

INCLUSÃO SOCIAL E PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANALISANDO A QUESTÃO DA ACESSIBILIDADE

Dirceu Pereira SIQUEIRA¹
 Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO) e
 Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM-Marília)

José Roberto ANSELMO²
 Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE/Bauru)

RESUMO: A inclusão social da pessoa com deficiência é um desafio a ser enfrentado por todos. O problema, contudo, não é de fácil resolução, já que essas pessoas, que estão inseridas no conceito de *minorias* enfrentam uma série de discriminações injustificadas e injustas, levadas a efeito pela própria sociedade e pela falta de políticas públicas. Assim, frente a não efetividade dos direitos que dependem de políticas administrativas, vem ocorrendo verdadeiro deslocamento do pólo de tensão em direção ao Judiciário. Neste contexto, não é incomum demandas sociais, como por exemplo, as referentes ao fornecimento de remédios aos necessitados, atendimento em creches, internações de pacientes, acessibilidade, irem parar Poder Judiciário, pois aqueles que deveriam efetivá-las foram negligentes em suas atividades. Esse deslocamento do pólo de tensão, só foi possível porque as ações constitucionais ganharam amplitude no texto de 1988. O presente trabalho demonstrará que existe farto arcabouço jurídico destinado à proteção das pessoas com deficiência, especialmente, no tocante à acessibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Inclusão social. Pessoa com deficiência. Acessibilidade. Grupos vulneráveis.

ABSTRACT: The social inclusion of persons with disabilities is a challenge to be faced by all. The problem, however, is not easily resolved, since these people, who are embedded in the concept of minorities face a series of unjustified discrimination and unfair, undertaken by the company itself and the lack of public policies. Thus, given the non-realization of the rights depends on administrative policies, there has been real tension pole shift toward the judiciary. In this context, it is not unusual social demands, such as those relating to the provision of medicines to the needy, attendance at daycare, inpatient admissions, accessibility, ending up in the Judiciary, because those who should actualize them were negligent in their activities. This pole shift voltage was only possible because the shares have gained breadth in constitutional text of 1988. This paper will demonstrate that there is abundant legal framework for the protection of persons with disabilities, especially with regard to accessibility.

KEYWORDS: Social inclusion. People with disabilities. Accessibility. Vulnerable groups.

1 INCLUSÃO SOCIAL

¹ Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Especialista em Direito Civil e Processual Civil; Pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE; Professor Titular no Curso de Graduação em Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO); Professor Titular no Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM-Marília/SP); Advogado. Contato: dpsiqueira@uol.com.br

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - ITE/Bauru, Professor Doutor da Instituição Toledo de Ensino de Bauru - ITE/Bauru, nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado); Advogado; Procurador do Município de Bauru/SP.

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 14	p. 139-153.	Nov. 2009
------------	---------------------	-------	-------------	-----------

A inclusão compreende a inserção social de determinada categoria de pessoas. Não se trata de uma mera colocação da pessoa dentro do seio da sociedade, mas de sua integração a todos os processos e seguimentos sociais. A inclusão, em determinadas situações, pode estar ligada a fatores de desigualdade social, deficiência física, falta de políticas inclusivas, entre outras situações.

Em selecionado artigo, Rossana Teresa Curioni³ define a inclusão social como sendo:

A inclusão social se fundamenta em princípios éticos de reconhecer e respeitar o preceito de oportunidades iguais perante a diversidade humana, diversidade esta que exige peculiaridade de tratamentos, para não se transformar em desigualdade social.

A idéia de inclusão, para referida autora, consiste na preocupação com a defesa da igualdade de oportunidade para todos, bem como o acesso a bens e serviços públicos.

A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como primado a neutralidade estatal, que se expressa numa postura de não intervenção na esfera individual e social. Esse absentismo se traduz na crença de que bastava inserir-se nas Constituições a garantia da igualdade formal de todos os indivíduos e grupos componentes da Nação, sendo isso suficiente para garantir a harmonia social e a efetiva igualdade de acesso ao bem-estar individual e coletivo. Como se sabe essa idéia, na realidade prática, mostrou-se totalmente fracassada⁴ e, até, muitas vezes resultou no oposto.

Pietro de Jesús Lora Alarcón⁵ trata desse tema entrelaçando as idéias de Justiça com a de igualdade, nos seguintes termos:

Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma idéia insuficiente e formal de Justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidade de acesso aos bens sociais [...].

Com essa contradição, emerge o ideal social marxista de que não se deveria buscar proteger apenas o indivíduo, mas precipuamente a sociedade como um todo, tendo como membros todos os indivíduos⁶.

³ CURIONI, Rossana Teresa. *Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada* Bauru: EDITE, 2003, p. 422.

⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36-37.

⁵ ALARCON, Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Processo, igualdade e justiça*. Revista brasileira de direito constitucional. São Paulo, v.2, 2003. p. 214.

⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa; MATIAS, Matheus Ricardo Jacon. *Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão*. In: ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (Coord.). *A proteção da pessoa portadora de deficiência um instrumento de cidadania*. Bauru: Edite, 2006. p. 19.

A Constituição brasileira de 1988 foi resultado de um amplo processo de discussão, sendo o ápice da derrocada dos mais de vinte anos de ditadura militar. A formatação do catálogo atual dos direitos fundamentais está intimamente ligada à redemocratização do país. O debate sobre o conteúdo do que viria a ser a atual Constituição pode ser considerado um processo de dimensão gigantesca, sem precedentes na história nacional.

Da mesma forma se deu com relação ao universo dos direitos fundamentais, de modo especial no que diz respeito ao reconhecimento de uma série de direitos econômicos, sociais e culturais, frutos de acirrada discussão. Comparando-se a Constituição Federal de 1988 e o sistema constitucional pretérito, constatam-se inovações de significativa relevância na seara dos direitos fundamentais. Pela primeira vez a matéria recebeu tratamento com a merecida importância, sendo inédita a outorga a eles, pelo direito constitucional positivo vigente no Brasil, do status jurídico especial que lhes é devido⁷.

Afinada no mesmo sentido, encontra-se a igualdade estatuída expressamente, em várias passagens da Constituição Federal brasileira, repetida nas mais diversas searas (exemplos: art. 4º, V; art. 5º, “caput”, I, XLI e XLII; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; art. 19, III; art. 37, VIII; art. 150, III.) o que, mais do que uma simples redundância, demonstra uma real preocupação do legislador constituinte em deixar explícita a vigência desse princípio e sua indispensável observância.

A isonomia deve ser observada desde a edição da lei, em detrimento de apenas nivelar os cidadãos no momento posterior, diante da norma posta. É dizer, esse preceito magno é voltado tanto para o aplicador da lei como para o próprio legislador. Entretanto, é preciso buscar atingir maior precisão nessa análise, pois a igualdade não é absoluta, já que as pessoas não são todas absolutamente iguais entre si. É aqui que se fala em igualdade formal (perante a lei) e igualdade material (no plano fático, de forma efetiva).

Sendo assim, qualquer elemento que resida nas pessoas, coisas ou situações, poderá ser considerado pelo legislador como fator de discriminação, não repousando no traço de diferenciação escolhido, em regra, desacato ao princípio isonômico. O que não se admite é a ocorrência dessas desigualdades de forma fortuita ou injustificada.

Por outro lado, não se deve pensar que, por existirem essas distinções expressamente estatuídas estaria excluída a possibilidade de que se estabeleçam outras, as quais podem ser extraídas da interpretação da própria Constituição, ou veiculadas pela legislação infraconstitucional. São as chamadas ações afirmativas.⁸

⁷ ATIQUÉ, Henry. **Esporte, inclusão social e a Constituição de 1988**. In: MINHOTO, Antonio. **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo: Rideel. 2009. p. 69.

⁸ GOMES, 2001, p. 39: “Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à

Por assim dizer, a sociedade demanda do Estado, e mesmo da iniciativa privada, o compromisso do resgate das minorias e dos grupos vulneráveis, compostos por aqueles que sofreram e sofrem discriminações e dificuldades que os afastam do acesso a direitos, que lhes são declarados. E a essas pessoas deve se garantir que tenham uma vida tão igual quanto possível à das demais pessoas consideradas *incluídas*.

Neste contexto, cabe esclarecer, que muitas vezes as citadas *minorias* não representam a correspondência exata de uma minoria numérica. Em muitas situações a minoria, numericamente falando, constitui uma maioria. O conceito de minoria neste caso é qualitativo, ou seja, o termo é utilizado para com a finalidade de indicar que certas pessoas sofrem discriminações, tendo seus direitos de cidadania desrespeitados.

O tratamento diferenciado, que se sedimenta na observância ao princípio constitucional da isonomia, reveste-se de seu significado reverso, qual seja, a discriminação positiva, enfim, o princípio da igualdade visto sob o enfoque de seu mais profundo significado.

Ora, para que se viabilize dispensar tratamento inclusivista às pessoas que ocupam o quadrante das minorias, faz-se necessária a análise de alguns tópicos traçados pela doutrina, sendo freqüentemente citada a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, intitulada: *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, em que o autor consigna, dentre outros preciosos ensinamentos, que:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibradas fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos.⁹

O princípio da igualdade é o mais invocado entre todos, no texto constitucional e como aponta Maria Berenice Dias, com ele: “(...) é outorgada

discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 11ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 18.

específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade”.¹⁰

Ademais, é insuficiente a lei assegurar direitos equânimes, ou seja, assegurar que não sejam feitas distinções que nem a própria legislação tenha estabelecido, como dispõem os Arts. 3º, inc. IV e 5º, *caput* da Constituição Federal, que tratam em suma, sobre o impedimento de preconceito e discriminação de toda e qualquer natureza e inviolabilidade de diversos direitos, pois necessário se faz estabelecer outros critérios para que se atinja a igualdade, de modo eficaz, com o que a igualdade material requer o “(...) tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas”.¹¹

É exatamente isso: devemos buscar o cristalino significado da máxima aristotélica, que preconiza: *a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*, pois não é suficiente tratar igual os iguais e desigual os desiguais; mais que isso, é necessário estabelecer quem são desiguais e qual a extensão desta desigualdade.

A motivação desta definição é exatamente o que vem justificar a atuação do Estado, na diminuição de obstaculizações no convívio social, destes considerados *desiguais*, através de políticas públicas, intervenção estatal, ações afirmativas e outras técnicas que tenham como objetivo o rechaçamento à discriminação e marginalização social.

A vulnerabilidade e exclusão social de determinados grupos requereram a dispensa de tratamento diferenciado, pelo legislador, com o fim de aplicar a igualdade de fato, invertendo o próprio conceito de discriminação (negativa), importando beneficiar uma minoria.

Diversas são as categorias de pessoas que vivem em condições de marginalização social, entretanto com o objetivo de melhor elucidação do tema, propusemo-nos a comentar a categoria das pessoas com deficiência e a inclusão social tendo em vista a acessibilidade.

2 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Estabelecer que uma pessoa possui uma deficiência é realizar uma comparação com as demais pessoas, ditas “normais”. Em uma visão simplista,

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 02:51-68. São Paulo: Método, 2003, p. 52.

¹¹ VILAS-BÓAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 21.

poderíamos dizer que se homem fosse concebido com três braços, aqueles que possuíssem apenas dois seriam considerados portadores de deficiência.

O antigo Decreto nº 914/93 trazia em seu artigo 3º a conceituação a respeito de quem deveria ser considerado portador de deficiência.

Art. 3º - Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Posteriormente, o Decreto 3298/99 especificou em quatro categorias as pessoas com deficiência: física, auditiva, mental e múltipla. Essa classificação é a mesma que foi expressa pela Resolução nº 3447 da Organização das Nações Unidas – ONU. Cabe lembrar, que ao tratar da deficiência física o Decreto 3298/99 ressaltou expressamente as deformidades estéticas.¹²

Para Luiz Alberto David Araujo¹³ a deficiência há que se entendida levando-se em conta o grau de dificuldade para a integração social e não apenas a constatação de uma falha sensorial ou motora, por exemplo.

É que existem graus de deficiência e graus de comprometimento da integração social do indivíduo. O citado autor exemplifica essa situação, analisando o caso de dois trabalhadores, um operário e outro que se emprega em trabalho intelectual, que perdem um dos dedos da mão, o primeiro, com certeza, terá muito mais dificuldade para conseguir uma nova atividade; enquanto que o segundo não enfrentará qualquer dificuldade de integração social.

Portanto, caso a deficiência seja mínima e não comprometa a integração da pessoa no meio social, não estaremos diante de uma pessoa com deficiência, que dependa da proteção do direito.

A conceituação de que qualquer anormalidade conduz a condição de *pessoa com deficiência* pode dar ensejo ao aparecimento de um oportunismo social, ou seja, pessoas que se aproveitam de pequenas deficiência para se beneficiarem de um tratamento diferenciado. Cite-se como exemplo, o indivíduo que, portador de deficiência visual em grau mínimo, se inscreve em concurso público com o objetivo de concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência.

Neste sentido, o grau de deficiência é fator fundamental para a verificação da proteção e deve ser aferido em cada caso.

¹² Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

¹³ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994, pg. 24/25.

Cabe lembrar, que o desenvolvimento de novas técnicas medicinais e a oscilação dos valores sociais podem reduzir o grau de comprometimento da deficiência e reintegrar a pessoa, antes tida por deficiente. Além disso, as deficiências não significam sempre que a pessoa deve ser considerada incapaz.

Aliado a questão do trabalho e lazer, por exemplo, o direito a acessibilidade é fundamental para a qualidade de vida das pessoas com deficiência. Neste contexto, realizaremos no próximo tópico uma análise sob o enfoque constitucional da distribuição de competências e efetividade da acessibilidade.

3 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERAIS E A EFETIVIDADE DO DIREITO À ACESSIBILIDADE

Neste tópico, analisaremos, primeiramente, a repartição das competências constitucionais atribuídas, a fim de localizar exatamente onde se encontra o problema relacionado a não efetividade do direito à acessibilidade pelos entes federais.

Inicialmente, cabe lembrar, que frente a não efetividade dos direitos que dependem de políticas administrativas, vem ocorrendo verdadeiro deslocamento do pólo de tensão em direção ao Judiciário. Cada vez mais, o Judiciário tem sido chamado para determinar o cumprimento do texto constitucional no tocante à efetivação de direitos. Esse deslocamento do pólo de tensão, só foi possível porque as ações constitucionais ganharam amplitude no texto de 1988.

Neste sentido, Lênio Luiz Streck¹⁴ nos lembra que:

... os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar os casos difíceis (não abarcados pelas regras) e a (in) efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes). O pano de fundo de toda essa problemática está baseada na questão da legitimidade. Afinal, o deslocamento do pólo de tensão da representação popular em direção à justiça constitucional demanda uma profunda discussão acerca da legitimidade da relação "constitucionalismo-democracia.

Em busca da efetividade de direitos, vejamos como a Constituição Federal estabeleceu a divisão de competência entre os entes federais.

Nosso sistema federal contemplou competências atribuídas de forma *exclusiva*, indelegáveis a outros entes federativos, e *privativa*, que podem ser delegadas. A indelegabilidade das competências constitucionais é a regra, frente à divisão de competências. Em princípio, as competências atribuídas são sempre indelegáveis, salvo expressa autorização constitucional. O artigo 22, que disciplina as

14 STRECK, Lênio Luiz. *Decisionismo e Discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da constituição no Brasil*. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Antônio José Avelãs Nunes. (Org.). *O Direito e o Futuro - O Futuro do Direito*. Coimbra: Editora Almedina, 2008, p. 92.

competências legislativas privativas da União, por exemplo, traz em seu parágrafo único a possibilidade de delegação de competências aos Estados, por meio de lei complementar, para legislar sobre questões específicas relacionadas às matérias tratadas no referido artigo.

Além desse aspecto, as competências estabelecidas pela Constituição de 1988 foram divididas em dois grupos: *materiais* e *legislativas*.

As competências *materiais*, como é sabido, referem-se às políticas administrativas a serem realizadas pelos entes federais e foram estabelecidas no artigo 21 (privativa da União) e no artigo 23 (competência comum dos entes federados). As competências *legislativas* possibilitam a criação de normas abstratas e genéricas e foram estabelecidas no artigo 22 (privativa da União) e no artigo 24 (concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal).

As competências, de uma forma geral, podem ser taxativas, como por exemplo, as estabelecidas para os Municípios no artigo 30, ou residuais (alguns chamam essas últimas de reservadas, outros de remanescentes), como as reservadas aos Estados no parágrafo 1º do artigo 25 da CF.

O que se percebe ao analisar a distribuição de competências é que o legislador constituinte adotou como critério “a *predominância do interesse*”. Os interesses gerais ficaram a cargo da União; os regionais a cargo dos Estados e do Distrito Federal; e, os locais aos Municípios e, também, ao Distrito Federal.

As competências *materiais* são aquelas que a sua efetivação depende de uma atividade político-administrativa e foram previstas na Constituição Federal, levando-se em consideração o exercício partilhado ou não, em dois grupos: *exclusivas* e *comuns*. As competências *exclusivas* atribuem a uma entidade o exercício da competência excluindo-se qualquer outra, o que ficou definido no art. 21 da Constituição Federal, que estabelece a *competência material exclusiva* da União, por exemplo. A Constituição, expressamente, enumerou as competências exclusivas materiais da União (art. 21) e a dos Municípios (art. 30), deixando as residuais (reservadas ou remanescentes) aos Estados, de acordo com o art. 25, § 1º.¹⁵ As *competências comuns*, por sua vez, também são conhecidas como *cumulativas* ou *paralelas*, já que podem ser exercitadas conjuntamente pelos entes federais, estando previstas no artigo 23 da Constituição. Neste grupo a atuação de um não exclui a dos demais entes. O que se percebe é que a Constituição estabeleceu um rol de competências que devem ser materializadas, daí a necessidade de serem partilhadas, pois se um não exercitar a competência outro ente poderá fazê-lo.

Nas *competências materiais comuns* a Constituição estabeleceu a possibilidade de atuação conjunta entre os entes federais no tocante à proteção e

¹⁵ Cabe observar, porém que a Constituição reservou aos Estados uma competência exclusiva e expressa, descrita no artigo 25, § 2º, que trata da possibilidade de exploração, direta ou indireta, dos serviços de gás canalizado.

garantia das pessoas com deficiências (art. 23, inciso II), o que significa dizer que todos têm responsabilidade em efetivar políticas voltadas para o cumprimento da integração daquelas pessoas. Assim, se existe condomínio quanto às competências materiais, é possível falar, também, em concorrência legislativa, o que foi estabelecido no artigo 24, inciso XIV.

Com relação às competências *legislativas*, a Constituição utilizou os critérios de divisão: horizontal e vertical. Pelo primeiro critério, as competências da União (art. 22) e dos Municípios (art. 30, inciso I) foram expressamente enumeradas. Ainda neste plano, os Estados ficaram com as competências remanescentes (art. 25, § 2º da CF). No plano vertical, as competências foram distribuídas de forma concorrente. Essa espécie de competência importa em reconhecer que a União exercitará a atividade legislativa estabelecendo normas gerais, cabendo aos Estados exercer a competência de suplementar a legislação, levando-se em consideração as particularidades de cada um. Entretanto, sempre que a União não exercitar a competência de editar normas gerais, o Estado poderá fazê-lo de forma plena. Havendo a edição de norma geral superveniente pela União, a norma editada pelo Estado ficará suspensa se contrariá-la.

Dentro do âmbito da competência concorrente, as normas gerais, estabelecidas pela União, devem conter princípios fundamentais, o que indica que essas normas não podem especificar situações, pois tal tarefa foi reservada aos Estados, de acordo com o que dispõe o artigo 24, e seus parágrafos. O Município, também, recebeu a possibilidade de suplementar a legislação federal e estadual, levando-se em consideração o interesse local.

A matéria referente à proteção e garantia dos direitos dos portadores de deficiência, portanto, acabou sendo objeto da distribuição de competências legislativas e materiais.

Ainda, dentro da rede de proteção criada pela Constituição Federal, o art. 227, §2º, estabeleceu que a Lei Federal disciplinaria as normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso às pessoas com deficiência. Contudo, o legislador constituinte, precavido com a possibilidade de inobservância do preceito constitucional, determinou no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 244, a adaptação necessária aos já existentes de forma obrigatória.

Como se verifica, o legislador constitucional, dotado do espírito de redução das desigualdades, não poupou esforços no sentido de criar uma vasta rede de proteção às pessoas com deficiência.

Recentemente o Brasil ratificou a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. A citada convenção, como não poderia deixar de ser, passou a fazer parte integrante do ordenamento jurídico, sendo-lhe conferida estatura de Emenda Constitucional, tendo

em vista a redação do §3º do art. 5º da Constituição Federal. Em seu artigo 9 a Convenção define o conceito de acessibilidade e traça os princípios a serem observados pelos Estados-partes:

Artigo 9

Acessibilidade

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;

b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência;

2. Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;

b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;

c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;

d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;

e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, ledores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;

f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;

g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;

h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

A redação reforça, evidentemente, as previsões contidas na Constituição Federal.

No campo infraconstitucional, a Lei nº. 7853, de 24 de outubro de 1989, estabeleceu, em atendimento ao disposto no artigo art. 24, inciso XIV, as normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência e sua integração social e criou a Coordenadoria Nacional para

integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE¹⁶. Neste sentido, foram criadas medidas para as áreas de: educação, saúde, formação profissional e do trabalho, recursos humanos e edificações.

Além disso, em consonância com a Lei 7347, de 24 de julho de 1985, Lei da Ação Civil Pública, estabeleceu-se a possibilidade de defesa dos interesses coletivos e difusos das pessoas com deficiência. A lei também criou uma série de crimes, como por exemplo: recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta, é considerado crime (art. 8º, inciso I, da Lei nº. 7853, de 24 de outubro de 1989).

Posteriormente, o Decreto nº. 914, de 6 de setembro de 1993, estabeleceu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, como um conjunto de orientações normativas, que visavam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais da pessoa com deficiência. Em 1999, foi editado o Decreto 3298, de 20 de dezembro, que estabeleceu um novo regulamento sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Com relação à acessibilidade, a Lei Federal nº. 10.048/00, garantiu a prioridade ao atendimento de pessoas com deficiência nas repartições públicas, empresas concessionárias de serviços públicos, empresas públicas de transporte e concessionárias de transporte coletivo, assegurando-lhes tratamento diferenciado e atendimento imediato, além de garantir o acesso aos logradouros e sanitários públicos. Na mesma esteira, a Lei n.º 10.098/00, dispôs sobre normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, assim definida como sendo aquela que temporariamente tem limitada a capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo.

Feita essa breve análise sobre a divisão de competências na Constituição Federal, cabe, agora, a localização do problema relacionado à efetividade do direito à acessibilidade dos portadores de deficiência.

Como é sabido, o modelo federal inaugurado com a Constituição de 1988, como vimos anteriormente na distribuição de competências, elevou os Municípios à condição de entes federais, junto com a União, os Estados e o Distrito Federal, no que se constitui em verdadeiro traço assimétrico de nosso federalismo.

Essa situação, no campo das competências materiais, revelou a falta de estrutura dos Municípios, frente ao número de atribuições recebidas. Assim, tornou-se visível, em muitos setores, a falha na prestação de serviços à coletividade.

Os Municípios receberam, em condomínio com a União, os Estados e o Distrito Federal, no artigo 23, inciso II, a atribuição de *cuidar da saúde e assistência*

16 O CORDE foi reestruturado pela Lei nº. 8082, de 12 de abril de 1990, em seu artigo 38.

pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Além disso, como não poderia deixar de ser, o artigo 30 da Constituição Federal, atribui aos Municípios a competência para organizar e prestar serviços públicos de interesse local. A questão da acessibilidade, associada a essas competências aparece, como vimos no art. 227, §2º da Constituição Federal.

Por certo, grande parte da população brasileira encontra-se concentrada nas mais de 5.500 cidades, o que determina que a maioria das situações que envolvem a *acessibilidade* (barreiras arquitetônicas, urbanísticas e de transporte), se localizam no âmbito dos Municípios.

Entretanto, não é incomum, encontrarmos cidades que não conseguiram adaptar os logradouros públicos, edifícios, transportes públicos, etc. às necessidades dos portadores de deficiência. A não efetividade do direito à acessibilidade fica patente apenas pela simples verificação de que a maioria das calçadas nos Municípios brasileiros é irregular e não dispõe de rampas de acesso.

No âmbito da legislação, como dito anteriormente, compete aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual. Assim, a legislação municipal é arma importante para conferir efetividade ao direito à acessibilidade, pois, no âmbito arquitetônico e urbanístico, aos Municípios é conferida a aprovação e fiscalização de obras públicas e privadas. Portanto, o primeiro passo para efetividade da acessibilidade, após a edição da normatividade federal, era a aprovação de leis municipais que contemplassem e complementassem a legislação federal. A partir daí, o trabalho dos Municípios seria: (a) o de realizar adaptações de prédios e logradouros públicos e obrigar a realização de adaptações nos prédios particulares (art. 244); e, (c) aprovar e fiscalizar novos projetos e construções de acordo com as novas regras de acessibilidade (art. 227, §2º). O mesmo deve ser dito com relação aos transportes públicos urbanos, já que incumbe aos Municípios a prestação do serviço, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, observando a legislação federal a respeito da acessibilidade.

Neste ponto, cabe lembrar, que a consecução de atividade que concretizem o direito à acessibilidade está condicionada à prática de atos administrativos vinculados, em oposição aos atos administrativos discricionários, que envolvem juízo de conveniência e oportunidade. Isso indica a possibilidade de fiscalização jurisdicional do ato administrativo.

Claudinei J. Göttems¹⁷ faz interessante observação sobre a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos vinculados, ao analisar a questão da efetividade dos direitos fundamentais:

17 GOTTEMS, Claudinei J. *Direitos fundamentais da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira: A justificabilidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2008, p. 36/38.

A melhor interpretação é aquela que reconhece aos direitos fundamentais a normatização vinculada. Este, aliás, é o entendimento ventilado em Acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, ao analisar e julgar Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410715/SP, cuja ementa assegura o direito à educação como norma vinculante dirigida ao poder público que não pode se desincumbir do ditame constitucional por simples juízo de oportunidade ou análise de conveniência sob pena de se negar o direito à educação, de eminente índole social. (...).

Assim, o citado autor conclui que os direitos fundamentais, como é o caso da acessibilidade, não se compatibilizam com a análise de oportunidade e conveniência por parte da administração pública, o que indica que exigem por parte do Poder Público a atuação na busca de sua efetividade, sendo que a omissão pode ensejar a atuação judicial para a observância da ordem jurídica, especialmente através da jurisdição constitucional.

Nossos tribunais tem colecionando decisões no sentido de que é possível a análise jurisdicional da omissão do poder público.

Em uma dessas decisões, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (215.273-5/6-00)¹⁸, estabeleceu que é admissível a utilização de ação civil pública para que os Poderes Públicos Federal, Estadual e Municipal, sejam obrigados a garantir à pessoa com deficiência, seu acesso irrestrito a logradouros e edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo. Contudo, no mesmo julgado, o Tribunal reformou parte da decisão de primeira instância, que determinava a forma pela qual deveriam ser realizadas as obras.

Neste contexto, a efetividade do direito à acessibilidade pode ser conferida pela via judicial, a fim de obrigar o Poder Público omissor, por meio de ações constitucionais como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação civil pública, o mandado de segurança (individual ou coletivo), mandado de injunção e a ação popular, ou de qualquer outra ação que tenha por finalidade garantir ou reparar direitos.

Evidentemente, além dessas ações de cunho coletivo, é possível a propositura de ações individuais que visem evitar ou reparar os danos causados aos interessados.

4 CONCLUSÃO

Um importante fator de inclusão social é o direito a acessibilidade das pessoas com deficiência, sendo certo que dentro do ordenamento jurídico nacional é

18 No mesmo sentido: Apelações nºs. 779.224-5/7-00; 220.221-5/1-00; 227.591-5/0-00.

dever dos entes federais a diminuição das barreiras que impedem tal inclusão. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, em todos os níveis, estabeleceram a fundamentação para toda a atuação do poder público, não havendo o que se falar em falta de instrumentos legais que dêem suporte a atuação estatal.

Portanto, conclui-se que, dentro da divisão de competências estabelecidas pela Constituição Federal e a legislação, sempre que um ente federal ou qualquer esfera do poder público for omissa na sua tarefa de efetivar o direito à acessibilidade, os interessados poderão se socorrer do judiciário em busca de tal direito, tendo em vista a possibilidade de utilização de uma série de ações judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCON, Pietro de Jesús Lora Alarcón. **Processo, igualdade e justiça**. Revista brasileira de direito constitucional. São Paulo, v.2, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

ATIQUÉ, Henry. **Esporte, inclusão social e a Constituição de 1988**. In: MINHOTO, Antonio. Constituição, minorias e inclusão social. São Paulo: Rideel. 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3º ed. 7º tirag. São Paulo: Malheiros, 1999.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa; MATIAS, Matheus Ricardo Jacón. **Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão**. In:

ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (Coord.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência um instrumento de cidadania**. Bauru: Edite, 2006.

CURIONI, Rossana Teresa. **Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada** Bauru: EDITE, 2003

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 02:51-68. São Paulo: Método, 2003

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOTTEMS, Claudinei. **Direitos fundamentais da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira: A justiciabilidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 11ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MINHOTO, Antonio. **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo: Rideel, 2009.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. **Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira**. Birigui: Boreal, 2008.

_____; PICCIRILO, Miguel Belinati. **Inclusão social e direitos fundamentais**. Birigui: Boreal, 2009.

_____; ROSTELATO, Telma Aparecida. **Inclusão social, processo coletivo e minorias no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista IMES. Direito, 2009, p. 205/221.

STRECK, Lênio Luiz. **Decisionismo e Discrecionabilidade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da constituição no Brasil**. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Antônio José Avelãs Nunes. (Org.). O Direito e o Futuro - O Futuro do Direito. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003

WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2ª ed., Rio de Janeiro: WVA, 2000.