

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS PORTADORAS DE
DEFICIÊNCIA**

Yara Raizaro Martins

Presidente Prudente/SP

Outubro/2002

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS PORTADORAS DE
DEFICIÊNCIA**

Yara Raizaro Martins

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de Luiz Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP

Outubro/2002

A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Luiz Roberto Gomes
Orientador

Edmar Trindade Nagai
Examinador

Ernane Custódio Erbella
Examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2002.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que é a luz do meu caminho, e permitiu que eu chegasse até o final dessa jornada.

Agradeço à minha família, pelo carinho e compreensão, e apoio em todos os momentos, durante a realização do meu trabalho.

Agradeço ao meu orientador Luiz Roberto Gomes, por ter se colocar a disposição durante a confecção do presente trabalho, prestando o apoio e a orientação necessária.

Por ultimo agradeço minhas amigas, que me incentivaram contribuindo para o término do trabalho.

Dedico o presente trabalho, a todos que como eu, sonham com uma sociedade mais justa e igualitária.

A minha mãe, que me apoiou na busca da realização do meu projeto.

Em especial, ao meu irmão Fábio, que é deficiente mental, e foi minha fonte de inspiração na busca de um trabalho que proporcionasse a todos os deficientes melhores condições de vida.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é chamar a atenção para a prevenção e proteção das pessoas portadoras de deficiência que é tema recente no nosso ordenamento jurídico.

A defesa dos direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências é um dos momentos da luta pelos Direitos Humanos. Apesar disso, poucos são os que, se dá conta de que não há democracia onde somente uma parcela da população sabe o que é cidadania.

Hoje as pessoas portadoras de deficiências começaram a exigir direitos humanos fundamentais, como igualdade, e proteção contra a discriminação, querem deixar de ser cidadãos invisíveis.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 deu um grande passo no sentido de proteger integralmente as pessoas portadoras de deficiência, contendo princípios jurídicos fundamentais e garantidores dos direitos contemplados, os projetando para os diversos ramos do direito, provocando o aparecimento de outro complexo normativo na legislação ordinária.

ABSTRACT

The purpose of the present work is to call the attention for the prevention and protection of individuals with disabilities that is a recent issue in our Judicial System.

The defense of Disabled People rights is part of battle of the Human Rights. Few are the ones who understand that there is not democracy where only a portion of the population knows what means citizenship.

Nowadays the people with disabilities began to demand fundamental human rights, such as equality and protection against discrimination, they want to quit being invisible citizens.

Brazilian Federal Constitution of 1988 jump over a big step in the sense of protecting integrally the disabled people, once its contain fundamental juridical principles that assure the contemplated rights, projecting them for the several branches of the law, culminating the emergence of another normative compound in the ordinary legislation.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 2 A PROTEÇÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA..... | 13 |
| 2.1 Histórico..... | 13 |
| 2.2 Evolução Histórica no Brasil..... | 30 |
| 2.3 A Legislação Protetiva Estrangeira..... | 35 |
| 2.4 Conceito de Portador de Deficiência..... | 38 |
| 2.5 A Constituição Federal e a Pessoa Portadora de Deficiência..... | 41 |
| 2.5.1 Igualdade perante a lei..... | 43 |
| 2.5.2 Artigo 7º XXXI da Constituição Federal..... | 43 |
| 2.5.3 Artigo 37, inciso VIII..... | 45 |
| 2.5.4 As regras da previdência e assistência social..... | 49 |
| 2.5.5 As competências constitucionais relativas às pessoas portadoras de deficiência..... | 56 |
| 2.5.6 As competências legislativas..... | 56 |
| 2.6 A Legislação Infraconstitucional e a Pessoa Portadora de Deficiência..... | 58 |
| 2.7 Eficácia das Normas Constitucionais e a Pessoa Portadora de Deficiência.. | 67 |
| 3 TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA..... | 72 |
| 3.1 Interesses Transindividuais..... | 75 |
| 3.2 Interesses Difusos..... | 76 |
| 3.3 Interesses Coletivos..... | 77 |
| 3.4 Interesses Individuais Homogêneos..... | 78 |
| 3.5 As Dificuldades Inerentes à Ausência de Previsão Expressa de Legitimação para a Tutela de Direitos Difusos e Coletivos..... | 80 |
| 3.6 A Ação Civil Pública Prevista na Lei 7.853/89..... | 82 |
| 3.7 Legitimação..... | 83 |

| | |
|---|------------|
| 4 INSTRUMENTOS DE TUTELA DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA..... | 89 |
| 4.1 Inquérito Civil..... | 91 |
| 4.2 Ação Civil Pública..... | 93 |
| 4.3 Mandado de Segurança..... | 95 |
| 4.4 Mandado de Injunção..... | 96 |
| 4.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade..... | 98 |
| 4.6 O Ministério Público e a Pessoa Portadora de Deficiência..... | 99 |
| 4.7 Assistência Judiciária Gratuita..... | 102 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 105 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA..... | 107 |

1. INTRODUÇÃO

O que define as pessoas portadoras de deficiências não é a falta de um membro, nem a visão, a audição reduzida ou qualquer outra deficiência qualquer. O que caracteriza é a dificuldade de se relacionar, de se integrar à sociedade. O grau de dificuldade para integração é que definirá quem é ou não portadora de deficiência.

O problema das pessoas portadoras de deficiência não se restringe apenas a uma proteção visando a integração social; a questão não se limita ao problema da proteção do Estado. O relacionamento do portador de deficiência se inicia muitas vezes, com o total despreparo dos pais para receberem um filho portador de deficiência. Só que este não é o único obstáculo, a convivência social é outra barreira bastante grande. Quantos indivíduos estão preparados para manter um relacionamento com uma criança com Síndrome de Down?

A preocupação é apresentar os dispositivos de proteção que tratam dos direitos de igualdade, saúde, do direito de eliminação de barreiras arquitetônicas, ao trabalho, a educação, ao acesso a cargos públicos, transporte, benefícios previdenciários, dentre outros.

A pessoa portadora de deficiência está inserida no contexto social, e tem direito à sua cidadania, sendo que 10% (dez por cento) da população de acordo com a O.M.S (Organização Mundial da Saúde), constitui um contingente significativo, o que é motivo suficiente para colocar o Estado originariamente na obrigação de dispensar um tratamento igual quanto dispensa aos demais membros da sociedade, isto porque se trata de pessoas que tem direito a ter direitos.

As seqüelas provocadas pelas duas Grandes Guerras Mundiais sensibilizaram a humanidade, pelo imenso contingente de pessoas portadoras de deficiências que refletiram, afluindo a necessidade de amparo legal do Estado e de toda a sociedade, deixando de ser apenas responsabilidade da família. No entanto, deve ser lembrado não é fato dos nossos dias, embora seja recente a melhor conscientização.

Em 1946, a Assembléia Geral da ONU adotou uma resolução que estabelecia o primeiro passo para um programa de consultório em diversas áreas do bem estar social, nele incluindo a reabilitação dos portadores de deficiência, com a criação de um Bureau of Social Affairs que inclui a reabilitação dessas pessoas.

Em 1971, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental. Em 1975, a Assembléia da ONU editou a Resolução 30/3447, chamada de Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências. Em 1981, pela Resolução nº 31/123, proclamou o Ano Internacional das Pessoas Portadoras de Deficiências (International Year for Disabled Persons).

Foi a partir daqui que se desenvolveu, de forma efetiva, a maior conscientização a respeito do grave problema que se estima atinja meio bilhão de pessoas em todo o mundo, acentuando-se a preocupação com os direitos e a dignidade das pessoas portadoras de deficiência.

Entre nós, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que houve o maior desenvolvimento da matéria.

O escopo da lei tem sido procurar compensar a situação de quem sofra alguma limitação, de qualquer natureza, conferindo-lhe maior proteção jurídica.

É importante ressaltar que mais do que uma sistematização de normas existentes mister pensar em um diploma legal que assente princípios, defina leis fundamentais, explicitamente interesses especiais, estabeleça normas tendentes a prevenir situações que levem à deficiência, crie mecanismos para a cobrança judicial e extrajudicial do direito objetivo e penalize práticas discriminatórias e excludentes.

Mas esta reconstrução legislativa deverá ser um projeto pensado para plenamente atender à pessoa portadora de deficiência.

A pessoa portadora de deficiência goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas tem interesses especiais derivados de sua condição, que mantém relações jurídicas peculiares com a família, a sociedade, e o Estado, e deve ser colocado a salvo de qualquer forma de discriminação, violência, crueldade e opressão.

Complementa tal idéia a necessidade de reconhecimento de direitos especiais, como a acessibilidade, inclusão, garantias ao trabalho, habilitação e reabilitação, profissionalização, atendimento educacional especializado, renda mínima, esportes e lazer adequados a sua condição, dentre outros, de modo a eliminar ou reduzir os obstáculos que impeçam o exercício da própria cidadania.

Quando a Constituição Federal propõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, consideramos que tal sociedade é livre e justa porque é solidária. A proteção da pessoa portadora de deficiência insere-se em um contexto mais amplo: independentemente do fato de ser portador de deficiência ou não, o cidadão tem direito de ser integrado na sociedade porque a justiça social implica a idéia de que ou salvam-se todos ou perecem todos. O Estado

Democrático de Direito funda-se em uma visão solidária de mundo e este é o modelo a ser concretizado por meio da luta de toda a comunidade.¹

¹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro. **Seguridade Social e a Pessoa Portadora de Deficiência**. In: Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 177.

2. A PROTEÇÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

2.1 Histórico

As primeiras leis escritas atestam que a ação do Estado, em relação às pessoas portadoras de deficiências estava calcada na política de extermínio. A orientação legal em Esparta e Atenas, por exemplo, era, respectivamente: “As crianças mal constituídas devem ser eliminadas” e “Todas as pessoas inúteis devem ser mortas quando a cidade estiver sitiada”.

Platão, ao pensar uma sociedade ideal, defendeu a aplicação de medidas eugênicas. É certo que, no Livro Terceiro de A República, justificou tais medidas como uma maneira de fortalecer a unidade do Estado. Para o filósofo, os melhores homens deveriam unir-se às melhores mulheres, o mais freqüentemente possível, e os defeituosos, às defeituosas, o mais raro possível. Os filhos dos primeiros deveriam ser criados, conservando, assim, a qualidade do rebanho, enquanto os filhos dos segundos, quando defeituosos, deveriam ser abandonados para morrer.

Porém, foram os gregos os artífices do conceito de isonomia que hoje constitui o alicerce dos portadores de deficiência. Este conceito implica a igualdade dos cidadãos, por mais diferentes que sejam em função de sua origem, aparência, classe, função. Entretanto, na construção da isonomia, é preciso igualar as diferenças, o que pressupõe uma igualdade que consista em tratar desigualmente os desiguais.

A obsessão contra a deficiência não ficou restrita aos gregos. Também os romanos, na Lei das XII Tábuas, especificamente na Tábua IV, que trata do pátrio poder, prescreveram: “I - Que o filho monstruoso seja morto imediatamente”. Não

obstante, em Roma, aparece a figura do jurisconsulto - o profissional de uma nova ciência ou arte que é o Direito -, concebendo a justiça em seu aspecto prático, e não como um dos aspectos teóricos da sabedoria.

A palavra jurisprudência agregava, no seu conceito, um sentido ético que consistia na virtude e capacidade de julgar desenvolvida pelo homem prudente capaz de apreciar situações e tomar decisões. Tal atitude possibilitou que prevalecessem as exigências de ordem prática sobre as especulativas, levando os romanos a preferirem esquemas e diretrizes de compreensão do direito de caráter problemático ou tópico a deduções lógicas e sistemáticas. Isto implicou um modo de pensar e entender o direito não como algo que se limita a aceitar, mas, sim, como algo que se constrói a partir de uma situação problemática. Indubitavelmente, estas atitudes contribuíram, modernamente, para a geração e consolidação dos direitos das pessoas portadoras de deficiências.

Os mecanismos de extermínio e exclusão desses indivíduos avançaram pela Idade Média e permaneceram no período de formação e consolidação do Estado Moderno, conforme observações de Foucault, o leproso, por exemplo, “era alguém que, logo que descoberto, era expulso do espaço comum, posto para fora dos muros da cidade, exilado em algum lugar confuso onde ia misturar a sua lepra à lepra dos outros. O mecanismo de exclusão era o mecanismo do exílio, da purificação do espaço urbano. Medicalizar alguém era mandá-lo para fora e, por conseguinte, purificar os outros. A medicina era uma medicina de exclusão”.

A prática da exclusão provocou reflexos jurídicos que atingiram, inclusive, a propriedade – o direito natural e sagrado – do cidadão, conforme testemunho de Montesquieu: “o leproso, expulso de sua casa e abandonado num lugar determinado, não poderia dispor de seus bens porque, desde o momento em que fosse tirado de sua casa, era classificado como morto. A fim de impedir todo contato com os leprosos, cassavam-lhes os direitos civis”.

A política do Estado ao mesmo tempo em que arquitetava meios para eliminar essas pessoas, seja pela exposição das crianças mal constituídas, pela eliminação dos “inúteis” em tempos de guerra ou, ainda pela cassação dos direitos civis, consolidava uma estrutura penal calcada na Lei de Talião, que contribuía para o aumento deste contingente de deficientes que o próprio Estado desejava excluir.

A estrutura penal, calcada na Lei de Talião, pode ser observada no Código de Hamurabi (*apud* Bouzon, 1987) que previa um catálogo de castigos retributivos que se concluíam na mutilação dos infratores: a mão do médico que não operou direito deveria ser decepada, assim como a do barbeiro que raspou a marca do escravo e a do filho que bateu no pai; a língua do filho que renegou os pais deveria ser cortada; o olho do filho adotivo que reconheceu a casa do pai natural deveria ser arrancado; o seio da ama que amamentou outra criança deveria ser cortado etc.

No mesmo sentido, o Código de Manu estabelecia as seguintes penas: língua cortada; estilete de ferro em brasa; óleo fervendo pela boca etc. Aos portadores de deficiências, o Código reservava a seguinte proibição sucessória: “Art.612 - os eunucos, os homens degredados, os cegos, surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados não serão admitidos a herdar”.

Também os romanos previram a Pena de Talião na lei das XII Tábuas “II - contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de Talião.”

O Estado, decididamente, pela via da legislação penal, atuava no sentido de aumentar o número de portadores de deficiências, 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.

No final da Idade Média, com a dissolução das vassalagens feudais, foi lançado, no mercado de trabalho, um número bastante expressivo de indivíduos, os quais, entretanto, não eram absorvidos pela manufatura nascente na mesma velocidade com que se tornavam disponíveis. Assim, muitos se transformaram em mendigos, vagabundos, ladrões, por inclinação ou por força das circunstâncias.

O Estado impôs, então, uma legislação com o fito de coibir vadiagem. Durante o reinado de Henrique VII, na Inglaterra, uma Lei de 1530 prescrevia que os vagabundos sadios seriam flagelados e encarcerados ou amarrados atrás de um carro e açoitados até que o sangue lhes corresse pelo corpo. Na primeira reincidência, além da pena de flagelação, metade da orelha seria cortada; na segunda seriam enforcados como criminosos irrecuperáveis e inimigos da comunidade. Esse sistema permaneceu nos reinados de Eduardo VI, Elisabeth e Jaime I.

Houve leis análogas, na França, que avançaram até o reinado de Luiz XVI. A população rural expropriada e expulsa de suas terras, compelida à vagabundagem, foi enquadrada na disciplina exigida pelo sistema por meio de um grotesco terrorismo legalizado que empregava o açoite, o ferro em brasa e a tortura.

Junte-se a essas, outras leis remanescentes do período anterior; por exemplo, a que admitia a prova pelo fogo ou pela água fervente: depois que o acusado havia colocado a mão sobre um ferro em brasa ou na água fervente, a mão era envolvida em um saco lacrado. Se, três dias após, não aparecesse marca de queimadura, o acusado era declarado inocente.

Paris passou com a legislação da vadiagem, foi se somando um arsenal de disposições legais sobre o prolongamento compulsório da jornada de trabalho para aqueles que conseguiam colocação. Enquanto a legislação da vadiagem cuidava de mutilar os indivíduos, impingindo-lhes, num único golpe, a marca

visível da deficiência, as leis, que prolongavam a jornada de trabalho, realizavam a mesma função em doses homeopáticas.

É preciso frisar, entretanto, que a legislação da vadiagem incorporou a prática caritativa, concedendo aos portadores de deficiência incapacitados para o trabalho o direito à licença para pedir esmola.

Durante o período absolutista, muitas vezes já se levantaram contra o terrorismo legalizado. A respeito da licença para pedir esmolas, Montesquieu observou com precisão: “algumas esmolas que se dão 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”.

More abordou a questão dos que voltavam da guerra com o corpo mutilado, isto é, “aqueles que perderam um ou vários membros a serviço do rei ou da pátria”: o Estado deveria assegurar a sua existência porque “tornaram-se fracos demais para exercer o antigo ofício e velho demais para aprenderem outro”. Insurgiu-se, também, contra o preconceito, quando escreveu que “na Utopia é vergonhoso insultar a mutilação; o que reprocha a um infeliz os defeitos físicos, que não estava em si evitar, passar por insensato”. Também Beccaria posicionou-se contra a imposição de penas cruéis e desnecessárias que mutilavam as pessoas.

A reação contra o regime absolutista culminou com o advento do Estado Moderno sob a direção da burguesia. No Estado Absolutista, o suplício era um cerimonial para reconstituir a soberania lesada. Impunha, no corpo do condenado, marcas que não deveriam desaparecer e, com isso, adquiria a função de reativar o poder. Com o Novo Regime, o direito de punir desloca-se do soberano para a sociedade.

Inaugurou-se um nova época. Com a abolição das antigas ordenanças, várias reformas foram introduzidas, dentre elas: a punição com o objetivo de requalificar o indivíduo como sujeito de direitos e a instituição de recursos públicos para socorrer os deficientes.

O artigo XV da *Declaração dos direitos do homem e dos cidadãos*, de 1793, manifesta que “A lei não deve discernir senão penas estritas evidentemente necessárias. As penas devem ser .proporcionais ao delito e úteis à sociedade”. E o artigo XXI expressa que “os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurado os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar”.

Nesse primeiro momento, desaparece o corpo mutilado, amputado, supliciado, marcado, simbolicamente, no rosto, dado como espetáculo, ou seja, desaparece o corpo como alvo principal da repressão penal. A justiça não mais assume, publicamente, a parte de violência que está ligada ao seu exercício. O essencial é procurar corrigir, reeducar, “curar”, visa-se não à ofensa passada, mas à ordem futura. A sentença, de certa forma, produz a “cura” à medida que contém um caráter corretivo que se exerce na prisão.

A nova tendência no sentido de organizar uma sociedade disciplinada conforme os interesses da nova classe dominante - a burguesia - já era manifesta no pensamento cartesiano, de onde se pode inferir a concepção do “homem-máquina” capaz de funcionar, harmonicamente, com o todo. Na obra de Descartes, o corpo humano bem como suas funções orgânicas são equiparadas às funções de uma máquina.

A idéia de disciplina e de organização se espalha por todo o tecido social. Nessa trilha, o internato aparece já como um modelo exemplar de educação. A fábrica se constitui como um fortaleza, uma cidade fechada, um modelo de

racionalização e de produtividade do trabalho. Surgem os quartéis enquanto unidades fechadas e, conseqüentemente, todos um regime disciplinar rígido. Temos, pois, um estrito e eficaz controle da atividade, em que o horário, a disciplina, a ordem, a vigilância procuram constituir um tempo integralmente útil.

Ora, uma sociedade com essa concepção, encontra campo fértil para o desenvolvimento do preconceito de que o portador de deficiência não se ajusta à engrenagem que o sistema exige por tratar-se de uma “máquina defeituosa”, portanto, plenamente descartável.

De fato, ainda existe o conceito difundido de que tais pessoas são incapazes ou inúteis para o trabalho. O estigma da deficiência inculca a falsa idéia de que todos os deficientes são iguais. 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.

Sabe-se que essas pessoas, em sua grande maioria, não podem competir com sua força física ou a sua aparência no mercado de trabalho. Não raramente os anúncios de oferta de emprego exigem pessoas de “boa aparência”. Noutras ocasiões, as empresas fazem exercícios simulados contra incêndios para a contratação de candidatos. Além de inibirem o candidato portador de deficiência, essas atitudes escondem a nódoa do preconceito que ainda campeia o tecido social. Cabe destacar que a tendência mundial é clara no sentido de tornar cada vez mais o cérebro, e não o músculo ou a dádiva-natural, a variável-chave para a elevação da produção per capita e do bem estar social.

Todo esse preconceito resultou, por um lado, no isolamento da pessoa portadora de deficiência, à medida que lhe foi retirado o direito de participar, como cidadão, do espaço público e, por outro lado, desenvolvimento das práticas caridosas que enxergam o deficiente como objeto e não como sujeito de direitos:

“Na esfera do público, que diz respeito ao mundo que compartilhamos com os outros e que, portanto, não é propriedade privada de indivíduos e/ou do poder estatal, deve prevalecer - para se alcançar a democracia – o princípio da igualdade. Este não é dado, pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de igualar as diferenças através das instituições. Perder o acesso à esfera pública significa perder o acesso à igualdade. Aquele que se vê destituído da cidadania, ao ver-se limitado à esfera privada, fica privado de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita de que os membros de uma comunidade dão-se uns aos outros”.

Contra a concepção do “homem-máquina”, surgiu a resistência centrada nos movimentos populares que encampou a luta pela redução da jornada de trabalho, pela proteção do trabalhador menor de idade ou em atividade insalubre etc. O empenho em prolongar a jornada de trabalho, o uso indiscriminado de menores em todo tipo de atividade e o menosprezo pelos trabalhadores em atividade insalubre e de risco extrapolaram os limites do suportável.

A concepção “homem-máquina” bem como a estratégia de recuperar e aprimorar o corpo humano nos termos da organização social proposta e executada pela burguesia inviabilizaram-se diante de uma realidade gerada por aquela mesma concepção, isto é, o excesso de trabalho e a má alimentação debilitaram o físico dos trabalhadores, tornando-os mais vulneráveis a toda espécie de moléstia e acidentes de trabalho, lançando, na praça, um número maior de deficientes que, por força da lógica do sistema, acabavam por ser tornar mendigos ou inválidos. No mesmo compasso, o físico das gerações seguintes mostrou-se debilitado em função de estatura reduzida, doenças pulmonares e epidêmica etc.

Em contraposição a tal estado de coisas, surgem as comissões para averiguação dos locais de trabalho e as leis redutoras de jornada, como a Lei Fabril de 08/06/1847, que reduziu para 11 horas diárias o trabalho das mulheres e

dos menores. Também com o avanço das teses socialistas, no século XIX, incorporadas pelos movimentos populares, aumenta o rol dos direitos reivindicados, como: direito à saúde, ao trabalho e à educação.

Comumente, a reivindicação de tais direitos davam base de sustentação e, conseqüentemente, apoio aos movimentos populares de modo que, por força de influência da Revolução Bolchevique a da Mexicana e da Constituição de Weimar, esses mesmo direitos começam a aparecer em quase todos os textos constitucionais.

Os direitos contemplados nos textos constitucionais, paradoxalmente, corroeram os direitos específicos das minorias. O modelo educacional, por exemplo, elaborado para atender às reivindicações populares, tomou como referência os “cidadãos normais”, pois não considerou as especificidade de determinadas parcelas, visto que, por mais pública e gratuita que fosse a educação, uma parcela de portadores de deficiências, como os cegos, não tinha acesso a ela. Por conseguinte, só aparentemente estavam resguardadas as primeiras condições para o exercício da cidadania, porque efetivamente, uma parcela dos cidadãos estava excluída: não tinha sequer o direito de ter direitos. A idéia de universalidade do texto constitucional estava em descompasso com a realidade de fato a que o mesmo se reportava. O direito de acesso aos edifícios e logradouros público, por exemplo, não tem nenhum significado para um paraplégico em virtude das barreiras arquitetônicas que lhe impedem a locomoção.

Assim, o direito à educação e ao trabalho só faz sentido para o cidadão portador de deficiência se acoplado a outras normas de direito como a obrigatoriedade do ensino em Braille, a obrigatoriedade de remoção das barreiras arquitetônicas e invisíveis, a educação especial etc.

As seqüelas provocadas pela Primeira Guerra Mundial sensibilizaram a humanidade. Isto refletiu na Organização Internacional do trabalho - OIT que, em 1921, publicou 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 dos portadores de deficiência.

Não obstante, foi mesmo com a Segunda Guerra Mundial que essas necessidades afloraram como uma questão do Estado e de toda a sociedade, deixando de ser apenas responsabilidade familiar. Indubitavelmente, essa guerra colocou em pauta o interesse pela reabilitação e emprego das pessoas portadoras de deficiências: 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 portadores de deficiências 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 para a guerra.

Essas duas situações foram reconhecidas na Recomendação nº 71 da Conferência Internacional do Trabalho, que se reuniu na Filadélfia, em 1944. Esse documento sugere aos países membros que criem condições de trabalho para os portadores de deficiências, independentemente da origem da sua deficiência, dispondo de amplas facilidades de orientação profissional especializada, formação profissional, reeducação funcional e profissional e colocação em emprego útil.

O interesse da comunidade internacional pela reabilitação profissional e pelo emprego dos portadores de deficiência encontrou seu apogeu com a adoção, em 22/06/1955, da Recomendação nº 99 sobre a adaptação e readaptação dessas pessoas, a qual declara que todos indivíduos com limitações, quaisquer

que sejam a origem e natureza têm direito aos meios de reabilitação profissional para poderem exercer um emprego adequado. Ademais, detalha uma série de medida para assegurar o desenvolvimento deste principio e estabelece que as autoridades governamentais devem ser responsáveis pela aplicação das mesmas.

Houve um salto qualitativo e quantitativo, à medida que os direitos de grupos específicos (mutilados de guerra ou vítima de acidentes do trabalho) passaram a contemplar todas as pessoas portadoras de deficiências, independentemente da origem da deficiência. Este aspecto aparece, claramente na Recomendação nº 99 e se reafirma, de forma inexorável, no Convênio nº 159 e na Recomendação nº 168, todos da OIT.

Esta ação da OIT refletiu, diretamente, 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 âmbito estadual (SP), o Decreto n.º 24.606-A de 1955 dispõe sobre o funcionamento de cursos de especialização de ensino de cegos; em âmbito municipal (SP) o Decreto n.º 1.964 de 1954 dispõe sobre a educação de crianças com deficiência auditivas.

Todos os antecedentes normativos citados contribuíram decisivamente, para composição da política atual voltada para os portadores de deficiência. Assim no contexto internacional - princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas e da Carta Internacional dos direitos humanos -, as pessoas que padecem de algum tipo de deficiência não só tem o direito a exercer a totalidade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais consagrados em tais instrumentos, mas também têm reconhecido direito de exercê-los em condições de igualdade com os demais indivíduos.

A dupla afirmação de igualdade de direitos e direito de exercê-los em condições de igualdade é aplicável, em sua totalidade, ao direito à formação e ao trabalho. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 1976, constitui, com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o código internacional mais completo de normas jurídicas na esfera dos direitos humanos.

De forma mais específica, a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, aprovada pela Assembleia 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”. No mesmo diapasão, no artigo 7º, reconhece o direito “na medida de suas possibilidades, a obter e conservar um emprego e a exercer uma ocupação útil, produtiva e remunerada”.

Tais conquistas no âmbito internacional refletiram, mais uma vez, nas legislações dos Estados signatários, inclusive no Brasil, tanto que, em 1978, a Emenda Constitucional n.º 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 “.

Não obstante, foi mesmo com a Constituição Federal de 1988 que se deu um grande passo no sentido de contemplar um rol mais específico desses direitos, já latentes na constituição anterior. Ocorre, entretanto, que alguns teóricos realizam um corte arbitrário e passam a entender os direitos formalmente consagrados como produzidos originalmente nos órgãos legislativos estatais.

Assim, as garantias básicas das pessoas portadoras de deficiência passam a ser entendidas tão somente como emanção do direito constitucional e este, por sua vez, como advindo do Estado. Trata-se de uma concepção estreita, porque oculta o processo histórico da construção da cidadania dos portadores de deficiência e escamoteia os demais direitos em processo de construção na casa, escola, trabalho e organizações onde, normalmente, os indivíduos costumam passar a maior parte de sua vida.

Mas isto não quer dizer que devemos menosprezar a eficácia, ainda que simbólica, das declarações de direitos e a importância, mesmo que formal, das liberdades e garantias individuais presentes nas Constituições. As duas situações não são excludentes; pelo contrário, são momentos de uma mesma tarefa democrática. É preciso, de um lado, incentivar a constituição de novos sujeitos coletivos empenhados em aprofundar a democracia nos mais diversos espaços sociais e, de outro, diminuir a distância, que afetivamente existe, entre os muitos direitos solenemente contemplados nas Constituições e os poucos direitos concretamente aplicados pelos Tribunais.

As normas constitucionais, no sistema jurídico do nosso país, são superiores e contêm os princípios jurídicos fundamentais e garantidores dos direitos contemplados aos portadores de deficiências. Em virtude disso, elas se projetam para os diversos ramos do direito, provocando o aparecimento de outro complexo normativo na legislação ordinária.

Para uma visão, ainda que sucinta dessas normas, ponto de partida de uma análise jurídico-dogmática que se dedique ao assunto em pauta, segue em quadro sinóptico:

“Artigo 7º, XXXI: Igualdade de direito de trabalho”

“Artigo 23, II: Competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne aos cuidados com a pessoa portadora de deficiência”

“Artigo 24, XIV: Proteção e integração social: competência concorrente para legislar da União, Estado e Distrito Federal”

“Artigo 37, VII: Admissão em cargo/emprego público”

“Artigo 203, IV: Assistência Social: habilitação e reabilitação”

“Artigo 203,V: Benefício mensal: garantia de um salário mínimo”

“Artigo 208: Ensino especializado”

“Artigo 227, parágrafo 1º: Criação de programa especializado”

“Artigo 227, parágrafo 2º: Locomoção e acesso”

“Artigo 244: Adaptação de logradouro, edifícios e veículos para transporte coletivo”

Abordaremos, de forma breve, os reflexos das normas constitucionais na legislação ordinária que organiza a Seguridade Social, composta da Previdência Social, organizada pelas Leis 8.212/91 e 8.213/91, regulamentadas pelo Decreto 357/91, e da Assistência Social organizada pela Lei 8.742/93, ainda não regulamentada.

Um dos seus objetivos é assegurar aos beneficiários (segurados e dependentes) meios indispensáveis de manutenção por motivo de incapacidade. É preciso distinguir entre o filiado que já era portador de deficiência antes de filiar-se e aquele que adquiriu a deficiência após a filiação.

No primeiro caso, a doença ou lesão de que segurado já era portador não lhe conferirá direito nem à aposentadoria por invalidez, nem ao auxílio-doença. Todavia se ficar provado que o segurado não consegue mais realizar suas funções em virtude de progressão ou agravamento da doença ou lesão, pode requerer o benefício a que tem direito. Ele será, pois, tratado como se tivesse adquirido a deficiência após a filiação.

Evidentemente nem todos portadores de deficiência o são desde o nascimento. Se o segurado da Previdência Social adquirir uma deficiência, terá ele o direito de usufruir dos benefícios previsto na legislação.

Em caso de acidente de trabalho, por exemplo, o acidentado e seus dependentes tem direito, independentemente de carência, às seguintes prestações: a) quanto ao segurado: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente; b) quanto aos dependentes: pensão por morte; c) quanto ao segurado e ao dependente: pecúlio.

A Constituição Federal prescreve que, no caso de acidente do trabalho, o recebimento pelo acidentado do auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente (de responsabilidade do INSS) não exclui a indenização a que está obrigado o empregador quando incorre como dolo ou culpa. A Constituição prevê, pois, duas coisas distintas: uma são as verbas pagas pelo INSS e a outra, a indenização decorrente de ato ilícito do empregador.

Assim, a indenização decorrente da lei previdenciária não exclui a obrigação de reparar, que está prevista na lei civil. Portanto, as indenizações são cumulativas: uma do órgão indenizador que recolhe as contribuições do seguro obrigatório (INSS) e a outra da indenização civil (do empregador).

É importante frisar que a proteção das leis civis à pessoa portadora de deficiência não se exaure na indenização decorrente de ato ilícito; esta proteção se expande, por exemplo, ao direito de família na parte que trata dos alimentos.

A Assistência Social é direito do cidadão e dever do Estado. O artigo 203 da Constituição Federal confirma que ela será prestada a quem necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social, e que tem por objetivos, dentre outros:

a) habilitação e reabilitação da pessoa portadora de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

b) a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência, desde que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A Lei Orgânica da Assistência Social (8.742/93) prevê ações descentralizadas, envolvendo, no processo de alcance dos objetivos da política da Assistência Social, a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Neste compasso, os Estados e Municípios deverão instituir, mediante Lei específica, os respectivos Conselho Estaduais, Distrital e Municipais de Assistência Social, cujo funcionamento é condição *sine qua non* para o repasse dos recursos previstos.

Os Conselhos deverão ter composição paritária entre governo e sociedade civil. No âmbito da União, o Conselho Nacional é composto de dezoito membros, sendo nove representantes governamentais e nove representantes da sociedade civil. Embora a Lei não estabeleça, entendemos que a composição dos Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais deverá seguir a mesma estrutura.

Desnecessária é afirmar que os Conselhos terão função fundamental na elaboração da política de Assistência Social no âmbito dos Estados e, principalmente, dos Municípios. Esta descentralização é uma reivindicação antigas daqueles que militam no âmbito da Assistência Social.

A conquista jurídica e política da cidadania por parte da pessoa portadora de deficiência não adveio, pois, como uma efêmera descoberta de um legislador subitamente despertado por uma injustiça: pelo contrário, foi o resultado de uma luta milenar rumo à democracia participativa.

Evidentemente, há um descompasso entre os direitos formalmente consagrados no texto Constitucional e nas Leis Ordinárias - alguns dos quais abordamos sucintamente no item anterior - e a realidade de fato a que os mesmos se reportam.

A única forma de vencer tal descompasso é a ação conjunta que está sendo desenvolvida pelos portadores de deficiência e seus aliados. Das inúmeras tarefas ainda por realizar, cabe destacar duas de fundamental importância à medida que constituem instâncias geradoras de poder capazes de viabilizar, na prática, os direitos formalmente consagrados.

A primeira diz respeito à organização dos Conselhos como forma de viabilizar implementação de uma política séria, que significa, entre outros aspectos, encarar a assistência social como direito de cidadão, jamais como caridade.

O primeiro passo, portanto, é a participação, junto ao poder Legislativo do Estado e do Município, na elaboração do Projeto da Lei que irá regular o funcionamento do Conselho de Assistência Social, garantindo, deste modo, a participação daqueles que estão efetivamente comprometidos com a luta das pessoas portadoras de deficiências.

A segunda tarefa diz respeito à criação dos Conselhos Estaduais e Municipais para Assuntos da Pessoa Portadora de Deficiência, nos Estados e Municípios que ainda não os possuem. Para isso, é preciso pressionar e convencer o Poder Executivo Municipal e Estadual que, caso tenham vontade política, poderão criar tais Conselhos por um simples decreto. Neste sentido, a legislação do Estado e do Município de São Paulo podem servir como paradigma.

Entretanto é preciso esclarecer que o sucesso dos Conselhos depende muito de articulações e posturas políticas que podem refletir positiva ou

negativamente. Para reflexão, relembremos o ensinamento de Arendt, de que o poder é ação conjunta, aquele que se isola renuncia ao poder.²

2.2 Evolução Histórica No Brasil

No Brasil, a taxa de deficiência atinge dez por cento da população, fato reconhecido pela Organização das Nações Unidas, e só recentemente resultou em preocupação constitucional.

No Brasil, não foram as guerras mundiais que acarretaram a conscientização do problema da deficiência, tal como ocorreu no velho continente, entre nós o elevado número de pessoas portadoras de deficiência não tem a mesma causa que dos países da Europa e Estados Unidos. Nosso índice assustador se deve aos acidentes de trânsito, à carência alimentar, e à falta de condições de higiene.

A Emenda Constitucional nº 01 de 1969, traz a primeira notícia de proteção específica a portador de deficiência. A Emenda nº 12 de 1978 amplia esses direitos tendo os mesmos sofrido inexplicáveis modificações pela carta política de 1988.³

As normas de proteção localizadas em apenas uma Emenda, na Constituição Federal de 1969, espalham-se no texto atual, cuidando de barreiras arquitetônicas, acesso a edifícios públicos, etc.

² Histórico retirado integralmente da monografia O Estado e as Pessoas Portadoras de Deficiência. ASSIS, Olney Queiroz. Fonte: Internet: <http://www.advogado.com/ppd/estado.htm>. Texto datado de 11.08.2002.

³ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. 2ª ed. Brasília: CORDE, 1996, p. 12.

A sociedade, mobilizada em torno da questão dos portadores de deficiência, procurou refletir a idéia de proteção no texto constitucional.

A Constituição, ao garantir os direitos das pessoas portadoras de deficiência, estampou as suas contradições e seus deveres, diante de problemas como a miséria, a fome, a desnutrição infantil, a falta de habitação, etc. O conteúdo do direito à proteção é paternalista em alguns momentos e moderno e efetivo em algumas passagens.

A Constituição Federal de 1824 apenas cuidou de garantir o direito à igualdade, no inciso XIII do artigo 179. O mesmo ocorreu com a Constituição de 1891, através do artigo 72, em seu parágrafo segundo.⁴

A Constituição de 1934 traz o dispositivo que consagra a igualdade no inciso I do artigo 113. Revelando o caráter social da Constituição Federal de 1934, podemos aí encontrar um embrião do conteúdo do direito à integração social do portador de deficiência.⁵

O art. 138 assim disciplina:

“Incumbe à União, aos Estados, e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) Assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais cuja orientação procurarão coordenar;

b) Estimular a educação eugênica;

...

e) Proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;

f) Adotar medidas legislativas e administrativas tendentes à restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam à propagação das doenças transmissíveis;

⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 59.

⁵ Idem.

g) Cuidar da hygiene mental e incentivar a lucta contra os venenos sociais “⁶

A Constituição Federal de 1937 não avança na idéia embrionária do texto de 1934, restringindo-se a proteger, apenas a igualdade no inciso I do artigo 122, e em linhas gerais, reproduzir a idéia já garantida pela Constituição anterior, em seu artigo 127:

“A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades”

A Constituição de 1946 garantiu o direito à igualdade, no parágrafo primeiro do artigo 141. há breve menção ao direito à previdência para trabalhador que se tornar inválido.

A Constituição de 1967 garante a igualdade no parágrafo primeiro do artigo 150. A garantia previdenciária nos moldes do Diploma de 1946, vem assegurada no inciso XVI do artigo 158.

A emenda nº 1 à Constituição de 1967 resguardou a igualdade em seu artigo 153, parágrafo primeiro. Traz, no entanto, grande inovação, ao dispor, em seu artigo 175, parágrafo 4.º:

“Artigo 175: A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos”.

“Parágrafo 4º: Lei especial sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais “.

A Emenda Constitucional nº 12 de outubro de 1978, ainda na vigência da Constituição de 1969, estabelecia o seguinte:

⁶ Ibidem.

“Artigo único: É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

Inciso I: Educação especial e gratuita;

Inciso II: Assistência, reabilitação, e reinserção na vida econômica e social do País;

Inciso III: Proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho, ou ao serviço público e a salários;

Inciso IV: Possibilidade de acesso à edifícios e logradouros públicos “.⁷

Sem dúvida, a Emenda Constitucional nº 12 representou um grande avanço na proteção das pessoas portadoras de deficiência. Serviu de base para uma série de medidas judiciais (a ação dos deficientes que requereram acesso às rampas de embarque do metrô de São Paulo).

Na realidade, a inserção da proteção específica dos direitos das pessoas portadoras de deficiência só surgiu após a efetivação dos direitos sociais nos diplomas constitucionais modernos. Como já foi visto, é a partir da Segunda Guerra Mundial que se verificou a necessidade das “prestações positivas do Estado”, momento em que, diante da quantidade de vítimas do conflito, surge a necessidade de proteger a pessoa portadora de deficiência.

No quadro constitucional brasileiro, a consagração só ocorreu em 1978.

A vitória constitucional de 1978, contudo, ocorreu apenas no plano formal. Tal norma não produziu, ainda na vigência da Carta de 1969, lei ordinária que concedesse direitos subjetivos, passíveis de tutela jurisdicional, aos portadores de deficiência. Isto não que dizer, entretanto, que a problemática do portador de deficiência tenha passado completamente ao largo da preocupação do legislador. Em vários ordenamentos que vão da educação (Lei 4.024, de 20.12.61, art. 88; Lei 5.962 de 11.08.71, art. 9º), tributos, trânsito (Dec. 62.127 de 16.01.63, art. 153), ao lazer (Dec. 86.036 de 27.05.81), de construção civil (Instrução Normativa

⁷ ARAUJO, Luis Alberto David. Op. Cit. p. 59 a 61. Referente às Constituições Federais de 1937 até a Emenda nº 12 de 1969.

123 de 06.07.81 do DASP) do Trabalho e Previdência Social, o portador de deficiência tem recebido tratamento especial.⁸

O Código Civil, ao dar amparo aos incapazes, reconhece as deficiências, mas não tutela os portadores de deficiência como categoria ou classe. Os objetivos e extensão das normas do Código e aquelas que compõem o chamado Direito do Portador de Deficiência são diferentes, não obstante o fato de que, em alguns casos, se sobreponham.

O Código Civil protege o indivíduo, e indiretamente a classe. O direito do portador de deficiência tutela a classe, e indiretamente o indivíduo. Este busca dar ao portador de deficiência maiores oportunidades e relevância social. Aquele tutela o indivíduo com deficiência mediante o impedimento de exercícios de certos atos da vida civil. Ambos protegem. Porém, enquanto os direitos de portadores de deficiência tutela concedendo, o Direito Civil protege retirando.

O Brasil já amadureceu o suficiente para ultrapassar a fase negra em que os portadores de deficiência eram escondidos e isolados, muitas vezes jogados em instituições fechadas e desumanas, juntamente com outros grupos de parias que envergonhavam o grupo social dominante, como os loucos, os menores abandonados, as prostitutas, os idosos e os desajustados.

Na sociedade brasileira, se outros tantos injustiçados estão visíveis a olho nu, o portador de deficiência é talvez o único que não se mostra a corpo inteiro porque insistimos em esconde-los, institucionaliza-los, quando não abandona-los.⁹

A Constituição Federal de 1988 cuida da proteção do portador de deficiência em diversos artigos dividindo em três categorias de normas: as de natureza geral, impondo deveres e criando direitos de proteção ampla, as de

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. **A Tutela das Pessoas Portadoras de Deficiência pelo Ministério Público**. In: Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 25.

⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Op. Cit. p. 26.

natureza especial, fragmentando, ou, melhor explicando aqueles e, os de natureza especialíssima, cuidando apenas de certas categorias de pessoas portadoras de deficiência, como as crianças e adolescentes.¹⁰

2.3 A Legislação Protetiva Estrangeira

Como já foi verificado anteriormente, a proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiências, é assunto recente, tendo sido incluído em apenas alguns diplomas promulgados nas últimas décadas.

A Constituição da República da Itália cuida das pessoas portadoras de deficiência em seu artigo 38:

“Todo cidadão, impossibilitado de trabalhar e desprovido dos meios necessários para viver, tem direito ao seu sustento e a assistência social.

Os trabalhadores tem direito a que sejam previstos e assegurados meios adequados às suas exigências de vida em caso de acidente, doença, invalidez, velhice e desemprego involuntário.

Os inaptos e os deficientes têm direito à educação e ao encaminhamento profissional.

As tarefas previstas neste artigo provêm órgãos e instituições pré-dispostas ou integrados pelo Estado”¹¹

A Constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978 trata do tema em seu art. 49:

“Os poderes públicos levarão a cabo uma política de prevenção, tratamento, reabilitação e integração dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos aos quais prestarão a atenção especializada que requeiram, e dar-lhe-ão proteção especial para gozarem dos direitos que este título outorga a todos os cidadãos”¹²

¹⁰ Idem, p. 27.

¹¹ ARAÚJO, Luis Alberto David. Op. Cit. p. 57.

¹² Idem, p. 58.

O Diploma Constitucional chinês, aprovado em 04 de dezembro de 1982, tratou a matéria em seu artigo 45:

“Artigo 45: Os cidadãos da República Popular da China têm direito a um auxílio material do Estado e da sociedade na velhice, na doença e na deficiência. O Estado desenvolve os serviços de segurança social, assistência social e saúde necessários para que os cidadãos possam gozar de tal direito.

O Estado e a sociedade garantem a subsistência aos membros das forças armadas que adquiram deficiências, concedam pensões às famílias dos mártires e dão um tratamento preferencial às famílias dos militares.

O Estado e a sociedade contribuem para que os cegos, os surdos-mudos e outros cidadãos deficientes tenham trabalho, disponham de condições de subsistência e recebam instrução”.¹³

A Constituição Portuguesa, aprovada em 02 de abril de 1976, com sua primeira revisão em 1982, trata a questão dos deficientes em seu artigo 71:

“Artigo 71 –

1 – Os cidadãos física ou mentalmente deficientes gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daquele 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 deficientes, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores”.¹⁴

Nos Estados Unidos da América o cuidado e a atenção são fatos a impressionar qualquer visitante, mas também é um fenômeno recente, ou melhor dizendo, deste século; os americanos portadores de deficiência participam efetivamente da vida da comunidade. A partir de 1961, o American National Standards Institute (ANSI) editou o 1º regulamento fixando requisitos mínimos quanto ao acesso dos deficientes a edifícios públicos.

¹³ ARAÚJO, Luis Alberto David. Op. Cit. p. 58.

¹⁴ Idem.

Em 1968, o Architectural Barriers Act era aprovado. A partir daí, outras leis protetivas entraram em vigor. Algumas relacionadas ao direito à educação “Education for all Handicapped Children Act. 1975”, outras ao direito ao trabalho e a não serem discriminados “Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights Act de 1976”, o artigo 504 do Rehabilitation Act aprovado em 1973 e posteriormente emendado em 1978, e o “Fair Labor Standarts Act de 1976”. O direito a tratamento foi contemplado pelo Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights, artigo 6001-6081”.¹⁵

A legislação norte-americana do portador de deficiência está em um complexo de normas federais, estaduais, e municipais. Entre todas, as normas que proíbem a discriminação contra os portadores de deficiência ocupam posição de relevo. Há hoje nos Estados Unidos mais de trinta leis federais, estaduais e municipais proibindo discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.

A discriminação não é o único óbice no caminho da pessoa portadora de deficiência. Os deficientes enfrentam um sem número de obstáculos quando tentam adentrar no mercado de trabalho, tais como barreiras arquitetônicas, dificuldade no transporte, necessidade de Adaptações no local de trabalho, etc.

O Education for All Handicapped Children Act, de 1975, visa dar às crianças deficientes “oportunidades iguais” no que tange à educação.

Ao Ministério Público compete coordenar a implementação e a execução não apenas do Rehabilitation Act, mais ainda de várias outras leis antidiscriminatórias.

¹⁵ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Pessoa portadora de Deficiência e o Princípio da Igualdade de Oportunidades no Direito do Trabalho**. In: Direitos da Pessoa Portadora de deficiência. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 53.

2.4 Conceito de Portador de Deficiência

A dificuldade da pessoa portadora de deficiência se inicia em definir juridicamente o que é “ser portador de deficiência”?

Não está pacificada a adequação da terminologia empregada. Muitos argumentam, com razão, que o termo deficiente serve para ressaltar as diferenças do indivíduo do que suas similaridades com o chamado “grupo normal”. Por isto, é desaconselhável usar o vocábulo deficiente físico ou mental, preferindo-se as expressões portador de deficiência e pessoas portadoras de deficiência.

Em uma visão ampla, portador de deficiência é qualquer indivíduo que apresente uma limitação física ou mental que o traga abaixo do padrão modelo fixado pelo grupo social. Poderíamos dizer que há dois elementos gerais no conceito de deficiente: um objetivo, limitação física ou mental, ou real, ou imaginária; e outro subjetivo: uma atitude social ou pessoal, de reconhecimento desta delimitação.¹⁶

Também é importante ressaltar que o termo “deficiente” nem sempre tem o mesmo significado para a Medicina e para o Direito. Este está mais preocupado com as conotações sociais do problema do que com suas manifestações patológicas. Assim, em alguns casos, o sujeito ainda que considerado “normal” pela medicina pode ser merecedor de tutela legal, vez que “visto” como deficiente pelo grupo social. Na maioria dos casos é a definição cultural de deficiências, em vez da definição científica ou médica, que é instrumental na determinação de capacidades e incapacidades, papéis de direito, status e segurança.

¹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Op. Cit. p. 17.

Mas é preciso lembrar que 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.

A incapacidade diz respeito à impossibilidade de expressão adequada de vontade. Deficiência, ao invés, ocorre face à limitação física ou mental que nem sempre atinge os limites da incapacidade jurídica. A grande maioria dos deficientes estão aptos a manifestar a sua vontade, a exercer seus direitos e os que quer exercer. A incapacidade tem um sentido extremamente estreito e seus limites estão fixados na norma legal.¹⁷

A deficiência é um conceito flexível, é mais social do que jurídico. Aquele que é considerado deficiente hoje pode não sê-lo amanhã, de acordo com as oscilações do grupo social. O portador de deficiência pode ser reputado como inapto para certas atividades e ainda ser completamente apto para outras.

É de se considerar ainda, que, na definição clássica de portador de deficiência não se encontram incluídas as pessoas que já estão sujeitas à proteção especial, seja em decorrência de seu estado econômico, seja em consequência do meio ambiente em que vivem (presidiários), ou da idade que apresentam (menores e idosos).

Mas muitas outras nomenclaturas já foram usadas para se referir a esse grupo de pessoas. Algumas expressões são mais amenas, outras mais incisivas como por exemplo “indivíduo de capacidade limitada”, “minorados”, “impedidos”, “descapacitados”, “excepcionais”, “menos válidos”, “inválido”, além de “deficiente, que é o termo mais usado.¹⁸

¹⁷ Idem, p.18.

¹⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 16.

As mais usados são: “excepcional”, “deficiente”, e “pessoa portadora de deficiência”. A primeira foi utilizada pela Emenda Constitucional 1969, mas não é aconselhável o uso do termo, que fica limitado mais ao tratamento dos portadores de deficiência mental; os deficientes físicos ou de metabolismo não tem grande aceitação.

O segundo termo, deficiente, é mais incisivo, pois leva diretamente ao objeto estudado, a definição do indivíduo.

A última expressão, pessoa portadora de deficiência, tem o condão de diminuir o estigma da deficiência, ressaltando o conceito da pessoa, sendo o núcleo, e deficiência apenas um qualificativo; assim, é a que se julga mais adequada.

O novo texto constitucional adotou este termo (pessoa portadora de deficiência) ao contrário do texto anterior que utilizava expressões: deficiente e excepcional.

O conceito de pessoa portadora de deficiência é muito abrangente: “o termo deficiência significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer um ou mais atributos essenciais à vida diária, causado ou agravado pelo ambiente econômico e social”.¹⁹

Hoje se entende que as pessoas portadoras de deficiência compreendem as pessoas que, de forma permanente ou até mesmo temporária, tem limitada a sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo.²⁰

¹⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 70. Conforme Resolução da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado em 26.05.99, na Guatemala, quando da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA.

²⁰ Lei nº 10.098, artigo 2º, inciso III.

O contingente das pessoas portadoras de deficiência na sociedade é muito significativo, seja uma forma de limitação, congênita ou adquirida. A subnutrição, o subdesenvolvimento social e econômico, os acidentes ecológicos, de trânsito ou de trabalho, o uso indevido de drogas e a falta de uma política pré-natal ou sanitária adequada, tudo isso contribui para o surgimento de deficiências intelectuais, motoras, sensoriais, funcionais, orgânicas, comportamentais, sociais ou de personalidade.

2.5 A Constituição Federal e a Pessoa Portadora de Deficiência

O art. 5º traz os principais direitos das pessoas portadoras de deficiência. É justamente pelo princípio da igualdade que há possibilidade de se tratar desigualmente a pessoa portadora de deficiência ou qualquer pessoa que esteja em situação desprivilegiada.

Os direitos das pessoas portadoras de deficiência têm a particularidade de apresentarem características típicas dos direitos sociais diferindo em muito dos tradicionais “direitos subjetivos individuais”.

O Princípio da Igualdade, com a Nova Ordem Constitucional, adquiriu significado ainda mais relevante do que possuía na Ordem Constitucional anterior; ele não é um simples direito individual, mas pressuposto de interpretação e aplicação de todos os outros direitos.

Na realidade, o patrimônio jurídico das pessoas portadoras de deficiência se resume no cumprimento do direito à igualdade, quer apenas cuidando de resguardar a obediência à isonomia de todos diante do texto legal, evitando discriminações, quer colocando as pessoas portadoras de deficiência em situação privilegiada em relação aos demais cidadãos, benefícios perfeitamente

justificados e explicados pela própria dificuldade de integração natural desse grupo de pessoas.

Do princípio da igualdade constante do art. 5º, observa-se uma preocupação do constituinte de tratar as pessoas com igualdade, sem qualquer distinção. A regra isonômica não admite qualquer privilégio, é o que se denomina igualdade formal ou igualdade perante a lei.²¹

Por outro lado a Lei Maior cuida de realçar valores, direitos de pessoas ou grupos, que necessitam de proteção especial, especificando ou distinguindo tais situações. Tem-se no caso, a igualdade material ou igualdade na lei. O que significa que, conforme o modelo adaptado pelo constituinte, estaríamos diante de uma autorização para desigualar na lei.

José Afonso da Silva, citando Pontes de Miranda, adverte para a necessidade de desigualar em da busca da igualdade.

... esses fundamentos é que permitem à legislação tutelar pessoas que se achem em posição econômica inferior, buscando realizar o princípio de igualização como salienta Pontes de Miranda, *in verbis*: A desigualdade econômica não é de modo algum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte de desigualdades artificiais, ou desigualdade de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar como já começou em alguns países pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades.²²

O conceito de igualdade adotado pelo constituinte engloba as duas modalidades.

²¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 45.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 193.

2.5.1 Igualdade perante a lei

Todo texto deverá ser interpretado tendo como base o princípio da igualdade, que funcionará como regra mestra de toda a hermenêutica constitucional e infraconstitucional. A regra isonômica traz o significado de tratar igualmente todos perante a lei. O princípio democrático da igualdade significa que a aplicação do direito deve ser idêntica diante da lei e do ato normativo.

Mas uma regra simples traz algumas preocupações quando da aplicação do direito: A igualdade formal não vem anunciada apenas no “caput” do art. 5º. A igualdade perante a lei vem reiterada ao tratar da admissão e do salário do trabalhador.²³

2.5.2 Artigo 7º XXXI da Constituição Federal

“Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

...

Inciso XXXI: proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; ...”

O art. 7º, XXXI, vem reforçar o art. 5º de que todos são iguais perante a lei e que não se pode discriminar.

A regra constitucional afirma que não pode haver qualquer discriminação, desde que não haja correlação lógica entre a situação discriminada e o bem protegido.

²³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 75.

Assim, respeitada a situação de habilitação, a pessoa portadora de deficiência não pode sofrer qualquer discriminação, quer quanto à admissão, quer quanto aos salários, ou qualquer outro aspecto do seu contrato de trabalho.

Nenhuma lei poderá ser produzida ferindo este princípio, assim como nenhum empregador poderá discriminar a pessoa portadora de deficiência, no entanto, o portador de deficiência deve ser habilitado para o emprego ou função de modo que se possa fazer incidir a regra isonômica.

- **Igualdade na lei:**

Ao lado da igualdade perante a lei, devemos assinalar a igualdade na lei. O constituinte originário, incondicionado, ilimitado e criador da nova ordem jurídica, visou proteger grupos determinados, situações específicas e certos valores. No rol das pessoas protegidas surgem as gestantes, o trabalhador, as populações indígenas, o meio ambiente e também as pessoas portadoras de deficiências, que recebem atenção especial necessária para que se igualem na lei.²⁴

O constituinte, ao zelar por estes grupos quis dar aos mesmos condições das pessoas não portadoras de deficiências.

A igualdade material é a explicitação de princípios constantes nos fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro. É o propósito dos artigos primeiro e terceiro da Lei Maior.

“Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Inciso I: a soberania;

Inciso II: a cidadania;

²⁴ Idem, p. 75.

Inciso III: a dignidade da pessoa humana”...

“Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Inciso I: construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Inciso II: garantir o desenvolvimento nacional;

Inciso III: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Inciso IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.²⁵

A proteção é uma forma de proteger a cidadania e a dignidade da pessoa humana, eliminando as desigualdades sociais.

Percebeu o constituinte, que os portadores de deficiências, por sua própria condição, necessitam de proteção específica, indispensável para que pudessem participar da sociedade em condições de igualdade.

A regra de isonômica da igualdade perante a lei, não se constitui em norma de proteção, mas apenas em instituição de princípio democrático extensível a todos. Mas existem regras que de fato discriminam, protegem, para a equiparação de certas situações ou grupos. A igualdade material vai vincular o interpretador e o legislador.

2.5.3 Artigo 37, inciso VIII

O artigo 37, inciso VIII da Lei Maior, ao reservar o capítulo à Administração Pública, cuidou de reservar parte das vagas existentes em cargos e serviços públicos, para as pessoas portadoras de deficiência.

Assim comenta o artigo em comento:

²⁵ ARAÚJO, Luis Alberto David. Op. Cit. p. 77.

“Artigo 37...

inciso VIII: a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.”²⁶

A pessoa portadora de deficiência, estaria, desde que habilitada, apta para disputar o cargo público. O inciso VIII do artigo 37 da Lei Maior, determina que parte dos empregos e dos cargos públicos seja destinado às pessoas portadoras de deficiência, trata-se de típica reserva de mercado.

O princípio da igualdade de todos perante a Administração é excepcionado a fim de que alguns cargos ou empregos públicos, na forma da lei e dos critérios que ela definir, venham a ser reservados às pessoas portadoras de deficiência.²⁷

Neste mesmo sentido:

A Constituição Federal teve especial empenho em amparar os deficientes. Às pessoas portadoras de deficiência foi reservado um percentual de empregos públicos, devendo a lei definir os critérios de admissão. Busca-se assumir a integração dos deficientes tanto no serviço público quanto nas empresas particulares.²⁸

O constituinte quis vincular todos os níveis da administração pública, fixando regra a ser obedecida pela União Federal, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal.

A Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990, dispõe sobre a reserva de mercado nos seguintes termos:

“Artigo 5º - São requisitos básicos para investidura em cargo público:

...

²⁶ Idem, p. 79.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 288.

²⁸ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 374.

§2º - Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras: para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

Não é regra vinculada, trata-se de Administração Civil, das Forças Armadas à Militar. Cabe observar que a pessoa portadora de deficiência deve ser habilitada para o desempenho do cargo ou função.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a exigência de aprovação no concurso público onde a pessoa portadora de deficiência pretenda ocupar vaga reservada, assim como, determinou que houvesse aprovação (habilitação) em concurso público para o candidato que pretender a vaga, pode-se extrair que todo concurso público deverá ter a nota mínima de aprovação determinada no edital.²⁹

A reserva garantida pelo constituinte, depende da criação de lei, que fixará o percentual e os critérios de admissão. O Estado de São Paulo, cumprindo a determinação Constitucional, elaborou a Lei complementar nº 683 de 18 de setembro de 1992, reservando um percentual de até cinco por cento das vagas existentes no Órgãos ou Entidades da administração direta, indireta e fundacional, às pessoas portadoras de deficiência, cujo ingresso fica condicionado à aprovação em concurso público.³⁰

Estamos diante de uma norma que precisa ser completada. Aliás, a expressão "a lei reservará", está a demonstrar a necessidade de integração do dispositivo, deixando para o legislador infraconstitucional a fixação de percentual, permitindo completá-lo, dentro do critério que entender politicamente adequado.

Como se trata de um direito e de uma garantia constitucional, a pessoa portadora de deficiência, se entender demorada a integração pelo legislador ordinário, poderá atacar a omissão infraconstitucional, na tarefa de completar a

²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 80.

³⁰ Idem.

Lei Maior. Pode ser usado o mandado de injunção, ou mesmo a ação direta de inconstitucionalidade como remédio constitucional.

Alguns critérios, no entanto, devem ser observados pelo legislador ordinário, que não fica totalmente livre para completar o comando do legislador constitucional.

O legislador ordinário ao fixar o percentual de empregos e cargos públicos não pode fugir dos princípios e valores adotados pelo nosso Estado Democrático (artigo 1º, caput), que tem como fundamento, a cidadania (inciso I), a dignidade da pessoa humana (inciso II). Também já mencionados os objetivos do estado nacional, constante do artigo terceiro, deles destacando-se os seguintes: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III). E “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV).³¹

O fundamento democrático do Estado cuidará de fixar a necessidade de relação numérica entre as pessoas portadoras de deficiência e o percentual a ser escolhido.

O legislador infraconstitucional estará, agindo de acordo com a Constituição ao considerar os valores numéricos que envolvem as pessoas portadoras de deficiência no Brasil.

Não deverá, no entanto, ser usado apenas o critério numérico, deve ser observado que nem todos os portadores de deficiência têm condições de ser beneficiados por este privilégio, devendo assim o percentual ser baseado em estatísticas, demonstrando quanto da população brasileira deveria estar habilitada para um emprego ou cargo público.

³¹ Ibidem, p. 82.

Desta forma, os limites para a fixação do percentual seriam apenas de ordem democrática, ou seja, a fixação do percentual deve atender para o número de pessoas portadoras de deficiência habilitadas para prestar algum serviço público ou exercer algum emprego público.³²

Outro ponto relevante, seria quanto ao critério de admissão, que também depende do legislador ordinário para integração da norma, considerando o Princípio da igualdade, leva à indicação do concurso público como meio para admissão da pessoa portadora de deficiência.

A admissão seria a mesma para o ingresso de outras pessoas, o concurso público dirigido a todos os cidadãos deveria, em seu edital, reservar o percentual determinado às pessoas portadoras de deficiência.

Os critérios do concurso devem obedecer a realidade dos processos educacionais da pessoa portadora de deficiência. Em seu exame, os critérios de avaliação devem ser diferentes, respeitando as características ou mesmo o grau de dificuldade.³³

2.5.4 As regras da previdência e assistência social.

- **O direito à saúde.**

A primeira regra no capítulo II da Seguridade Social, é a constante do artigo 196, que garante o direito à saúde.

³² ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 83.

³³ Idem, p. 84.

“Artigo 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O direito à saúde é direito de todos; é dever do Estado fornecer meios de proteção da sua saúde, com tratamento, reabilitação, habilitação, etc.

Trata-se de norma que necessita ser completada pelo legislador ordinário, através da norma integradora.

O legislador infraconstitucional fica encarregado do cumprimento das tarefas determinadas pelos objetivos fixados no artigo, existindo fator inibidor de toda legislação integradora contrária ao princípio anunciado pela Constituição Federal.³⁴

- **O direito à previdência social por invalidez.**

O artigo 201, inciso I, da Lei Maior consigna o direito de, mediante contribuição, ficar protegido na invalidez.

“Artigo 201: os planos da previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidente de trabalho, velhice e reclusão;”

Diferentemente do direito à saúde, o direito à previdência poderá ser limitado e disciplinado.

O inciso I do artigo 201 da CF traz um tipo de integração restringível, produzindo todos os seus efeitos mas podendo sofrer restrições pelo comando

³⁴ Ibidem, p. 85.

Constitucional, através de autorização para que o legislador infraconstitucional trace limites ou restrições ao dispositivo constante da Lei Maior.

O direito à assistência social: habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária e ao benefício mensal.

Dentro do capítulo da seguridade social, surge o direito à assistência, que é estendido a todos, contribuintes os não da previdência social. Os destinatários da assistência são distintos dos destinatários da previdência.

Assim reza o artigo 203 da Constituição Federal:

“Artigo 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:

...

Inciso IV: A habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária;

Inciso V: A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la promovida por sua família, conforme dispuser a lei”

O constituinte quis permitir que o legislador infraconstitucional ou mesmo o administrador cuidasse de criar hipóteses de habilitação e de reabilitação, assim como de reinserção na vida social. Para a pessoa portadora de deficiência, bem como dá ao carente portador de deficiência o direito ao salário mínimo.

Traz dois benefícios o artigo 203, o primeiro referente à habilitação, seja o direito de preparo para o trabalho, lazer e educação, e a reabilitação, que tem a finalidade de cuidar dos que tiveram habilitação e a perderam, promovendo assim, a integração das pessoas portadoras de deficiência na vida comunitária, e como segundo benefício, o direito a uma prestação mensal na base de um salário mínimo por parte da previdência social às pessoas portadoras de deficiência que

não tiverem condições de se manterem, e nem de serem mantidas por seus familiares.³⁵

A CF deixa para a lei, o deferimento desse direito. A lei, no entanto, não poderá modificar o conteúdo do direito assegurado.

O inciso V do artigo 203 cria o benefício mensal e o vincula à idéia de família, devendo ser entendido os pais das pessoas portadoras de deficiência, ou seus descendentes; e as necessidades vitais básicas, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, e previdência social. A idéia de subsistência deve ser extraída do próprio texto constitucional, ou seja, do inciso IV do artigo 7º. Havendo discussão sobre a natureza da norma que garante o direito a um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência carente, a Lei 8.742/93 regulou a matéria, tramitando perante o Supremo Tribunal Federal, versando a discussão sobre a constitucionalidade da norma requerida pelo Procurador Geral da República, já que teria restringido sobremaneira o comando constitucional, ao fixar o valor, de um quarto do salário mínimo à pessoa portadora de deficiência carente. A liminar foi indeferida, pendendo de julgamento.³⁶

- **O direito à educação especial**

O artigo 205 da CF assegura a educação como sendo um direito de todos e um dever do Estado.

“Artigo 205: a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com o incentivo da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

³⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 87.

³⁶ Idem, p. 88.

É dever do Estado e da Família prestar a educação, a busca de um pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação.

No artigo 208, encontramos as regras, que devem ser impostas no cumprimento desse dever de prestar educação:

“Artigo 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

...

Inciso III: atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino...”

Se for dever do Estado prestar educação, é obrigado a fornecer educação especial às pessoas portadoras de deficiência, que deverá ser feito preferencialmente na rede regular de ensino, obedecendo ao comando constitucional de que o Estado promoverá a integração da pessoa portadora de deficiência na vida comunitária (inciso IV do artigo 203 da CF).³⁷

Em sua determinação de que o ensino especializado seja preferencialmente ministrado na rede regular de ensino, o Estado tomou o cuidado de protegê-lo contra eventual discriminação, buscando integrá-lo socialmente.

O inciso III do artigo 208 traz uma norma completível, necessitando da atuação do legislador infraconstitucional, ou mesmo, da participação do administrador.

³⁷ Op. Cit. p. 89.

- **O direito de proteção das crianças e dos adolescentes portadores de deficiências.**

No capítulo VII, que trata da Família, da criança, do adolescente e do idoso, a Lei Maior preocupou-se em dar especial proteção às crianças e aos adolescentes.

O artigo 227 assim reza:

“Artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

...

inciso II: criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§2º: 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 portadoras de deficiência”

O constituinte revela preocupação com os objetivos do Estado, que devem atentar para o amparo da pessoa portadora de deficiência, determinando o caminho a ser seguido pelo legislador infraconstitucional e pelo administrador. Os programas devem desenvolver-se visando, sempre, à prevenção e ao atendimento especializado às crianças e aos adolescentes, bem como, sua integração social, através de treinamento para o trabalho, de facilitação de bens e serviços coletivos e, pela eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.³⁸

³⁸ Op. cit. p. 91.

O artigo ainda menciona sobre a eliminação de barreiras arquitetônicas e da adaptação de veículos de transporte coletivo, facilitando o acesso às pessoas portadoras de deficiência, determinando que tal proteção deverá ser objeto de lei específica que disporá sobre tal adaptação de logradouros e edifícios públicos, assim como de veículo de transporte coletivo (§2º do artigo 227), que impedem ou dificultam o acesso das pessoas portadoras de deficiência.

O inciso II do parágrafo primeiro e do parágrafo segundo do artigo 227 exigem normas de integração, aguardando uma ação política do Poder Legislativo, consubstanciada em lei Ordinária.

A Constituição Federal através das “Disposições Constitucionais Transitórias” fez constar providências a serem disciplinadas por lei, levando em consideração não somente os logradouros e edifícios públicos que forem construídos, mas, também, os já existentes. Para que evitasse qualquer dúvida sobre a possibilidade de exigência de adaptação imediata (a partir da edição da lei), surge o artigo 224 da CF, dispondo sobre a situação transitória: “Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei”.³⁹

Não há, assim, possibilidade de invocação de direito adquirido, quando da exigência da lei que exigir a adaptação dos bens já existentes, pois a própria Constituição Federal tratou de permitir (e mais, determinar) tal exigência.

Essas adaptações incluem não somente os portadores de deficiência de locomoção, como também os portadores de deficiência visual e auditiva.

A palavra “acesso”, no caso, não se restringe à entrada no veículo ou bem público, mas na sua plena utilização.

³⁹ Op. cit. p. 92.

2.5.5 As competências constitucionais relativas às pessoas portadoras de deficiência

Há diversos direitos consagrados no texto constitucional que só se efetuarão mediante uma legislação integrativa. Há um grupo de providencias, consagradas em nível constitucional, que exigirão manifestações concretas dos Municípios, Distrito Federal, Estados Membros, Territórios e União Federal.

2.5.6 As competências legislativas

A Lei Maior, em seu artigo 24 cuidou de traçar regras específicas sobre a responsabilidade pela edição de legislação substitucional integrativa dos comandos enunciados:

“Artigo 24: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre:

...

inciso XIV: proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

...

§1º: No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§2º: A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§3º: Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades.

§4º: A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Verificamos que o constituinte fixou o critério de competência de concorrência normativa, responsabilizando a União, Estados Membros e o Distrito Federal pela matéria relativa à proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Compete à União Federal a elaboração de normas gerais, e aos Estados Membros a elaboração de normas que atendam, dentro do tema, às suas peculiaridades. Havendo omissão legislativa federal, os Estados estarão autorizados a legislar plenamente e, surgindo a legislação federal, haverá a suspensão de eficácia das normas estaduais de caráter geral, evitando, com isso, o conflito de normas.

Ainda fica reservada ao Estado Membro, a competência suplementar sobre o assunto e, se existente lacuna na norma geral, poderá dela tratar, nos termos do parágrafo segundo do artigo em comento.⁴⁰

A competência assegurada aos Municípios e Estados fica deferida também ao Distrito Federal, por força do artigo 32, §1º.

- **Competência de execução**

Existem outras competências previstas no artigo 23 e 24 da Constituição Federal que não são as consistentes na elaboração de normas infraconstitucionais; é a competência de execução.

Assim dispõe o artigo 23 da Constituição:

“Artigo 23: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

...

Inciso II: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

...

“Parágrafo Único: Lei complementar fixará normas par a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional”.

⁴⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. Op. Cit. p. 96.

Os responsáveis pelas obrigações constitucionalmente descritas no artigo 23, inciso II, são Município, Estado, União Federal, ou Distrito Federal, conjuntamente e de forma solidária.

O parágrafo único traz a previsão de que lei complementar cuidará da cooperação entre as pessoas portadoras de deficiência.

A coordenação das atividades deverá estar delineada pela norma geral fixada no artigo 24, inciso XIV e os respectivos parágrafos, que deverá ser seguido pela lei complementar mencionada no parágrafo único do mesmo.

Segundo competência comum, qualquer dos órgãos políticos se torna responsável pelo cuidado e garantia, constitucionalmente determinados.⁴¹

2.6 A Legislação Infraconstitucional e a Pessoa Portadora de Deficiência

Vários dispositivos surgiram para disciplinar as matérias relativas às pessoas portadoras de deficiência. Os mais importantes diplomas legais que surgiram, tinham o escopo de procurar compensar a situação de quem sofre alguma limitação, conferindo-lhes maior proteção jurídica.

O verdadeiro princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado, consiste em tratar desigualmente os desiguais, buscando-se compensar a desigualdade de fato e igualá-los em oportunidades. Assim, há justificativa racional, para, à vista do traço desigualador escolhido, conferir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.

⁴¹ Op. Cit. p. 97.

Para compensar a deficiência fática que sofrem algumas pessoas, deve-se assegurar, em seu favor, medidas políticas, visando suprir essas deficiências fáticas.

As principais regras sobre a política de integração da pessoa portadora de deficiência foram estabelecidas pela Lei 7.853/89 e em seu regulamento, Decreto nº 3.298/99.⁴²

O objetivo era assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e a política nacional de integração das pessoas portadoras de deficiência seguirá princípios, tais quais.

- Desenvolvimento da ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar-lhes a plena integração no contexto socioeconômico e cultural.
- Estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que lhe asseguraram o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das Leis, propiciem seu bem estar pessoal, social e econômico.
- Respeito a elas, devendo receber igualdades de oportunidades na sociedade, por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismo.⁴³

São estas as diretrizes da política nacional para integração das pessoas portadoras de deficiência:

⁴²MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo : meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 548.

⁴³MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Pessoa Portadora de Deficiência e o Ministério Público**. In: Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 79.

- a) estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam a sua posição social;
- b) adotar estratégias de articulação com entidades e órgãos públicos e privados, bem como organismos internacionais e estrangeiros para a implantação dessa política;
- c) sua inclusão, respeitadas suas particularidades, em todas as iniciativas governamentais relacionadas à educação, saúde, trabalho, edificação pública, previdência social, assistência social, transporte, habilitação, cultura, esporte e lazer;
- d) viabilizar sua participação em todas as fases de implementação dessa política, por intermédio de suas entidades representativas;
- e) ampliar as alternativas de sua inserção na vida econômica, proporcionando-lhes qualificação profissional e incorporação no mercado de trabalho;
- f) garantir o efetivo atendimento de suas necessidades, sem cunho assistencialista.

São estes os objetivos dessa política:

- a) seu acesso, ingresso e permanência em todos os serviços oferecidos à comunidade;

- b) integração das ações das entidades e órgãos públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habilitação, cultura, desporto e lazer, visando à previsão das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas, e a inclusão social;
- c) desenvolvimento de programas setoriais destinados ao atendimento de suas necessidades especiais;
- d) formação de recursos humanos para seu atendimento;
- e) garantia da efetividade dos programas de prevenção, de atendimento especializado e de inclusão social.⁴⁴

- **Lei 7.070/82, e Lei 8.472/93 e Lei 8.213/91**

No tocante à proteção, oferecida pela Seguridade Social à pessoa portadora de deficiência, dois são os aspectos principais: o direito da habilitação e de reabilitação profissional e o direito a uma renda mensal vitalícia.

Com efeito, a renda mensal vitalícia para a pessoa portadora de deficiência favorecia inicialmente apenas o portador da Síndrome de Talidomida, estando previsto em legislação ordinária. Tratava-se da Lei 7.070, publicada em dezembro de 1982. Foi em pressão feita pela sociedade civil que o Estado veio a se responsabilizar pela tragédia. O Estado havia errado grosseiramente na fiscalização do comércio de um medicamento, liberando-o para o comércio, quando ele já havia sido condenado em numerosos países, por provocar lesões irreversíveis nos fetos em gestação.

⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo : meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 548 e 549.

A Lei 7.070/82, que estabeleceu a pensão para as vítimas portadoras de talidomida, foi a fonte de inspiração do artigo 203, IV da Constituição Federal, que estendeu tal direito a todos os portadores de deficiência.⁴⁵

No plano infraconstitucional, o direito à renda mensal vitalícia foi regulamentado pela Lei 8.472/93, no artigo 20, §3º, que esclarece ser beneficiário, o portador de deficiência que não tenha meios de prover sua manutenção. Este benefício é concedido à família incapaz de sustentar o portador de deficiência, assim considerado aquele cuja renda mensal 'per capita' dos integrantes seja, no máximo, um quarto de salário mínimo.⁴⁶

O problema do valor da renda mensal 'per capita' da família do portador de deficiência foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral da República. A emenda da sentença foi publicada em 26 de maio de 1995, referindo-se à liminar solicitada. O argumento da Procuradoria Geral da República era de que o artigo 20, §2º da Lei 8.472/93, esvaziava ou inviabilizava o exercício do direito ao benefício, concedido pelo artigo 203, V da Constituição Federal. Porém, o Supremo Tribunal Federal negou a liminar, entendendo que a sua concessão implicaria na suspensão do dispositivo legal impugnado, fazendo com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, ficando novamente dependente de regulamentação legal e privando a administração de conceder o benefício.

Várias críticas surgiram contra a instituição da renda mensal vitalícia para todos os portadores de deficiência, em resposta, lembramos que a Constituição consagrou um modelo de Seguridade Social, ao invés de mera Previdência Social, em consonância com os princípios fundamentais contidos no Título I. Destacamos em especial o artigo 1º, III, que afirma ser fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. E ainda o artigo 3º, I, que

⁴⁵ Idem, p. 550.

⁴⁶ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Seguridade Social e a Pessoa Portadora de Deficiência**. In: Direitos da pessoa Portadora de Deficiência. São Paulo; Max Limonad, 1997. p. 179.

dispõe ser objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa, solidária.⁴⁷

Nem todos podem pagar contribuições para ter direito a um seguro social mas não devem ser abandonados à própria sorte em caso de necessidade. Quando se elege o princípio da solidariedade, buscando a justiça social, tem-se em mente, que é necessário colocar em segundo plano os interesses particulares, em benefício do bem comum.

O princípio da solidariedade implica que alguns contribuirão mais, outros, menos, e outros sequer contribuirão, por não estarem em condições de fazê-lo, mas todos terão vida digna.

Por fim, devemos analisar o segundo aspecto relevante da proteção à pessoa portadora de deficiência, que é o direito à habilitação e reabilitação profissional, prevista no artigo 203, IV da CF. a Legislação anterior (Consolidação das Leis da Previdência Social), cuidava apenas da readaptação e reeducação dos segurados que percebiam auxílio-doença, aposentados e pensionistas inválidos.

A Legislação infraconstitucional em vigor (Lei 8.213 de 24 de julho de 1991), refere-se à habilitação e à reabilitação profissional, alcançando também, aquele que jamais teve a oportunidade de trabalhar.

O artigo 89 da lei supra, está em sintonia com os princípios da valorização do trabalho e da pessoa humana, quando estipula que devem ser proporcionados meios para educação e adaptação profissional que permitam ao portador de deficiência participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive, impondo uma restrição no artigo 90 da mesma lei, seja, a habilitação e a reabilitação são devidas em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na

⁴⁷ Idem.

medida das possibilidades, do Órgão da Previdência Social aos seus dependentes.⁴⁸

A Constituição Federal, no caput do artigo 203, dispõe expressamente que as medidas nele previstas dirigem-se a todos que tem necessidade, independentemente de contribuição.

- **Lei 10.098/00**

A Lei 10.098/00 estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.⁴⁹

A acessibilidade é a possibilidade e a condição de alcance para a utilização com segurança e autonomia, dos espaços mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

- **Lei 8.112/90 e Lei 8.213/91**

A Constituição Federal vedou qualquer forma de discriminação nos salários e critérios de admissão dos trabalhadores portadores de deficiência, bem como exigiu que lhes fosse reservado percentual de cargos e empregos públicos.

A Lei Federal 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, em seu artigo 5º, §2º, reservava o percentual de 20 % das vagas dos concursos públicos aos portadores de deficiência.

⁴⁸ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Op. Cit. p. 180.

⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 551.

Esta Lei não deixava claro o percentual exato que deveria ser preservado às pessoas portadoras de deficiência, podendo o mesmo variar de 0,1 a 20 por cento, tão pouco estabelecia normas sobre como seriam confeccionados os editais e realizados os concursos públicos. Com o advento do Decreto nº 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989, assegurou-se aos portadores de deficiência o percentual mínimo de 05 % das vagas nos concursos públicos.

Conforme disposto no artigo 37, §1º do referido Decreto, o candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

As pessoas portadoras de deficiência concorrem ao total de vagas, sendo que se o candidato portador de deficiência for aprovado em primeiro lugar em um concurso público, ele não irá se apossar das vagas reservadas, mas sim daquelas disponíveis aos demais candidatos.

O Decreto nº 3.298/99, não disciplinou a respeito de como deve ser procedida a reserva de vagas, quando forem oferecidas duas vagas para um determinado cargo. Reservando uma, estar-se-ia ultrapassando o limite legal, e não reservando nenhuma, haveria restrição ao direito da pessoa portadora de deficiência.

É necessária a regulamentação do Decreto, a fim de que haja o preenchimento desta lacuna, e a pacificação da questão.

A Lei 8.213/91, ainda dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência e dá outras providências, sendo regulamentado pelo decreto nº 357, que trata do direito do deficiente ao trabalho no setor privado, com quotas sobre o número de trabalhadores na empresa. O artigo 93 obriga a empresa com mais de cem

empregados à preencher de 2 a 5 por cento de seus cargos, com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, sob pena de multa. Esta proporção é: 2% para empresas de até 200 empregados, 3% de 201 a 500 empregados, 4% quando tiver de 501 a 1000 empregados e de 5%, quando o número de empregados for de 1001 em diante.⁵⁰

A necessidade de busca de trabalhadores portadores de deficiência, em decorrência da implementação em todo seu vigor da regra do artigo 93 dessa Lei, obrigará as próprias pessoas portadoras de deficiência a sair de uma situação de enclausuramento a que foram colocadas ao longo da história da humanidade.

A exigência legal forçará os empresários a buscar, dentre o universo das pessoas portadoras de deficiência, as de melhor potencial para o cargo oferecido, sendo exigido para a situação:

- a) uma avaliação vocacional séria, que, sobretudo respeite a dignidade humana dos postulantes ao emprego;

- b) uma adequação do ambiente de trabalho, a este universo de trabalhadores, o que inclui sinalizações adequadas e a eliminação de barreiras arquitetônicas.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, foram constatados casos em que os empregadores pagavam as pessoas portadoras de deficiência para ficarem em casa, mantendo-as nas folhas de pagamentos com a finalidade exclusiva de suprirem a sua quota, ou preferiam pagar as multas, a manter empregados portadores de deficiências, revelando que o sistema de quotas, que tem o objetivo de integrar a pessoa portadora de deficiência no trabalho privado não se revela totalmente adequado nos países em que foi introduzido.

⁵⁰ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Op. Cit. p. 68.

- **Outros Diplomas Legais**

Ainda merecem atenção, a citação de alguns outros dispositivos legais, como:

- Lei 8.899/94 – dispõe sobre o transporte da pessoa portadora de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual;
- Lei 10.048/00 – assegurou atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência física, entre outras, bem como impôs requisitos de acessibilidade a seu favor;
- Lei 10.216/01 – dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais;
- Lei 10.226/01 – alterou o Código Eleitoral (Lei 4.737/65), determinando a expedição de instruções sobre a escolha dos locais de voto, de mais fácil acesso para o eleitor portador de deficiência física.
- O Decreto 3.956/01 – promulgou a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação à pessoa portadora de deficiência.

2.7 Eficácia das Normas Constitucionais e a Pessoa Portadora de Deficiência

Precisamos mostrar que há um mascaramento da realidade. O tecido social não é feito somente de fibras que resultem num tapete próprio para decorar

os salões das sociedades falsamente desenvolvidas e esconder debaixo de si o subproduto da miséria, da desigualdade, da exclusão social. Não devemos aceitar do Estado as “migalhas compensatórias”, mas o cumprimento dos direitos e garantias Constitucionais que são uma conquista histórica, que se iniciou há décadas, e teve um grande avanço com a Emenda Constitucional nº 12 de 1978, que assegurou aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante a obrigatoriedade da educação especial e gratuita; a assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; proibição de discriminação ao trabalho ou ao serviço público e a salários, possibilidade de acesso a edifícios e logradouros público, o que possibilitou, inclusive, a propositura de ações contra o Metrô de São Paulo, para que fossem colocadas rampas de acesso para deficientes físicos.

A atual Constituição Federal cuidou de elencar várias normas de proteção às pessoas portadoras de deficiência, porém, quase todas as regras dependem de integração infra-constitucional, ou seja, dependem de outras leis para regulamenta-las. A Constituição vigente ainda permite a defesa dos direitos, tanto pela via individual, como pela via difusa ou coletiva.⁵¹

Cabe a nos, exigirmos o cumprimento da legislação, inclusive na hipótese de omissão do Poder Legislativo, ou de qualquer outra autoridade.

É importante observar que as normas Constitucionais se dividem em dois grupos: as primeiras são de mera aplicação, caracterizadas por não deixarem espaço entre o seu significado e o desencadeamento de seus efeitos; o segundo grupo, são normas de integração que se caracterizam pela existência de um vazio regratório que cumpre ser preenchido.

O segundo grupo se subdivide entre normas de integração completáveis e restringíveis, sendo que as primeiras não produzem seus efeitos de forma

⁵¹ SOUZA, Suely Soferene e. **Diversidade**. In: In: Direitos da pessoa Portadora de Deficiência. São Paulo; Max Limonad, 1997. p. 72.

completa sem a integração através do legislador ordinário; as segundas produzem os efeitos pretendidos, mas permitem que o legislador infraconstitucional restrinja o comando constitucional, assegurado de forma completa pela norma.

As normas de proteção que traz nossa Magna Carta em relação às pessoas portadoras de deficiência, necessitam de integração infraconstitucional, ou seja, são normas de integração que precisam ser completadas para produzirem seus efeitos; vários dispositivos como o artigo 37, inciso VIII, onde o constituinte deixou para o legislador infraconstitucional a fixação do percentual e os critérios de admissão das pessoas portadoras de deficiência em cargos e concursos públicos; o artigo 196, que garantiu o direito à saúde, que encarregou a legislação infraconstitucional de dar cumprimento ao objetivo fixado no artigo; o artigo 201, inciso I, que trata da integração restringível, onde o legislador infraconstitucional pode traçar limites ao dispositivo constante da Lei Maior; o artigo 203, incisos IV e V, que cuida da habilitação e reabilitação e do benefício da prestação mensal à pessoa portadora de deficiência, também necessita de complementação pelo legislador; o mesmo ocorre com o artigo 208, inciso III, que traz o dever à educação, onde há necessidade de atuação do legislador infraconstitucional, ou mesmo do administrador, para sua concretização; o artigo 227, §1º, inciso II, e §2º, que cuida da proteção especial às crianças e adolescentes portadores de deficiências, é mais um exemplo de normas de integração; o seu parágrafo segundo dispõe que tal proteção será objeto de lei específica, e que disporá sobre a adaptação de logradouros e edifícios públicos assim como de transportes coletivos, revelando a necessidade de adaptação de logradouros e edifícios públicos, com a eliminação das barreiras, que impeçam ou dificultem o acesso das pessoas portadoras de deficiência; o mesmo ocorre no inciso II do §1º, que aguarda uma ação política do Plenário Legislativo consubstanciada em lei ordinária, que lhe dê aplicabilidade; por fim, ainda cabe citar o artigo 224 que vem suplementando o artigo 227, e também depende de complementação legislativa ordinária que lhe dê eficácia.

Os diversos dispositivos citados que estão consagrados no nosso texto Constitucional só se efetivarão mediante uma legislação integrativa, mas o legislador, criou um grupo de providências, que exigirão manifestações dos Municípios, Distrito Federal, Estados-Membros, Territórios e da União Federal.

O artigo 24 traz as competências legislativas, traçando regras específicas sobre a responsabilidade pela edição de legislação subconstitucional integrativa dos comandos ali transcritos.

Fixando o critério de concorrência normativa, deixou a cargo da União, Estados Membros e Distrito Federal, a responsabilidade em relação à proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Compete a União Federal a elaboração de normas gerais, e aos estados Membros a elaboração de normas que atendam, dentro do tema, às suas peculiaridades. Quando houver omissão do legislador federal, os Estados têm autorização para legislar; surgindo a legislação federal, haverá suspensão da eficácia das normas estaduais.⁵²

O Estado ainda possui a competência suplementar, para que se houver uma lacuna na norma geral, poderá dela tratar.

O artigo 23 da Magna Carta traz a competência de execução, determinando obrigações de execução para os administradores públicos. A União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm responsabilidade solidária, mas também trazem previsão de que lei complementar cuidará da cooperação entre as pessoas políticas responsáveis pela execução da proteção e das garantias das pessoas portadoras de deficiência.

⁵² ARAÚJO, Luiz Alberto Davi. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. 2ª ed. Brasília: CORDE, 1996, p. 95.

Os artigos 24 e 23 são responsáveis pela supressão da ausência de norma de integração, mas cabe a todos nós exigirmos tal cumprimento, podendo garantir a efetividade dos direitos da pessoa portadora de deficiência pela via judicial, seja de forma individual, coletiva ou difusa, através dos instrumentos processuais disponíveis constitucionalmente, seja o mandado de segurança, o mandado de injunção, as ações diversas de inconstitucionalidade, a ação civil, etc.

3 TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

Os direitos das pessoas portadores de deficiência têm particularidades de apresentarem características típicas dos direitos sociais, diferindo dos tradicionais “direitos subjetivos individuais”. Estão intimamente informados pelo Princípio da Igualdade, que abrange a igualdade perante a lei e a igualdade na lei.

O Princípio da Igualdade não é um simples direito individual, mas pressuposto de interpretação e aplicação de todos os outros direitos.

A igualdade perante a lei impõe que todos sejam indistintamente tratados. As pessoas portadoras de deficiência têm neste princípio “um escudo protetor”, já que veda qualquer espécie de discriminação, também protegido no art. 7º XXI da Lei Maior.

A regra constitucional afirma que não pode haver qualquer discriminação, desde que não haja correlação lógica entre a situação discriminada e o bem protegido. Obedecida esta premissa, é vedada a discriminação.

A igualdade na lei impõe que o legislador, ao dispor sobre uma matéria, trate desigualmente os desiguais. É o pressuposto de direitos que levam em conta as disparidade e desigualdades de fato, observadas na sociedade, adjudicando diferentes prerrogativas de âmbito compensador. O que se busca é a compensação das desigualdades.

Presente a proporcionalidade entre o modo de a lei operar concessões distintas às diferentes situações e à desigualdade observada de fato, obedecido estará o Princípio da Igualdade na lei.

Os direitos coletivos de índole social, chamados de direitos de igualdade, pressupõem um comportamento estatal ativo, que na maioria das vezes, impõe um comando, instando o Estado a implementar políticas públicas.

Ao contrário do que se dá com os direitos subjetivos individuais, os direitos sociais buscam a conservação de uma situação de fato existente, não demandam a exclusão de outrem, de uma esfera de interesses já consolidados e protegidos, mas sim prevêm situações que precisam ser criadas.

A ausência no ordenamento jurídico brasileiro de instrumento de tutela específica para os direitos sociais contribuiu para a inefetividade dos mesmos. Por isso a extrema importância de que se revestiu o estabelecimento de mecanismos processuais aptos a impor o respeito aos direitos estatuídos. Partiu-se, portanto da constatação de ser necessária a instituição de verdadeiras tutelas diferenciadas, concebidas para que todas as espécies de direitos e interesses possuam efetiva proteção.

Os novos instrumentos processuais pressupõem uma mudança na racionalidade do poder judiciário, dado que a solução de muitos conflitos envolvendo os direitos sociais não é propriamente uma justiça comutativa, mas sim substancial, onde mais importante do que proferir uma decisão é resolver o conflito.

É tradicional no direito a distinção que se faz entre o interesse público de que é titular o Estado, e o interesse privado, de que é titular o indivíduo.

O interesse público consiste na contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo, enquanto o interesse privado contrapõe os indivíduos em seu inter relacionamento.

Esta definição passou a sofrer críticas acentuadas nas últimas três décadas; a expressão “interesse público” tornou-se equivoco, sendo utilizada para alcançar os interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo, e da coletividade, e até interesses coletivos, os interesses difusos, etc., e também porque se reconheceu que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas.

No Brasil, a defesa dos interesses de grupos começou a ser sistematizada com o advento da lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (LACP), e, em seguida, com a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), que distinguiu os interesses transindividuais em difusos, coletivos em sentido, e individuais homogêneos.

Atendendo a esta nova realidade, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81 traz a definição legal de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

1) Interesses ou direitos difusos, como aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de quem sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato.

2) Interesses ou direitos coletivos, que são os transindividuais, de natureza indivisível, de quem sejam titulares grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a partes contrária por uma relação jurídica base.

3) Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os que são decorrentes de uma origem comum.

3.1 Interesses Transindividuais

Tanto os direitos difusos como os coletivos, são definidos como transindividuais, o que significa que não pertencem a um só indivíduo. Na precisa lição de Rodolfo de Camargo Mancuso⁵³, são direitos que “deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”.

Já os individuais homogêneos originam-se da esfera do particular de cada um dos indivíduos lesados, sendo somente objeto de proteção coletiva.

Sobre o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupos, não é apenas, porém, o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade que seu acesso individual à justiça, seja substituído por um processo coletivo, que não é apenas apto a evitar decisões contraditórias como ainda conduz a um processo mais eficiente, porque exercido de uma só vez, em proveito de todo grupo.⁵⁴

Embora excedam o âmbito estritamente individual, não chegam a constituir interesse público.

⁵³ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.275

⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 45.

O elemento que melhor diferencia as referidas categorias é a titularidade dos direitos e a relação estabelecida entre cada um dos titulares.

Os interesses difusos são aqueles que possuem titulares indeterminados, sem existir uma relação jurídica a interligar os vários titulares; assim são unidos pela mesma situação de fato, com interessados indetermináveis e dano individualmente indivisível.

Já os interesses coletivos, os vários titulares estão relacionados entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica comum, temos aqui, interessados determináveis, unidos por compartilharem a mesma relação jurídica indivisível.

Nos direitos individuais homogêneos, pouco importa a existência ou inexistência de relação jurídica anterior. O que os aproxima, é a origem em comum, assim são interessados determináveis, com interesses divisíveis, unidos pela origem comum da lesão.

Todos esses interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas merecem tutela coletiva para o acesso à justiça, e não apenas individual.

Interesse difusos, de acordo com o parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, são interesses ou direitos transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Os interesses difusos são como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos. A lesão do grupo não decorre de uma relação jurídica propriamente, mas é de uma situação jurídica resultante.

Os interesses só serão verdadeiramente difusos, se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico.

O objeto dos interesses difusos é indivisível. Assim, por exemplo, a pretensão ao meio ambiente hígido, ponto compartilhado por um número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade; também o produto da eventual indenização obtida em razão do degradado ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio interesse é indivisível. Destarte, estão incluídos no grupo lesado, não só os atuais moradores da região atingida, com também os futuros moradores da região atingida como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras, que, não raro também suportarão os efeitos da degradação ambiental. Por outro lado, em si mesmo, o próprio interesse em jogo é indivisível.⁵⁵

3.3 Interesses Coletivos

A expressão “interesses coletivos”, em sentido lato, refere-se a interesses transindividuais, dos grupos, classes, ou categorias de pessoas.

É nesse sentido que o Código de Defesa do Consumidor disciplina a ação coletiva, que se presta não só à defesa de direitos coletivos em sentido estrito, mas também de direitos e interesses difusos e individuais homogêneos; assim como, a Constituição Federal se referiu em seu artigo 129, inciso III.

⁵⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro, Op. Cit. p. 33.

O Código de Defesa do Consumidor introduziu um conceito mais restrito de interesses coletivos, para ele, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum, que disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta, que, entretanto, no caso de interesses coletivos a lesão ao grupo decorrerá de relação jurídica viciada que una todo o grupo, e não de uma relação fática subjacente.

Assim os interesses coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.4 Interesses Individuais Homogêneos

Os interesses individuais homogêneos são aqueles grupos, categorias ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente originados das mesmas circunstâncias de fato, de acordo com o artigo 81, parágrafo único, inciso II do CDC.

Em sentido lato, os interesses homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos (RE n. 163.231-3-SP, STF Pleno, Informativo STF, 62).⁵⁶

Os direitos individuais homogêneos têm titulares determinados ou determináveis, e o dano ou o responsabilizado se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo.

Não apenas os interesses coletivos, em sentido estrito, têm origem numa relação jurídica comum, mas também nos interesses difusos e individuais

⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro, Op. Cit. p. 60.

homogêneos, há uma relação subjacente que une o respectivo grupo; contudo, enquanto nos interesses coletivos a lesão ao grupo provém diretamente da ação coletiva, já nos interesses difusos e individuais homogêneos, a relação jurídica é questionada apenas como causa de pedir, com vista à reparação de um dano fático.

Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram, sendo que nos últimos anos apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificar e proteger jurisdicionalmente todas as formas de interesses .

A razão consiste em que a defesa judicial de interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: não só os interesses são intrinsecamente transindividuais, mas também sua própria defesa judicial é coletivamente.

Para a defesa na área cível dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, e em certos casos, até mesmo para a defesa do próprio interesse público, existem as chamadas ações civis públicas ou ações coletivas.

Em relação à proteção de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não é matéria de interesse transindividual, e sem matéria de interesse público estatal. Assim por exemplo, é difuso o interesse transindividual para combater na esfera civil a propaganda enganosa, mas é público o direito do Estado de punir criminalmente o autor da propaganda enganosa.

Por último, vale destacar a ressalva de Nelson Nery Júnior, de que:

Na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo, é o tipo de tutela que se pretende quando se propõe a competente ação judicial.⁵⁷

⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 111.

Assim, por exemplo: poderíamos vislumbrar a respeito à garantia de adequado acesso das pessoas portadoras de deficiência dos estabelecimentos públicos de saúde (direito estabelecido nos artigos 227, parágrafo 2º e 244 da Constituição Federal, e no artigo 2º, parágrafo único, inciso II, 'd' da Lei nº 7.853/89). Na perspectiva individual a propositura da ação de indenização proposta por um indivíduo portador de deficiência de locomoção, contra a prefeitura por danos ocasionados à sua cadeira de rodas, quando tentava entrar em um hospital não dotado de rampa de acesso. Por outro lado, vislumbra-se a possibilidade de associação de pessoas portadoras de deficiência ajuizar ação civil pública (de natureza difusa) visando compelir a construção de rampa de acesso para deficientes físicos nos hospitais de determinado município.

3.5 As Dificuldades Inerentes à Ausência de Previsão Expressa de Legitimação para a Tutela de Direitos Difusos e Coletivos

Interessante ressaltar que a tutela jurisdicional dos direitos e interesses de índole metaindividual tradicionalmente enfrentam um poderoso obstáculo, consistente na verdadeira “camisa de força” representada pelos esquemas tradicionais de legitimação para agir, presos a uma concepção extremamente individualista própria da sociedade liberal clássica.

Os direitos sociais que possuem índole coletiva ou difusa, sofriam limitações relativas à legitimação para agir, não sendo muitas vezes possível isolar o titular do direito, esbarrando-se na restrição prevista no artigo 6º do nosso Código de Processo Civil, que prescreve: “Ninguém pode vir a juízo, em nome próprio, pleitear direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

A interpretação restritiva desta norma acabava por impedir que indivíduos acionassem o poder judiciário, buscando a tutela de direitos de ordem difusa.

No direito processual brasileiro o grande marco legislativo para a efetivação da tutela jurisdicional de interesses metaindividuais, foi a edição da Lei 7.317/85, que instituiu a Ação Civil Pública, conferindo à proteção dos interesses difusos e coletivos nela elencados, uma maior carga de efetividade.

Somente os interesses e direitos de ordem difusa expressamente elencados poderiam ser protegidos por intermédio da Ação Civil Pública. Outros que pertencessem a esta categoria, para fazer jus à mesma proteção, precisariam de lei específica.

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública era restrita à tutela de direitos e interesses relativos: I – ao meio-ambiente; II – ao consumidor; III – a bem e direito de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico. Isto porque houve veto presidencial ao inciso IV do Projeto aprovado no Congresso Nacional, que previa a possibilidade de utilização da Ação Civil Pública para qualquer outro interesse difuso.

Foi de extrema importância a edição da Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989, que instituiu a tutela jurisdicional de direitos coletivos e difusos relativos as pessoas portadoras de deficiência, além de dispor sobre apoio e integração destas pessoas, bem como acerca da Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência.

Deve ser ressaltado, não bastar para a tutela deste tipo de direito, que exista o instrumento processual adequado, assim como deve haver previsão, em normas de direito material, de direitos que passam a ser enquadrados nestas categorias.

Por isto, a preocupação de ressaltar que a Lei 7.853/89 não traz somente dispositivos de natureza processual, como inúmeros preceitos de lei material de caráter metaindividual. Estes dispositivos de natureza material, ao lado daqueles

expressamente previstos na Constituição Federal, podem ser titulados por meio da Ação Civil Pública sempre que possibilitem uma tutela objetiva.

Já assentou o Supremo Tribunal Federal, que a Lei 7.347/85, é de natureza instrumental, não prevendo ela própria, direito e interesse aptos a serem tutelados, tendo assim, extrema relevância a Lei nº 7.853/89.

3.6 A Ação Civil Pública Prevista na Lei 7.853/89

A Lei nº 7.853/89, prescreve em seu artigo 3º caput:

“As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, por associações constituídas há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que inclua entre as suas finalidades a proteção das pessoas portadoras de deficiência”.

Ao corpo da Lei nº 7.853/89, houve um transplante de várias regras da Ação Civil Pública, havendo ainda o seu artigo 7º, previsto aqui “aplicam-se à ação civil pública, no que couber, os dispositivos da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Na época da promulgação da Lei nº 7.345/85, a Ação Civil Pública somente poderia ser utilizada para as espécies de direitos difusos e coletivos expressamente indicadas, tais como o meio-ambiente, o consumidor, e bem e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico. Qualquer outro interesse ou direito, ainda que de natureza difusa ou coletiva, somente poderia ser objeto de proteção pela ação civil pública caso a lei permitisse expressamente a utilização deste instrumento processual. A edição de uma lei prevendo expressamente que os direitos de ordem coletiva e difusa relacionados com as

pessoas portadoras de deficiência poderiam ser tutelados pela Ação Civil Pública encontra respaldo na já apontada restrição do alcance da ação civil pública, operada em virtude do veto presidencial ao inciso V do artigo 1º previsto no projeto lei aprovado no Congresso Nacional.

3.7 Legitimação

O legislador optou por uma legitimação concorrente e disjuntiva para a proteção jurisdicional dos interesses difusos. A legitimação é concorrente por ser atribuída a vários entes, sem que haja inter relação de subordinação ou preferência; e disjuntiva porque a legitimação a um, não exclui a atribuída aos demais.

A legitimação atribuída às associações civis é corolário de sua crescente importância na vida política brasileira, onde ocorreu a ampliação dos valores sociais e o deslocamento das esferas de decisão dos parlamentos para outras áreas do Estado, ou mesmo paraestatais.

O poder judiciário passou a ser um espaço de luta para implementação de direitos. Elevar estes novos atores sociais à categoria de co-legitimados para a propositura de ações coletivas não somente contribui para a melhor tutela dos direitos de ordem prestacional, como é mecanismo de valorização da democracia participativa.

O artigo 3º da Lei 7.853/89, estabelece os requisitos para a propositura de ação civil pública pelas associações:

- a) prévia constituição há pelo menos um ano;

b) inclusão de proteção das pessoas portadoras de deficiência entre os seus fins institucionais;

A obrigatoriedade da prévia constituição para o ajuizamento de ações faz com que somente instituições dotadas de maior estabilidade, acumulando experiências, ajuízem estas ações. Evitando também que fosse criada determinada organização não governamental só para o ajuizamento de ações, opsss para autopromoção.

O início do cômputo do período de um ano dá-se do registro do estatuto da associação no cartório das pessoas jurídicas de direito privado de acordo com o artigo 10 do Código Civil brasileiro, e artigo 114 e 121 da Lei 6.015/73.

A Lei de Ação Civil Pública possibilita que o juiz dispense o requisito da pré-constituição, quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido; é o que estabelece o artigo 5º, parágrafo quarto da Lei da Ação Civil Pública; tal regra, por força do artigo 7º da Lei 7.853/89 aplica-se à proteção das pessoas portadoras de deficiência.

É extremamente importante que se tenha cuidado de elaborar um estatuto social no qual esteja expressamente incluído, dentre os fins institucionais da associação, a proteção das pessoas portadoras de deficiência, podendo ensejar a extinção do processo sem julgamento do mérito; o ajuizamento da ação civil pública em espécie sem tal inclusão.

O artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública prevê:

- dispensa da obrigação de antecipação do pagamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas processuais;
- a não condenação do autor no pagamento de custas e honorários advocatícios, salvo comprovada má-fé, na hipótese de improcedência do pedido realizado na ação civil pública ajuizada.

Esta previsão ocorre para amainar um dos principais obstáculos ao pleno acesso à ordem jurídica justa que é os altos custos envolvidos nos processos judiciais.

Apesar da importância das entidades não governamentais, atribuir a legitimação para agir em destaque exclusivamente a elas não seria a mais apropriada. Já que nem sempre as entidades associativas encontram-se em estado de organização acentuado o suficiente para reconhecerem todas as lesões à direitos sociais e tutela-los prontamente, bem como não contam a maioria com um corpo jurídico habilitado para a propositura de ação civil pública.

Assim, optou o legislador pela previsão de um sistema misto, tutela por intermédio de entes privados e públicos, sendo os últimos consistentes no Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal; autarquia, empresas públicas; fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência .

A inclusão das pessoas jurídicas de direito público interno como entes legitimados à propositura de ação civil pública é consentânea e coerente com os deveres a elas impostos, de tutelar diversos direitos definidos como interesses difusos.

O artigo 23, inciso II da Constituição Federal estabelece ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia da pessoa portadora de deficiência”.

O artigo 129, inciso III dispõe que o Ministério Público é legitimado para a propositura de ação civil pública, revelando-se como o ente legitimado mais atuante.

As associações civis ligadas à proteção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência podem ampliar a sua considerável importância na tutela desses interesses, através de uma atuação conjunta com os outros entes, esta possibilidade é expressamente prevista no artigo 6º da Lei de Ação Civil Pública.

Há vários mecanismos de co-participação. Assim pode ser desenvolvida uma maior atuação em litisconsórcios ativos; sendo certo que as associações poderão prestar relevante auxílio aos outros entes legitimados; poderiam ainda, sem prejuízo da atuação em litisconsórcio, estabelecer convênios com os outros órgãos, tanto governamentais como de esfera da sociedade civil.

No campo governamental, vislumbra-se a possibilidade de uma atuação conjunta com as instituições que prestam a função de Defensoria Pública, a qual, no Estado de São Paulo, é desempenhada pela Procuradoria de Assistência Judiciária.

Deve ser incentivado o intercâmbio com os órgãos da Sociedade civil que incluam entre os seus fins institucionais a acessória gratuita à sociedade sem fins lucrativos que inclua dentre os seus fins a proteção da pessoas portadoras de deficiência.

Ainda há, um enorme campo aberto para a atuação com instituições universitárias, que são ideais para fornecerem os subsídios técnicos para o equacionamento das medidas necessárias à implementação dos direitos das pessoas portadoras de deficiência em diversas áreas.

Ademais, poderiam ser estabelecidos convênios com centros de prestação de serviços jurídicos mantidos por faculdades de direito, que poderiam auxiliar em muito a orientação das associações e dos seus associados.

Por fim, seria importante verificar se é possível, por intermédio da ação civil pública, a título somente de direitos e interesses de índole coletiva e difusa ou também de natureza individual homogênea?

A Lei 8.078/90, introduziu dois acréscimos à Lei de Ação Civil Pública:

- a) inclusão no artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública de um último inciso, com a seguinte redação: “inciso IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”

- b) inserção de um novo artigo a seguir transcrito: “artigo 21 – aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do título III da Lei”, institui o Código de Defesa do Consumidor.

Estas disposições encerram as restrições existentes quanto à abrangência do título auferido pela Ação Civil Pública, do ponto de vista de seu objeto: qualquer interesse objetivo, difuso ou individual homogêneo, independentemente da matéria sobre a qual verse, poderá ser objeto de tutela coletiva, ainda que não exista lei específica afirmando esta.

Desta maneira, até mesmo os interesses individuais homogêneos das pessoas portadoras de deficiência, poderão ser tutelados por intermédio das ações coletivas previstas no título III da Lei 8.078/90.

4 INSTRUMENTOS DE TUTELA DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

A falta de um diploma legal específico constitui-se um obstáculo para a efetivação dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, notadamente seus interesses especiais são titulados de maneira assistemática e esparsa no ordenamento vigente.

Assente que um Código ou estatuto não transformará a realidade das pessoas portadoras de deficiência no Brasil, que é de exclusão, porquanto somente a prática motivará a necessária revolução cultural, é possível pensar em uma Lei que seja potencialmente mais eficaz do que o amontoado de normas hoje em vigor.

É necessário no mínimo expressar que a pessoa portadora de deficiência goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, que tem interesses especiais derivados de sua especial condição, que mantém relações jurídicas peculiares com a Família, Sociedade e Estado, e que deve ser colocada a salvo de qualquer forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão.

Seus direitos fundamentais ligados à vida, saúde, educação, liberdade de locomoção, convivência familiar e comunitária, segurança, trabalho, lazer, respeito, etc., devem ser disciplinados à luz dos obrigados (Família, Sociedade e Estado), de modo que a subordinação aos seus direitos não seja considerada concessão ou condescendência, mas imperativos de um Estado Democrático que percebe seus integrantes com as peculiaridades que lhes são próprias.

Complementa tal idéia, a necessidade de reconhecimento de direitos especiais, como acessibilidade, inclusão, garantia ao trabalho, habilitação e

reabilitação, profissionalização, atendimento educacional especializado, renda mínima, esporte e lazer adequados às suas condições, etc, de modo a eliminar ou reduzir os obstáculos que impeçam o exercício da própria cidadania.

Definidos os princípios, os direitos fundamentais, os decorrentes da própria condição peculiar de pessoa portadora de deficiência, estabelecidas regras mínimas e gerais relacionadas à prevenção imprescindível a criação de mecanismos de cobrança judicial e extrajudicial de tais direitos. Tendo como titulares de interesses subordinados à Família, Sociedade e Estado, é mister prescrever os remédios adequados, notadamente disciplinando as ações civis para a defesa dos interesses individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos, relacionados à pessoa portadora de deficiência.

Por fim, a severa tutela da Lei Penal, tem de servir como instrumento de combate à discriminação, violência, crueldade e opressão. A pessoa portadora de deficiência deve ter assegurado o direito ao respeito, devendo ser punida com rigor, qualquer violação ou ameaça de lesão aos seus direitos fundamentais ou especiais, o que não deixará de ser também contribuição pedagógica para a transformação da realidade de exclusão.

- **A proteção judicial individual**

O acesso da pessoa portadora de deficiência ao Poder Judiciário, de forma individual, deve estar fundamentado no seu interesse particular. No pleito do indivíduo portador de deficiência, deve haver interesse direto no pedido, a norma ou a omissão, ou o ato atacado devem estar causando prejuízo direto, não se podendo, através desta via, pleitear interesse difuso ou coletivo.

A proteção individual abrange todas as medidas processuais colocadas à disposição de qualquer cidadão, tais como, as Ações Ordinárias, as Defesas na Execução, o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção, etc.

Sempre que houver uma lesão a um direito individual da pessoa portadora de deficiência, poderá ela se socorrer ao Poder Judiciário, ajuizando ações para defender o direito ameaçado ou ferido.

O direito deve ser individual e de interesse concreto, sendo titular o autor da ação.

O direito individual também poderá ser protegido por intermédio de associações, desde que expressamente autorizadas para representar seus associados. Trata-se de previsão constitucional que tem como finalidade o desenvolvimento de entes associativos. A intenção é a de que o associado seja representado por seu grupo, de forma coletiva, em litisconsórcio ativo, evitando-se desta forma, o acúmulo de feitos perante o Poder Judiciário. Nada impede porem, que a associação ajuíze demanda preenchido o requisito constitucional, em nome próprio, representando apenas um associado.

- **A proteção judicial coletiva e difusa**

Para a tutela dos interesses difusos e coletivos podemos extrair do sistema Constitucional dois autores: o Ministério Público, por força do inciso III do artigo 129 e as Associações, desde que expressamente autorizadas, e dentro de suas finalidades, haja visto o inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal.

4.1 Inquérito Civil

Criado na Lei nº 7347/85 e logo depois consagrado na Constituição Federal de 1988, o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público destinado basicamente a colher elementos de convicção para eventual

propositura de Ação Civil Pública, subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público:

- a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições;
- b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação civil ou qualquer forma de atuação a seu cargo.

Por meio do Inquérito Civil, podem-se promover diligências, requisitar documentos, informações, exames e perícias, expedir notificações, tomar depoimentos, proceder a vistorias e inspeções.⁵⁸

O Inquérito Civil não é pressuposto processual para o Ministério Público comparecer em juízo, podendo ser dispensado se já existirem elementos necessários para propor a ação.

O Inquérito Civil presta-se não só a apurar lesões a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como também por analogia, a colher elementos preparatórios para a instauração de qualquer ação judicial de iniciativa do Ministério Público.

A instauração do Inquérito Civil compete ao mesmo órgão do Ministério Público que em tese teria atribuições para propor a Ação Civil Pública que nele deve ser baseado.

⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. In: Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 395.

O Inquérito Civil investiga fatos cuja ocorrência possa ensejar a propositura de ação judicial por parte do Ministério Público.

O Órgão do Ministério Público que preside o Inquérito Civil, tem poderes instrutórios gerais próprio à atividade inquisitiva, podendo valer-se de quaisquer provas admissíveis em direito.

O Inquérito Civil visa investigar danos a quaisquer interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, como por exemplo, os da pessoa portadora de deficiência; por analogia, aplica-se o mesmo sistema da Lei da Ação Civil Pública no tocante a Inquérito Civil e peças de informações destinadas a apurar lesões a interesses outros que não os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

4.2 Ação Civil Pública

A Lei 7347/85 instituiu uma nova arma processual para defesa, esta sim, privilegiada dos interesses transindividuais difusos, dando legitimidade ativa não só para as entidades públicas, seja o Ministério Público, as pessoas jurídicas, estatais, autárquicas e paraestatais, bem como as associações civis que objetivem a proteção do meio-ambiente, defesa do consumidor, ou defesa das pessoas portadoras de deficiência.

Assim diz Clóvis Begnos:

A Ação Civil Pública, alçada a nível constitucional, com a ampliação da legitimidade ativa do Ministério Público, quanto a defesa de todo e qualquer interesse difuso, e de todo interesse coletivo de cunho social e indisponível, transformou tal ação em remédio de amplo espectro, e em instrumento de grande eficácia, para a defesa de interesses relevantes

albergados pelo Ordenamento, antes desprotegido pela ordem constitucional anterior⁵⁹

É ela, a ação ideológica, alargada em seus limites, o remédio processual atualmente em vigor no Brasil, que melhor evidencia a diferenciação que se estabelece para a proteção dos interesses transindividuais, destinando-se à defesa e à proteção da sociedade, e não do Estado enquanto poder público.

O Ministério Público, antes de ajuizar tal ação, poderá instaurar o inquérito civil, procedimento preparatório de natureza administrativa pré-processual que viabiliza instrumentalmente a reunião de provas ou outros elementos informativos que ajudarão na atuação processual deste órgão.

Tem ela o objetivo de impor uma condenação em dinheiro, valor este que reverterá para um fundo público destinado à reconstituição dos bens levados, ou a uma obrigação de fazer ou não fazer. Percebe-se aqui, uma das preocupações fundamentais no trato dos interesses transindividuais, qual seja: o dos remédios jurídicos aplicáveis aos casos de atuação contrária às disposições protetivas aos casos de autuação, uma vez que pelas características próprias dos bens protegidos – a sua escassez ou mesmo unicidade, a possibilidade de exaurimento, e sua irrecuperabilidade, etc. – somos levados a pretender que apenas a sua preservação é capaz de satisfazer as pretensões envolvidas.

A Lei nº 7347/85 instituiu duas possibilidades visando, sobretudo, a recuperação do bem objeto do interesse transindividual; a pecúnia e a reconstituição.

⁵⁹ BEGNOS, Clovis. **Ação Popular e Ação Civil Pública**. p. 45 e 46.

4.3 Mandado de Segurança

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIX, prevê que:

“conceder-se há mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso, for autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”

A “concessão” ou “prestação jurisdicional” em mandado de segurança ocorre sempre que o interessado, tendo direito líquido e certo, entra em juízo, preenchendo os requisitos exigidos por lei, caso em que o órgão competente do Poder Judiciário, decidindo no mérito a controvérsia, dá ganho de causa ao impetrante, restituindo-lhe o status perdido.

O Mandado de Segurança é uma ação que tem por objetivo a obtenção de uma ordem, de um mandamento, para a entrega de uma prestação, com a finalidade de proteger direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato arbitrário, ilegalidade ou abuso de poder da autoridade, desde que não protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações.

A doutrina brasileira é concorde em que o direito líquido e certo é o direito subjetivo, decorrente de fato inequívoco, suscetível de ser cabalmente provado, com documentos juntos à inicial, sem necessidade de provas complementares de

qualquer espécie, pouco importando a complexidade das questões envolvidas na hipótese.⁶⁰

Não amparado ou desamparado é a expressão que se completa com outro “habeas corpus”.

Define-se, deste modo, o emprego da medida por exclusão residualmente: todo direito líquido e certo, ameaçado ou violado, “não amparado”, por habeas corpus, ou, agora, por habeas data, (inovação da Constituição de 1988, artigo 5º LXIX), poderá ser amparado pelo mandado de segurança.⁶¹

4.4 Mandado de Injunção

O mandado de segurança tem como pressuposto a falta de norma reguladora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

A norma regulamentadora pode ser lei complementar, lei ordinária, resolução do Senado, decreto do Poder Executivo, ato de outros órgãos como Secretaria da Receita Federal, Banco Central, etc.

Se a falta de norma regulamentadora constituir óbice intransponível ao pleno exercício, cabe o pedido de Mandado de Injunção.

Assim dispõe o inciso LXXI da Constituição Federal: “conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania”.

⁶⁰ WALD, Arnaldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 3ª ed. 1968, p. 121 e 122.

⁶¹ CRETELLA JUNIOR, José. **Os “Whrits” na Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2ª ed. p. 37.

O Mandado de Injunção é direito do particular, cidadão ou funcionário público, dirigido ao responsável pela edição de norma regulamentadora, isto é, ao Poder Legislativo, para que explicita, em lei, o dispositivo constitucional não auto-aplicável.

A expressão “norma regulamentadora” no Mandado de Injunção, pode ser tomada “lato sensu” ou “stricto sensu”. Em sentido amplo, não abrange somente a lei ordinária federal, a regra jurídica “ordinária”, “norma que rege a Constituição”, como também o regulamento que, porventura, o chefe do Executivo edite para “adaptar a atividade humana ao texto”, explicitando aquilo que o Congresso Nacional, dividido em duas casas, promulgou como lei ordinária de sua competência legislativa. Não entram na classe as leis regulamentadoras complementares, porque não são regulamentos.

Em sentido estrito, no plano federal, apenas a regra ordinária, lei que complementa a Constituição.

O direito constitucional que garante o Mandado de Injunção é a possibilidade que a regra jurídica constitucional dá ao titular de exigir do Estado, ou do outro particular, o cumprimento da prestação assegurada pela lei máxima.

Liberdades constitucionais são aquelas cujo exercício é garantido pela regra jurídica constitucional.

O Mandado de Injunção é concedido sempre que a falta de uma norma regulamentadora torne inviável o exercício de determinadas prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Destina-se o Mandado de Injunção à proteção de todo e qualquer direito e liberdade constitucional, individual ou coletivo, de pessoas físicas, ou de pessoas

jurídicas, de direito público ou de direito privado, bem como de privilégios inerentes à soberania, nacionalidade e à cidadania.

A legislação protetiva das pessoas portadoras de deficiência traz uma relação bastante direta com o Mandado de Injunção, onde se verificam vários dispositivos carecedores de normas de integração, como por exemplo, as garantias de reserva de vagas, o critério de admissão das pessoas portadoras de deficiência que traz a Constituição em seu art. 37, inciso VIII; o mesmo ocorre com o art. 196, que trata do direito à saúde e o art. 203, V, que cuida da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência; o art. 208, III, que dispõe sobre o direito à educação, etc; o art. 227, II, parágrafo 2º, etc.

4.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A via direta exercita-se pela ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, estando prevista no art. 103 da Constituição Federal.

Não é necessária qualquer lesão ou ameaça de lesão do autor para ajuizamento desta ação, bem como interesse próprio, estando os autores taxativamente indicados no referido art. 103 da nossa Carta Política.

A inconstitucionalidade pode ocorrer por ação ou omissão, e a matéria atacável pode ser qualquer ato normativo estadual ou federal, contestado frente à Constituição Federal.

É permitido o ataque da omissão inconstitucional legislativa ou administrativa. Assim como o Mandado de Injunção, a ação direta significa

instrumento de defesa contra a omissão e morosidade do Poder Legislativo e das autoridades, no cumprimento das regras constitucionais⁶².

Em se tratando de omissão por parte do Poder Legislativo, será dado ciência ao órgão de modo a que tome as medidas necessárias para a efetivação do comando constitucional. Caso a omissão seja do órgão administrativo, haverá determinação para o cumprimento do ato, no prazo de trinta dias.

De acordo com o art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.⁶³

Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a omissão, estamos diante de um descumprimento de um dever constitucional que pode ter causado prejuízo a terceiros que dependam da norma não produzida pelo Poder Legislativo, havendo o princípio da responsabilidade da administração pública nesta hipótese.

A responsabilidade da União Federal pode ocorrer individualmente, pela via coletiva ou difusa, podendo ser ajuizada contra qualquer das pessoas de direito público ou contra todas elas, tratando-se de responsabilidade solidária de acordo com o art. 23 da Constituição Federal.

4.6 O Ministério Público e a Pessoa Portadora de Deficiência

O problema dos que ostentam alguma condição deficitária acaba encontrando raízes mais fundas que as próprias anomalias físicas ou mentais em

⁶² ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. 2º ed. Brasília: CORDE, 1997, p.113.

⁶³ Parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal que dispõe sobre normas gerais da administração pública quanto à obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e outras questões.

si mesmas. Torna-se objeto de preocupação não só o portador de deficiência física ou mental, propriamente consideradas; na verdade, a questão diz respeito a todos os tipos de pessoas que passam a sofrer algum tipo de restrição ou de discriminação (quer em virtude de da avançada condição etária, quer por força da estatura ou em decorrência até da própria aparência física – como as pessoas feias ou as obesas). Mesmo os superdotados, sob certos aspectos, são marginalizados, pois dificilmente acabam tendo desenvolvimento e campo adequados à sua condição.

Há um grande campo a explorar na defesa concreta das pessoas que sofrem algum tipo de deficiência, carência ou discriminação; além dos já conhecidos instrumentos de luta pelo Ministério Público na defesa dos hipossuficientes.

A conscientização sobre o problema é recente, e foi incrementada a partir da atenção especial emprestada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Partindo dos estudos elaborados pela ONU, que apontam um cálculo estimativo de 10 % das pessoas de todo o mundo, como portadoras de algum tipo de deficiência, passaremos a ter uma visão mais realista do problema, pois chegamos ao impressionante contingente de centenas de milhões de pessoas “que sofrem com algum tipo de restrição séria à atuação, devido a deficiências de naturezas variadas”.

Desde a subnutrição, o desenvolvimento, os acidentes ecológicos, os acidentes de trânsito, os acidentes de trabalho, o uso indevido de drogas, a falta de uma política pré-natal adequada, contribuíram para o surgimento de pessoas portadoras de acentuadas deficiências mentais, sensoriais, orgânicas,, comportamentais e sociais.

No Brasil, mais de 10 milhões das pessoas seriam portadoras de algum tipo de deficiência, o que bem dá a medida do problema no país.

Vários dispositivos legais surgiram no intuito de proteger as pessoas portadoras de deficiência, garantindo seus direitos; sendo importante acentuar o conceito de igualdade, para que sua aplicação possa se tornar cada vez mais efetiva, impedindo-se não só as distorções, como as falsas reivindicações em nome do referido princípio.

Como bem observou Celso Antônio Bandeira de Mello, cumpre verificar se há justificativa racional para a vista do traço de desigualdade escolhido, atribui o específico tratamento jurídico constituído em função da desigualdade proclamada.⁶⁴

Torna-se pois, preciso compreender que o verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurado, é tratar diferentemente os desiguais, na medida em que busque compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades. Assim é que se explica a especial proteção que a lei confere às pessoas portadoras de deficiência.

A necessidade de um sistema de proteção especial deve alcançar todo tipo de pessoa que sofra alguma forma acentuada de inferioridade.

Com a edição da Lei 7853/89, conjuntamente com outros legitimados ativos, o Ministério Público passou a ser expressamente incumbido da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas portadoras de deficiência.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Controle Jurisdicional do Princípio da Igualdade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 28.

O Ministério Público não intervem apenas em ações que versem sobre interesses coletivos ou difusos relacionados às pessoas portadoras de deficiência. Intervirá antes em qualquer ação em que seja parte uma pessoa portadora de deficiência física ou mental, posto que não se trate de incapaz para fins do Código Civil, desde que o objeto desta ação esteja relacionado com a deficiência.

Hoje, pois, a defesa de interesses difusos e coletivos ligados às pessoas portadoras de deficiência por parte do Ministério Público, além de estar previsto na Lei 7853/89, em seu artigo 3º, ainda tem suporte no inciso IV do artigo 1º da Lei 7347/85.

4.7 Assistência Judiciária Gratuita

A Assistência Judiciária surge em 1947, a partir da edição do Decreto Lei nº 17.330 que criou o Departamento Jurídico do Estado. Surgiu subordinado à Secretaria de Justiça e Negócios do Interior que reuniu as Procuradorias Judicial, Fiscal, do Patrimônio Imobiliário e cadastro, e do Serviço Social, competindo a estes órgãos a representação do Estado, judicial e extrajudicialmente, além da prestação de assistência judiciária aos municípios e aos indivíduos.⁶⁵

A Lei 6772 de 26 de janeiro de 1962 reorganizou a Procuradoria Geral do estado, criando a Procuradoria Administrativa e ampliando sua atuação de Assistência Judiciária; em 1967, surgiu a Lei 9847, de 25 de setembro, reestruturando novamente a Procuradoria Geral do Estado, aumentando suas atribuições, incumbindo, de acordo com o artigo 17 dessa Lei, atuar em prol dos necessitados em ações cíveis penais e trabalhistas.

Mas foi com a edição da Lei Complementar nº 93 de 28 de maio de 1974 (Lei Orgânica da Procuradoria do Estado) que uma nova estrutura foi dada ao

⁶⁵ ZANOTTI, Marcia Junqueira Sallowicz. **Assistência Judiciária aos Portadores de Deficiência**. In: Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. São Paulo: Max Limonad, p. 111.

serviço, surgindo a Procuradoria de Assistência ao Judiciário, com um dos outros órgãos de execução da Procuradoria Geral, destinado precipuamente a prestar assistência judiciária aos legalmente necessitados.⁶⁶

Hoje, a Lei Complementar nº 478 de 18 de julho de 1986, reorganiza e reestrutura a Procuradoria Geral do Estado e conseqüentemente a Procuradoria da Assistência Judiciária que a integra.

Decretos posteriores deram-lhe a forma organizacional que hoje detém, sendo prestada nas áreas cível e criminal, em todo o Estado de São Paulo, atuando como Defensoria Pública, por força do artigo 10 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo.

Prestar assistência judiciária significa atuar em prol do necessitado.

Sem distinção de qualquer tipo, desde que hipossuficientes, todos são atendidos por uma equipe de Procuradores do Estado, para um primeiro contato; os portadores de deficiência estão a merecer tratamento prioritário, com encaminhamento direto aos setores competentes; as chefias encarregadas devem priorizar a atenção a tais pessoas, a fim de tentar diminuir as dificuldades decorrentes de sua própria condição, garantindo o princípio da isonomia.

O grupo de Direitos Humanos, criado a partir de uma resolução da Procuradoria Geral e que atua há mais de um ano em harmonia com a Procuradoria de Assistência Judiciária, também se destinam a receber denúncias, e propor ações no interesse do portador de deficiência, quando ocorrerem violações aos seus direitos.

⁶⁶ Idem, p. 113.

O serviço de Assistência Judiciária é prestado prioritariamente às pessoas físicas, mas podem ser estendidos às entidades que defendem interesses de portadores de deficiência, comprovada a carência de recursos; agindo em nome do particular, e atuando em sua defesa, até mesmo contra os interesses do Estado.

5 CONCLUSÃO

O que define a pessoa portadora de deficiência, não é a falta de um membro, ou da audição, visão ou outra deficiência qualquer, mas sim a dificuldade de se relacionar ou de se integrar à sociedade.

O conceito de pessoa portadora de deficiência é bastante amplo e flexível, compreendendo as pessoas que, de forma permanente ou até mesmo temporária, têm limitadas suas capacidades de relacionarem-se com o meio e se utilizarem dele.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) 10% da população tem algum tipo de deficiência, integrando um contingente bastante significativo, o que já é motivo suficiente para que o Estado dispense às pessoas portadoras de deficiências, uma proteção especial, visando igualá-las aos demais membros da sociedade, garantindo-lhes os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

A discriminação não é o único óbice no caminho das pessoas portadoras de deficiência, que enfrentam inúmeros obstáculos como a dificuldade de transporte, lazer, trabalho, educação, saúde, etc.

As duas grandes guerras representam uma marca na vida dos portadores de deficiências, sensibilizando a humanidade, pelo imenso contingente que os portadores de deficiência refletiam, aflorando a necessidade de amparo legal por parte do Estado e de toda a sociedade.

No Brasil, a primeira notícia de proteção específica aos portadores de deficiências, foi com a emenda nº 1 de 1962, mas foi com a emenda nº 12 de 1978 que houve vasta ampliação. A Constituição Federal de 1988 cuidou de

elencar várias normas de proteção às pessoas portadoras de deficiência, porém, quase todas dependem de integração infraconstitucional.

Os artigos 23 e 24 da Constituição Federal, trazem a competência de execução e competência legislativa, traçando regra para que a União Federal, o Distrito Federal, os Estados Membros, e o Municípios, sejam responsáveis pela elaboração de legislação subconstitucional integrativa, bem como, os aferindo responsabilidade solidária para a execução e proteção das garantias das pessoas portadoras de deficiência.

Assim, havendo ausência de integração das normas que protegem as pessoas portadoras de deficiência, cabe a União, Estados Membros, Distrito Federal, Municípios, legislar concorrentemente, sendo também de sua responsabilidade a execução, na hipótese de omissão, quer do Poder Legislativo ou de qualquer outra autoridade, na efetivação dos direitos ou liberdades constitucionais; as pessoas portadoras de deficiência poderão ataca-la seja de forma individual, seja através do mandado de Injunção ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade, por intermédio das pessoas elencadas no artigo 103 da Constituição Federal.

A defesa das pessoas portadoras de deficiência, de acordo com a Constituição vigente, pode ser feita pela via individual, coletiva ou difusa, permitindo para a tutela dos seus direitos, a propositura dão Mandado de Segurança, Mandado de Segurança coletivo, mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade ou qualquer outro meio processual comum cabível.

BIBLIOGRAFIA

Advocacia Pública & Sociedade. **Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência.** Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ANTONIO e SILVA, Rodrigo. **A Inserção da Pessoa Portadora de Deficiência no Serviço Público.** Monografia de Direito, Graduação, Associação Educacional Toledo, Presidente Prudente, 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência.** 2ª ed. Brasília: CORDE, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CRETELLA JUNIOR, José. **Os “Whrits” na Constituição Federal de 1988.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1996.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1990.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1991.

MANTOVANI, Fabiano Diekmann. **Os Direitos e Garantias Constitucionais da Pessoa Portadora de Deficiência.** Monografia de Direito, Graduação, Associação Educacional Toledo, Presidente Prudente, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo : meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Controle Jurisdicional do Princípio da Igualdade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

O Estado e as Pessoas Portadoras de Deficiência. ASSIS, Olney Queiroz. Fonte: Internet: <http://www.advogado.com/ppd/estado.htm>. Texto datado de 11.08.2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WALD, Arnaldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.