junho de 2001, pelo Congresso Internacional Sociedade Inclusiva, realizado

³¹⁸“Declaração de Washington”. Entre Amigos – Vida independente. Disponível em: <<http://www.entreamigos.com.br/textos/vidaind/declaracaowashinton.htm>>. Acesso em: 20 set. 2008.

em Montreal, Quebec, Canadá, reafirma que “todos os seres humanos nascem livres e são iguais em dignidade e direitos”. Para que tal igualdade se materialize, afirma que o acesso igualitário a todos os “espaços da vida” constitui pré-requisito indispensável. Refere-se, aqui, a espaços materiais, sociais e de cidadania, logo, a construção de uma sociedade inclusiva funda o alicerce desta universalidade dos direitos humanos. Entende-se por sociedade inclusiva aquela que abre acessos por meio de políticas públicas eficazes³¹⁹.

A Declaração de Caracas, de 18 de outubro de 2002, corporifica as metas de organizações não governamentais e de familiares de pessoas com deficiência, considerando que a maior parte das pessoas com deficiência dos países americanos encontra-se em estado de extrema pobreza e considerando, igualmente, que pretende elevar-lhes a qualidade de vida e a condição social, em termos de saúde, educação, moradia e trabalho, pugnando por sistemas públicos integrais e universais gratuitos de seguridade social, escola inclusiva, desportos, políticas de habitação e emprego. Dirige-se, por isso, não só a pessoas com deficiência, mas também a crianças, a idosos e a indígenas. Exorta à construção de uma sociedade eqüitativa e solidária.

Constrói, para tanto, a:

Rede Ibero-Americana de Organizações Não-Governamentais de Pessoas com Deficiência e suas Famílias’ como uma instância que promove, organiza e coordena ações para a defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência e suas famílias; promovendo a organização e o fortalecimento dos movimentos associativos de âmbito nacional e sua composição mais ampla e participativa possível, constituindo-se em um interlocutor válido perante organismos governamentais e não-governamentais, nacionais e internacionais³²⁰.

³¹⁹“*Declaração Internacional de Montreal sobre Inclusão*”. Ministério da Educação – Secretaria de Educação Especial: Legislação Específica. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/seesp/legislacao.shtm>>. Acesso em 20 set. 2008.

³²⁰“*Declaração de Caracas*”. Rede Ibero-americana de Organizações Não-governamentais. Disponível em: <http://www.educacaoonline.pro.br/doc_declaracao_de_caracas.asp>. Acesso em: 20 set. 2008.

Finalmente, entre outras sugestões, instiga os países latino-americanos a ratificarem a Convenção da Guatemala.

A Declaração de Madri³²¹, aprovada em Madri, Espanha, em 23 de março de 2002, no Congresso Europeu de Pessoas com Deficiência, comemorando a proclamação de 2003 como o Ano Europeu das Pessoas com Deficiência, exorta à extensão dos direitos fundamentais universais para as pessoas com deficiência, para romper com as políticas caritativas e caminhar rumo à edificação de uma sociedade aberta a todos, devidamente estruturado para a inclusão de todas as diversidades.

A Declaração de Sapporo³²², Japão, aprovada em 18 de outubro de 2002, por ocasião da 6ª Assembléia Mundial da Disabled People's Internacional – DPI, uma das maiores organizações não-governamentais de âmbito internacional de pessoas com deficiência, que reuniu três mil pessoas, na maioria deficientes, representando cento e nove países, traduz o sentimento generalizado deste grupo, no sentido de se fazer ouvir, acima de tudo, em relação às políticas públicas a ele dirigidas. Inicialmente, lembra que as guerras, a violência urbana e o terrorismo internacional, além de abalarem a paz mundial, revela-se fatores que ocasionam deficiências em pessoas em todo o planeta, fato que suscita a necessidade de políticas preventivas em face das deficiências e em prol da paz. Reitera, ademais, a importância de que as pessoas com deficiência atuem como protagonistas das ações em seu favor. Suscita, ainda, discussões sobre bioética, como a importância das experiências com células-tronco para a reabilitação definitiva de pessoas com deficiências físicas, a clonagem terapêutica e outras medidas. Posiciona-se em favor da prática da vida independente das pessoas com deficiência que, para tanto, necessitam de transporte, de educação, de equipamentos, entre outras providências. Insiste na idéia da escola inclusiva, para que as crianças com

³²¹“Declaração de Madri”. Portal do Cidadão com Deficiência – Biblioteca. Disponível em: <http://www.pcd.pt/biblioteca/docs.php?id=326&id_doc=170&id_cat=18&PHPSESSID=843648c2bfee39a37afcd122f1b5ffc>. Acesso em: 20 set. 2008.

³²²“Declaração de Sporo”. Disponível em: <http://www.adeфи.org.br /decla_sapporo.html>. Acesso em: 21 set. 2008.

deficiências sensoriais, mentais ou físicas sejam matriculadas e freqüentem escolas regulares, públicas ou privadas e para que a diversidade seja materializada objetivamente na educação. Finalmente, sugere que as organizações internacionais recebam recursos para a implementação de políticas públicas paritárias.

No mesmo sentido se coloca a Declaração de Quito, de 11 de abril de 2003, em que representantes das pessoas com deficiência insistem na importância não apenas das políticas públicas compensatórias para a construção da sociedade inclusiva, mas, também, do acolhimento a pessoas com deficiência e a toda a gama da diversidade humana³²³.

Ainda nesse diapasão, cite-se a Ata da Conferência Internacional do Direito das Pessoa com Deficiência, de 9 de maio de 2003³²⁴, realizada em Havana, Cuba, que ressalta a premência da necessidade de uma atenção especial às demandas das pessoas com deficiência, para que a extensão dos direitos fundamentais se faça plena a todos os grupos sociais.

Não poderíamos deixar de citar as novidades da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – 2007³²⁵.

Elaborada ao longo de 4 anos, contou com a participação de 192 países membros da ONU e de centenas de representantes da sociedade civil de todo o mundo. Em 13 de dezembro de 2006, em sessão solene da ONU, foi aprovado o texto final deste tratado internacional, firmado pelo Brasil e por mais 85 nações, em 30 de março de 2007, trazendo novidades.

³²³ “*Declaração de Quito*”. REDE SACI: Solidariedade, Apoio, Comunicação e Informação. Disponível em: <<http://www.saci.org.br/index.php?modulo=materia¶metro=5116>>. Acesso em: 20 set. 2008.

³²⁴ “*Declaración Final de la IV Conferencia Internacional sobre los Derechos de las Personas*”. Organización Mundial de Personas com Discapacidad. Disponível em: <http://www.dpi.org/sp/resources/topics/human_rights/06-12-03_declaracion.htm>. Acesso em: 20 set. 2008.

³²⁵ Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009; Promulga a convenção internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 28 set. 2010.

A Convenção tem por diretrizes: proteger e assegurar o desfrute pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade.

Dentre as novidades em relação ao documento internacional anterior, merecem destaque as que seguem.

Novas definições: Língua: abrange as línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada; Discriminação por motivo de deficiência; 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; não é discriminação o tratamento diferenciado para permitir as ações positivas em favor das pessoas com deficiência. Ajustamento razoável: modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido à sociedade, 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.

Princípios básicos: Dignidade inerente à pessoa humana; autonomia individual incluindo a liberdade de fazer suas próprias escolhas e a independência das pessoas; não-discriminação; participação plena e efetiva na sociedade; respeito pela diferença e aceitação da deficiência como parte da diversidade e da condição humana; igualdade de oportunidades; acessibilidade; igualdade entre o homem e a mulher e do respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência.

Participação efetiva nas políticas públicas: A concepção e aplicação de legislação e políticas destinadas a dar cumprimento à presente Convenção e

ao tomar decisões sobre questões atinentes às pessoas com deficiência, os Estados Partes, obrigatoriamente, consultarão e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças, por intermédio das organizações que as representam.

Legislação local mais benéfica: Nenhum dispositivo da nova Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, constantes na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado, logo quaisquer direitos conquistados pelas pessoas com deficiências no Brasil não serão alterados pela Convenção.

Mulheres e meninas com deficiência: Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas à discriminação múltipla e, portanto, deverão tomar medidas para assegurar a elas o pleno e igual desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Educação: Direito de todos, a educação deve dirigir-se de modo indistinto a pessoas com deficiência, ou não. A diferença é que, para as pessoas com deficiência, a igualdade de oportunidades só pode ser exercida com ajudas técnicas como o Braille, Libras, adaptações de textos, etc.... A educação deve ser inclusiva sem sofismas. Educação especial é eufemismo utilizado pela sociedade segregadora que, para ocultar a discriminação, discrimina mais ainda, sob a hipocrisia de que a educação inclusive é preferencial como prevê a Constituição Federal Brasileira.

Crianças com deficiência: Os Estados Partes deverão assegurar que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito; tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam realizar tal direito.

Conscientização da sociedade: Objetivando conscientizar a sociedade sobre os direitos das pessoas com deficiências - mulheres, homens e crianças

-, a Convenção estabelece como instrumento educacional e de conscientização as campanhas publicas nos mais diferentes meios de comunicação.

Autonomia das pessoas com deficiência: Para possibilitar às pessoas com deficiência viver com autonomia e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes deverão tomar as medidas apropriadas para assegurar-lhes o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ou propiciados ao público, tanto na zona urbana como na rural.

Situação de risco de qualquer forma: Os Estados Partes deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar a proteção e a segurança das pessoas com deficiência que se encontrarem em situações de risco, inclusive situações de conflito armado, emergências humanitárias e ocorrência de desastres naturais.

Patrimônio e plena participação no controle financeiro: 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.

Acesso à justiça: Os Estados Partes deverão assegurar o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais e conformes com a idade, a fim de facilitar seu efetivo papel como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

Pessoas com deficiência que sejam privadas de liberdade farão jus aos mesmos direitos que as demais pessoas.

Experimentos médicos: Nenhuma pessoa com deficiência, assim como qualquer outra, deverá ser sujeitada a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento.

Liberdade de domicílio: As Pessoas com Deficiência terão direitos à liberdade de movimentação, à liberdade de escolher sua residência e à nacionalidade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, inclusive assegurando que as pessoas com deficiência.

As pessoas têm o direito de 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 determinadas habitações.

Nenhuma pessoa com deficiência, qualquer que seja seu local de residência ou tipo de moradia, deverá ser sujeita a interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, domicílio ou correspondência ou outros tipos de comunicação, nem a ataques ilícitos à sua honra e reputação. As pessoas com deficiência têm o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Outras obrigações dos Estados Partes:

Os Estados Partes deverão tomar medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade (natural ou adoção) e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Caso a família imediata de uma criança com deficiência não tenha condições de cuidar dela, fazer todo esforço para que cuidados alternativos sejam oferecidos por outros parentes e, se isso não for possível, por uma família da comunidade.

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria constante de suas condições de vida, e deverão tomar as providências necessárias para

salvaguardar e promover a realização deste direito sem discriminação baseada na deficiência.

Criação de um Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para acompanhar a aplicação das normas estabelecidas pela Convenção. O Comitê será composto por membros dos Estados participantes desta Convenção e terá toda a estrutura física fornecida pela ONU.

Para que a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência passe a vigorar internamente é necessário que o texto seja submetido ao processo de ratificação, mediante aprovação do Congresso Nacional, sanção do Presidente do Brasil e depois depositada junto à Secretaria Geral das Nações Unidas.

Outra grande novidade é o “Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (a ser adotado simultaneamente com a Convenção). Por esse protocolo, pessoas ou entidades poderão encaminhar ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência comunicações submetidas por indivíduos ou grupos de indivíduos, ou em nome deles, com alegações de estarem vitimados ou ameaçados de violação das disposições da Convenção pelo Estado Parte onde residem.

O Comitê poderá adotar posturas críticas com relação ao Estado signatário da Convenção, que não respeitem as pessoas com deficiência. Será um grande avanço se todos, deficientes ou não, cobrarem a efetiva implantação da Convenção em todos os países e, em particular, no nosso Brasil.

Esta não é a primeira nem será a última convenção promovida pela ONU com o objetivo de tornar efetivos os direitos das pessoas com deficiência, embora sejam pessoas como as demais e cidadãos dotados de direitos como quaisquer outros seja pela legislação local, seja pelos vários documentos internacionais como a Declaração dos Direitos Humanos da ONU.

Por fim, ressaltamos a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que reservou um espaço para a acessibilidade, reconhecimento

igual perante a lei, acesso à justiça, vida independente e inclusão na comunidade, mobilidade pessoal, do trabalho e emprego, dentre outros.

15. A TUTELA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (LEI FEDERAL Nº 10.406 DE 10/01/2002)

O direito civil junto com os direitos humanos e sociais, também se tornou medida de integração das pessoas com deficiência em 14 de novembro de 2000, quando promulgou a Lei nº 10.050, que veio acrescentar um parágrafo 3º ao art. 1.611 do código civil de 1916, vigente àquela época, estendendo o direito real de habitação, que anteriormente cabia apenas ao viúvo casado sob o regime de comunhão universal de bens quando houvesse um único imóvel residencial dentre os bens deixados pelo "*de cujus*", por força do § 2º do mesmo artigo, ao filho com deficiência que o impossibilite para o trabalho, quando já não lhe restassem vivos pai ou mãe.

Este dispositivo, que pouca ou nenhuma eficácia teve em razão de sua recente inserção no ordenamento jurídico, 14 de novembro de 2000, e que sequer chegou a ser seriamente discutido pela doutrina, havendo tímidas discussões de pouca repercussão, acerca de sua constitucionalidade ou não, publicadas em artigos virtuais, foi simplesmente suprimido pelo legislador pátrio sem qualquer referência, por ocasião da promulgação do novo código civil, em 10 de janeiro de 2002, como se não fosse de nenhum interesse e sem nenhuma justificativa.

Assim dispunha referido parágrafo: "na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho"; dizendo assim, que não restando pai ou mãe ao filho com deficiência que o impossibilite para o trabalho, terá ele direito real de habitação sobre o único imóvel residencial, que o último dos pais falecidos deixar, impedindo a partilha real do bem, enquanto perdure a impossibilidade para o trabalho em razão da sua deficiência.

Para fim de esclarecimento, a habitação, segundo M^a Helena Diniz, é "um direito real limitado, personalíssimo, temporário, indivisível, intransmissível e gratuito", pelo qual o beneficiário está autorizado a permanecer

temporariamente morando com sua família em imóvel residencial pertencente a terceiro. Direito este conferido ao filho com deficiência pelo dispositivo referido.

É preciso que se compreenda que o tratamento diferenciado dado ao filho com deficiência não implica em desatenção ao preceito do § 6º, do art. 227, da CF/88, mas, ao contrário, faz parte da política de proteção às pessoas com deficiência que a própria Carta Magna institui, nos já referidos dispositivos constitucionais, e que deve se dar tanto por meio de medidas administrativas como legislativas. O objetivo da lei aqui não é favorecer um filho em detrimento de outro, mas garantir moradia à pessoa com deficiência que não tenha condições de trabalhar para garantir seu próprio sustento e moradia, razão pela qual defere-lhe a lei o direito de permanecer habitando a residência deixada por seus pais, gratuitamente, ao que não poderão se opor seus irmãos, que com ele poderão coabitar, posto serem condôminos do bem.

Se lhe parece, mesmo diante dos argumentos apresentados, que há um tratamento desigual entre o filho deficiente e o filho que não apresente deficiência que o impossibilite para o trabalho, podemos até concordar. Mas, faz-se necessário lembrar que os desiguais devem ser tratados de forma desigual, oferecendo-se mais a quem tem menos, para tentar equilibrar as diferenças na balança; e se a pessoa com deficiência encontra-se em desvantagem por ter deficiência que o impeça de trabalhar, nada mais justo que garantir-lhe ao menos habitação.

Dessa forma, além dos requisitos: Ausência dos pais; Ser filho com deficiência; Da impossibilidade para o trabalho; Acrescentou-se o requisito da necessidade; para garantir que a vantagem não vá resultar em injustiça para com os demais filhos, quando o filho com deficiência dela não necessite por possuir habitação própria, em decorrência de doação ou herança, por exemplo.

É neste momento que precisamos questionar a sociabilidade, operabilidade e eticidade do novíssimo código civil já em vigor há 8 anos; além da tecnicidade e generalidade que não privilegia corporativismos ou quaisquer interesses dessa ou daquela categoria, como se orgulha em dizer o relator do

novo código, Dr. Ricardo Fiúza. Porém, pela Política Nacional de Integração Social da Pessoa Portadora de Deficiência devem ser criadas por lei condições que favoreçam a adequação da sociedade às necessidades especiais da pessoa com deficiência para que ela tenha uma participação ativa na sociedade, não como mero carecedor de ações filantrópicas e assistencialistas. Não seria o código civil social uma excelente oportunidade legislativa de efetivar essa política?

Mas, ao longo de seus 2046 artigos, frustram-se as expectativas de localizar uma enxurrada de normas protetivas às pessoas com deficiência, que, apenas genericamente, como qualquer outro indivíduo vê seus interesses tutelados, tanto nos livros da parte geral quanto da parte especial, na maioria dos casos, configurando exceção e raridade dispositivos que estabeleçam normas específicas à elas.

Mesmo numa análise superficial do novo código percebe-se que somente alguns raríssimos dispositivos fazem referência à pessoa com deficiência, de forma bem peculiar, pois na maioria dos casos fixa regras referentes à capacidade para o exercício dos atos da vida civil, limitando-se a atender aos interesses das pessoas com deficiência intelectual (doença mental), impedindo-o de realizar atos civis sem a devida representação, como medida de proteção aos seus interesses, por não possuir o necessário discernimento à sua prática, e daqueles que com ele venham a se relacionar. Desse modo, não sendo o agente capaz, o negócio jurídico celebrado é nulo ou anulável, conforme prescrevem os arts. 3º, II c/c 166, I, e 4º, II c/c 171, I.

O art. 1522, por sua vez, restringe à pessoa capaz a legitimidade para opor os impedimentos matrimoniais de que tenha conhecimento. Além do quê, é nulo o casamento do enfermo mental contraído, por ser absolutamente incapaz.

Assombra a leitura dos arts. 1550, III c/c 1557, III e IV, que autorizam ao "cônjuge são" requerer a anulação do casamento por vício do consentimento, quando ignore defeito físico irremediável ou moléstia grave e transmissível por

contágio ou herança ao outro cônjuge ou à descendência; ou doença mental grave, que torne insuportável a convivência. Em especial pela noção romântica que se tem de casamento, não como mero negócio jurídico, mas como meio de instituir família pelo enlace matrimonial de duas almas gêmeas, que assumem entre outros deveres a mútua assistência e o respeito e consideração mútuos.

Tais dispositivos encontram-se na contramão da integração social da pessoa com deficiência, discriminando-a, retirando-lhe o respeito e consideração que o outro cônjuge por ela deveria nutrir e a possibilidade de constituir legalmente uma família, colocando-a a mercê do outro cônjuge, sem que nem mesmo tenha a oportunidade de tentar obter sucesso na vida conjugal e demonstrar que suas necessidades especiais podem não oferecer qualquer empecilho a isso. De outro modo, válido o casamento, o "cônjuge enganado" teria a separação e o divórcio para desfazer o vínculo matrimonial, como prescreve o art. 1572, § 2º.

Já o parágrafo único do art. 1704, sem preocupar-se especificamente com pessoa com deficiência, acaba por agraciá-lo quando confere ao cônjuge que deu causa à separação o direito de receber alimentos do outro, quando não possua parentes que o possam fazê-lo e não tenha aptidão para o trabalho – onde pode estar incluído a pessoa com deficiência que o impossibilite auferir renda por conta própria.

Ainda dentro do direito de família, no trato do bem de família, que é o imóvel residencial urbano ou rural destinado ao domicílio familiar e isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição enquanto viver um dos cônjuges ou, na sua falta, até que os filhos completem a maioridade, conforme prescrito nos arts. 1712, 1715 e 1716, não há previsão que contemple especificamente a pessoa com deficiência. E inclusive o parágrafo único do art. 1720 estabelece que a administração do bem de família passa ao filho maior, mais velho ou ao tutor, caso todos sejam menores; sem cogitar da possibilidade desse filho ser maior, mas possuir curador por ter deficiência que o impeça de exercer pessoalmente os atos da vida civil ou, ainda, ter deficiência que não lhe possibilite trabalhar para garantir o sustento. Porém, o

art. 1722, mostrando as imprecisões técnicas que nosso novo código civil possui, depois de determinar que a isenção da execução do bem de família dura até que os filhos completem a maioridade, sem referência à sua possível incapacidade decorrente de deficiência que o impeça de auferir o próprio sustento, determina que a extinção do bem de família ocorre pela morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, "desde que não sujeitos a curatela" – caso em que a pessoa com deficiência que se enquadre nos dispositivos referentes à incapacidade, somente, estará contemplada; excluindo-se os demais que, mesmo sendo considerados capazes, não estão aptos a exercer atividades laborais, encontrando-se em condição de hipossuficiência e na iminência de perder o bem imóvel onde reside em razão da possibilidade de ser ele executado, penhorado e alienado em cumprimento das obrigações assumidas por sua família.

Mais adiante, em matéria de curatela, inicialmente não parece haver qualquer inovação, em especial no rol de interditos, cujos incisos I, III e IV do art. 1767 limitam-se às pessoas com deficiência intelectual, consideradas incapazes, como dito alhures (art. 1772). Porém, o art. 1780 traz a maior inovação da matéria ao disciplinar a curatela do enfermo ou pessoa com deficiência física, que tanto pode ser requerida por ele, como por seus pais, tutor, cônjuge, qualquer parente ou pelo Ministério Público, para cuidar de todos ou de alguns de seus negócios e bens.

Como se vê, nessa curatela administrativa especial, o curatelado preserva sua capacidade, podendo ele próprio nomear pessoa que deseje seja seu curador, funcionando semelhantemente a um mandato, a representação voluntária, em que o curatelado transfere poderes para que o curador administre total ou parcialmente o patrimônio. E, apesar de não haver referência ao grau da enfermidade ou deficiência, entende a doutrina que deva ser grave o suficiente para dificultar a boa administração de seus negócios e justificar querer deferir-la a outrem.

Silvio Rodrigues não somente considera essa inovação merecedora de aplauso, mas também a curatela parcial, com a ampliação das hipóteses em

que o juiz pode estabelecer seus limites adequando-os ao estado ou desenvolvimento mental do curatelado, como no caso do art. 1780, que se restringe aos atos de disposição patrimonial.

Os arts. 1865, 1866, 1872 e 1873 cuidam da capacidade específica para testar dos cegos, surdos-mudos, surdos, mudos e daqueles que por debilidade física, paralisia, ainda que parcial, amputação das mãos, imobilização dos braços, etc; fixando a possibilidade de fazerem-no exclusivamente pela forma do testamento público, exceto no caso do surdo-mudo, do surdo ou do mudo, que, sabendo escrever, podem fazer testamento, desde que escreva na face externa do envoltório que aquele é seu testamento, cuja aprovação pede ao oficial público.

Nos arts. 1962, IV e 1963, IV estabelece-se a possibilidade de exclusão do herdeiro necessário da sucessão por deserdação, em caso de desamparo do testador em alienação mental ou grave enfermidade, como no código revogado e no art. 229 da Constituição Federal – que institui o dever de assistência recíproca entre pais e filhos, sendo que os pais em relação aos filhos têm seu dever limitado à menoridade, sem nenhuma referência à carência ou deficiência ou enfermidade, enquanto que os filhos têm dever em relação aos pais a partir do momento em que atingem a maioridade, devendo ampará-los na velhice, carência ou enfermidade.

No que concerne à responsabilidade civil, matéria que vem ganhando tamanha projeção na vida moderna que mereceu a inclusão de título próprio à sua disciplina, no livro do direito das obrigações, os arts. 928, 932, II, 933, 942, parágrafo único, 949, 950, parágrafo único e 951, fixam regras que tanto estabelecem a responsabilidade civil do incapaz e de seu representante, aí incluído a pessoa com deficiência, em relação aos danos que provoca a terceiros, mesmo que sem culpa, quanto os casos em que os terceiros que causem danos aos incapazes, inclusive conduzindo-os à deficiência física ou mental, que diminua ou retire sua capacidade para o trabalho, deverão reparar o dano causado inclusive pagando pensão que corresponda à importância do trabalho para o qual se inabilitou ou da depreciação que sofreu – o que o

prejudicado pode exigir que seja pago de uma única vez. Desses artigos o que mais se adequa à proteção das pessoas com deficiência é o art. 950 e seu parágrafo único, e também o 951.

Como visto, são pouquíssimos os artigos, que num universo de 2046 artigos, se prestam a favorecer a política de proteção das pessoas com deficiência, em reconhecimento à sua condição de hipossuficiência, favorecendo sua integração e inclusão social ativa, no mais recente instrumento legislativo promulgado pelo ordenamento jurídico brasileiro e que, no dizer do mestre Miguel Reale, é o segundo instrumento em importância dentro do ordenamento: a constituição privada de um povo, o código civil.

Apesar de poucos serem os dispositivos que favorecem os interesses pessoa com deficiência, alguns têm uma excelência incontestável, como o art. 950 e seu parágrafo único e o art. 1780, por exemplo. Mas isso não nos permite esquecer e perdoar a retirada indevida e injustificada do § 3º que a Lei nº 10.050/2000 inseriu no art. 1611, do código civil revogado; nem nos faz deixar de pensar que o legislador perdeu a melhor oportunidade de nossa evolução legislativa para adequar o código civil à política nacional de integração das pessoas com deficiência, fixando regras de proteção às suas necessidades especiais.

CONCLUSÃO

Para que a inclusão social da Pessoa com Deficiência seja entendida como decorrência do Princípio da Dignidade Humana é necessário que esta se efetive. Ou seja, há que seguirem unidos o Princípio da Dignidade Humana e a eficácia em sua implementação. Há que se olhar mais amplamente e além das leis assecuratórias dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Não basta a mera existência de leis que protegem estas Pessoas, é de suma importância a aplicação de ações, ou comportamentos positivos do Estado e dos particulares, com o escopo de conceder oportunidades (acesso) a estes indivíduos de forma efetiva e eficaz.

A conscientização, a eliminação de preconceitos e, até mesmo, a percepção das necessidades do próximo, não têm eficácia se somente impostas por lei, mas há necessidade de que se tornem enraizadas na cultura e educação de um povo.

Esta forma de integração tem sido observada no campo da educação, com a colocação de alunos com deficiência em classes comuns, juntamente com os demais alunos, sem separá-los e sim integrá-los.

Ressalto que o ganho com a inclusão da pessoa com deficiência, não é só do deficiente, mas maior é o proveito do não deficiente com o convívio. E isto porque, nós seres humanos, temos de ter consciência das limitações que nos são impostas a todo o momento e de quanto a solidariedade tem o condão de modificar a vida.

É a percepção de integração entre os desiguais que diminuirá o preconceito e aumentará a inclusão social. Assim, quanto maior a educação de um povo maior será a eficácia do princípio da Dignidade Humana e mais completa se dará a inclusão social da Pessoa com Deficiência.

Em decorrência do raciocínio exposto, não há como pensar em inclusão social sem acessibilidade. E falar em acessibilidade não significa só aquela urbana, arquitetônica, mas também, e muito em especial, a acessibilidade às emoções, à solidariedade, à abertura dos corações de todos para com todos.

1. Inicialmente, nos preocupamos em trazer a definição conceitual, pois, muitos ainda não têm conhecimento dos significados trazidos aqui. Tal desconhecimento traria dificuldades para uma perfeita compreensão a respeito do sujeito do tema da tese.

Foi com este objetivo, que trouxemos os conceitos gramatical, formal, informal e jurídico. Com intuito de mostrar que a dignidade humana pode servir como instrumento de inclusão social, de forma que possa envolver todos os conceitos de pessoas com deficiência, amparadas pela Constituição Federal.

Com o sujeito que a tese pretende tutelar bem definido, buscamos qual seria a terminologia correta para nos referirmos a estes. Os termos vão sendo modificados com o passar do tempo e evolução, bem como, a modificação de certos valores vigentes em cada sociedade e em cada época também influenciam na modificação terminológica. E esta evolução de valores e conceitos nos fez chegar ao termo adequado hoje: Pessoa com Deficiência.

Já que usamos o termo deficiência, de forma genérica, sem especificar o tipo, mas referindo-se a todos os tipos, resolvemos definir as deficiências tuteladas de acordo com a Legislação Brasileira.

2. Através desta tese, procuramos mostrar que a vida da pessoa com deficiência em todas as sociedades, desde o início dos tempos, foi uma vida de desafios e superações. De início relegada, ou mesmo exterminada, confinada ou institucionalizada, conseguiu proteção legal desde que a deficiência fosse resultado de seqüelas de serviços prestados à pátria como soldado ou como trabalhador - o que deixou de fora o deficiente "natural", aquele geneticamente

comprometido. Muito recentemente é que se estabeleceu e ganhou força e *status* legal a idéia de proteger e integrar todo e qualquer deficiente à vida social e laboral, garantindo direito à cidadania e plena realização.

A legislação define quais são e como são os tipos de deficiência tuteladas e cabe a peritos médicos concluir quais pessoas com deficiência tem direito ao benefício da assistência social, por exemplo, ou quais têm direito a aposentadoria por invalidez, trazendo o estigma do incapaz ou inválido, como se fossem a mesma situação. Porém, por exemplo, a questão de estar ou não incapacitado para o trabalho relaciona-se intimamente ao acesso a tecnologias. Uma pessoa que poderia ser declarada totalmente incapaz no passado ,hoje não mais seria, exemplos estão presentes nos meios de comunicação. O Brasil é campeão das pára-olimpíadas, o sucesso dos atletas está diretamente ligado ao acesso a tecnologias. O mesmo acontece com o físico Stephen Hawking, que apenas pode apresentar sua produção intelectual porque tem acesso a tecnologias inexistentes há menos de meio século passado.

A imunidade tributária é uma nova luta que propomos a partir desse trabalho. É preciso começar a pensar que, como o transporte era uma questão vital para o deficiente físico por facilitar o acesso através de isenção tributária nos impostos, há outros equipamentos tão vitais para a eficácia da inclusão como computadores, impressoras em Braille para os deficientes visuais, órteses e próteses para os deficientes físicos sendo que teriam condições de eficácia de inclusão caso gozassem de imunidade tributária. Mesmo considerando que a sociedade tem uma contribuição importante na inclusão da pessoa com deficiência, cabe ao Estado conduzir as grandes políticas e realmente consolidar mudanças.

A tese mostra que a despeito da lei de cotas, a imensa maioria das pessoas com deficiência, em idade e em condições de estudar e trabalhar está fora do mercado. Por um lado, temos que lidar com uma barreira que não é física, que é estabelecida pelos estabelecimentos educacionais e empregadores para ingresso e contratação.

Do ponto de vista comercial até pode parecer válido exigir o máximo em qualificação do pretendente a uma instituição educacional ou posto de trabalho numa organização. Certo, porém, injusto é a exigência IGUAL para pessoas DESIGUAIS, ou seja, os testes para ingresso, seja em instituições educacionais, seja em concursos públicos tem que adequar-se às necessidades de cada cidadão. Metaforicamente falando, não é correto exigir que se determine a um peixe subir em árvores quando este concorre com macacos... Não caberia aí uma atitude que possa zelar pela Dignidade Humana? Ao educador ou empregador socialmente responsável, e ao Estado como gestor cabe capacitar, reabilitar, promover o acesso a tecnologias e fazer a sua parte na promoção da inclusão social, adequando os testes de ingresso em conformidade com as necessidades de quem os fará. O que vemos é o educador ou empregador, apenas para cumprir determinação legal, buscar aquela pessoa deficiente que cause o mínimo de “transtornos” ao ambiente físico e organizacional. Infelizmente esta é uma realidade no Brasil. Tal atitude não condiz com o respeito à Dignidade Humana.

As políticas públicas e as práticas da área de recursos humanos terão que enfrentar novos desafios no que tange à integração dos estudantes e trabalhadores deficientes. Chefias terão que se adaptar, equipes de estudo e trabalho serão desafiadas a novos convívios. Mas não será isso produtivo e em termos de eficácia da Dignidade humana? Tratar diferente os diferentes é uma forma de respeito às diferenças. A promoção deste respeito fará com que as pessoas, no geral, aprendam ao convívio usando de tolerância, flexibilidade, respeito à diversidade, pluralidade. Não serão estes os atributos essenciais de uma democracia, de um estado democrático de direito? Por outro lado, nos perguntamos, desses 98% que estão fora das classes de estudo ou do mercado de trabalho, quantos poderiam ser auxiliados por equipamentos os quais supririam suas limitações e ao mesmo tempo os tornaria capazes de enfrentar os estudos e/ou o trabalho? Facilitar o acesso é, sem dúvida uma eficaz maneira de promover a inclusão social. Mas não a facilitação paternalista e sim a acomodação de cada situação às condições daquela especial pessoa no setor em que pretende ingressar.

Alerta geral para o fato de que ,Infelizmente as estatísticas apontam para o crescimento da população de deficientes, não tanto por doenças, mas por seqüelas de acidentes de trânsito e de armas de fogo. Ou seja, independente da classe sócio-econômica, o contingente de deficientes tende a aumentar. Se não houver espaço e possibilidade de adequação do mercado de trabalho e/ou da educação haverá uma população que dependerá cada vez mais de benefícios assistenciais. Por certo, um país como o Brasil não terá recursos suficientes. O benefício de um salário mínimo que hoje é destinado aos portadores de deficiência sofre vários questionamentos. É assistencialista, portanto não emancipa, mas acomoda, é um valor aquém das necessidades e embora tenha sua importância, não deve ser compreendido como uma ação que poderá ser expandida ao limite das necessidades da população deficiente. Portanto, o destino da pessoa com deficiência é a preparação e consciência do país para a educação especializada e oportunização de ingresso no mercado de trabalho e não o assistencialismo.

3. Já que a dignidade humana, um dos temas desta tese, é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal Brasileira, discorreremos sobre os Direitos Fundamentais de forma geral.

Quando enfocamos o conceito de Direitos Fundamentais, concluímos que nele confundem-se as expressões Direitos Humanos, Direito dos Homens e Direito Natural, sendo de suma importância melhor defini-los. Portanto, após o conceito nos aprofundamos no estudo das suas classificações ou gerações. Concluímos que a dignidade humana para funcionar como instrumento de inclusão social da Pessoa com Deficiência não pode atuar sozinha, mas em conjunto com os demais direitos fundamentais, inclusive com os direitos sociais.

Ressalta-se que não é somente um dever do Estado a inserção e oportunização das pessoas com deficiência ao estudo e ao mercado de trabalho, garantindo o Princípio da Igualdade. À sociedade cabe sua parcela

obrigacional para o alcance deste escopo. Este talvez seja o ponto nevrálgico de toda a discussão em torno do tema, ao passo que há uma discriminação, um processo de segregação institucionalizada e velada nos costumes sociais. Faz-se necessário inculcar de forma indelével a reflexão acerca de tornar eficaz toda a legislação que ampara a pessoa com deficiência. A idéia do respeito à diversidade e à diferença, capaz de fazer com que a indiferença e o desprezo cedam lugar ao respeito e a integração, estes são fatores essenciais para a aquisição da igualdade e liberdade, direitos fundamentais e universais que sustentam o Estado Democrático.

Pela negação desses direitos fundamentais, essenciais à conquista da dignidade, avilta-se o dispositivo constitucional da Dignidade humana o qual engloba os demais direitos sociais. Diante da inoperância da Lei em assegurar o cumprimento do seu dispositivo fica a incapacidade de alcançar sua finalidade relacionada à plena concessão dos direitos na Carta Magna assegurados.

A inserção da pessoa com deficiência nas circunstâncias da vida plena com direito à educação que o qualificará para o trabalho ainda espera, à beira do processo social, o seu reconhecimento como cidadão dotado de direitos e deveres para consigo e com a sociedade.

No passado quando o destino da pessoa com deficiência era o abandono para a morte pensava-se dessa forma em razão das dificuldades que estas pessoas traziam ao círculo social. Não havia sobrevivência quando a luta pela sobrevivência traduzia-se na caça, nas disputas pela liderança do grupo e na fuga de um para outro local com a finalidade de encontrar água e alimentação. Como aquela sociedade teria condições de carregar o fardo de pessoas com deficiência? Mas estes são tempos de há muito ultrapassados e na sociedade contemporânea e pós moderna, na mudança paradigmática ocorrida com a globalização e a tecnologia em incessante desenvolvimento, as pessoas com deficiência passaram a ter condições de exercer papéis no meio social de extrema importância, e isto na mesma medida em que oportunidades de inclusão lhes sejam oportunizadas. Estas oportunidades integram o

princípio da Dignidade humana uma vez que remetem ao pleno desenvolvimento educacional o qual , por sua vez , remete à possibilidade de viverem de forma independente e sem ônus para o meio social. Ao contrário, temos exemplos de pessoas com deficiência exponenciais trazendo grande auxílio à sociedade. Queremos que todos sejam produtivos, em contrapartida, devemos propiciar os meios para tanto.

A pessoa com deficiência não quer ou necessita da caridade institucionalizada das camadas sociais ou governamentais, mas tem o direito ao reconhecimento de toda a sua capacidade enquanto pessoa dotada de possibilidades de realização e dignidade humana.

4. A dignidade humana é o valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, capaz de condicionar todo e qualquer ato de interpretação de normas jurídicas. Por ser fundamento da República, irradia seus efeitos por todo o sistema, sendo certo que até mesmo os demais princípios consagrados na Constituição devem guardar sintonia para com o princípio da dignidade humana. Trata-se de super-princípio que confere unidade axiológico-normativa aos diversos dispositivos constitucionais, que não raro se encontram em aparente situação de conflito.

5. A dignidade humana, enquanto valor-fonte dos direitos fundamentais assegurados na Constituição confere a estes direitos aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer outro ato legislativo complementar. Neste sentido, qualquer cidadão pode invocar um destes princípios constitucionais para exigir do Estado determinada prestação positiva. A mudança de foco sugerida no quinto capítulo reside exatamente na necessidade de superação da dogmática tradicional, que sempre relegou aos princípios uma importância diminuta, um caráter meramente auxiliar, complementar e secundário. Esta ausência de normatividade e de eficácia imediata aos princípios afigura-se

como sendo incompatível com a sociedade contemporânea e com o novo papel que se pretende conferir ao direito enquanto fomentador da inclusão social.

No que se refere à colisão de princípios constitucionais, na medida em que defendemos a supremacia axiológica da dignidade humana, enquanto valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, entendemos, até mesmo por questão de coerência, ser impossível a colisão entre o princípio da dignidade humana e os demais princípios constitucionais. Se a dignidade condiciona a interpretação de todos os demais princípios constitucionais, eventual colisão entre a dignidade e os demais princípios, inviabilizaria o raciocínio, quebrando-se a lógica. Neste sentido, admitimos a colisão somente entre os princípios subordinados.

O princípio da proporcionalidade, a despeito de não estar consagrado expressamente no texto constitucional, restou amplamente provado nesta tese, seu reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência como sendo princípio constitucional implícito. Sua utilização criteriosa permite a solução em caso de aparente conflito entre os demais valores tutelados pela Constituição. O princípio da proporcionalidade contém os sub-princípios da adequação, que exige que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos propostos; o sub-princípio da necessidade, que exige que a medida restritiva seja absolutamente indispensável para a conservação do direito fundamental em análise, e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e menos gravosa; e o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual o intérprete faz a ponderação entre a carga de restrição imposta e os resultados pretendidos, na busca da máxima equidade na distribuição dos ônus (análise da razoabilidade em concreto).

A condição de supremacia axiológica atribuída à dignidade humana é absolutamente compatível com o princípio da unidade da Constituição; aliás, a proeminência da dignidade enquanto fundamento da República reforça a unidade da Constituição, na medida em que estabelece um ponto de referência que jamais poderá ser desconsiderado pelo intérprete. Diversos autores de

renome nacional comungam desta opinião, dentre eles destacam-se Suzana de Toledo Barros, Flademir Martins e Rizzatto Nunes.

6. O princípio da dignidade humana, por ser um conceito aberto, deve conhecer limitações. Seu uso indiscriminado e sem critérios levaria a abusos e à própria banalização do princípio. Neste sentido, a doutrina idealizou o que se convencionou chamar de “núcleo mínimo” ou “núcleo essencial”. Assim, somente dentro deste núcleo mínimo é que se poderia exigir do Estado determinada prestação positiva. Segundo a melhor doutrina de direito constitucional, este núcleo seria composto por quatro itens, a saber: educação básica, saúde pública eficaz e de qualidade, assistência social aos desamparados e acesso à Justiça. Dentro deste contexto haveria verdadeiro direito subjetivo do cidadão necessitado a exigir do Estado, pela via do Judiciário, determinada prestação positiva.

Para uma melhor compreensão deste mínimo existencial, faz-se necessário o desenvolvimento da idéia de linha imaginária da dignidade, que serviria de parâmetro, segundo a qual, todo cidadão que estivesse abaixo desta linha estaria em situação de “não” dignidade e os que estivessem acima, estariam em situação de “sim” dignidade. Neste sentido e em sintonia com o tópico anterior, as pessoas que estivessem abaixo desta linha imaginária poderiam, dentro do núcleo mínimo, pleitear ao Estado, judicialmente, o imediato restabelecimento de suas dignidades.

Considerando-se o alto grau de exclusão em nossa sociedade e a existência de milhões de brasileiros com deficiência ou não, vivendo na indigência; considerando-se a dignidade humana como valor máximo e a idéia de núcleo mínimo, idealizamos a proposta de um novo instituto jurídico, chamado de “legitimidade excepcional”. Tal instituto permitiria a qualquer cidadão, independentemente de quaisquer formalidades jurídicas, a postulação judicial frente ao Estado para o imediato restabelecimento da dignidade de determinada pessoa que estivesse abaixo da linha imaginária da dignidade.

Para aqueles que se espantam com a inovação, idealizamos um paralelo com a figura já conhecida do habeas corpus.

Admite-se a possibilidade de qualquer cidadão impetrar ação de habeas corpus para que o Judiciário avalie a legalidade da prisão de uma pessoa, independentemente de critérios formais; com muito mais razão se poderia admitir a figura da legitimidade excepcional, que tutela a própria dignidade, valor superior à liberdade de locomoção. Evidentemente, esta possibilidade estaria restrita ao contexto do núcleo mínimo e valeria exclusivamente para as pessoas que estivessem em flagrante condição de “não dignidade”.

O exaurimento do modelo tradicional de direito é, hoje, uma realidade. A busca por maior efetividade do sistema normativo é o grande desafio da ciência jurídica contemporânea. Os níveis de exclusão social beiram ao intolerável e há relativo consenso de que algo efetivamente precisa ser feito. A superação da dogmática tradicional é o primeiro ponto. O questionamento do monopólio estatal da produção jurídica ganha cada dia mais adeptos, assim como a proposta pluralista. Em uma sociedade contemporânea, consumista e massificada, em que há excesso de informação e uma grande pulverização de valores, não se pode mais conceber o Estado como centro único de onde emanam as normas de direito.

Uma proposta descentralizadora e anti-dogmática, em que fundamentos éticos, políticos e sociológicos prevaleçam sobre critérios técnico-formais é o recado deste momento de superação do positivismo; a constatação de que o positivismo jurídico afigura-se como sendo insuficiente para o atendimento das demandas sociais supervenientes, ganha adeptos a cada dia; as construções genérico-abstratas, idealizadas pela burguesia francesa no século XIX, encontram-se desprovidas de eficácia social. A proposta pluralista, que parte do pressuposto do esgotamento do modelo tradicional de direito, fomenta práticas sociais participativas e procura conferir reconhecimento e legitimidade ao surgimento de formas normativas extra-estatais e informais, produzidas por novos titulares de carências e necessidades, sempre em constante

transformação. Este reconhecimento é absolutamente necessário no atual momento contemporâneo.

O momento de crise, vivenciado hoje, não deixa de ser um estímulo ao surgimento de novas teorias e a novos modelos para o sistema jurídico. Ousamos sugerir, a título de proposta de *“lege ferenda”* e em sintonia com a proposta de uma tese de doutorado, uma legislação mínima, alicerçada em princípios que norteariam o sistema e em cláusulas gerais, que permitiriam ao julgador uma constante adequação da legislação à realidade social dos litigantes, como que preenchendo vácuos legislativos propositais como forma de se conferir maior efetividade à prestação jurisdicional. Defendemos, assim, uma gradativa disseminação das cláusulas gerais pelos mais diversos ramos do direito, resguardando-se, evidentemente, as searas penal e tributária. O dogma da segurança jurídica, ao longo da evolução histórica do direito mostrou-se uma falácia; terminou por “engessar” a prática jurídica em formulas ideais, genéricas e abstratas e totalmente distantes da realidade social. É evidente que a inserção de cláusulas gerais e a maior utilização dos princípios, para a solução direta de lides deve ser feito com excessivo critério e de forma ponderada, sem excessos e na busca do bem comum. A grande questão é que da forma como está não poderá mais ficar. A problemática da exclusão social não se resolve com fórmulas mágicas, a proposta responsável de alternativas de uso do direito em prol da inclusão social tem como pressuposto o debate acadêmico para posterior e eventual implementação.

7. Neste capítulo ficou demonstrado que o pluralismo jurídico é um fenômeno com profundas raízes históricas. O modelo de ordem jurídica era elitista, conservador e discriminatório, sempre privilegiando a classe abastada em detrimento das massas.

Como a sociedade é dinâmica, novos movimentos sociais surgiram e o direito deu início a um longo e gradativo processo de evolução, pois necessita acompanhar a nova situação social que se encontra. O objetivo seria a

inserção de um modelo pluralista, social e inclusivo, com o foco voltado para a emancipação das classes oprimidas, incluindo-se aí a das pessoas com deficiência, porém, ainda tem se observado em sua essência, suas características históricas.

Há a necessidade de superar a noção de estado como centralizador da produção normativa jurídica, pois o sistema tradicional de justiça está esgotado. Existe um grande desencontro entre a racionalidade formal oficial e a racionalidade material, latente no dia-a-dia de uma sociedade marcada pela desigualdade e tão carente de inclusão social. Resta patente, portanto a superação do velho modelo jurídico de fundamentação estatal “monista” conservadora por um modelo contemporâneo pluralista, comunitário e participativo. Tendo em vista que, no estado democrático de direito brasileiro o amparo legal não garante a eficácia jurídica das leis, já que este modelo elitista não se encontra compatível com as expectativas dos movimentos sociais, que têm como objetivo a mudança deste sistema, para torná-lo mais inclusivo e para que seja possível a criação de mecanismos imediatos que propiciem a igualdade de oportunidades a todos.

Por tudo o que vimos até aqui, podemos afirmar que a dignidade humana é um princípio que possui a supremacia sobre os demais, pois todos dele derivam. Portanto, este princípio deverá ter aplicação imediata, no momento em que nós operadores do direito, estivermos julgando, advogando, legislando, etc.

Através da efetividade imediata do princípio da dignidade humana, haverá um amparo eficaz à pessoa com deficiência, garantindo que ela restabeleça sua dignidade, pois, como super princípio, dotado de valor-fonte, não deve ser ferido. Então surge a urgente necessidade de aplicação do direito contemporâneo pluralista, comunitário e participativo, com imediata e efetiva fiscalização, pois é assunto que fere a dignidade humana destas pessoas.

Não defendemos uma ruptura com a ordem vigente, mas apenas a necessidade de sua readequação às novas necessidades da vida

contemporânea, tendo relevância a supremacia do princípio da dignidade humana sendo este meio e fim para todas as decisões judiciais, legislativas e executivas no Brasil. E este seria mais um fundamento para que a inclusão social das pessoas com deficiência possa ocorrer pelo princípio da dignidade humana. A situação merece urgente atenção, já que várias pessoas com deficiência estão abaixo da linha imaginária da dignidade, ou seja, ao lado da “não” dignidade.

A verdadeira promoção da inclusão das pessoas com deficiência, somente ocorrerá quando as peculiaridades de cada caso concreto passarem a ser levadas em conta quando das decisões judiciais. Considerando preliminarmente, o julgador, a supremacia axiológica do princípio da dignidade humana como meio e fim em todos os casos concretos.

O princípio da Igualdade e o princípio da dignidade humana andam juntos, pois possuem o mesmo fundamento, de redução das desigualdades sociais e devem estar sempre em sintonia com os outros princípios, o que com a vasta doutrina pesquisada como: Aristóteles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Américo Pla Rodriguez, Calmon de Passos, restou mais que provado para que a completa igualdade ocorra é preciso tratar desigualmente os desiguais.

No Brasil a legislação infraconstitucional relativa às pessoas com deficiência que concede tratamento apropriado e prioritário, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa inclusão social, é extensa, mas pela falta de adequação ao momento social da atualidade, esta se tornando ineficaz, pois, muitas já são.

Tão relevante se mostra a adequação do ordenamento jurídico atual à evolução da sociedade que há muito o Superior Tribunal de Justiça através da resolução nº 2 de 25 de janeiro de 2005, ampara e confere prioridade no julgamento dos processos cuja parte seja pessoa com deficiência, desde que a causa em juízo tenha vínculo com a própria deficiência. No mesmo sentido, o

Conselho de Justiça Federal editou resolução nº 554/07 recomendando a todos os tribunais regionais federais que procedam à priorização do julgamento dos processos cuja parte seja pessoa com deficiência, desde que, também como fez o Superior Tribunal de Justiça, a causa em juízo tenha vínculo com a própria deficiência. Após isto, como discorrido acima, diversas ações positivas já ocorreram, ações estas que já trazem uma visão da fumaça do bom direito em relação à supremacia do princípio da dignidade humana.

8. Historicamente, na Europa Continental, até meados do século XX, a Constituição não se impunha normativo-juridicamente como as demais, atuava como uma norma que contemplava basicamente os poderes constituídos, em especial o legislativo. Os direitos fundamentais do homem tinham destaque.

A partir da segunda década do século XX, as constituições incorporaram os chamados direitos sociais, os quais implicam prestações positivas do estado e que repercutam coletivamente. Conseqüentemente, os direitos sociais constituíram-se protetores indispensáveis à existência dos direitos individuais, obrigando o Estado a uma atuação concreta para garantir a efetivação desses direitos aos indivíduos.

Desde o final da segunda guerra mundial, inaugurou-se a construção de um novo panorama constitucional, mais apartado dos dogmas positivistas, surgindo a chamada 'constituição dirigente', a qual se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos e que traça os objetivos a serem perseguidos pelo Estado. Ao contrário da cautela com que as demais constituições, até o início do século XX, estas elaboradas, expressamente albergavam valores, formulavam decisões tipicamente políticas e fixavam metas e objetivos sociais a serem alcançados pelos estados. O valor humanista começou a impor-se como pilastra central de todo o estado.

Chegou-se, então, à percepção de que a positivação do direito e das constituições, não era suficiente para afastar e para resguardar a sociedade da

banalidade e do mal. Na medida em que os valores fundamentais ganharam maior ênfase, bem como as ações políticas deles decorrentes, estes foram judicializados na constituição, retirando-a do debate político, pois surge a seu serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, este atua em duas frentes: a existencial e a operacional. Através da frente operacional, a constituição atribui hierarquicamente, eficácia jurídica aos efeitos práticos, produzidos por tais princípios, conferindo tanto maior eficácia quanto maior relevância do princípio que dela advém. A frente existencial consiste na proteção dada a tais princípios, proibindo-se restrições ou supressões por meio da técnica das cláusulas pétreas.

Com fundamento no princípio da vedação do retrocesso, o princípio da norma mais favorável apóia sua aplicação contra normas que acarretem supressão ou revogação de direitos fundamentais já assegurados, o qual demonstra que a grande conquista das constituições contemporâneas reside na percepção universal que estabelece distinção entre os direitos e a lei. O que não ocorria na época da Revolução Francesa, quando se estabeleciam os modelos positivistas constitucionais do século XIX. Os direitos, portanto, confundiam-se com a lei. Estabelecia-se, claramente, uma supremacia dos interesses do Estado, manifestados na lei e no direito objetivo, sobre os interesses dos indivíduos e os seus direitos subjetivos.

O marco histórico para o assunto dignidade da pessoa humana foi a Segunda Guerra Mundial e as violações cometidas. À partir deste marco, o assunto passou a ser destaque no campo científico e filosófico e foi necessária a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana, inicialmente na Alemanha e, posteriormente, em diversas outras constituições.

Portanto, com o final da Segunda Guerra, passou-se a uma perspectiva axiológica e humanista do Direito, baseada na dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que, o termo *dignidade* passou por diferentes concepções na história: primeiro uma concepção individualista (prevalência do indivíduo), depois transpersonalista (prevalência do interesse coletivo sobre o

individual) e enfim, personalista. Esta última é adotada na atualidade, diferenciando-se indivíduo e pessoa: o primeiro como ente abstrato e o segundo como ente concreto, real. Para esta última corrente, há de compatibilizar os valores individuais com o coletivo. Havendo conflito, a solução deverá ser buscada caso a caso.

Das premissas acima, infere-se que tanto a palavra pessoa, como a palavra dignidade, apresentou diferentes conotações no desenrolar da história. É possível constatar que sempre existiu uma proteção do ser humano desde as legislações mais antigas, mas esta proteção não era estendida a todos, pois nem todos eram iguais, livres e sujeitos de direitos e deveres. A dignidade da pessoa humana enquanto valor, estendida a todos, representa uma conquista da humanidade, embora o assunto, não se encontre pronto e acabado. O tema reveste-se sempre de atualidade, sob uma visão personalista, comportando debates na busca de uma maior proteção jurídica.

Embora o tema se encontre topograficamente localizado na Constituição Federal, o fato não impede as gravíssimas situações de indignidade das pessoas com deficiência, que são constatadas a todo o momento. É por isso que os esforços do Poder Público e da sociedade devem ser unidos, para a efetivação cada vez maior desse princípio constitucional. Outrossim, deve-se primar pela transformação de discursos em ações, de letra da lei em políticas públicas, ou seja, a realização prática da expressão dignidade da pessoa humana.

9. Como vimos, a atual Constituição Federal Brasileira prevê garantias, a exemplo de documentos internacionais e mesmo de legislação anterior à sua promulgação, visando à garantia de direitos humanos fundamentais e à melhoria da qualidade de vida das pessoas com deficiência.

O princípio da isonomia, adotado na Constituição Federal Brasileira de 1988, impede qualquer tipo de discriminação. Há igualdade de direitos, ressalvando-se os casos em que a desigualdade deve ser assim considerada,

tratando-se os desiguais desigualmente. Além deste princípio, a Constituição Federal contém outros dispositivos de relevância em relação à pessoa com deficiência.

Ao exame desse quadro, verificamos que nossa legislação a respeito, ressalvada, até certo ponto a Lei nº. 7.853/89 é fragmentária e falha, inexistindo uma disciplina harmônica a respeito da matéria.

Concluimos que a legislação que protege a Pessoa com Deficiência é numerosa, mas sem eficácia na prática, pois não há fiscalização.

Para ilustrar tal conclusão, trouxemos exemplos práticos da vida de pessoas com deficiência, o que deixa bem claro que apesar das garantias legais, elas só se fazem cumprir através de ação judicial. As próprias pessoas com deficiência é que precisam fiscalizar o cumprimento das leis que as protegem, tarefa que caberia ao Poder Público, fiscalizar, constatar irregularidades e advertir o transgressor que em um prazo razoável deverá tomar as providências necessárias, sob pena de multa caso houver atraso ou descumprimento. Na realidade o que ocorre é a pessoa com deficiência constatar as irregularidades, mas precisar ir até o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos, que a partir de tudo o que vimos sobre a dignidade humana, deveriam ter aplicação imediata. Temos assim a JUDICIALIZAÇÃO da dignidade humana, ou seja, o Poder Judiciário é acionado para fazer valer as leis.

10. Concluimos que para a inclusão social ser realmente efetiva, tem que haver empenho na acessibilidade, de forma ampla, começando com a eliminação das barreiras arquitetônicas, melhorias nos elementos do urbanismo, mobiliário urbano, normas de trânsito, entre outras. Entendemos começar por essa parte, pois é material e objetiva, bastando para a sua realização, a execução de projetos. Por exemplo, um projeto de eliminação de barreiras arquitetônicas, para ser posto em prática, requer apenas o levantamento das barreiras com a póstuma eliminação das mesmas. Já

acessibilidade e inclusão social da Pessoa com Deficiência pelo Princípio da Dignidade Humana é mais subjetivo e abrangente, pois depende da aceitação e amadurecimento da idéia pela sociedade, levando mais tempo para produzir resultado. Mas esta não ocorrerá sem aquela, e vice-versa.

11. Tanto na Europa como no Brasil, historicamente, há evidência que as pessoas com deficiência estão à margem das conquistas do Estado de Direito. No Brasil, percebe-se uma já detalhada rede de instrumentos legais aptos a garantir a inclusão das pessoas com deficiência nas estatísticas de desenvolvimento humano, porém, o desafio sempre presente, consiste em dar eficácia a essas normas.

Os trabalhadores especiais merecem ampla atenção na incessante batalha por justiça e igualdade social, esta travada pelos operadores do Direito e sociedade civil organizada. De acordo com a supremacia axiológica da dignidade humana, indispensável a viabilização do trabalho decente, em todas as suas possibilidades, com conseqüente inclusão do indivíduo no grupo social.

Deve haver um ajuste no termo adaptabilidade utilizado no meio trabalhista, este se refere à possibilidade da pessoa com deficiência trabalhadora lançar mão de instrumentos e tecnologias para adaptar-se à atividade proposta. Mas, para a efetiva redução das desigualdades sociais, o respeito às diferenças é fundamental, e estas diferenças podem e devem não ser reconhecidas como tais, mas como diferenciais. Devendo as pessoas com deficiência encontrar suas verdadeiras aptidões e consigam, por si só, agregar valor ao trabalho desempenhado, sem que tenha de camuflar ou suprir com tecnologias a diminuição de suas capacidades físicas, sensoriais ou mentais.

O simples acesso das pessoas com deficiência não garante sua manutenção no trabalho, para que esta ocorra, é necessário uma devida qualificação no sentido amplo.

O princípio da não-discriminação do trabalhador decorre, dentre outros, dos princípios da igualdade e da isonomia, não cabendo aqui a conceituação

de cada princípio, mas, sobretudo, sua contextualização no objeto deste trabalho: tais princípios contribuem para o equilíbrio de forças entre os chamados direitos individuais e os direitos sociais.

É nesse sentido a importância de tais princípios para a questão do trabalhador especial: sua observância determina a compatibilização entre as liberdades ditadas pela livre iniciativa e o necessário valor social do trabalho, considerando-se o indivíduo especial em todas as suas potencialidades, retirando-o do papel de coadjuvante de sua própria existência e conferindo-lhe papel decisivo na construção da sonhada sociedade livre, justa e solidária preconizada pela constituição da república.

12. Ainda nos dias atuais, as pessoas com deficiência, em sua maioria, vivem em condições de vulnerabilidade, pois, a acessibilidade universal ainda está muito distante, recém estamos dando início a um processo de inclusão social, e pensar no aproveitamento da capacidade laboral destas, anteriormente, era algo inviável.

Acreditamos que a exclusão tenha início já no sistema educacional, pois, este não está preparado para acolher e lidar com as necessidades específicas de cada pessoa com deficiência, resultando disto, uma das maiores dificuldades para inseri-las ao mercado de trabalho: a baixa ou nenhuma qualificação profissional, reservando-as somente empregos subalternos e mal remunerados.

É necessário que seja dada oportunidade para que as pessoas com deficiência possam participar da construção da sociedade, em vez de se eternizarem como beneficiários de políticas assistencialistas e da Previdência Social, o que lhes ofende a dignidade humana e arremessa fora suas forças de trabalho.

Através de censos ficou claro que as leis que protegem as pessoas com deficiência, do meio rural ou urbano, dentre elas, a lei de cotas, não são devidamente cumpridas.

Além disto, este capítulo confirmou que existem no mundo muitas pessoas com deficiência vivendo abaixo da linha da pobreza. Demonstrou também que há uma relação entre deficiência-pobreza. As péssimas condições de vida e a situação de risco social aumentam a probabilidade de adquirir deficiência, seja pela falta de comida e nutrientes, educação, por enfrentar gravidez e parto traumáticos, trabalhar em piores situações de segurança e saúde ou habitar casas precárias e com condições mínimas de higiene.

Apoiado no vínculo do princípio deficiência-pobreza, o enfoque de desenvolvimento inclusivo determina a necessidade de elaboração e implementação de políticas públicas de combate simultâneo de ambos os problemas. No qual é necessário criar mecanismos para o fim da pobreza e elaborar meios contra a discriminação.

O problema segundo especialistas é que atender as necessidades específicas de pessoas com deficiência é, na maioria das vezes, considerado custo e não investimento. Este é o erro histórico denominado “ciclo de invisibilidade”.

Então, pela supremacia axiológica do princípio da dignidade humana, do qual todos os demais princípios derivam, e toda a legislação ordinária infraconstitucional, convenções e outros dispositivos legais, a situação pede mudanças urgentes

As pessoas com deficiência necessitam de que o princípio da dignidade humana seus direitos sejam assegurados e eficazes, e que elas possam literalmente viver de uma forma digna, como a maioria deve viver. Por que deixar à margem da sociedade a pessoa com deficiência e manter a mentalidade assistencialista e piedosa alimentada e cultivada por milênios, que as torna um peso à sociedade, se podemos incluí-la em todos os sentidos, eliminando todos os preconceitos existentes, tornando-a produtiva para que possa descobrir sua verdadeira vocação, contribuindo assim, para o crescimento de sua nação.

A proteção que leva o cidadão a fazer parte integral da sociedade não se restringe apenas às medidas destinadas diretamente a pessoa com deficiência. É indispensável que se ampliem as medidas sócio educativas dirigindo-as à população em geral, que deve receber o indivíduo como um cidadão inserido no contexto social, sem expressar, ainda que indiretamente, qualquer forma de discriminação. Possibilitar a integração social da pessoa com deficiência, não é apenas um movimento regionalizado, mas um movimento de caráter global.

No Brasil, fica evidente a intenção do legislador constituinte de assegurar às pessoas com deficiência um conjunto de normas programáticas, linhas básicas do processo de integração destas à sociedade e ao mercado produtivo nacional. A Constituição Federal Brasileira de 1988 é bastante clara quanto à igualdade de trabalhadores, pessoas com deficiência ou não. O Brasil dispõe, ainda, de uma legislação infraconstitucional que vem tratando do tema desde 1989. Com isso, nos faz concluir que o que falta é a efetividade destas leis na prática.

Conforme a lei 7.853/89, que trata do apoio às pessoas com deficiência, é reafirmado o princípio isonômico no art. 1º, §1º, que dispõe que na sua aplicação e interpretação serão considerados os valores básicos, da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social e do respeito à dignidade da pessoa humana, e toda a relevância e supremacia axiológica deste princípio exposto até agora. Deixar as pessoas com deficiência à margem da sociedade é violar a dignidade destas. Até porque elas ficam na margem, devido a falta de eficácia prática das leis que as protegem, fato que torna mais grave ainda a situação.

Então, restaurar a dignidade destas pessoas, fazendo valer os seus direitos, seja com políticas públicas, maior fiscalização, acesso à educação, é torná-las cada vez mais próximas de terem sua capacidade laboral aproveitada com a conseqüente inclusão social.

Dessa forma, durante esse capítulo apresentamos em ordem cronológica as leis que diretamente interessam ao nosso tema, mostrando

assim a evolução normativa, fazendo detectar que o problema não é a falta de normatização específica, e sim a falta de eficácia prática, falta de fiscalização devido a ausência de conhecimento destas leis pela sociedade, mostrando que a educação também encontra-se falha e ineficaz.

13. Quanto à Constituição Federal Brasileira de 1988, importantes inovações foram acrescentadas. Nela inaugurou-se um novo ciclo de avanços no tocante ao aproveitamento da capacidade laboral, políticas de reabilitação profissional, qualificação, emprego e isonomia salarial de pessoas com deficiências.

A legislação infraconstitucional seguiu os passos da Constituição Federal Brasileira de 1988, garantindo direitos às pessoas com deficiência, também no tocante ao aproveitamento de sua capacidade intelectual e laboral. Porém, isso ainda não foi o suficiente, o que é alarmante, pois, são comandos constitucionais que estão sendo desrespeitados. A dificuldade maior é alertar a sociedade sobre a necessidade de consciência inclusiva e do verdadeiro valor que tem o princípio da dignidade humana dentro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nossa carta magna.

14. Segundo registros, desde a antiguidade remota, o tratamento que se dedicava às pessoas com deficiência era atentatório à sua dignidade, havendo uma espécie de discriminação a estes indivíduos. O Renascimento influenciou para que a visão antes assistencialista, a qual se preocupava somente em dar e não em ensinar a buscar, ou seja, capacitar profissionalmente; cedesse lugar à postura profissionalizante e integradora das pessoas com deficiência.

Na idade moderna, a partir de 1798, vários inventos se forjaram com o objetivo de propiciar meios de trabalho e de locomoção às pessoas com deficiência, tal como o sistema Braille, ensejador da perfeita integração das pessoas com deficiências visuais ao mundo da linguagem escrita. Mas, o despertar da atenção para a questão da habilitação e da reabilitação das pessoas com deficiência para o trabalho aguçou-se a partir da Revolução

Industrial, sendo necessária a própria criação do Direito do Trabalho e um sistema eficiente de seguridade social, com atividades assistenciais, previdenciárias e de atendimento da saúde, bem como de reabilitação dos acidentados.

O panorama contemporâneo do aproveitamento da capacidade intelectual e laboral da pessoa com deficiência encontra-se registrado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que efetuou convenções e declarações, dentre elas, a Declaração de Filadélfia, a qual é adotada como referência axiológica, salientando 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.

Neste capítulo, também analisamos o direito positivo de alguns países membros da Comunidade Européia, apenas para exemplificar, à guisa de referência, o tratamento que as diversas legislações conferem a proteção das pessoas com deficiência.

Percebemos que os Países da Comunidade Européia, consagram o Princípio da Dignidade Humana e da Igualdade com supremacia axiológica, mostrando sua preocupação em incluir socialmente a pessoa com deficiência e o aproveitamento da sua capacidade intelectual e laboral, primeiramente, garantindo mais oportunidades de estudo e trabalho a estas, aperfeiçoando sua capacidade produtiva para contribuir com a comunidade.

Na Espanha, en la consideración de la protección de las personas con discapacidad, a visão é de que esta é uma questão de direitos humanos. Se toma consciência de que la discapacidad no es un problema, sino una circunstancia personal que requiere en determinados supuestos de medidas específicas para garantizar el goce y el ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas, o foco se da então, a partir de garantir seus direitos e dignidades iguais aos dos outros.

Abandonaram la consideración, propia del modelo anterior, asistencialista e paternalista, para adotarem o modelo rehabilitador e inclusivo, portanto ocorreu a renúncia de um modelo meramente prestacional e a inserção de un modelo que procura la igualdad real y efectiva. Tomaram conciencia de que la discapacidad no es una cualidad ni un problema meramente personal, sino sobretudo una cuestión social. A verdadeira origem de la “falta de capacidad” está en las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y asegurar que las necesidades que las personas con discapacidad, dentro da organização social, sejam supridas.

Contudo, a Espanha merece destaque, pois se mostra preocupada com a inclusão social da pessoa com deficiência, de forma universal, trazendo novidades tal qual a hipoteca inversa como instrumento privado para El sostenimiento económico de la dependencia. Esta se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, periódicas o en forma de cobro único, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución, y al alcanzarse dicho porcentaje se deja de disponer de la renta aunque la deuda sigue generando intereses. Diz respeito a una operación financiera especialmente diseñada para mayores de 65 años y personas dependientes, con la que se posibilita convertir a dinero el valor patrimonial que representa la propiedad de su vivienda, sin perder la titularidad.

A União Europeia através do Direito Comunitário Europeu empenha-se, efetivamente, em fixar critérios eficazes de respeito aos direitos fundamentais e sociais, submetendo os interesses econômicos a tais direitos. Impõe, ademais, o combate frontal e decisivo a qualquer forma de discriminação, estimulando políticas compensatórias em prol das minorias: imigrantes, idosos, crianças e pessoas com deficiência. Trata-se do direito internacional eficaz. Não adota pretextos e subterfúgios comuns às Declarações e Convenções que lhe antecedem. Estabelece estratégias, diretrizes que se sobrepõem aos ordenamentos locais, exercendo sobre eles coerção moral e juridicamente irresistível.

Restou demonstrado, que o Direito Comunitário Europeu, dedica profunda atenção ao trabalho das pessoas com deficiência e materializa esse cuidado editando normas que decorrem da realidade observada com relação àquelas pessoas.

Ademais, no Direito Comparado das Américas, mais uma vez percebe-se a preocupação de manter a dignidade e igualdade da pessoa com deficiência, o que vem ao encontro do tema desta tese. Seja por comando constitucional, leis infraconstitucionais e convenções, a proteção das pessoas com deficiência nas Américas, era também voltada a incluí-las socialmente e aproveitar suas capacidades laborais.

Dentre estas legislações internacionais, as convenções e outros diplomas legais tiveram sua relevância, no sentido de, assegurar uma garantia global para os direitos das pessoas com deficiência. Oferecemos destaque para a Convenção de Guatemala, lastreada, no compromisso categórico de eliminar a discriminação, em todas suas formas e manifestações, contra as pessoas com deficiência.

Na mesma senda, não poderíamos deixar de oferecer destaque à Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 2007, que tem por diretrizes, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade.

15. Precisamos questionar a sociabilidade, operabilidade e eticidade do novíssimo código civil de 2002, já em vigor há 8 anos; além da tecnicidade e generalidade que não privilegia corporativismos ou quaisquer interesses dessa ou daquela categoria.

Devem ser criadas por lei condições que favoreçam a adequação da sociedade às necessidades especiais da pessoa com deficiência para que ela tenha uma participação ativa na sociedade, não como mero carecedor de

ações filantrópicas e assistencialistas. É dever não só da Constituição Federal, como também das Leis infraconstitucionais, oferecerem tutela à estas.

Porém, ao longo dos 2.046 artigos do novo Código Civil, frustram-se as expectativas de localizar uma enxurrada de normas protetivas às pessoas com deficiência, que, apenas genericamente, como qualquer outro indivíduo vê seus interesses tutelados, tanto nos livros da parte geral, quanto da parte especial, na maioria dos casos, configurando exceção e raridade dispositivos que estabeleçam normas específicas à elas.

Percebe-se que somente alguns raríssimos dispositivos fazem referência à pessoa com deficiência, de forma bem peculiar, pois na maioria dos casos fixa regras referentes à capacidade para o exercício dos atos da vida civil, limitando-se a atender aos interesses das pessoas com deficiência intelectual (doença mental) e até mesmo apresentando alguma forma de discriminação, em alguns artigos.

Destes 2.046 artigos, o que mais se adequa à proteção das pessoas com deficiência é o art. 950 e seu parágrafo único, e também o 951.

Como vimos, são pouquíssimos os artigos do Código Civil que se prestam a favorecer a política de proteção das pessoas com deficiência, em reconhecimento à sua condição de hipossuficiência, favorecendo sua integração e inclusão social ativa, no mais recente instrumento legislativo promulgado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Após uma breve conclusão de cada capítulo desta tese, concluímos, finalmente, que no âmbito internacional, a preocupação com a proteção da pessoa com deficiência vem desde os primeiros ordenamentos jurídicos, religiosos e textos históricos. Preocupação esta, que não foi o suficiente, pois, a história da humanidade nos mostra que esta pessoa sempre foi segregada e excluída econômica, política, social e culturalmente. Principalmente os menos favorecidos economicamente. Ao longo da história encontramos diferentes modelos de tratamento que evoluíram do extermínio e abandono para

institucionalização ou segregação; e bem recentemente para integração e inclusão.

Defendemos que para integrar e incluir socialmente a pessoa com deficiência faz-se necessária uma política de plena acessibilidade, ou seja, precisamos eliminar as barreiras arquitetônicas e atitudenais. Para isto ocorrer basta fazermos valer nossa vasta e bela legislação, principalmente nossa Constituição Federal, carta magna, que confere supremacia axiológica ao princípio da dignidade humana, princípio máximo do estado democrático de direito.

Com base nisto, pesquisamos a fundo o princípio da dignidade humana e constatamos que pela sua posição superior hierárquica dentro do ordenamento jurídico, tendo supremacia axiológica, pode ser um instrumento de inclusão social da pessoa com deficiência, necessitando ser levado a sério, pois observamos que no Brasil, qualquer portaria ou norma que seja instaurada é respeitada, já o princípio da dignidade humana, valor fonte e direito fundamental trazido em nossa carta magna, é deixado em segundo, terceiro, quarto plano.

Mas, para o princípio da dignidade humana servir como instrumento de inclusão social da pessoa com deficiência, esse precisa ser eficaz.

Pois, se dentro da constituição federal o princípio da dignidade humana é superior hierarquicamente, valor fonte, do qual todos os demais princípios derivam e não podem ir contra, sendo considerado um super princípio e principal valor condicionante para a validade e a eficácia de princípios inferiores e de toda a legislação infraconstitucional, devendo ser o principal ponto de análise do hermenauta ou do operador do direito, ao iniciar a busca pelo sentido e alcance de determinada norma jurídica, sempre que for invocado no caso concreto, merecerá uma maior atenção.

Dessa forma, como demonstramos na tese, o princípio da dignidade humana pode ser sim, um instrumento de inclusão social, pois não pode ser

ferido, colocando o Estado no compromisso de trazer a dignidade às pessoas com deficiência que vivem em estado de “não” dignidade.

Para isso defendemos a idéia da existência de uma linha imaginária, segundo a qual quem está abaixo vive em condições de “não” dignidade, tendo o seu mínimo existencial ferido e quem está acima desta, possui sua dignidade salvaguardada. Acreditamos que a legitimidade excepcional nos casos que atentassem a dignidade humana, auxiliaria na inclusão destas pessoas, já que facilitaria o acesso das mesmas à justiça que é um dos requisitos básicos presentes no mínimo existencial. Conseqüentemente, desta forma, a fiscalização por parte da sociedade, seria também facilitada, podendo a mesma agir como provocador do judiciário para que este determine a tomada de medidas necessárias para a resolução do caso, sempre levando em consideração o princípio da dignidade humana como valor fonte.

Uma vez, com sua dignidade restaurada, a pessoa com deficiência tem condições de se qualificar melhor e conseqüentemente colocar-se em uma posição de igualdade para conseguir adentrar no mercado de trabalho, tendo assim sua capacidade intelectual e laboral aproveitada e o núcleo mínimo de sua dignidade restaurado. Ou seja, se o princípio da dignidade humana tiver eficácia, o aproveitamento da capacidade intelecto-laboral também poderá ser um instrumento de inclusão social da pessoa com deficiência, a qual deixará de ser um peso para seu País, vivendo de assistencialismo, marginalizada, para produzir e se sentir um cidadão pleno, útil ao seu País. É como se a dignidade humana, o aproveitamento da capacidade laboral e inclusão social estejam interligados e inter-relacionados uns com os outros, não sendo possível suas existências individualizadas.

Concluimos também que há um olhar mundial para a tentativa de inclusão social das pessoas com deficiência e de eliminação de todas as barreiras físicas e atitudenais existentes. Muitas convenções e recomendações são assinadas com a preocupação de protegê-las, o que é ainda um dado preocupante, pois, o processo é muito lento, não acompanha a dinâmica da vida em sociedade. Em alguns lugares mais, em outros menos, como nós

mostramos nesta tese, o exemplo do autor que ingressou na faculdade de Direito e necessitou invocar o Poder Judiciário a fim de que tivesse garantido acesso digno e pleno a todas as repartições da Universidade, pois antes não havia. Já em Granada na Espanha, a legislação que protege a pessoa com deficiência, é muito parecida com a do Brasil, havendo o diferencial de que lá a legislação possui eficácia, enquanto no Brasil, soa como letra morta. Tanto, que ao tratar do tema com a orientadora Espanhola, esta não conseguia entender o motivo da escolha do tema desta tese, pois, se existe toda a normatização presume-se que esta é cumprida, o que não ocorre no Brasil.

Na Espanha, houve o abandono de um modelo de política pública meramente prestacional, para a inserção de um modelo que procura a igualdade real e efetiva, e o pleno desfrute de todos os direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência. Já no Brasil, o abandono do sistema paternalista, assistencialista que trata a pessoa com deficiência como um peso na sociedade, para o total implemento de uma política pública voltada à reabilitação e busca de igualdade real e efetiva, ocorre de forma gradativamente lenta. Há a necessidade de que isso se transforme em algo culturalmente aceito por todos os cidadãos, para obter assim, a eficácia, na prática, da política pública.

Pela política nacional de integração social da pessoa portadora de deficiência, devem ser criadas por lei, condições que favoreçam a adequação da sociedade às necessidades especiais destas pessoas para que tenham participação ativa na sociedade, não como mero carecedor de ações filantrópicas e assistencialistas. O novo código civil, promulgado em 2002 seria uma excelente oportunidade legislativa de efetivar essa política. Porém, ao longo de seus 2.046 artigos, não reservou normas protetivas às pessoas com deficiência em reconhecimento a sua condição de hipossuficiência. Percebem-se somente alguns raríssimos dispositivos fazendo referência a estas.

Por fim, trazemos à tona o conceito de eficiência e eficácia, já que são palavras sinônimas, porém possuem significados distintos. A eficiência é a

capacidade de produzir um efeito e eficácia é a qualidade daquilo que produz o efeito que se espera, o resultado de fato, a aplicação imediata, a efetividade.

Com base nisto, concluímos que o princípio da dignidade humana possui eficiência, mas não a eficácia desejada. Como tornar possível a eficácia de tal princípio? Entendemos que para tornar possível a eficácia de tal princípio deve-se fazer com que a lei seja cumprida, conseqüentemente eficaz. Outra possibilidade seria o resgate da harmonização dos três poderes, executivo, legislativo e judiciário, os quais se encontram em situação de discordância. Já que nos dias de hoje, no Brasil, executivo e legislativo estão praticamente unificados e, por conseguinte o judiciário sobrecarregado para dar solução rápida aos problemas em geral dos cidadãos. Todas as questões são judicializadas, muito fortemente na área da saúde. A educação da sociedade é, muito provavelmente a maior possibilidade de obtenção da eficácia do princípio da dignidade humana, já que tornaria fiscais da eficácia legal todos os cidadãos. Cidadãos educados e conhecedores de seus direitos fariam com que os mesmos fossem respeitados. Neste sentido, a fiscalização não ficaria apenas ao encargo do poder público, como também de toda a sociedade que estaria apta a reivindicar os seus direitos, deixando de atravancar o judiciário como único meio de obtenção dos mesmos. Além disso, com uma sociedade educada, conseqüentemente teríamos uma sociedade bem esclarecida, que não desprezaria a dignidade humana da pessoa com deficiência, isto estaria incutido culturalmente na sociedade passando a ser algo natural o valorizar a desigualdade entre os desiguais, diminuindo a barreira entre eles. Novamente surge a acessibilidade como meio de integração das pessoas com deficiência a qual só existirá com a eficácia do princípio da dignidade humana, através do cumprimento das leis e do conhecimento destas pelos cidadãos.

Concluímos assim, que conseguindo instaurar eficácia ao princípio da dignidade humana, conseguiremos que através deste se instaure o aproveitamento da capacidade intelectual e laboral como instrumentos de inclusão social das pessoas com deficiência e não apenas letra morta, com leis eficientes, mas não eficazes.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº. 217, 1999, pp. 67-79.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro, Editora: Renovar, 2001.

ARAÚJO, António de. *“Cidadãos Portadores de Deficiência – O seu lugar na Constituição da República”*, Editora: Coimbra. 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed., Brasília: CORDE, 1994.

ARRUDA ROZO CURY, Vera de. *Introdução à formação jurídica no Brasil*. Campinas: Edicamp 2002.

ASSIS, Olney, Queiroz. & PUSSOLI, L. *Pessoas portadoras de deficiência – direitos e garantias*. São Paulo, Editora: Edipro, 1992.

ASSIS, Olney, Queiroz. & PUSSOLI, L. & LACERDA, V. A. *Pessoas portadoras de deficiências: garantia constitucionais*. São Paulo, Editora: Lúmen, 1995.

BALERA, Wagner. *“A Seguridade Social na Constituição de 1988.”* São Paulo, Editora: Revista dos Tribunais, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª edição, Malheiros Editores.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, Editora: Malheiros Editores, 25ª Edição, 2008.

BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como Instrumento de Transformação Social*. A Experiência dos EUA, Editora Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARNES, Colin e OLIVER, Mike. Discrimination, disability and welfare: from needs to rights. In BYONE, Ian, et al. *Equal rights for disabled people – The case for a new law*. Institute for Public Policy Research : London, 1991.

BARROSO LEITE, Celso. *Previdência Social no Canadá e na Alemanha*, Revista de Previdência Social, Editora: LTr, agosto de 1998.

BARROSO LEITE, Celso. *Considerações sobre a Previdência Social*, Revista de Previdência Social, Editora: LTr, Setembro de 1998, número 214.

BAYLOS, Antonio. *Um futuro por armar – estudo preliminar*. Direito do Trabalho' modelo para armar. São Paulo: LTr. 1999.

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

BENHABIB, Seyla. *Las reivindicaciones de la cultura – Igualdad y diversidad en la era global*, Buenos Aires, Katz, 2006.

BIANCHETTI, L. *Um olhar sobre a diferença: Interação, Trabalho e Cidadania*. Campinas/SP. Papyrus, 1998.

BÍBLIA SAGRADA, 1995, Levítico, 21:1723. Ed. Loyola, São Paulo, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Edição. São Paulo, Editora: Malheiros, 2004.

BRAGA PENÃ DE MORAES, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional* - 3ª Edição.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, loc. cit. Cf: Recurso Extraordinário 273.834. Relator: Min. Celso de Melo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 222.

CABRIT, Alain. *Handicapés, tous vos droits*, Paris, Publisher: Puis fleuri, 1996; P. Blane. *Les communes concernées par les personnes handicapées, in Réadaptation* nº. 400. Paris, 1993.

CALMOM DE PASSOS, J. J. O princípio de não discriminação. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol. I, no 2 maio de 2001; Salvador, BA.

CIMAGLIA, Maria Cristina. Gli aspetti giuridici della legge sul diritto al lavoro dei disabili . *Lavoro Informazione*. Nº 9, ano XVIII - 15 de maio de 1999. Milano: Franco Angeli , 1999.

CINELLI, Maurizio. Profili del collocamento obbligatorio riformato. In: Maurizio Cinelli e Pasquale Sandulli (Coord.). *Diritto al lavoro dei disabili*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

CINTRA RIBAS, João Baptista. “*O que são pessoas deficientes?*”. São Paulo, Editora: Brasiliense, 1983.

CHARLES, Taylor. *A política do reconhecimento*. In: Argumentos Filosóficos, 2000.

CLÉVE, Clémerson Merlin. “*A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.

COUTURE, Eduardo. *Algumas Nociones Fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo* - no tomo *Tribunales de Trabajo*, publicado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, Santa Fé, 1944.

CRISAFULLI, Vesio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffré, 1952.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEMO, Pedro. *Introdução à Metodologia da Ciência*. São Paulo: Atlas, 1991.

DOYLE, Brian. Employment rights, equal opportunities and disabled persons: the ingredients of reform, In *Industrial Law Journal* . Vol. 22, n. 2, June 1993. Oxford University Press: Oxford, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo. *La relación laboral especial de los minusválidos*. Tribuna Social : revista de seguridad social y laboral. Número 91 – monográfico, julio de 1988. Editora CISS, Valencia, 1998, p. 41- 43.

FÁVERO, Gonzaga. In *Direitos das Pessoas com Deficiência - Garantia de Igualdade na Diversidade*, Ed. WVA, RJ, 2004.

FERREIRA PRÉCOMA, Ayrton. *Holocausto brasileiro*. Editora: Jornal Correio Metropolitano de Curitiba, Rio de Janeiro, 1999.

GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, “La Evolución Hacia El Modelo Social Del Tratamiento Jurídico de las personas con Discapacidad”, en AAVV, *Derecho tributario y las personas con necesidades especiales: una apuesta por las medidas jurídicas transversales*, dir. Juan López Martínez, Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, “La hipoteca inversa: un instrumento financiero para contribuir al sostenimiento económico de las personas dependientes”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2011, pp. 91-110.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. *El trabajo de los incapacitados*. Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral. Número 91 – monográfico, julio de 1988.

GIACÓIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica*, Jacarezinho, n. 2, 2002.

GIL, Marta. Coordenação. *O que as empresas podem fazer pela inclusão das pessoas com deficiência*. Rede Saci, Cecaie (USP) São Paulo. Instituto Ethos, 2002.

GODINHO DELGADO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr Editora, 2007, 6ª edição.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2004.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “*Texto Anais do III Congresso de Direito Constitucional*”, out. 2002.

GOMES DA SILVA, Eliezer. *Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal*. In: MERLIN CLÉVE, Clémerson; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho Ed: Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Editora: Saraiva, 27ª edição, 2001.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 22ª ed., 1995, p. 49.

HUDSON, Bárbara A. *Direitos humanos e novo constitucionalismo: princípios de justiça para sociedades divididas*. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Ed.). “*Direitos humanos e democracia*”. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JORNAL *DIÁRIO DE SÃO PAULO*, publicado em 12 de fevereiro de 2002.

JORNAL *FOLHA DE SÃO PAULO*, publicado em 12 de janeiro de 2000.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO, de 16 de julho de 2000, sob o título *Escola do Rio aprende a incluir deficientes*, da autoria de Clarissa Thomé.

JORNAL *VALOR ECONÔMICO*, publicado em 28 de fevereiro de 2002.

KONDER COMPARATO, Fábio. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOBO TORRES, Ricardo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos direitos*. In: Ricardo Lobo Torres. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LOPES RIBEIRO DA SILVA, Walküre. *Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa*. São Paulo: LTr, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2006.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977.

MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Ed. Madrid, 2005.

MARQUES DA SILVA, Otto. *A epopéia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e hoje*. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde (CEDAS), 1986.

MARQUES DA FONSECA, Ricardo Tadeu. *Revista de Direitos Difusos nº. 4 - "Proteção Jurídica dos Portadores de Deficiência"*. São Paulo, IBAP - Instituto Brasileiro de Advocacia Pública & Editora Esplanada ADCOAS, Dezembro de 2000, p. 481 a 486.

MARTINS PORT, Otávio Henrique. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS, 2005.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, São Paulo, Editora: Ltr, 1ª edição, 1989.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A atuação do Ministério Público na defesa da pessoa portadora de deficiência*, in *Doutrina Jurídica Brasileira*, Editora: Plenum (Edição em CD-Rom).

MONTEIRO DE BRITO FILHO, José Cláudio. *“Trabalho Decente”*. 1ª Edição, São Paulo: Ltr, 2004.

MONTEIRO DE BARROS, Maria Alice. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr Editora, 2006, 2ª edição.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo, Editora: Abril Cultural, 1962.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos fundamentais*. Teoria Geral. Coleção Temas Jurídicos. Vol.3. São Paulo: Atlas. 1997.

MORAIS BARROS, Alexandre de. *Direito Constitucional*, Atlas, São Paulo, 5ª edição.

MORE, Thomas. *A Utopia*. In: *Os pensadores*. São Paulo, Editora: Abril Cultural, 1972.

MORO, Sérgio Fernando. *“Jurisdição constitucional como democracia”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVAES MARTINEZ, Wladimir apud. PEREIRA JR. *Novas contribuições na seguridade social: entidades de fins filantrópicos*. São Paulo, Editora: Ltr, 1997.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo – 1919- 1984 – adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo* . Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1985.

OIT – *Organização Internacional do Trabalho. Resúmenes de normas internacionales del trabajo* , Genebra: OIT, 1991.

OLIVEIRA MARANHÃO, Rosane de. *O Portador de Deficiência e o Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2005.

PASTORE, José. *Oportunidades de Trabalho para Portadores de Deficiência*, São Paulo : LTr , 2000.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *“Princípios de Direito do Trabalho”*, São Paulo. Editora: LTR. 3ª Edição, 2008.

PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José. Coordenador. *Seguridade Social e a Pessoa Portadora de Deficiência, Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, Coleção Advocacia Pública & Sociedade ano 1, nº 1*, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP), Editora: Max Limonad.

REVISTA SENTIDOS, ano 2004, nº. 23, São Paulo, Editora: Áurea.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RULLI JÚNIOR, Antonio. *“Universidade da jurisdição”*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro, Editora: Forense. 1978.

SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SCHOLLER, Helmut. *Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha*. Revista do TRF da 4ª Região, Porto Alegre, ano 11, nº. 38, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª Edição. São Paulo, Editora: Malheiros, 1993.

STELLUTI, Carlo. *Le nuove norme per il diritto al lavoro dei disabili. Lavoro Informazione*. Nº 6, ano XVIII-31 de março de 1999. Milano: Franco Angeli.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio L. e MORAIS, José L. Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro. Editora: Renovar, 4ª edição, 2009.

TAGGESELL GIOSTRI, Hildegard. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 2004.

TOLEDO BARROS, Suzana de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

VALLER, Wladimir. Para um estudo sobre o dano moral. *Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos*, 2ª Ed., Campinas, Julex, 1993, 2 vols.

VALTECIDES ALVES, Rubens. *Deficiente Físico - Novas Dimensões de Proteção ao Trabalhador*, São Paulo, LTr, 1992.

VILLATORE, Marco Antônio César. *A pessoa portadora de deficiência no Direito do Trabalho brasileiro e o tema no Direito do Trabalho comparado*. Editora: Genesis Curitiba, Revista de Direito do Trabalho. Nº 15 (88) – abril 2000.

VASCONCELOS DUBUGRAS, Regina Maria. *Discriminação no Emprego – Formas, Defesas e Remédios Jurídicos*. Revista LTr, vol. 66, nº.11, novembro de 2002.

WOLFGANG SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WOLFGANG SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editoria: Trotta, 2003.

ACESSO DE PÁGINAS VIRTUAIS

ASSIS, Olney Queiroz. *O Estado e as Pessoas Portadoras de Deficiências*, disponível em: <<http://www.advogado.com/index1a.htm>> acesso em: 20 fev. 2007.

ASSIS, Olney Queiroz. “*O Estado e as pessoas portadoras de deficiência*”, Disponível em: <<http://www.advogado.com/ppd>>. Acesso em: 15 jan. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Último acesso em: 19 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. “*Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*”. Diário Oficial da União, Brasília, 1 fev. 1999. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1999/9784.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN, 855-2/PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, por maioria. Julgado em 1 jul. 1993. Diário de Justiça da União, Brasília, 1º out. 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADl&processo=855&recurso=0&tip_julgamento=M> Acesso em: 19 jan. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 485969/SP – Embargos de divergência no recurso especial 2005/0152163-1. Relator: Min. José Delgado. 1ª Seção STJ. Julgado em: 23 ago.2006. Diário da Justiça, 11 set. 2006, p. 220. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=485969&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393175/RS. Relator: Min. Celso Mello. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=393175&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 23 jan 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 670723/SC; Recurso Especial 2004/0089976-4. Relatora: Ministra Eliana Calmon (1114).T2 – Segunda Turma. Julgado em 07 fev. 2006. Diário da Justiça, 6 mar. 2006. p. 322. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=670723&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 25 jan. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 719310/RS; Recurso Especial 2005/0010482-0. Relator: Ministro Luiz Fux (1122). T1- Primeira Turma. Julgado em 6 dez. 2005. Diário da Justiça, 13 fev. 2006, p. 695. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=719310&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 25 jan. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Reg. em Petição 1.246-1/SC. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Pet&processo=1246&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 25 jul. 2009.

BARROSO. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf> Acesso em: 23 jul. 2009.

CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B.; Manual de Direito Previdenciário. 4^a ed. São Paulo, Editora: LTr, 2003. p. 32. apud PEREIRA JR., Aécio - *Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6881>> acesso em: 31 jan. 2007.

CENTRO DE INFORMAÇÃO PARA A VIDA INDEPENDENTE (CIVI), Universidade Uni Sant'anna, em São Paulo. Disponível em: <<http://www.santanna.br/civil>>, acesso em: 26 set. 2004.

CHILE. *Fondo Nacional de la Discapacidad – Programa de Colocación de Personas com Discapacidad en um Puesto de Trabajo. Gobierno de Chile*. Disponível em: <www.fonadis.cl/index.php?seccion=76#centro>. Acesso em: 10 jan. 2009.

EUROPEAN DISABILITY FÓRUM. Disponível em: <www.edf-feph.org> Acesso em: Julho 2009.

EUROPA: O PORTAL DA UNIÃO EUROPÉIA, *A Estratégia Européia de Emprego*. Disponível em: <http://www.europa.eu.int/pol/socio/overview_pt.htm>. Acesso em: 15 set. 2008.

HITLER. *Minha Luta (Mein Kampf)*. Versão eletrônica em português-brasileiro. Disponível em <http://radioislam.org/historia/hitler/mkampf/por/por.htm#15>. Acesso em: agosto 2007.

JORNAL DIGITAL A NOTÍCIA. “*Encontro debate risco de reforma trabalhista*”. Joinville, 23 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2004/out/23/0ger.htm>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2009.

MAGALHÃES, José, L.M. *Direitos Humanos Evolução Histórica*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/joselm.htm>>, acesso em: 15 fev. 2007.

MARQUES, Carlos Alberto. *The political implications of the institutionalization of deficiency*. Educ. Soc., Campinas, v. 19, n. 62, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010173301998000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24 Fev. 2007.

NASCIMENTO, Rui Bianchi. *Programa de Ação Mundial para pessoas com deficiência*. Publicado no site do Centro de Documentação e Informação do Portador de Deficiência. 1992 (CEDIPOD), p. 15. Disponível em: <<http://www.cedipod.org.br>> acesso em: fev. 2007.

ONU – Organização das Nações Unidas. Centro de Informação da ONU em Portugal. Disponível em: <<http://www.onupor.tugal.pt/anos.html>>. Acesso em: 02 nov. 2008.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PERSONAS COM DISCAPACIDAD. *Declaración Final de la IV Conferencia Internacional sobre los Derechos de las Personas*. Disponível em:

<http://www.dpi.org/sp/resources/topics/human_rights/06-12-03_declaracion.htm>. Acesso em: 20 set. 2008.

PARANÁ/BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 130321-5, de Goioerê/PR. Data: 28 março 2003. Relator: Des. Milani de Moura. Disponível em:

<<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ResultCodigo.asp?Codigo=214228&Selecionar.x=5&Selecionar.y=4>>. Acesso em: 17 março 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. *Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.sp?id=6881>>. Acesso em: 06 set. 2008.

PORTUGAL. *Decreto-Lei 29 de 3 de fevereiro de 2001*. Universidade do Porto – Biblioteca. Disponível em: <http://paginas.fe.up.pt/demegi/Tec_Sup_DR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2008.

PORTUGAL. *Regras Gerais*. Centro de Informação da ONU em Portugal. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/Regrasgerais.pdf>>. Acesso em: 27 de setembro de 2008.

PROJETO CIDADÃO CAPAZ. Set 2002. Disponível em: <<http://www.percepcoes.org.br/projetos.asp?idprojeto=375>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

REDE IBERO-AMERICANA DE ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS, *Declaração de Caracas*. Disponível em: <http://www.educacaoonline.pro.br/doc_declaracao_de_caracas.asp>. Acesso em: 20 set. 2008.

RETRATOS DA DEFICIÊNCIA NO BRASIL (PPD) /Marcelo Néri - Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2003. P. 250 Disponível em: <<http://www.fgv.br/cps>>. Acesso em: jun. 2007.

RIO GRANDE DO SUL/BRASIL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Processo nº 70009770611. Apelação e reexame necessário. Relator: Irineu Mariani. Julgado em 09 dez. 2004. Disponível em:

<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70009770611&num_processo=70009770611>.

Acesso em: 22 dez. 2008.

RIO GRANDE DO SUL/BRASIL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014933675. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 22 jun. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70014933675&num_processo=70014933675>.

Acesso em: 15 mar. 2009.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos, *O acesso do portador de deficiência ao patrimônio cultural*. Disponível em : http://www.ibap.org/ppd/artppd/artppd_jerr01.htm, Acesso em: fev 2010.

SÃO PAULO (Estado)/BRASIL. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Público. AI nº 42.530.5/4. Relator: Des. Alves Bevilaqua. Julgado em 11 nov. 1997. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2009

SÃO PAULO (Estado)/BRASIL. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara de Direito Público. AI nº 48.608-5/4. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em 11 fev. 1998. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2009.

SOCIEDADE E VALORES DOS EUA. Revista Eletrônica da Agência de Informações dos Estados Unidos. Volume 4, nº. 01, janeiro de 1999. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itsv/0199/ijsp/toc.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2009.

LEGISLAÇÃO CITADA

CANADÁ- Declaração Internacional de Montreal sobre Inclusão. Ministério da Educação - Secretaria de Educação Especial: Legislação Específica . Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/seesp/legislacao.shtm>>. Acesso em 20 set. 2008.CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Art. 3º, Lei número 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Último acesso em: 10 out. 2011.

CONSTITUCIÓN ESPANHOLA DE 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Art. 100, Inciso I e II da Lei 5.869/73. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91735/codigo-processo-civil-lei-5869-73>> Último acesso em: 19 out. 2011.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DA REPÚBLICA DE CHILE DE 21 DE OCTUBRE DE 1980. “Gobierno de Chile”. Disponível em: <<http://www.gobiernodechile.cl/documentacion/constitucion.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia, de 6 de julio de 1991”. Colombia - Senado Federal. Disponível em: <www.senado.gov.co>. Acesso em: 11 jan. 2009.

COLOMBIA. Ley 361, de 11 de febrero de 1997”. Colombia – Senado Federal. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/l0361_97.htm>. Acesso em: 11 jan. 2009.

DECRETO Nº 6.949 DE 25 DE AGOSTO DE 2009; Promulga a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. acesso em: 28 set. 2010.

DECLARAÇÃO DE MADRI. Portal do Cidadão com Deficiência – Biblioteca.
Disponível em:

<[http://www.pcd.pt/biblioteca/docs.php?id=326&id_doc=170&id_cat=18&PHPS
ESSID=843648c2bfee39a37afcd122f1b5ffc](http://www.pcd.pt/biblioteca/docs.php?id=326&id_doc=170&id_cat=18&PHPS
ESSID=843648c2bfee39a37afcd122f1b5ffc)>. Acesso em: 20 set. 2008.

Declaração de Direitos do Deficiente Mental, Artigo 1º. Disponível em:
<<http://www.cedipod.org.br/w6dddm.htm>> Acesso: out. 2007.

DECLARAÇÃO DE WASHINGTON. Entre Amigos – Vida independente.
Disponível em:

<<http://www.entreamigos.com.br/textos/vidaind/declaracaowashinton.htm>>.

Acesso em: 20 set. 2008.

DECLARAÇÃO DE SPORO. Disponível em:

<http://www.adefi.org.br/decla_sapporo.html>. Acesso em: 21 set. 2008.

DECLARAÇÃO DE QUITO. REDE SACI: Solidariedade, Apoio, Comunicação e
Informação. Disponível em:

<<http://www.saci.org.br/index.php?modulo=materia¶metro=5116>>.

Acesso em: 20 set. 2008.

EUA. REHABILITATION ACT. 1973 - US CODE, Title 29, Chapter 16,
Subchapter V. Cornell University. Disponível em:

<[http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode29/usc_sup_01_29_10_1
6_20_V.html](http://assembler.law.cornell.edu/uscode/html/uscode29/usc_sup_01_29_10_1
6_20_V.html)>. Acesso em: 20 jan. 2009.

EUA. THE AMERICANS WITH DISABILITIES ACT – ADA, 1990 - US CODE,
Title 42, Chapter 126”. Cornell University. Disponível em:

<[http://fatty.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc_sup_01_42_10_126.htm
l](http://fatty.law.cornell.edu/uscode/html/uscode42/usc_sup_01_42_10_126.htm
l)>. Acesso em: 19 jan. 2009.

HONDURAS. Código del Trabajo - Decreto 189-59, de 15 de julho de 1989.
Honduras – Congreso Nacional. Disponível em:

<[http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/codigos/codigodeltrabajo.
pdf](http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/codigos/codigodeltrabajo.
pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2009.

HONDURAS. Constitución de la República de Honduras, de 1º de janeiro de 1982. Honduras – Congreso Nacional. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.hn/constitucionesycodigos/honduras/1982.pdf>>.

Acesso em: 17 jan. 2009.

LEI N° 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Regulamentação da acessibilidade. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm> Último acesso em: 19 out. 2011.

LEI N° 10.098, de 19 de dezembro de 2000, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>, acesso em: 03 out. 2009.

LEY 19.284, DE 14 DE ENERO DE 1994. Congreso Nacional. Disponível em: <http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/listado_leyes_mas_soli.php>. Acesso em: 10 jan. 2009.

LEY 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Disponível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2006-21990. Acesso em: jan. 2011.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO DE 1995”. Ley Del estatuto de los trabajadores. Disponível em: <<http://www.igsap.map.es/cia/dispo/6031.htm#adi>>. Acesso em: 13 out. 2008.