

ANDRÉ VICENTE LEITE DE FREITAS

FERNANDA PAULA DINIZ

THIAGO HELTON MIRANDA RIBEIRO

ORGANIZADORES

DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Estudos em
homenagem ao Professor
Daniel Augusto dos Reis



editora
Virtual Books



CONTAGEM

Autores

Bruna Lais Resende Santos

Deiziele Rodrigues Silveira

Daniel Augusto dos Reis

Fernanda Paula Diniz

Jéssica Lorrayne Matos Costa

Julienne Cristina Ferreira

Mirian Machado Amatto Mota

Naira Dau Almeida

Osmar Enoque Mota Filho

Raquel Menezes de Souza

Thiago Helton Miranda Ribeiro



Direitos
Da Pessoa com
Deficiência
Estudos

**Em homenagem ao Professor
Daniel Augusto dos Reis**



VirtualBooks Editora



PUC Minas

CONTAGEM



Coleção

*Essencial de Direito do Curso
de Direito da PUC Contagem*

Comitê editorial da

Michael César Silva, Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil

Mayra Thais Andrade Ribeiro, Unifenas, Brasil

José Emílio Medauar Ommati, Universidade de Itaúna, Brasil

Fernanda Paula Diniz, PUCMG, Brasil

André Vicente Leite de Freitas, PUCMG, Brasil.

Comitê científico da obra

Prof. Dr. Giovani Clark

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG

Prof. Dr. Bruno Wanderley Junior

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG

Prof. Dr. José do Carmo Veiga de Oliveira

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE – SP

Direção editorial:

Fernanda Paula Diniz
Luiz Augusto Lima de Avila
André Vicente Leite de Freitas

Diagramação e capa: Jaime Mendonça

A regra ortográfica usada conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Livro editado pela
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco
Pará de Minas - MG - CEP 35661-177 -
Tel.: (37) 32316653 - e-mail: capasvb@gmail.com



VirtualBooks Editora

© Copyright 2018, Organizadores e Autores.

<http://www.virtualbooks.com.br>

Coleção Essencial de Direito do Curso de Direito da PUC Contagem



1ª edição
1ª impressão
(publicado em .

Todos os direitos reservados, protegidos pela Lei 9.610/98. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida, em qualquer meio ou forma,

nem apropriada e estocada sem a expressa autorização dos Organizadores e Autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

FREITAS, André Vicente Leite de; DINIZ, Fernanda Paula; RIBEIRO, Thiago Helton Miranda.

Direitos das pessoas com Deficiência: Estudos em Homenagem ao Professor Daniel Augusto Reis [recurso eletrônico]/ André Vicente Leite de Freitas; Fernanda Paula Diniz; Thiago Helton Miranda Ribeiro - Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018.14x20 cm. 347p.

ISBN 978-85-434-1477-5

1. Direito. Brasil. Título.

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO: UMA SINGELA HOMENAGEM AO PROFESSOR DANIEL AUGUSTO DOS REIS9

PREFÁCIO: (AINDA) NÃO ESTAMOS PREPARADOS PARA LIDAR COM AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 11

Fernanda Paula Diniz

CAPÍTULO I - A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO E NOÇÕES HISTÓRICAS DO MOVIMENTO POLÍTICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 14

Thiago Helton Miranda Ribeiro

CAPÍTULO II - TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS44

Fernanda Paula Diniz

Juliane Cristina Ferreira

CAPÍTULO III - A EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ENSINO REGULAR NO BRASIL: ASPECTOS LEGAIS E DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA O EFETIVO EXERCÍCIO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL 85

Fernanda Paula Diniz

Raquel Menezes de Souza

CAPÍTULO IV - O DIREITO DO TRABALHO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA126

Fernanda Paula Diniz

Mirian Machado Amatto Mota

Osmar Enoque Mota Filho

CAPÍTULO V - AS IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 13.146/2015 NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES169

Bruna Lais Resende Santos

Fernanda Paula Diniz

CAPÍTULO VI - LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO (LEI N. 13.146/2015): A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA INTERDIÇÃO E A ALTERAÇÃO NA TEORIA DAS INCAPACIDADES210

Fernanda Paula Diniz

Naira Dau Almeida de Souza

CAPÍTULO VII - LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO EMPRESÁRIO UNIPESSOAL E PELO TITULAR DE EIRELI: BREVES CONSIDERAÇÕES247

Deiziele Rodrigues Silveira

Fernanda Paula Diniz

CAPÍTULO VIII - SAÚDE E ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A MITIGADA ISONOMIA TRIBUTÁRIA SOB UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL PRINCIPIOLÓGICA274

Jéssica Lorryne Matos Costa

CAPÍTULO IX - A JUDICIALIZAÇÃO DA ACESSIBILIDADE NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA267

Thiago Helton Miranda Ribeiro

CAPÍTULO X - PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: FLAGRANTE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA318

Daniel Augusto dos Reis

APRESENTAÇÃO

UMA SINGELA HOMENAGEM AO PROFESSOR DANIEL AUGUSTO DOS REIS

O Professor Daniel Augusto Reis, que ocupava as cadeiras de Direito Penal e Processual Penal do Curso de Direito da PUC Barreiro, foi uma pessoa inspiradora.

Tornou-se tetraplégico ainda muito jovem, mas sempre buscou superar suas dificuldades, concluindo um curso de Direito, fazendo pós Graduação, e se tornando um professor. Inclusive, quando partiu, tinha iniciado o Curso de Mestrado em Direito na PUC Minas e estudava de forma voraz para se tornar um Promotor de Justiça!

Apesar de todos os obstáculos que enfrentava, sempre estava na PUC com um sorriso no rosto, atendendo seus colegas e alunos com um carinho e cordialidade ímpares.

Hoje o Daniel se foi, mas seu exemplo de luta e superação aqui permanece. Exemplo disso é a mensagem deixada pelo co-coordenador dessa obra, Thiago Helton M. Ribeiro, também tetraplégico, por ocasião de seu falecimento:

“Quando ele entrou pela porta da nossa sala, sem mexer praticamente nada, em sua cadeira motorizada e com toda sua experiência de vida, eu sabia que, para mim, seria muito mais do que uma simples aula de Direito Penal. Ter um professor tetraplégico àquela altura do campeonato me deu mais forças para seguir em frente. Obrigado por tudo que me ensinou mestre, sobretudo pelo carinho e amizade”.

Saiba Daniel que você foi e será sempre muito importante para nós! Voe alto, nosso amigo!

Os coordenadores

PREFÁCIO

(AINDA) NÃO ESTAMOS PREPARADOS PARA LIDAR COM AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em certo momento de minha carreira docente (na área jurídica), me deparei com alunos com deficiência. Vi que apesar de possuir certa experiência acadêmica, me faltava traquejo e conhecimento para lidar com eles. Como ensinar títulos de crédito para um aluno com baixa visão? (Eu não poderia mais continuar a fazer uma representação na lousa...). Como aplicar a prova a um aluno com deficiência motora grave, e que por isso não podia escrever? Ou ainda: eu poderia entender que um tratamento diferenciado (como tolerar um atraso de um aluno com dificuldade de locomoção) não seria um privilégio, mas um incentivo e um ato de inclusão?

Tive que me reinventar. Não afirmo isso de forma orgulhosa, mas para mostrar que eu não estava preparada! Procurei ajuda dentro da Universidade onde leciono, a PUC Minas (que felizmente possui o NAI – Núcleo de Apoio à Inclusão), estudei, e pude ser (ou ao menos tentar ser) a professora que esses alunos precisavam.

Esses fatos me abriram os olhos. Passei a olhar ao meu redor. Banheiros sem adaptação. Calçadas com buracos e desníveis. Livros sem tradução para braile ou áudio. Caixas eletrônicos, restaurantes, praias, clubes, cinemas, prédios públicos, estádios: todos inacessíveis. Falta de representatividade. Produtos essenciais negados. Meios de transporte inadequados. Direito de voto cerceado. Tutela à saúde precária. Execução indigna da pena. Educação especial e suas nuances... Da mesma forma que eu nunca havia me preocupado com essa realidade, pude perceber que a sociedade, de forma geral também não estava. E quando falo em sociedade, incluo aqui também os próprios indivíduos com deficiência. As pessoas não têm a real dimensão dos seus direitos, nem das suas obrigações.

Descobri assim um farto campo de estudo e percebi que entender os direitos das pessoas com deficiência tem o condão de viabilizar o exercício da cidadania dessas pessoas, e ainda de garantir-lhes o merecido respeito.

O primeiro passo, para tanto, foi conhecer a nomenclatura adequada. Pessoa com necessidades especiais? Portador de deficiência? Aprendi com um aluno com deficiência, que uma vez me corrigiu (hoje, coautor dessa obra). Nada de contornos. Não só aquele que tem deficiência tem necessidades especiais. Uma criança, uma grávida, um idoso também as têm. Desse modo, a expressão “politicamente correta” de pessoa com necessidades especiais cai por terra. Portador? Também não. Não se carrega uma deficiência, bem como não se pode tirá-la para uma pausa... Assim, o que importa é o indivíduo, e, portanto, temos a pessoa ou indivíduo com deficiência, que faz parte do que ele é.

Outro ponto interessante foi conhecer o histórico do movimento de pessoas com deficiência. A marca da exclusão sempre presente, com o tratamento discriminatório e humilhante a que foram submetidos por muito tempo. Foram banidos, chamados de aleijados, defeituosos e de loucos, foram deixados em manicômios e hospitais. Isso foi crucial para entender a necessidade do desenvolvimento de ações afirmativas e políticas de inclusão adotadas ainda hoje, e que ainda são objeto de críticas por várias pessoas (como a política de cotas para concursos públicos).

Ao iniciar o estudo da legislação brasileira, me vi perdida numa infinidade de temas, leis e possibilidades. Mergulhei num mundo diferente, e acho que ainda vou demorar a conseguir sair dele e sistematizar alguma coisa. O Direito da Pessoa com Deficiência é um verdadeiro microssistema, tão abrangente que ainda vou levar uns bons anos nesse estudo.

Mas o que me alegra é que a preocupação com as pessoas com deficiência ganha novo fôlego, sobretudo com a entrada em vigor da Lei Brasileira da Inclusão (Lei 13.146/2015), que traz à tona a discussão de vários pontos, e torna quase obrigatório o seu estudo em razão dos seus reflexos nas mais diversas áreas do conhecimento jurídico.

Todavia, muito ainda é necessário. Fazer leis, tão somente, não resolve problemas (a exemplo do que aconteceu com o Estatuto do

Idoso). Imperioso o desenvolvimento de uma nova mentalidade, com o estudo e a divulgação do conhecimento construído sobre o assunto, da legislação, e com a prática de fiscalização, para garantir a efetivação dos direitos dessas pessoas.

Hoje, enquanto estudo e escrevo, vejo os rostos dos meus ex-alunos, e agradeço por terem sido parte dessa transformação, e por me fazerem enxergar essa temática. O medo que senti se transformou em vontade de construir respostas. Mas não basta uma pessoa! Assim, por tudo que foi exposto, fica o meu convite para uma reinvenção àqueles que lêem esse pequeno livro: passem a olhar o seu redor de forma diferente! Esse é o primeiro passo! E assim, com a construção de uma empatia coletiva, podemos nos preparar e tratar as pessoas com deficiência da forma com que elas merecem.

Este livro é fruto do trabalho realizado por mim, juntamente com vários alunos do curso de Graduação de PUC Minas de Contagem e do Barreiro, em virtude da aprovação de um Projeto FIP. Além de uma aluna bolsista (Miriam Amatto, que escreveu um dos artigos da obra), os outros alunos abraçaram o projeto voluntariamente, e pudemos juntos produzir essa obra – que sou suspeita em dizer, de grande qualidade, e que poderá contribuir sobremaneira para o estudo do Direito das pessoas com deficiência. Aproveite!

Fernanda Paula Diniz

Doutora e Mestre em Direito Privado Pela PUC-Minas

Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Advogada

CAPÍTULO I

A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO E NOÇÕES HISTÓRICAS DO MOVIMENTO POLÍTICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Thiago Helton Miranda Ribeiro¹

1. INTRODUÇÃO

Considerando que a proposta precípua desta obra é provocar a reflexão acadêmica e social acerca da temática dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto sujeitos de direito dignos de proteção e tratamento especial do Estado, faz-se necessário definir, a priori, o conceito de pessoa com deficiência, sob a ótica histórica, jurídica e social.

Ademais, em virtude da peculiaridade do tema, bem como da pouca exploração e abordagem acadêmica sobre o assunto, buscou-se em raros autores e pesquisadores que tratam da matéria, extrair a interpretação mais adequada para os objetivos deste trabalho.

¹ Advogado OAB/MG 168.703. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Rede de Ensino LFG Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Registra-se desde logo que, este artigo não tem a intenção de aprofundar em conceitos de pessoa com deficiência alheios à esfera do direito, mas apenas de demonstrar que se trata de uma construção terminológica histórica, decorrente de um processo de conquistas sociais.

Após a construção conceitual, segue-se uma análise histórica do movimento político das pessoas com deficiência, que não só justifica a evolução terminológica em tela, mas também revela os principais aspectos do processo de formação e consolidação da vida política desse grupo social no Brasil, a fim de se evidenciar a importância do passado de lutas sociais desse segmento para os avanços formais e legislativos sobre os direitos e garantias das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 O CONCEITO E SUA EVOLUÇÃO

Em virtude da rara doutrina que explora a temática em questão, optou-se para fins acadêmicos de uma pesquisa jurídica, partir de uma análise positivista da conceituação de pessoa com deficiência à luz da evolução constitucional brasileira.

Segundo Maria Aparecida Gugel (2006):

Ao longo do tempo, termos como aleijado inválido, incapacitado, defeituoso, desvalido (Constituição de 1934), excepcional (Constituição de 1937 e Emenda Constitucional n. 1 de 1969) e pessoa deficiente (Emenda Constitucional 12/78) foram usados para designar as pessoas com deficiência. (GUGEL, 2006, p.25).

Nomenclaturas como essas, utilizadas ao longo da história pelo constituinte já demonstram traços de um tratamento de inferioridade que se arraigou ao longo dos anos na sociedade. Para Gugel (2006,

p.25), “essas terminologias foram sendo alteradas por exigência e pressão constante dos movimentos sociais”.

“Termos genéricos como “inválidos”, “incapazes”, “aleijados” e “defeituosos” foram amplamente utilizados e difundidos até meados do século XX, indicando a percepção dessas pessoas como um fardo social, inútil e sem valor”. (LANNA JUNIOR, 2010, p.15).

Mário Cleber Martins Lanna Junior (2010, p.15) relata que, “ao se organizarem como movimento social, as pessoas com deficiência buscaram novas denominações que pudessem romper com essa imagem negativa que as excluía”. E prossegue:

O primeiro passo nessa direção foi a expressão “pessoas deficientes”, que o movimento usou quando da sua organização no final da década de 1970 e início da década de 1980, por influência do Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD). A inclusão do substantivo “pessoa” era uma forma de evitar a coisificação, se contrapondo à inferiorização e desvalorização associada aos termos pejorativos usados até então. (LANNA JUNIOR, 2010, p. 15)

Uma das terminologias mais comuns é a expressão “pessoas portadoras de deficiência”, que foi incorporada na CRFB/88, bem como nas constituições estaduais e demais leis e políticas pertinentes ao campo da deficiência, sendo inclusive, utilizadas por Conselhos, coordenadorias e associações em seus documentos oficiais (LANNA JUNIOR, 2010).

“Pretendiam os ativistas da causa, naquela ocasião, avançar em face do que a legislação brasileira, até então, expressava em palavras como ‘inválidos’, ‘incapazes’, ‘pessoas deficientes’”. (FERRAZ, 2012, p.22).

Nesse sentido, em virtude da força do movimento político que consolidava na época da Assembleia Nacional Constituinte, a Carta Maior de 1988 adotou a expressão “pessoa portadora de deficiência”.

Essa mudança conceitual, reflexo do movimento social do público em questão, desencadeou, ainda, alguns eufemismos conhecidos como “pessoas com necessidades especiais” e “portadores de necessidades especiais” (LANNA JUNIOR, 2010). Nesse sentido vale destacar a crítica do autor:

A crítica do movimento a esses eufemismos se deve ao fato de o adjetivo “especial” criar uma categoria que não combina com a luta por inclusão e por equiparação de direitos. Para o movimento, com a luta política não se busca ser “especial”, mas, sim, ser cidadão. A condição de “portador” passou a ser questionada pelo movimento por transmitir a ideia de a deficiência ser algo que se porta e, portanto, não faz parte da pessoa. Além disso, enfatiza a deficiência em detrimento do ser humano. (LANNA JUNIOR, 2010, p.15)

A expressão “pessoa com deficiência” foi adotada, em 2006, pela ONU na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, partindo-se pela forte influência da premissa *nothing about us without us*². Destaque-se que, a partir de então, o termo “pessoa” passou a ser o núcleo do conceito.

O lema “nada sobre nós, sem nós”, reflete a ideia maior de participação plena das pessoas com deficiência em toda a temática a elas inerente, valor este que inspirou a presente pesquisa e será explorado no decorrer deste trabalho. Nesse sentido Carolina Ferraz esclarece:

² Tradução: “Nada sobre nós, sem nós”. O lema expressa a convicção das pessoas com deficiência de que elas sabem o que é melhor para elas. (SASSAKI, 2007)..

O profundo significado dessa parêmia reside na radical ruptura com as políticas de cunho tutelar e assistencialista, que impunham às pessoas com deficiência a condição de coadjuvantes em todas as questões que lhes diziam respeito diretamente. (FERRAZ, 2012, p. 23).

A adoção de um conceito social de pessoa com deficiência passou a ser a principal reivindicação desse público perante a ONU, que fez constar da alínea “e” do Preâmbulo da Convenção Internacional uma das motivações que consagraria a evolução conceitual em questão:

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2009a)

Logo, contemplando esse raciocínio e consolidando os ideais ativistas do movimento político das pessoas com deficiência até então, assim definiu a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu artigo 1º :

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2009a)

Mário Cleber Martins Lanna Junior (2010), de forma precisa explica a adequação social terminológica deste novo conceito positivado por meio da norma internacional:

Pessoa com deficiência passou a ser a expressão adotada contemporaneamente para designar esse grupo social. Em oposição à expressão “pessoa portadora”, “pessoa com deficiência” demonstra que a deficiência faz parte do corpo e, principalmente, humaniza a denominação. Ser “pessoa com deficiência” é, antes de tudo, ser pessoa humana. É também uma tentativa de diminuir o estigma causado pela deficiência. A expressão foi consagrada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2006. (LANNA JUNIOR, 2010, p.15)

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que ingressou no sistema constitucional brasileiro por força do Decreto-Legislativo n. 186 de 09 de julho de 2008, sendo posteriormente promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, trouxe a terminologia mais adequada.³ (ARAÚJO, 2011).

Nesse sentido Flávia Piovesan (2013) afirma quanto ao conceito em evolução pela ótica da própria CIDPCD:

O texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limite a plena e efetiva participação na sociedade. A inovação está no reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator de agravamento de deficiência. A própria Convenção reconhece ser a deficiência um conceito em construção, que resulta da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. A deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo. (PIOVENSAN, 2013, p. 297)

³ Pessoa com Deficiência é atualmente a nomenclatura mais adequada por força do Decreto 6.949/2009. Interpretação esta que deve ser dada, de forma sistemática, a toda a legislação pertinente que antecedeu a CIDPCD, independentemente da terminologia adotada.

Dentre a rara doutrina que se debruça sobre a temática dos direitos da PCD, o ilustre Doutor e Constitucionalista Luiz Alberto David Araújo (2011), em sua obra *“A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência”*, que trouxe brilhante contribuição para o estudo dos direitos da PCD, registrou a sua crítica à literalidade do texto constitucional em vigor:

A pessoa (que continua sendo o núcleo central da expressão) tem uma deficiência (e não a porta). Com a aprovação da Convenção, que tem equivalência com a Emenda à Constituição, por força do parágrafo terceiro, do artigo quinto, da Constituição Federal, a terminologia nova revogou a antiga. Assim, apesar de os textos impressos trazerem a expressão – pessoa portadora de deficiência, a aprovação da Convenção, com status equivalente a Emenda Constitucional, tratou de alterar o dispositivo constitucional. Assim, a Constituição deveria já estar retificada para – pessoa com deficiência||, nome atual, constante de norma posterior, convencional, de mesmo porte de uma emenda. Sendo assim, a Constituição já foi alterada neste tópico. (ARAÚJO, 2011, p.16)

Percebe-se que esse processo de consolidação terminológica é fruto dos esforços de um movimento político das pessoas com deficiência, sendo que essa luta por um tratamento isonômico, como se espera do ordenamento jurídico e da sociedade atual, teve como grande pilar o reconhecimento de uma minoria de indivíduos como sendo pessoas dignas de um tratamento humano igualitário.

2.2 O MOVIMENTO POLÍTICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

Como todo processo de conquistas sociais, os direitos das pessoas com deficiência, que ainda são de certo modo uma novidade para o direito, são frutos de uma mobilização política, da participação de pessoas interessadas em uma causa em comum e que levantam a

mesma bandeira enquanto cidadãos, sobretudo dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, se faz extremamente relevante, tratar da evolução histórica do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil, ainda que de forma objetiva, a fim de trazer à baila a importância dessa mobilização, tanto para os cidadãos com deficiência na sociedade atual, quanto para o cenário político e jurídico nacional que nos últimos anos refletiram, ao menos pela letra da lei, relevantes avanços formais, positivando uma série de conquistas sociais em favor de milhões de brasileiros com alguma deficiência.

2.2.1 AS PRIMEIRAS MOBILIZAÇÕES POLÍTICAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

No século XVIII, durante o período colonial, identificou-se as primeiras práticas isoladas de exclusão dos indivíduos, apesar de o Brasil, até então, não possuir grandes instituições de internação para pessoas com deficiência. Esse público era confinado pela família e, em caso de desordem pública, recolhiam-se tais pessoas às Santas Casas ou às prisões (LANNA JUNIOR, 2010).

Segundo Lanna Junior (2010):

(...) o contexto do Império (1822-1889), foi marcado por uma sociedade aristocrática, elitista, rural, escravocrata e com limitada participação política, sendo, portanto, pouco propício à assimilação das diferenças,

principalmente as das pessoas com deficiência. (LANNA JUNIOR, 2010, p.20)

A título de exemplo, hospitais para abrigarem leprosos foram criados em Salvador (1787), Recife (1789) e São Paulo (1805), são provas de confinamento e total exclusão de pessoas atingidas por doenças na pele, como a hanseníase. Esse contexto só começou a mudar no período imperial com a chegada da Corte portuguesa ao Brasil.

Segundo as pesquisas de Adriana Resende Monteiro (2010):

(...) o atendimento às pessoas com deficiência representou o pioneirismo no Brasil nessa área em toda a América Latina. A par das instituições de recolhimento e isolamento, em 1854 foi criado o Imperial Instituto dos Meninos Cegos e em 1856 o Imperial Instituto dos Surdos-Mudos (denominado Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES em 1957). (MONTEIRO, 2010, p.72)

Lanna Junior (2010), ainda relata que apenas os cegos e os surdos eram contemplados com ações para a educação.

As primeiras mobilizações da sociedade civil, para atender aos interesses das pessoas com deficiência, começaram a ocorrer no início do século XX, em virtude das raras e espalhadas ações governamentais em prol do atendimento desse público. “A primeira organização não-governamental destinada à educação especial inclusiva, que reunia crianças com e sem deficiência, foi o instituto Pestalozzi de Canoas (RS), criado em 1926” (MONTEIRO, 2010, p.71).

Lanna Junior (2010, p. 24) relata que, “a influência do ideário de Pestalozzi, ganhou impulso definitivo com Helena Antipoff, educadora e psicóloga russa que, a convite do Governo de Minas Gerais, veio trabalhar na Escola de Aperfeiçoamento de Belo Horizonte”. A partir

de então, entidades dessa natureza se consolidaram como importante ferramenta social de atendimento às pessoas com deficiência mental. Lanna Junior (2010) ainda registra sobre a força do trabalho pestalozziano:

Até 1970, data da fundação da Federação Nacional das Sociedades Pestalozzi (Fenasp), o movimento pestalozziano contava com oito organizações em todo o País. A criação da federação, também por iniciativa de Helena Antipoff, fomentou o surgimento de várias sociedades Pestalozzi pelo Brasil. Atualmente, são cerca de 150 sociedades Pestalozzi filiadas à Fenasp. (LANNA JUNIOR, 2010, p. 24).

Nessa esteira, seguindo a linha de raciocínio das ações da Pestalozzi, outro marco para o início da quebra do paradigma de ações de interesses da pessoa com deficiência, foi o surgimento das APAEs – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais.

Segundo Adriana Resende Monteiro (2010, p.73), “a pioneira nesse movimento foi a APAE do Rio de Janeiro fundada em 11 de dezembro de 1954, por iniciativa de Beatrice Bemis, norte-americana, mãe de uma criança com síndrome de Down”.

Sobre o movimento apaeno Lanna Junior (2010) narra que:

Em 1962, havia 16 APAEs no Brasil, 12 das quais se reuniram em São Paulo para a realização do 1º Encontro Nacional de Dirigentes Apaeanos, sob a coordenação do médico psiquiatra Dr. Stanislaw Krynski. Participaram dessa reunião as APAEs de Caxias do Sul, Curitiba, Jundiaí, Muriaé, Natal, Porto Alegre, São Leopoldo, São Paulo, Londrina, Rio de Janeiro, Recife e Volta Redonda. Durante a reunião decidiu-se pela criação da Federação Nacional das APAEs (Fenapaes). (LANNA JUNIOR, 2010, p. 25)

Entretanto, cumpre registrar que, o surgimento das associações Pestalozzi e APAEs “não foi acompanhado de um avanço na legislação,

que ainda considerava os deficientes intelectuais como ‘loucos’, ‘psicopatas’ ou ‘idiotas.’” (MONTEIRO, 2010, p.74).

Na esfera internacional, após o marco do fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, “estudantes de medicina e especialistas trouxeram da Europa e dos Estados Unidos os métodos e paradigmas do modelo de reabilitação do pós-guerra, cuja finalidade era proporcionar ao paciente o retorno à vida em sociedade” (LANNA JUNIOR, 2010, p. 25).

Tendo em vista os efeitos da guerra, com o grande número de pessoas acometidas por lesões diversas, centros de reabilitação da Europa e do Norte da América que recebiam muitas vítimas, começaram a desenvolver técnicas de recuperação de tais pessoas, visando a reinserção delas na sociedade pós-guerra. Essa situação se refletiu no Brasil, “onde a principal causa da deficiência física não era a guerra. “Nesse período, surgiram os primeiros centros brasileiros de reabilitação para atenderem as pessoas acometidas pelo grande surto de poliomielite”. (LANNA JUNIOR, 2010, p. 25)

O surto de poliomielite foi um dos marcantes para a consolidação do movimento político das pessoas com deficiência. Segundo Lanna Junior (2010):

A poliomielite foi observada no início do século XX, no Rio de Janeiro (1907-1911) e em São Paulo (1918). Porém, surtos de considerável magnitude ocorreram na década de 1930, em Porto Alegre (1935), Santos (1937), São Paulo e Rio de Janeiro (1939). A partir de 1950, foram descritos surtos em diversas cidades, com destaque para o de 1953, a maior epidemia já registrada no Brasil, que atingiu o coeficiente de 21,5 casos por 100 mil habitantes, no Rio de Janeiro. (LANNA JUNIOR, 2010, p.25)

Lanna Junior (2010) ainda relata que, no Brasil, um dos primeiros centros de reabilitação foi a Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação (ABBR), fundada em 1954. Destaque-se

que o seu idealizador, o arquiteto Fernando Lemos tinha um filho com sequelas de poliomielite.

O autor ainda registra em sua obra que, uma das primeiras ações da ABBR foi criar a escola de reabilitação para formar fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, em virtude da escassez desses profissionais no Brasil. Lanna Junior (2010) ainda cita outras organizações pioneiras que surgiram no contexto da epidemia da poliomielite, como a Associação de Assistência à Criança Defeituosa⁴ (AACD) de São Paulo, em 1950; o Instituto Bahiano de Reabilitação (IBR) de Salvador, em 1956; a Associação Fluminense de Reabilitação (AFR) de Niterói, em 1958.

Por volta dos anos 1960, “houve uma mudança no perfil dos usuários dos centros de reabilitação, que pode ser atribuída ao crescimento da urbanização e da industrialização da sociedade e ao êxito das campanhas nacionais de vacinação” (MONTEIRO, 2010, p. 75). Percebeu-se essa mudança com a redução nos casos de poliomielite e no aumento dos casos de deficiências decorrentes de outras causas, sobretudo violentas, como acidentes automobilísticos, mergulho e ferimentos associados a armas de fogo.

Vale registrar ainda, que, em 1960, a Fundação das Pioneiras Sociais implantou, em Brasília, um centro grande de reabilitação, inaugurado pelo, então, Presidente Juscelino Kubitschek.

Para Lanna Junior (2010), essa primeira linha de atendimento à pessoa com deficiência que se consolidava no Brasil, consagrava o chamado modelo médico da deficiência, “concepção na qual, o problema era atribuído apenas ao indivíduo”. O autor prossegue:

⁴ Hoje denominada Associação de Assistência à Criança Deficiente.

Embora esse modelo representasse avanço no atendimento às pessoas com deficiência, ele se baseia em uma perspectiva exclusivamente clinicopatológica da deficiência. Ou seja, a deficiência é vista como a causa primordial da desigualdade e das desvantagens vivenciadas pelas pessoas. O modelo médico ignora o papel das estruturas sociais na opressão e exclusão das pessoas com deficiência, bem como desconhece as articulações entre deficiência e fatores sociais, políticos e econômicos. (LANNA JUNIOR, 2010, p. 27)

Cumpra esclarecer que, as entidades, ações e mecanismos voltados para o atendimento da pessoa com deficiência, desde o período imperial com educação de cegos e surdos, até o início da era da República no Brasil, com organizações direcionadas à deficiência intelectual, bem como quanto à reabilitação de outras deficiências, não tinham uma natureza política firmada, mas, ainda que de forma indireta, fomentaram o movimento político da PCD, uma vez que viabilizaram a aproximação, associação de interesses do público em questão, contribuindo de forma relevante para a identidade desses cidadãos.

2.2.2 A AUTO-ORGANIZAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O movimento político das pessoas com deficiência começou a desenhar o seu alicerce no século XX, quando, de acordo com as necessidades de cada grupo de deficiência e, conforme as peculiaridades de cada uma, o público em questão começou a se reunir, com destaque para os cegos, surdos e deficientes físicos, que foram os primeiros seguimentos a se organizarem, em pequenos grupos e de forma regionalizada, mas buscando apoio recíproco em virtude da comunhão de demandas por um mínimo de dignidade.

Trata-se dos primeiros registros de mobilização social formados pelas próprias pessoas com deficiência, além daquelas associações formadas por pais, familiares e amigos.

Contudo essas iniciativas de auto-organização, embora tivessem o intuito de auxílio recíproco entre as pessoas com deficiência, eram desprovidas de objetivos políticos definidos e “constituíram o embrião das iniciativas de cunho político que surgiriam no Brasil, sobretudo durante a década de 1970” (LANNA JUNIOR. 2010, p.28).

As pessoas surdas começaram a se mobilizar de forma conjunta em razão da proibição do uso da Língua Brasileira de Sinais. Segundo Adriana Rezende Monteiro (2010):

Essa proibição havia começado ainda no final do século XIX, quando no Congresso Internacional de Professores de Surdos, em Milão, ficou estabelecido que o método para utilizar nas escolas era a oralização, porque os professores alegaram que a utilização de línguas de sinais poderia impedir que os surdos pudessem se comunicar oralmente. Com a decisão, as línguas de sinais foram proibidas em diversos países, inclusive no Brasil, no Imperial Instituto dos Surdos-Mudos. (MONTEIRO, 2010, p. 77)

A vedação de uso do principal mecanismo de comunicação dos deficientes auditivos durou décadas, o que motivou a auto-organização dos surdos em pequenas associações e clubes, locais onde estas pessoas podiam praticar a linguagem de LIBRAS, afrontando assim o fenômeno do "ouvintismo", definido por Lanna Junior (2010) como "o conjunto de representações dos ouvintes a partir do qual o surdo está obrigado a olhar-se e narrar-se como se fosse ouvinte", ou seja, imposição de normas, comportamentos e práticas daquilo que fosse entendido por “normal” pela sociedade.

Acerca dessa resistência das pessoas com deficiência auditiva, Lanna Junior (2010) relata:

Os movimentos dos surdos passaram, então, a constituir-se como uma resistência às práticas “ouvintistas”. Esses movimentos se dão em espaços como as associações, as cooperativas e os clubes – territórios livres do controle ouvinte –, onde os surdos estabeleciam intercâmbio cultural e linguístico e faziam uso da Língua de Sinais. Grande parte das associações de surdos surgiu exatamente nos períodos de maior ênfase à oralidade e à negação da diferença, envolvendo o final do século XIX até aproximadamente as décadas de 1960 e 1970. Ou seja, um dos principais fatores de reunião das pessoas surdas era, e ainda é, o uso e a defesa da Língua de Sinais. (LANNA JUNIOR, 2010, p.31)

No Brasil, a organização dos surdos teve início no fim da década de 1930, com a fundação da Associação Brasileira de Surdos-Mudos no Rio de Janeiro, por intermédio de ex-estudantes com deficiência auditiva do Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES). Nos anos seguintes, surgiram outras associações com a mesma finalidade a exemplo da Associação de Surdos-Mudos de São Paulo no ano de 1956, e da Associação de Surdos de Belo Horizonte no ano de 1956.

Importante registrar que o ordenamento jurídico brasileiro só veio a reconhecer a LIBRAS como língua oficial do país através da Lei 10.436/2002,⁵ regulamentada pelo Decreto 5.626/2005⁶.

O movimento das pessoas com deficiência visual começou a se organizar em 1950, segundo Lanna Junior (2010), na forma de um modelo associativista. A princípio motivados essencialmente por interesses econômicos, sobretudo por atividades comerciais e de cunho artesanal, que compreendiam os principais ramos profissionais

⁵ Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências.

⁶ Regulamenta a Lei Nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei Nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.

dos cegos que batalhavam por independência funcional e consequentemente uma melhor colocação social.

A mobilização social das pessoas cegas, desde o início, já evidenciava sua marcante finalidade inclusiva, que teve grande importância nos anos seguintes para consolidação do movimento político as pessoas com deficiência em âmbito nacional. A esse respeito relata Lana Junior (2010):

Ao lado do associativismo local, desenvolvia-se e consolidava-se o estatuto da “representação nacional” com o objetivo de organizar o movimento em todo o País, estabelecer uma ponte de diálogo entre as entidades locais, o governo e as instituições da sociedade civil, representar a coletividade cega brasileira e lutar em defesa de suas necessidades fundamentais. (LANNA JUNIOR, 2010, p.30)

Em 1954, no Rio de Janeiro, foi fundada a primeira entidade de deficientes visuais de âmbito nacional. Trata-se do Conselho Brasileiro para o Bem-Estar dos Cegos, uma iniciativa de Dorina Nowill - cega desde os 17 anos, foi uma das precursoras do movimento de deficientes visuais no país - ao lado de Rogério Vieira, então diretor, do Instituto Benjamin Constant. Monteiro (2010) relata que:

Nesse período, foram editadas algumas leis que beneficiaram os deficientes visuais. Uma delas, a Lei 2.268, de 1954, isentava a Fundação para o Livro do Cego no Brasil do pagamento de impostos e taxas relativos a equipamentos e materiais para a impressão em braille. A lei 4.169, de 1962, por sua vez, foi o instrumento legal que oficializou as convenções em braille para uso na escrita e leitura dos cegos. (MONTEIRO, 2010, p. 78)

Os deficientes físicos por sua vez, começaram a se associar por meio de entidades direcionadas à prática esportiva adaptada. A princípio, essa organização também não tinha objetivos políticos

evidentes e definidos, mas viabilizaram discussão de necessidades e problemas comuns inerentes à deficiência física.

Nesse sentido, o movimento das pessoas com deficiência física teve o seu surgimento em associações de caráter esportivo. Lanna Junior (2010) relata algumas como a Associação Brasileira de Deficientes Físicos (Abradef), o Clube do Otimismo, ambas no Rio de Janeiro e o Clube dos Paraplégicos em São Paulo, dentre outras organizações da mesma natureza espalhada em várias do Brasil, sendo que, muitas dessas associações foram criadas com a finalidade de viabilizar recursos financeiros para a sobrevivência de seus filiados.

Contudo, essa auto-organização propiciou o encontro de interesses e demandas inclusivas das pessoas com deficiência física, que logo enxergaram a necessidade de se discutir a inserção política deste grupo na sociedade. Conforme Lanna Junior (2010):

Essas iniciativas tiveram como efeito secundário o início da percepção, pelas pessoas com deficiência, da necessidade de discutirem sua inserção política na sociedade. As próprias dificuldades enfrentadas tanto para a prática do esporte quanto no trabalho precário, como a venda de mercadorias de pequeno valor estimularam o início de reivindicações, sobretudo no que se refere à mobilidade. Com o passar do tempo, assumiram cunho cada vez mais político. (LANNA JUNIOR, 2010, p. 33)

Percebe-se assim que esse associativismo, no final da década de 1970, mesmo que de forma ramificada, fomentou o surgimento de organizações de pessoas com deficiência com finalidades comuns e um pouco mais claras, sobretudo quanto ao objetivo de se incluírem na sociedade de forma autônoma e independente.

A consciência de um movimento político das pessoas com deficiência, que veio a se desencadear na década de 1970, tem por base esse processo de associações e o ambiente social dele decorrente.

Nesse período surgiram as primeiras organizações compostas e dirigidas por pessoas com deficiência, ao contrário daquelas que, até então, tinham por finalidade prestar serviços a este público. (LANNA JUNIOR, 2010).

Lanna Junior (2010) ainda registra que:

Essa aproximação desencadeou um processo da ação política em prol de seus direitos humanos. No final dos anos 1970, o movimento ganhou visibilidade, e, a partir daí, as pessoas com deficiência tornaram-se ativos agentes políticos na busca por transformação da sociedade. O desejo de serem protagonistas políticos motivou uma mobilização nacional. Essa história alimentou-se da conjuntura da época: o regime militar, o processo de redemocratização brasileira e a promulgação, pela ONU, em 1981, do Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD). (LANNA JUNIOR, 2010, p.34)

No contexto histórico do fim da ditadura militar no Brasil, após 1964, movimentos políticos e sociais ganharam força no processo de construção democrática brasileira. “Esse período foi marcado pela ativa participação da sociedade civil, que resultou no fortalecimento dos sindicatos, na reorganização de movimentos sociais e na emergência das demandas populares em geral” (LANNA JUNIOR, 2010, p.34).

Nesse período, houve uma abertura para discussões sobre demandas de diferentes movimentos e grupos sociais pelo país, fenômeno que contribuiu de maneira significativa para o primeiro texto da Constituição da República Federativa do Brasil, desde a formação da Assembleia Nacional Constituinte – 1987 a 1988⁷. Nesse sentido:

⁷ Essa influência na construção do texto constitucional de 1988 será devidamente abordada no tópico seguinte.

Os novos movimentos sociais, dentre os quais o movimento político das pessoas com deficiência, saíram do anonimato e, na esteira da abertura política, uniram esforços, formaram novas organizações, articularam-se nacionalmente, criaram estratégias de luta para reivindicar igualdade de oportunidades e garantias de direitos. (LANNA JUNIOR, 2010, p.34-35)

Vale destacar que, o ano de 1981 foi proclamado pela ONU como sendo o “Ano Internacional das Pessoas Deficientes” (AIPD), por meio da Resolução 31/123 caracterizado pela máxima “Participação Plena e Igualdade”, o que chamou a atenção da sociedade mundial para o tema, inclusive de movimentos de PCD no Brasil que consolidava seus ideais na época. Acerca do AIPD, Lanna Junior (2010) relata:

À época, a ONU já havia tomado uma série de decisões em prol das pessoas com deficiência, com a Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Retardo Mental, de 1971, e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975. Os objetivos principais do AIPD em relação às pessoas com deficiência eram: ajudar no ajustamento físico e psicossocial na sociedade; promover esforços, nacional e internacionalmente, para possibilitar o trabalho compatível e a plena integração à sociedade; encorajar projetos de estudo e pesquisa visando à integração às atividades da vida diária, aos transportes e aos edifícios públicos; educar e informar o público sobre os direitos de participar e contribuir em vários aspectos da vida social, econômica e política. (LANNA JUNIOR, 2010, p.41)

Outros acontecimentos de extrema relevância para os interesses da pessoa com deficiência, enquanto movimento político para fins de posterior influência no texto constitucional de 1988, foi a chamada “Coalizão Pró-Federação Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes”, criada em 1979.

No que tange a importância dessa coalizão para o movimento, Lanna Junior (2010) aduz:

A criação da Coalizão Pró-Federação Nacional foi a materialização do esforço unificador, consubstanciado por três encontros nacionais, realizados entre 1980 e 1983, buscando elaborar uma agenda única de reivindicações e estratégias de luta, bem como fundar a Federação Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes. (LANNA JUNIOR, 2010, p.35).

Essa auto-organização do público em questão, por tipos de deficiência em diferentes Estados, foi o mecanismo de impulso para a Coalizão Pró-Federação Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes que promoveu uma série de três encontros nacionais para discussões políticas e estratégicas de luta por direitos das pessoas com deficiência.

Devido a todo esse conjunto de demandas peculiares por tipo deficiência, ensejou a perda de objeto da Coalizão, de modo que os encontros nacionais resultaram em organizações nacionais por grupo de deficiência, sendo que cada um dos grupos presentes na Coalizão, as pessoas com deficiência física, os cegos e os surdos, fundaram e passaram a gerir as próprias federações nacionais de forma fragmentada.

Ainda no final da década de 1980, vale registrar, outro ponto relevante para organização do movimento político das pessoas com deficiência: o MVI – Movimento de Vida Independente. Trata-se de um movimento de inclusão social baseado em princípios e aspirações peculiares das pessoas com deficiência, que não aceitavam ficar à margem da sociedade e na dependência de instituições, especialistas e familiares, que faziam o papel de porta-voz deste público, inclusive tomando decisões por eles (LANNA JUNIOR, 2010).

O MVI foi um mecanismo de extrema importância no recente processo de conquistas sociais da pessoa com deficiência, uma vez que

esse movimento desencadeou a criação das CVIs – Centros de Vida Independente – a partir de dezembro de 1988, quando o projeto se iniciou no Rio de Janeiro, espalhando-se em várias cidades do Brasil do ano 2000 em diante.

Acerca da importância das CVIs Lanna Junior (2010) aborda com propriedade:

Os Centros de Vida Independente no Brasil têm como objetivo comum implementar medidas que assegurem o ajustamento social e o bem-estar das pessoas com deficiência; promover cursos, palestras e atividades culturais, educacionais, científicas e recreativas que levem à conscientização e à vida independente; publicar e distribuir material informativo sobre todos os serviços e assuntos de interesse das pessoas com deficiência; cooperar com órgãos governamentais e privados, promovendo consultoria ou executando atividades relativas ao exercício da vida independente; e promover o intercâmbio com organizações e entidades nacionais e internacionais para a troca de experiências visando ampliar recursos técnicos e financeiros para o desenvolvimento de programas comuns, podendo inclusive filiar-se àquelas organizações e entidades. (LANNA JUNIOR, 2010, p. 61)

O Movimento de Vida Independente do Brasil foi um dos grandes protagonistas na elaboração e na posterior ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo.

A relevância de trazer para a presente pesquisa, ainda que de forma meramente informativa e objetiva, algumas organizações e iniciativas que marcaram o movimento político das pessoas com deficiência, se justifica para o fim de se demonstrar que os principais avanços e conquistas sociais do grupo em análise tiveram de forma predominante, a participação plena e direta das próprias pessoas com deficiência.

2.2.3 A CONSOLIDAÇÃO DO MOVIMENTO POLÍTICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA INFLUÊNCIA NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

O movimento político das pessoas com deficiência teve sua importante participação no processo de formação do atual sistema democrático brasileiro, sobretudo na busca pela implantação de suas demandas no texto constitucional de 1988.

A Assembleia Nacional Constituinte (ANC) foi um grande mecanismo para instrumentalização dos anseios das pessoas com deficiência, que oportunamente se encontravam organizadas em grupos políticos de interesses afins em busca, sobretudo, de autonomia, inclusão e dignidade.

O Regimento Interno da ANC trazia as diretrizes para a elaboração do texto constitucional, dentre elas, os mecanismos de recebimento de sugestões de órgãos legislativos subnacionais, entidades associativas diversas, oitiva de parlamentares; a realização de audiências públicas diversas; a apreciação de emendas populares que tivessem respaldo de no mínimo 30 mil assinaturas, dentre outros meios de se inserir sugestões na Carta Magna que seria elaborada.

Insta registrar que até esse momento da história constitucional brasileira, só havia uma única referência expressa aos direitos das pessoas com deficiência, qual seja, a Emenda nº 12 de 1978, que definia em seu artigo único:

Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV

- possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos. (BRASIL, 1978)

Dentre as diversas comissões temáticas na ANC, as pessoas com deficiência tiveram participação ativa, tendo seus interesses tratados diretamente pela Comissão Temática da Ordem Social, na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Há registros que foram realizadas oito audiências públicas, para discutir questões atinentes às pessoas com deficiência, bem como por diferentes tipos de deficiência (LANNA JUNIOR, 2010).

Nesse sentido, o principal meio de articulação das pessoas com deficiência para participarem da Assembleia Nacional Constituinte, foi através do ciclo de encontros denominado “A Constituinte e os Portadores de Deficiência”, realizado em diversas capitais brasileiras por intermédio do Ministério da Cultura entre 1986 e 1987 (LANNA JUNIOR, 2010).

Destaque-se que uma das principais reivindicações desse grupo social debatidas nos encontros era que o texto constitucional atribuísse a eles o tratamento de autonomia e afastando a ideia de tutela. Segundo Lanna Junior (2010):

(...) os argumentos do movimento não eram consentâneos ao anteprojeto de Constituição, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, que tinha um capítulo intitulado “Tutelas Especiais”, específico para as pessoas com deficiência e com necessidades de tutelas especiais. O movimento não queria as tutelas especiais, mas, sim, direitos iguais garantidos juntamente com os de todas as pessoas. A separação, na visão do movimento, era discriminatória. Desde o início da década de 1980, a principal demanda do movimento era a igualdade de direitos, e, nesse sentido, reivindicavam que os dispositivos constitucionais voltados para as pessoas com deficiência deveriam integrar os capítulos dirigidos a todos os cidadãos. (LANNA JUNIOR, 2010, p.65)

Evidenciava-se assim o grande ideal do movimento na ANC, para que o texto constitucional tratasse o tema deficiência de forma distribuída, ou seja, reconhecendo, sistematicamente, conforme cada matéria tratada na Carta Magna, os direitos e garantias das pessoas com deficiência, nos mesmos lugares onde são seriam, topograficamente, disciplinados os direitos de todos os cidadãos no texto maior. O movimento repudiava a ideia de um capítulo específico tratando-os como objeto de uma tutela especial.

Toda essa articulação das pessoas com deficiência foi efetiva no sentido de introduzir as demandas do movimento no texto constitucional. Embora algumas dessas demandas não houvessem sido incorporadas em um primeiro momento, o movimento se organizou por meio de uma Emenda Popular, através de campanhas em todo país para angariar assinaturas e submeter à apreciação da comissão competente na Assembleia Constituinte. (LANNA JUNIOR, 2010)

Na obra a “História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência” (2010), encontra-se dois importantes depoimentos de Rosângela Berman Bieler⁸ e Romeu Kazumi Sasaki⁹, acerca das impressões sobre essas conquistas do movimento na CR/88, que merecem a menção:

A gente conseguiu, na reforma constitucional, distribuir o tema da deficiência em todos os artigos constitucionais, o que já é vanguarda. [...]

⁸ Rosângela Berman Bieler, jornalista, mestre em Inclusão Social das Pessoas com Deficiência pela Universidade de Salamanca, Espanha. Tetraplégica, foi um dos símbolos de liderança na história do movimento político das pessoas com deficiência

⁹ Romeu Kazumi Sasaki, Referência nacional na área de inclusão. Possui graduação em serviço Social, pela Faculdade Paulista de Serviço Social; tem especialização em Reabilitação Profissional nos EUA e Grã-Bretanha, pela ONU.

Quando você pega um texto constitucional, há duas opções estratégicas: ou se cria um bloco inteiro sobre deficiência [...], pega tudo e joga ali naquela caixinha, que não só é mais fácil de botar como é fácil de tirar; ou se integra o tema em todo o corpo constitucional, nos tópicos do direito do cidadão, do direito à saúde, do direito à educação. (LANNA JUNIOR, 2010, p. 68-69)

Em 1986, já estava pronto o anteprojeto da Constituição. Se você comparar o anteprojeto com a Constituição de 1988, vai ver a grande diferença, o quanto nós conseguimos interferir. O anteprojeto era muito fraco, com aquela visão antiga, paternalista, sobre pessoas com deficiência. Ali realmente nós crescemos. (LANNA JUNIOR, 2010, p.68-69)

Toda essa organização das pessoas com deficiência na década de 1980 resultou na unificação dos interesses maiores do movimento, fator extremamente importante para que, independentemente do tipo de deficiência, princípios basilares de igualdade fossem introduzidos na Constituição de 1988 (LANNA JUNIOR, 2010).

Cumpramos esclarecer que os referidos dados históricos são de extrema relevância para justificar o raciocínio jurídico e as fontes materiais das normas de defesa dos direitos das pessoas com deficiência que se encontram nas entranhas do ordenamento jurídico brasileiro atual.

Percebe-se assim, de forma evidente na história do movimento político em voga, que somente com o devido espaço e com a participação efetiva das próprias pessoas com deficiência, ainda que indiretamente, no cenário político é que este público passou a ser reconhecido como cidadãos, sujeitos de direito e dignos de proteção jurídica diferenciada por parte do Estado.

3. O MICROSSISTEMA LEGISLATIVO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Como se pode extrair de forma objetiva na presente análise, o reconhecimento social e legislativo das pessoas com deficiência, enquanto parte ativa integrante da sociedade brasileira, só começou a existir com a presença da militância e com a organização enquanto movimento político social.

Muito embora não se possa notar tamanha união desse movimento nos dias atuais, fato é que o reflexo legislativo no país é evidente.

Sem entrar no mérito da eficácia e efetividade dos direitos das pessoas com deficiência, é inegável que, atualmente, o Brasil possui um arcabouço legislativo extremamente poderoso nessa temática, sendo, sem dúvidas, um dos mais evoluídos ordenamentos jurídicos do mundo em termos de defesa e garantia de direitos das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, embora boa parte da doutrina jurídica entenda que os direitos das pessoas com deficiência são, tão somente, uma fatia dos direitos humanos, é inegável que sob o prisma do direito positivo, estamos diante de um microssistema legislativo especial.

No que tange à força normativa constitucional, o nosso ordenamento jurídico não se limita aos dispositivos espalhados na Constituição 1988 sobre a temática, mas é extremamente fortalecido pelos princípios e objetivos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Cumpre esclarecer que a incorporação da referida norma internacional no ordenamento jurídico brasileiro obedeceu ao rito especial previsto pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, sendo a convenção aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº. 186, de 09 de julho de 2008, passando por dois turnos de votação, obtendo três quintos dos votos em cada casa legislativa, nos moldes do art. 5º, §3º da Constituição de 1988.

Posteriormente a Convenção foi devidamente promulgada pelo Decreto 6.949/2009, tornando-se então o primeiro tratado internacional com equivalência normativa de emenda à constituição em virtude de sua aprovação na forma rígida de aprovação. (FERRAZ, 2012)

Logo, todo e qualquer instrumento legal ou normativo no país deve respeito e fiel observância às normas contidas no Decreto 6.949/2009, sob pena de sujeição ao controle de constitucionalidade ou de convencionalidade.

Desde então, toda a vasta legislação infraconstitucional esparsa, já existente sobre o tema, deve ser interpretada de forma sistemática, partindo-se do norte hermenêutico da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

E para coroar todos os avanços legislativos propostos pela norma internacional, bem como para reafirmar seus valores normativos, foi publicada a Lei nº 13.146/2015 – a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Trata-se do diploma legal mais avançado de nosso ordenamento jurídico em termos de defesa e garantia dos direitos das pessoas com deficiência, traçando normas gerais sobre os mais diversos temas da sociedade e, principalmente, reafirmando direitos e consagrando

formalmente o resultado de boa parte da luta social retratada na história do movimento político das pessoas com deficiência.

4. CONCLUSÃO

Assim como os mais diversos movimentos sociais de luta por afirmação de direitos, as pessoas com deficiência também têm seu registro histórico que justifica e fundamenta os avanços legislativos e sociais alcançados até então.

É evidente que ainda vivemos em um árduo processo de mudança cultural e mesmo sendo o ordenamento jurídico brasileiro um dos mais avançados em termos de defesa e direitos das pessoas com deficiência, ainda temos um longo caminho pela frente no que tange à materialização fática efetiva da letra da lei.

Ocorre que o movimento político das pessoas com deficiência tornou-se morno com o passar dos anos e carece de representatividade democrática e de reorganização civil para lutar pelo efetivo cumprimento legal.

No entanto, embora ainda exista muito trabalho pela frente, é inegável que as condições e qualidade de vida das pessoas com deficiência nos dias de hoje, em regra, são bem melhores do que no passado, sendo possível concluir que todo o histórico de lutas e conquistas sociais vividos por esse segmento não foi em vão.

E enquanto a letra fria da lei não for uma realidade plena no mundo dos fatos, ao menos o parâmetro legal para judicialização existe de forma sólida e tem sido cada vez mais presente na jurisprudência pátria.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência. 4ª Ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011. Recuperado a partir de <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a_protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf> Acesso em 21 abr. 2015. p. 8-23.

BRASIL. Constituição (1969) Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978. Assegura aos Deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Diário Oficial da União, Brasília, 19 out 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc12-78.htm>, Acesso em 22 mar. 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de ago. 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 26 ago. 2009a, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em 04 nov. 2018.

GUGEL, Maria Aparecida. Pessoa com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Ed. Goiânia: UCG, 2006. p. 25.

HISTÓRIA DO MOVIMENTO POLÍTICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Brasília. 2010 (Documentário em vídeo) Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/historia-do-movimento-politico-das-pessoas-com-deficiencia-no-brasil>> Acesso em: 20 dez. 2014.

FERRAZ, Carolina Valença. et al. Manual dos direitos da pessoa com deficiência, 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502170322>> Acesso em: 20 abr. 2015.

LANNA JUNIOR, Mário Cleber Martins (Comp.). História do Movimento Político Das Pessoas com Deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de

Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

MONTEIRO, Adriana Resende. Pessoas com deficiência: a trajetória de um tema na agenda pública. 2010 160 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) –Repositório Institucional Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10482/9356>
Acesso em: 21 fev.2015. Cap. 3. Cap. 4, p. 113-116.

CAPÍTULO II

TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: Questões Contemporâneas

Fernanda Paula Diniz¹⁰

Juliane Cristina Ferreira¹¹

1. INTRODUÇÃO

A tutela do direito à saúde tem sido objeto de diversas pesquisas, constituindo fonte de estudo e de críticas ao atual no panorama brasileiro. Todavia, os estudos acerca da tutela jurisdicional à saúde das pessoas com deficiência não abrangem análises mais aprofundadas acerca do tema.

A judicialização da saúde tem sido a forma encontrada por esses indivíduos para garantir direitos já positivados e reiteradamente reforçados por todas as legislações vigentes.

¹⁰ Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas. Bacharel em Direito pela UFMG. Professora da PUC Minas. Sócia do escritório ADA – Ávila, Diniz e Associados. E-mail: fernandadiniz.ada@gmail.com.

¹¹ Bacharel em Direito pela PUC Minas.

A Constituição da República de 1988 garante o direito à saúde como fundamental, assim como o direito à vida, que estão diretamente ligados ao conceito da dignidade humana, princípio do Estado Democrático de Direito.

O presente estudo pretende analisar a tutela jurisdicional à saúde da pessoa com deficiência, analisando o conceito de saúde e as principais leis que abordam tal conteúdo, em especial a lei 13.145 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Subsequentemente, buscou-se analisar os meios jurisdicionais para a satisfação dos direitos por essa parcela da população, traçando um paralelo entre o direito à saúde como direito social fundamental e as implicações que cercam a judicialização da saúde, destacando as formas de defesa de aspecto direito individual e seu impacto para a sociedade como um todo, além de exemplos de julgados relacionados à pessoa com deficiência.

2. DIREITO À SAÚDE: ASPECTOS GERAIS

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946 considera a saúde como um estado que corresponde à harmonia entre todos os aspectos da vida humana, devendo ser respeitado.

O art. 5º, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica – da qual o Brasil é signatário, garante a toda pessoa o direito ao respeito de sua integridade física, psíquica e moral (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

No Brasil, o direito social fundamental à saúde encontra-se positivado na CR/88 em seu art. 6º. “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

O mesmo diploma legal dispõe de seção exclusiva para tratar do direito à saúde (Título VII – Da Ordem Social, Seção II – Da saúde, artigos 196 e seguintes). Preconiza que é dever do Estado prover a aplicação das normas a fim de preservar o direito à vida e à dignidade, mediante políticas públicas específicas nos níveis de atenção primário, secundário e terciário da saúde, desde a prevenção de riscos até a reabilitação do indivíduo, garantidos de forma universal, igualitária, integral e equânime, com vistas à redução do risco de doença e outros agravos, através dos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1988).

Assevera também, a aludida seção da CR/88 que cabe ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização, controle e execução dos serviços de saúde.

Na Seção II do Título VII encontra-se a previsão de implementação do SUS (Sistema Único de Saúde), o qual foi regulamentado infraconstitucionalmente pelas Leis 8.080/90 e 8.142/90. Importantíssimo destacar ainda que o art. 198, II aborda uma das diretrizes do SUS, que é a prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo das assistenciais.

Cumprido destacar que a CR/88 adotou o sistema misto de assistência à saúde, uma vez que o art. 196 permite a participação da iniciativa privada na prestação de serviços voltados à saúde (BRANDÃO, 2006).

3. PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A lei 13.146 de 06 de julho de 2015, em seu art. 2º, define como deficiência qualquer tipo de impedimento de longo prazo que obstrua a participação plena na sociedade em igualdade de condições com os demais (BRASIL, 2015).

Segundo o Censo de 2010, divulgado pelo IBGE, 46,5 milhões de pessoas declararam possuir pelo menos um tipo de deficiência, o que corresponde a 23,9% da população brasileira à época (LEAL, 2012).

Usualmente, as pessoas com deficiência possuem necessidades especiais de toda a sorte: atendimento e cuidados especializados, medicamentos, dietas, sondas, equipamentos elétricos e eletrônicos, cadeiras de rodas e de banho, entre diversos outros para a manutenção de sua saúde e qualidade de vida, necessidades que muitas vezes esbarram no problema dos custos, muitas vezes elevados.

A inviabilidade de acesso a tais serviços, dispositivos e insumos traz riscos de morbidade e, muitas vezes de vida a essas pessoas, motivo pelo qual se faz imprescindível o conhecimento e a análise do conceito de saúde e da legislação pertinente à saúde das pessoas com deficiência, o que será feito a seguir.

À pessoa com deficiência, a CR/88 dedica seu artigo 23, Capítulo II, determina que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência públicas, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências”.

Outros diplomas legais infraconstitucionais regulam a norma constitucional, atinente a tal parcela da população, entre as quais as Leis n.º 7.853/89 e n.º 8.080/90 – a chamada Lei Orgânica da Saúde – bem como a Lei 8.142/90 e o Decreto n.º 3.298/99.

A Lei n.º 7.853 de 24 de Outubro de 1989, dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público e define crimes relacionados à lesão a esses direitos. Estabelece, ainda, normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social (art. 1º). Na área da saúde estabelece ações de promoção de ações preventivas referentes ao planejamento familiar e acompanhamento da gravidez, desenvolvimento de programas visando a prevenção de acidentes e seus agravos, criação de serviços especializados em reabilitação e habilitação, garantia de acesso a estabelecimentos públicos e privados, garantia de atendimento de saúde pública e privada em caráter domiciliar às pessoas com deficiência e prevê o desenvolvimento de programas de saúde específicos. (BRASIL, 1989)

O art. 3º, modificado pela lei 13.146 de 2015, incluiu a Defensoria Pública no rol de entidades com legitimidade para propor ações no que se refere às medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência. As demais entidades se mantêm: Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Associações constituídas há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista que

incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência. (BRASIL, 2015)

O Decreto 3.298 de 20 de Dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção. Traz outros conceitos de deficiência em seu art. 3º:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. (BRASIL, 1999)

Define também, o referido Decreto, as categorias de deficiência: física, auditiva, visual, mental e múltipla.

A Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência, constante do Manual de legislação em saúde da pessoa com deficiência do Ministério da Saúde de 2008, define diretrizes e atribui responsabilidades aos gestores federais, estaduais e municipais da saúde na atenção ao portador de deficiência tomando como referência documentos como o Programa de ação mundial para pessoas com deficiência da ONU de 1982, o qual foi um marco na defesa das

condições de vida e saúde digna às pessoas com deficiência, com principal destaque aos países em desenvolvimento.

Os princípios que regem o Sistema Único de Saúde (SUS), constantes da Lei 8.080 de 19 de Setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde), seu capítulo II, art. 7º, prevêm a “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”, bem como a garantia de universalidade de acesso e a integralidade da assistência constantes dos incisos I, II, III e IV. (BRASIL, 1990)

Especificamente direcionadas à pessoa com deficiência, as Ajudas Técnicas foram conceituadas no art. 19 do Decreto 3.298/99 como sendo quaisquer elementos que permitam a compensação de limitações motoras, sensoriais e mentais da pessoa portadora de com vistas a lhes oportunizar a superação de quaisquer barreiras que as distanciem do convívio social.

São elas:

Parágrafo único. São ajudas técnicas:

I - próteses auditivas, visuais e físicas;

II - órteses que favoreçam a adequação funcional;

III - equipamentos e elementos necessários à terapia e reabilitação da pessoa portadora de deficiência;

IV - equipamentos, maquinarias e utensílios de trabalho especialmente desenhados ou adaptados para uso por pessoa portadora de deficiência;

V - elementos de mobilidade, cuidado e higiene pessoal necessários para facilitar a autonomia e a segurança da pessoa portadora de deficiência;

VI - elementos especiais para facilitar a comunicação, a informação e a sinalização para pessoa portadora de deficiência;

VII - equipamentos e material pedagógico especial para educação, capacitação e recreação da pessoa portadora de deficiência;

VIII - adaptações ambientais e outras que garantam o acesso, a melhoria funcional e a autonomia pessoal; e

IX - bolsas coletoras para os portadores de ostomia. (BRASIL, 1999)

O Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York e 30 de março de 2007, o qual protege e garante diversos direitos. No tocante à saúde, defende a garantia tanto pública quanto privada do estado mais elevado de saúde sem discriminação e de forma gratuita ou a custos acessíveis às áreas de: reabilitação, saúde sexual e reprodutiva, diagnóstico e intervenção precoces, atenção à saúde ou administração de alimentos, provisão de seguros de saúde e de vida. Tais serviços devem ser oferecidos o mais próximo de suas comunidades, por profissionais qualificados exigindo para tal a obtenção de consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência, com definição de normas éticas visando o respeito a sua autonomia e necessidades.

Tal diploma legal possui status de norma constitucional e reitera a garantia à saúde da pessoa com deficiência exigindo o direito à igualdade de tratamento e de acesso a tais serviços.

O Decreto n. 7.612 de 17 de novembro de 2011 criou o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem Limite, que criou a Rede de Cuidados à Pessoa com Deficiência para implantação, qualificação e monitoramento das ações de reabilitação nos estados e municípios. O objetivo seria garantir o direito à saúde das pessoas com deficiência através, dentre outras ações, da capacitação e qualificação das equipes de atenção básica de saúde, criação de oficinas ortopédicas e ampliação da oferta de órteses, próteses e meios auxiliares de locomoção (OTM's); a construção de Centros de Especialidades Odontológicas (CEO) e qualificação da

atenção odontológica; a criação dos Centros Especializados em Reabilitação (CER).

Como se pode notar a proteção legal à pessoa com deficiência é extensa e bastante completa, culminando em 2015 na Lei brasileira de Inclusão, analisada a seguir sob o ponto de vista da saúde e de sua tutela.

4. A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

A Lei Federal 13.146 de 06 de julho de 2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão, é considerada um marco na defesa e proteção dos direitos da Pessoa com deficiência, pois traz esperança de profundas modificações no trato a vários aspectos concernentes à vida dessas pessoas.

Também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, este diploma legal teve por objetivo a efetivação da inclusão social e da cidadania de tal parcela da população, em igualdade de condições com as demais pessoas, por meio de mecanismos legais que protegem direitos fundamentais e liberdades individuais, resguardo sua fruição através de ações afirmativas.

A ênfase é em reforçar e implantação de políticas públicas nas áreas da saúde, trabalho, educação, infraestrutura urbana, esporte e cultura. Estabelece a criação do Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência e contempla o aspecto socioeconômico ao implantar o auxílio-cidadão.

A seguir serão comentados os conteúdos mais relevantes ao presente estudo.

Em seu artigo 6º traz inovações acerca da capacidade civil da pessoa com deficiência, sendo garantida, inclusive para casar-se, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos – incluindo o planejamento familiar e direito à conservação de sua fertilidade -, exercício de seu direito à família e convivência com esta e com a comunidade, exercício de guarda, curatela e adoção – como adotante ou adotando – em igualdade de condições com as demais pessoas.

O regime das capacidades civis das pessoas com deficiência foi modificado retirando-se deste rol os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Apenas permaneceu a presunção de incapacidade aos menores de 16 anos.

Em relação à capacidade relativa, a Lei 13.146/2015 inovou, excluindo os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

A partir deste marco legal, a incapacidade para os atos da vida civil, e a conseqüente necessidade de curatela, deverá ser feita através de determinação judicial, após entrevista pessoal de equipe multidisciplinar que auxiliará o juiz. Este deverá, em sua decisão, considerando as potencialidades da pessoa, determinar os limites da curatela, indicando o curador. Tal indicação deverá levar em consideração a vontade e as preferências do interditando, ressalvados seus interesses.

A curatela poderá ser compartilhada a mais de uma pessoa e àqueles que não puderem exprimir sua vontade, por causa transitória

ou permanente, deverão receber todo o apoio para que se preserve a convivência familiar e comunitária, evitando seu recolhimento em estabelecimento que o segregue.

Os artigos 84 a 87 do diploma em questão tratam do direito ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência em igualdade de condições e da curatela. Esta será submetida na forma da lei, constituindo-se medida protetiva extraordinária e proporcional às necessidades e circunstâncias do caso, devendo durar pelo menor tempo possível, afetando apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial.

É estabelecido o instituto da decisão apoiada. Esta se trata do meio pelo qual a pessoa com deficiência seleciona duas pessoas idôneas de sua confiança, com as quais mantenha vínculos para apoiar na tomada de decisão sobre atos da vida civil com vistas a que ele exerça sua capacidade. Para tanto a pessoa a ser apoiada deve ser apresentar um termo no qual conste a indicação expressa das pessoas aptas a prestar o apoio, os limites do apoio a ser oferecido, os compromissos dos apoiadores e prazo de vigência. A decisão do juiz se fará mediante entrevista pessoal do requerente e dos possíveis prestadores do apoio, após oitiva do Ministério Público, sob assistência de equipe multidisciplinar e terá validade contra terceiros, dentro dos limites do apoio acordado, sendo que os últimos poderão solicitar a contra-assinatura dos apoiadores, especificando sua função em relação ao apoiado, em contrato ou acordo firmado com o requerente.

No que tange à saúde, reitera o disposto na Constituição da República, conforme Título II, Capítulo III, artigos 18 a 26, reafirmando a o direito à saúde como fundamental e estabelecendo o direito de participação da pessoa com deficiência não só na formulação das políticas públicas destinadas a essa parcela da população, mas também

de toda e qualquer decisão relacionada à sua própria saúde, incluindo permissão para tratamentos cirúrgicos entre outras intervenções, sempre enfatizando a prioridade em seu atendimento e de fornecimento das tecnologias necessárias ao atendimento de suas necessidades.

O referido diploma legal reiterou a garantia à atenção integral através do SUS à pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, sua participação na elaboração das políticas de saúde, atendimento segundo normas éticas e técnicas para regulamentar a atuação dos profissionais de saúde os quais devem ser capacitados continuamente.

Os serviços e ações destinados a esta parcela da população devem assegurar atuação de equipe multidisciplinar para diagnóstico e intervenção precoces, habilitação e reabilitação em todos os níveis, mantendo a saúde e qualidade de vida, atendimento domiciliar, ambulatorial e de internação, campanhas de vacinação, atendimento psicológico extensível aos familiares e acompanhantes, respeito à especificidade de gênero e à orientação sexual, atenção sexual e reprodutiva, incluindo fertilização assistida, direito à informação adequada e acessível, serviços projetados para prevenir deficiências e agravos adicionais, promoção de estratégias de capacitação às equipes multidisciplinares e aos cuidadores, oferta de órteses e próteses e outras ajudas técnicas, além de insumos e medicamentos, fórmulas nutricionais, conforme normas do Ministério da Saúde.

As instituições privadas participantes de forma complementar do SUS são obrigadas a seguir as diretrizes acima e, quando atenderem às pessoas com deficiência em âmbito privado, devem dar a estas o mesmo tratamento e acesso dados aos demais usuários.

O SUS deve desenvolver ações destinadas à prevenção de deficiências através do acompanhamento da gravidez, parto e puerpério, garantindo o parto humanizado; da promoção de práticas alimentares adequadas e saudáveis, propiciando vigilância alimentar e nutricional à mulher e à criança; do aprimoramento e expansão de programas de imunização; identificação da gestante de alto risco.

É garantido à pessoa com deficiência internada ou que tenha que realizar tratamento fora do domicílio o direito a transporte, acomodações e alimentação, inclusive a seu acompanhante.

Proíbem-se todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive no que se refere a cobranças diferenciadas por planos de saúde. Assim como deve ser garantido seu acesso aos serviços de saúde públicos e privados, estando assegurada a remoção de barreiras por meio de projetos arquitetônicos de ambientação de interior e de comunicação, e o acesso a todas as informações adquiridas ou prestadas através de recursos de tecnologia assistiva.

5. TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Segundo Fredie Didier (2015), a jurisdição é a realização do Direito de modo imperativo e reconstrutivo realizada por um terceiro imparcial com o objetivo de reconhecer/efetivar/proteger situações jurídicas concretamente deduzidas e que produzam decisões aptas a se tornarem indiscutíveis.

Jurisdição é, portanto, a forma de dar efetividade ao Direito com vistas a proteger direitos em confronto. Trata-se de decisão por terceiro imparcial o qual reconstrói a norma jurídica de acordo com o caso concreto.

O modelo de Estado vem se modificando continuamente e a jurisdição deve acompanhar tais transformações, principalmente no que se refere à força normativa da Constituição e ao desenvolvimento da teoria jurídica dos direitos fundamentais,

O fortalecimento do Estado de Direito trouxe a prerrogativa de monopólio da função jurisdicional na qual o próprio Estado é responsável pela aplicação das normas jurídicas e interpretação e adequação destas e dos princípios à resolução das controvérsias.

Assim, no que tange ao direito fundamental à Saúde, cabe ao Poder Público o dever de fornecer não apenas medicamentos, mas também os tratamentos, incluindo exames e cirurgias e ajudas técnicas que se fizerem necessários à efetivação do direito fundamental à saúde.

5.1. A PROTEÇÃO À SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

Para Reissinger (2008) o direito a saúde se refere à cidadania, não podendo ser confundido tão somente com ações assistencialistas. Defende políticas sociais abrangentes com a participação popular organizada politicamente para a conquista de direitos.

Portanto, o direito à saúde tem um caráter pleno relacionado à atenção global dos cidadãos e não a demandas individuais que nada somam na perspectiva coletiva. É necessária a participação popular organizada para desenvolver políticas públicas igualitárias. Não se pode anuir com o uso indiscriminado de ações judiciais que buscam a satisfação individual em detrimento dos interesses comuns.

Segundo a referida autora, o fato de a Constituição da República de 1988 ter caráter democrático trazer o direito à saúde como um direito individual fundamental não faz com que possa ser exigido do Estado todo e qualquer elemento que se julgue necessário para manter ou restabelecer a saúde. Este não foi o objetivo da reforma sanitária e nem a intenção do constituinte originário.

Tais prestações somente poderão ser garantidas quando as desigualdades sociais forem minimizadas e for possível à parcela mais carente da população o acesso aos medicamentos e tratamentos dispendiosos, pois esse mesmo dispositivo legal preceitua a atuação do sistema privado de forma complementar à saúde.

Desta forma, os que puderem arcar com tais custos, contratando um plano de saúde privado, não devem sobrecarregar o Sistema Único de Saúde com suas demandas.

A referida autora questiona uma tendência iniciada desde a elevação da saúde a direito social: a de o cidadão poder exigir uma prestação pelo Poder Executivo, conforme o art. 196 da CR/88, transformando-o em devedor de uma obrigação que poderá ser requerida judicialmente.

Tal diagnóstico é feito levando-se em consideração a vocação normativista e positivista demonstrada pelo Poder Judiciário. A adoção de procedimentos formais de natureza individualista, afeitos ao Direito Privado, às demandas envolvendo a apreciação e aplicação de direitos fundamentais tem consequências deletérias à sociedade como todo e, principalmente, aos cidadãos que dependem do Estado para ter acesso à saúde.

A referida autora ainda preleciona que esta distorção se opera, pois tais juristas entendem os direitos fundamentais sociais, definidos

no texto constitucional, da forma como recomenda o art. 189 do Código Civil de 2002 em combinação ao § 1º, do art. 5º e inciso XXXV da Constituição da República de 1988, ou seja, como obrigação do Estado em corrigir violação de direito cuja aplicação é imediata, sem que o Judiciário possa se furtar em sua análise.

Além dos dispositivos legais expostos acima, também são trazido à baila o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, O qual determina a atuação do juiz com base na analogia, no costume e nos princípios gerais de direito.

Considerando o acima disposto, Reissinger alerta para o erro de tais interpretações, pois “[...] nem todo direito fundamental social é considerado direito público subjetivo”(REISSINGER, 2008 p. 41), pois se assim o fossem não haveria desemprego nem falta de moradia, já que estes são outros exemplos de direitos sociais constantes da CR/88.

Refere-se à parte da doutrina que admite serem os direitos sociais normas programáticas e não direitos subjetivos. Frente a esse posicionamento, não poderiam ser auto aplicáveis, mas dependeriam de outras normas infraconstitucionais que as regulamentassem.

Esta acepção baseia-se na estrutura jurídico-normativa de tais dispositivos, que são “[...] a expressão de uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, não apontando os meios que devam ser adotados para atingi-la.” (REISSINGER, 2008 p. 47). Não há, portanto como delimitar seu alcance, sendo inexigível ao Estado contemplar todas as suas variantes de maneira individualizada. Esta função seria, no caso do Direito à saúde, das Leis 8.080 e 8.142, as quais se voltam às políticas públicas e formas de

assistência da coletividade, uma vez que o exercício de tal direito exige gastos públicos e estes devem ser aprovados pelo Poder Legislativo.

Ao analisar a os direitos sociais, dos quais o Direito à Saúde faz parte, Cândice L. Alves (2013) critica a corrente doutrinária defensora do mínimo existencial como definidor de sua fundamentalidade.

Segundo a referida autora, tais direitos são garantidos historicamente e representam condições primordiais para uma vida digna, não podendo ser reduzidos ao mínimo existencial, pois foram positivados após embates históricos.

Rechaça a absolutização de tais direitos, mas observa que alguns deles e encerram em seu conteúdo, ao mesmo tempo, direitos do homem e direitos fundamentais e são, por isso, merecedores de proteção mais intensa. É o caso do Direito à saúde.

Corroborar a existência de duas correntes doutrinárias acerca da concepção dos direitos sociais: como direitos subjetivos, ou seja, diretamente obrigatórios a partir do texto legal ou dependentes de outro instrumento que lhe dê efetividade.

Em relação à segunda há possibilidade de os direitos sociais se efetivarem através do caráter objetivo das normas através da qual foram criadas, da interpretação extensiva de outro direito fundamental ou estaria vinculado à política pública correspondente.

Questão importante levantada por Alves (2013) é o conflito entre considerar a necessidade de políticas públicas para assegurar a saúde, o que faz com que esta seja uma questão política de competência dos Poderes Legislativo e Executivo tão somente e considerá-la como direito fundamental, o que legitima o Poder Judiciário a atuar solucionando conflitos e resguardando a eficácia de tal direito de forma direta ao cidadão.

Ressalta-se a discussão acerca da Lei 12.041/2011 que modificou a redação da lei 8.080/90 incluindo o parágrafo 19-T. Este proíbe o pagamento de tratamentos experimentais e o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa. (BRASIL, 1990)

Para a referida autora, uma vez que a CR/88 não delimita o teor dos tratamentos oferecidos pelo SUS, à lei em comento configura restrição a direito constitucional social e estes devem ser aplicados progressivamente.

Tal situação atinge diretamente a pessoa com deficiência, uma vez que, apesar de haver grande variedade de legislações e estatutos garantindo seus direitos como coletividade, na prática não se percebe sua consumação.

A consequência dessa falta de efetividade de cumprimento legal e de políticas públicas é a busca de tais direitos no âmbito jurisdicional.

5.2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Conforme o disposto, a questão enfrentada a partir da positivação das garantias constitucionais passou a ser a efetiva concessão de tais direitos.

Como já visto anteriormente, o Sistema Único de Saúde (SUS) objetiva a organização e disponibilização de serviços de saúde em todos os níveis de assistência com resolutividade e eficácia, sendo tal função que ser exercida em nível do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal.

Para compreender o tema da Judicialização da Saúde, devemos nos ater a alguns conceitos como a garantia estatal do mínimo existencial e da reserva do possível.

Reissinger (2008) afirma que:

O mínimo existencial tem sido compreendido como o conjunto de prestações materiais, garantido pelo Estado, indispensáveis para assegurar aos indivíduos uma vida digna. Seu fundamento está nas condições para o exercício da liberdade, pois sem o mínimo necessário à sobrevivência, o homem não tem, sequer, as condições iniciais da liberdade. A saúde é elemento imprescindível para a dignidade de qualquer ser humano, sem a qual não há como desfrutar do direito de liberdade. (REISSINGER, 2008 p. 56)

A referida autora constata que, apesar de não haver garantia do mínimo existencial literalmente expresso na CR/88, os direitos sociais englobam tais garantias.

Porém, tal garantia esbarra em questões de cunho financeiro, já que os recursos desta ordem são limitados e as necessidades ilimitadas. O Estado não é capaz de atender a todos os objetivos de todas as pessoas ao mesmo tempo. Há, portanto, que se racionalizar os gastos de forma a atender à maior parcela da população.

O descrito acima se refere à reserva do possível, que deve ser entendida como a necessidade de disponibilidade de recursos para atendimento a direitos subjetivos de prestações materiais, razão esta de se entender que o Poder Judiciário não deve analisar direitos

fundamentais sociais, já que este não compete decidir sobre a disponibilidade orçamentária, a qual se encontra na seara das decisões políticas.

Por esta razão, entende a referida autora, que decisões judiciais que obrigam o Estado a fornecer toda a sorte de medicamentos, equipamentos e tratamentos de saúde, por considerar o direito à saúde como individual, são deletérias a ordem financeira estatal, pois o ente público não está preparado para tais gastos por tê-los previsto.

De outra maneira, caso reste comprovado que o Estado se omitiu em garantir o mínimo de recursos previstos constitucionalmente para a saúde pública o Judiciário deverá intervir no sentido de manter serviços indispensáveis. O magistrado deve ter cautela ao se deparar com situações dessa ordem, verificando se provimento requerido é razoável em relação ao que se pode esperar por parte do Estado.

Para ser reconhecida a efetividade dos direitos fundamentais sociais, segundo Alves (2013), dois elementos são necessários: a) que o serviço de saúde seja efetivamente prestado, conforme o art. 196 da CR/88; b) que o cidadão ser reconheça como protagonista na construção e gestão das políticas públicas de saúde.

Na ausência de tais elementos, é necessário recorrer ao Poder Judiciário para efetivar o direito fundamental à saúde.

A judicialização não é um movimento prioritário, mas subsidiário. Ou seja, apenas quando os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem com suas funções, em especial em relação à concretização dos direitos fundamentais sociais, é que há a necessidade de que assuntos primariamente políticos sejam decididos pelo Judiciário. (ALVES, 2013 p.22)

A judicialização somente deve se efetuar na ausência do cumprimento das funções do Estado em garantir o cumprimento dos mandamentos constitucionais relativas a esses direitos.

A judicialização é uma faceta do embate político pela luta em prol da efetividade do direito à saúde, mas que, para realizar-se de forma plena, deve entrelaçar-se com as demais. Por outra via, a judicialização é a exteriorização do deslocamento de competência quanto às decisões políticas sobre saúde, que apenas legitima-se ante a incoerência de ações dos demais poderes, em relação àquelas atividades que lhe são inerentes ou, de outro giro, são deveres institucionais deles. (ALVES, 2013, p.21)

Neste sentido, o deslocamento de competência – do Poder Executivo ao Poder Judiciário –, respeita direito constitucional de busca pela tutela jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a lesão de direito, visando fazer cumprir um direito fundamental que a próprio poder constituinte de 1988 asseverou como sendo de responsabilidade do Poder Estatal.

Tal ocorre por necessidade de resolução de um caso específico no qual de um lado está o cidadão, hipossuficiente, que necessita de uma prestação (medicamento, cirurgia, equipamento, órtese, prótese, etc) e de outro o Poder Público ou prestador de serviço de saúde que negou tal prestação.

Luiz Roberto Barroso (2009) admite a relação íntima entre judicialização e ativismo judicial, porém diferencia esses institutos em suas origens.

Apesar de derivarem das mesmas causas imediatas a judicialização é circunstância que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil a qual obriga o magistrado a decidir baseado em seu conteúdo. Caso possa se deduzir uma pretensão baseada em norma constitucional, deve o juiz conhecer dela.

O ativismo judicial, conforme observação do autor, é uma faculdade do magistrado; uma escolha, um modo proativo de interpretar o texto constitucional, que expande seu alcance em casos em que há inércia do poder Legislativo.

Segundo o referido autor, nesta categoria se encontram as decisões que impõem condutas ou abstenções por parte do Poder Público no tocante ao fornecimento de medicamentos e determinação de terapias.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2015), desenvolveu estudo multicêntrico em 2013, o qual teve abrangência nacional, e analisou o cenário da judicialização da saúde e a política judiciária de saúde, coletando e analisando dados qualitativos e quantitativos quanto às relações definidas entre o Poder Judiciário, a sociedade e a gestão da saúde com base nos métodos de efetivação do direito à saúde.

O referido estudo teve três objetivos: o de estabelecer um perfil das demandas em saúde pública e suplementar no Brasil, analisar os conteúdos, concepções e sentidos dados ao direito à saúde e as formas de sua efetivação dada pelos “atores jurídicos e políticos” e por fim a experiência específica de interação entre o Judiciário e instituições sociais desenvolvidas para efetivação do direito à saúde.

É afirmado:

Durante algum tempo, esta atuação judicial esteve fortemente orientada pelo convencimento pessoal dos magistrados pelo Brasil afora. Em regra, as decisões judiciais não tinham uma sólida padronização dos limites da decisão judicial ou não traziam uma discussão mais aprofundada sobre as questões específicas de saúde. Isto fez que os magistrados decidissem com frequência de maneira “solitária” as demandas de saúde apresentadas. O

resultado foi uma ampliação decisiva dos serviços de saúde pela via judicial, e um dos exemplos mais paradigmáticos dessa “virada judicial” foi o reconhecimento do dever do Estado de concessão de antirretrovirais para portadores de HIV/Aids (CNJ, 2015 p.10)

O estudo afirma ter o CNJ estimulado os tribunais a celebrarem convênios com instituições locais visando buscar apoio técnico (médico, farmacêutico, etc) para auxiliar na exame de demandas relacionadas à saúde através das recomendações 31 e 36.

Aponta para os atributos do direito à saúde, quais sejam: regularidade, continuidade e qualidade, afirmando que cabe ao Poder Judiciário, juntamente com os outros Poderes, a criação de um sistema integrado de controle e efetivação dos mesmos, oportunizando a criação de políticas públicas contínuas.

Além disso, estabeleceu algumas condutas por parte dos magistrados, tais como: valorizar a instrução das ações com relatórios médicos nos quais a doença seja descrita pormenorizadamente, evitar autorização de medicamentos não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, ouvir os gestores antes da apreciação de medidas de urgência, incluir a legislação referente ao direito sanitário nos programas de concurso da magistratura, promover visitas técnicas aos magistrados.

Os resultados obtidos constataram que a maioria das demandas discute os aspectos curativos da saúde e menos os preventivos, evidenciando um enfoque parcial perante à diversidade de ações e serviços de saúde que devem ser prestadas pelo Poder Público.

Além disso, a maioria das ações versa sobre direitos individuais, reforçando a idéia de microlitigação, o que causa dificuldades tanto ao

Judiciário, quanto às partes e também à forma de gestão pública da saúde, sendo o deferimento de antecipação de tutela foi dado sem requerimento de informações adicionais, sendo os mesmos confirmados em sede de recurso.

Ademais, o estudo demonstra que os julgados relacionados ao direito à saúde fizeram pouca menção ou adotaram as posições dadas na Audiência Pública do STF e nas recomendações do CNJ. Tais julgados, formam omissos em relação às discussões feitas pelos Fóruns e aos Comitês Estaduais de Saúde;

Como conclusões tal estudo trouxe várias estratégias tais como: manter um diálogo equilibrado entre as instituições extrajudiciais, objetivando estabelecer pactos para atuação conjunta com os gestores de saúde locais, valorizar a extrajudicialidade nas demandas, desenvolver o diálogo institucional com os gestores de saúde com vistas a desenvolver estratégias possíveis para a efetivação desse direito.

Conclui ainda que a vontade política e o compromisso desses personagens contribui para o desenvolvimento dos projetos, portanto as transições governamentais podem impactar em seu sucesso.

O estudo aponta ainda que a saúde deve ser considerada como direito abrangente e multifacetado, afastando a visão medicalizada, desenvolvendo um diálogo multiprofissional e interdisciplinar que vise contribuir com a decisão do magistrado. Esta não pode ser condicionada unicamente por argumentos econômicos restritivos, uma vez que é realmente dever do Estado efetivar direitos e promover políticas públicas de forma plena. Tal alegação não pode ser considerada sem nenhum dado concreto acerca da real falta de

recursos e da forma como estão alocados, apesar de não se negar a existência de municípios ou estados com sérios problemas financeiros. Decerto, deve ser considerado com seriedade e cautela pelo Judiciário.

Deve-se preconizar mecanismos participativos que envolvam a participação social na efetivação do direito à saúde de forma coletiva, através dos Conselhos e Conferências e Conferências de Saúde, Fórum Nacional e Comitês estaduais, pois a falta desse diálogo pode fortalecer o deslocamento das discussões no âmbito do Judiciário.

A partir do momento em que tais medidas estiverem estabelecidas, a máquina passará a funcionar independentemente da necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para a resolução de controvérsias.

Tal realidade ainda se encontra no âmbito do ideal, a realidade atual das pessoas com deficiência é diversa e ainda pior quando se trata de pessoas de baixa renda, pois ainda que não seja a forma mais adequada de busca por direitos, deve-se perceber que a saúde, muitas vezes, não pode aguardar, sua resolução é urgente e ultrapassa conceitos jurídicos. A sensação de não pertencimento e até de invisibilidade vivenciada diuturnamente pela pessoa com deficiência, se não justifica a busca do Judiciário, ao menos deveria incitar a busca de efetivação da legislação já posta, para que o sistema de saúde estivesse melhor preparado, nos quesitos econômico e organizacional, para abranger tais necessidades.

4.3 FORMAS DE ACESSO À JURISDIÇÃO PARA PROTEÇÃO DA SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A seguir serão apreciados os tipos de ações usuais na perspectiva da judicialização da saúde.

Reissinger (2008) sustenta que as ações que visam tutelar o direito à saúde devem, preferencialmente, ter caráter coletivo, já que são considerados direitos fundamentais sociais, buscam a justiça social através da diminuição das desigualdades sociais, abrangendo o maior número possível de pessoas. Porém nada impede que o indivíduo possa recorrer a ações individuais, uma vez que trata-se de direito subjetivo.

Pelo descrito acima, critica a interpretação que induz ao uso de ações individuais pois estas fogem ao escopo social do direito à saúde. Muitas são propostas pelo rito ordinário pleiteando o adimplemento de um direito obrigacional ou de propriedade, normalmente com pedido de tutela antecipada ou através de mandado de segurança. Outras ações individuais utilizadas são o *habeas corpus* individual, o *habeas data* individual ou o mandado de injunção individual.

As ações coletivas, como já dito segundo a referida autora, são as mais viáveis para atingir a finalidade a que se destinam os direitos sociais. Dentre elas está o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da CR/88.

Os legitimados ativos são os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as organizações sindicais, entidades de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Tem por finalidade impossibilitar a execução de ameaça contra direito ou anular ato ilegal violador de direito.

O mandado de injunção coletivo (art. 5º, LXXI, da CR/88) é, segundo Reissinger, um instrumento processual, através do qual se efetiva um direito social quando inexistente norma regulamentadora, tem

como legitimados ativos os sindicatos e entidades de classe e sua sentença tem efeito *inter partes*.

Tal remédio constitucional pode ser utilizado quando da ausência total ou parcial de políticas públicas ou econômicas que impeçam a fruição do direito à saúde, conforme regra que se extrai do art. 196 da CR/88. Tem a finalidade de concretizar um direito.

Também citada pela referida autora, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista na Constituição da República, em seu art. 102, I, *a*, combinado com o art. 103, § 2º. Tem por finalidade advertir o poder público (Legislativo e Executivo) para que pratique o ato necessário, a fim de dar plena eficácia à norma constitucional. O efeito de sua sentença é *erga omnes*.

Em adição, há a ação civil pública a qual, visa suprir à omissão ou lacuna de políticas públicas, entre outras finalidades, utilizando medidas judiciais cujo escopo é a defesa dos interesses ou direitos difusa e para a proteção de interesses coletivos. Tem como legitimados ativos: Defensoria Pública (Lei n. 11.448, que alterou o art. 5º da Lei n. 7.347/85), Ministério Público (art. 129, III, da CR/88 e Lei n. 7.347/85), União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação civil legalmente constituída há pelo menos um ano e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção aos interesses difusos e coletivos.

Em estudo realizado por Andrade e outros em 2010 acerca da judicialização da saúde em Minas Gerais (ANDRADE et al, 2010), foi examinado o perfil de ações ajuizadas entre 1999 a 2009 com esse objeto.

Para tanto, foram pesquisados 6112 processos referentes a pedidos de fornecimento de medicamentos, procedimentos e produtos em Minas Gerais.

Aterremo-nos aos tipos de ações utilizadas para tais demandas.

O tipo de ação mais utilizada foi a ordinária (66,2%). Apenas 7,4% dos casos teve caráter coletivo. Até 2003 a ação mais utilizada foi o Mandado de Segurança (43,6% dos casos), passando para 14,5 % dos casos analisados no final do período. Houve pedido de liminar em 98,9% dos processos, 78,4% foram deferidos totalmente e 2,9% deferidos parcialmente. Cerca de 5% dos pedidos deferidos (total ou parcialmente) foram suspensos, após recurso do ente público condenado ao fornecimento. O Estado figurou como réu em todos os processos e na maior parte das vezes esteve acompanhado de outro ente da federação.

A utilização de liminares foi de 98,9%, já que normalmente tratam de situações emergenciais. Neste diapasão, restou demonstrado que houve redução no número de concessões com o passar dos anos em análise e houve aumento do índice de indeferimento e suspensão de liminares após o recurso a partir de 2003, aumento este atribuído pelos autores pelo aumento de auxílio técnico oferecido aos magistrados, resultando em maior rigor do Judiciário perante a estas questões.

Consoante o que já foi citado verifica-se que houve um redirecionamento da esfera pública para a privada, tanto no que tange ao direito à saúde quanto no que tange às demandas.

Novamente pode-se afirmar que a ausência de políticas públicas efetivas que contemplem o direito à saúde das pessoas com

deficiência, mesmo havendo abundância de legislação, cria tal efeito: o da busca por elementos que auxiliem na qualidade e manutenção da vida dessas pessoas.

A seguir analisaremos exemplos de julgados que ilustram tais necessidades, as quais superam o oferecimento de medicamentos.

4.4 TIPOS DE DEMANDAS RELACIONADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

É sabido que as demandas das pessoas portadoras de deficiência vai além da necessidade de fornecimento de medicamentos, porém estas são as demandas mais comumente analisadas nos estudos que envolvem o direito à saúde.

Outro tipo de demanda muito comum é o pedido de home care, ou seja, cuidados especiais no ambiente domiciliar. Muito comumente o pólo passivo são as operadoras de Planos de Saúde que muitas vezes negam tais pedidos aos contratantes.

Em se tratando de deficiências, há a mais variada gama de dispositivos e insumos dos quais o indivíduo com deficiência pode necessitar. Desde os mais diversos tipos de sondas, cadeiras adaptadas, até respiradores portáteis.

Muitas vezes, tratamentos cirúrgicos são necessários para corrigir malformações e possibilitar o uso de órteses ou próteses. Há ainda dispositivos que permitem a comunicação de pessoas através de computadores, colchões especiais que evitam lesões de decúbito (úlceras), mecanismos que permitem o transporte de pessoas (cadeiras, guindastes portáteis), entre muitos outros.

Adiante alguns exemplos de demandas neste sentido:

Inicialmente apresenta-se julgado de 29 de outubro de 2014 da 3ª Turma Cível do TJ/DF (RMO: 20130110469885 DF 0002418-31.2013.8.07.0018), acerca de pedido de remessa oficial para reexame necessário de demanda envolvendo o fornecimento de cadeira de rodas motorizada à portadora de paraplegia. A mesma foi conhecida e não provida sob o argumento de salvaguardar o direito fundamental à saúde e liberdade de locomoção, conforme Decreto nº 6949/2009, além dos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

A seguir, decisão da 3ª Câmara de Direito Público TJ-PE (AI: 4017658 PE) de 02 de 2016 acerca de Agravo de Instrumento contra antecipação de tutela concedendo Home Care (internamento domiciliar) a criança portadora de doença neuromuscular com quadro clínico com perfil de alta complexidade. O mesmo não foi provido devido às condições singulares do caso em tela, quais sejam estado de necessidade e exigência de preservação da vida humana:

Em continuidade, acórdão da 3ª Câmara de Direito Público da TJ-PE (AGV: 3747053 PE), de 26 de maio de 2015, negando provimento a Agravo de Instrumento contra decisão que obrigou o Estado de Pernambuco a fornecer BIPAP a favor de menor portadora de doença neuromuscular e pneumonia associada.

Por último, decisão de 20 de agosto de 2015 que negou provimento a Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública combinada com pedido liminar e obrigação de fazer face ao Estado do Maranhão, julgado pela 3ª Câmara Cível TJ-MA (AI: 0203762015 MA 0003538-14.2015.8.10.0000) o qual impôs o custeio de cirurgia ortopédica e demais despesas além de ajudas técnicas específicas à pessoa com deficiência, apontando o texto constitucional e rechaçando o argumento da reserva do possível.

A saúde como direito fundamental social, o princípio da dignidade da pessoa humana e a obrigação constitucional do Estado em prover a saúde de forma equânime e igualitária são algumas das justificativas utilizadas para deferir ou manter o deferimento dos pedidos realizados, negando os recursos.

Importante ressaltar que muitas vezes a morosidade em se deferir tais medidas pode ofender tais princípios, o que é vivenciado diuturnamente pela pessoa com deficiência a se demonstrar pelo julgado RMO: 20130110469885 DF 0002418-31.2013.8.07.0018 (DISTRITO FEDERAL, 2014) no qual restou provado que a reclamante aguardou por três anos por uma cadeira de rodas, porém se deve salientar que as decisões descritas acima têm mero caráter ilustrativo no que se refere aos tipos de demandas possíveis de serem movidas pelas pessoas portadoras de deficiência. Estudos mais avançados e pormenorizados são necessários para investigar a incidência de julgados versando sobre cada tipo de pedido, a exemplo do estudo citado acima realizado por Andrade (2010).

Deve-se ter em mente que a pessoa com deficiência, na maior parte das vezes, possui necessidades especiais em relação à manutenção de sua saúde. Muitas vezes essas pessoas são acometidas por doenças raras, capazes de tornar impossível a vida se medidas urgentes não forem tomadas, o que justifica a adoção de um olhar diferenciado em relação às suas demandas judiciais.

Conforme o que foi descrito anteriormente, o perfil das decisões judiciais mostra uma tendência de restringir a concessão de pedidos relacionados à saúde. Em parte pela atuação do CNJ que passou a buscar melhor embasamento para tais decisões, através da atuação de profissionais especializados que auxiliam o magistrado a verificar caso a caso a necessidade de tais medidas.

Tanto mais importante será a análise de futuros julgados, frente às mudanças preconizadas pelo CNJ para os casos relacionados ao direito à saúde, principalmente sob a égide no NCPC, o qual trouxe mudanças no caráter das medidas liminares as quais poderão se dar de forma antecedente ao processo.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo abordar a tutela jurisdicional à saúde da pessoa com deficiência.

A partir dos conceitos inaugurais, passou-se a analisar o texto constitucional no art. 196 e seguintes e a legislação específica relativamente à saúde: as leis 8.080/90 e 8.142/90, as quais regulamentaram o SUS (Sistema Único de Saúde).

Tais diplomas legais trazem o conceito de saúde, a forma como devem ser ofertados esses serviços, o papel dos Estados e Municípios nestes serviços e o caráter fundamental da saúde como direito social.

O texto constitucional ainda, se refere à saúde como direito de todos e dever do Estado, o qual deve ser garantido de forma universal, igualitária, integral e equânime, mediante políticas públicas, sociais e econômicas com vistas à redução do risco de doença e outros agravos, através dos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, responsabilizando o Poder Público por sua guarda e manutenção.

No que se referiam à saúde, outros documentos foram analisados, como a Constituição da Organização Mundial da Saúde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Decreto 591 de

06 de julho de 1992 que ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica. Todos eles identificando a saúde como um estado de bem estar biopsicossocial e como direito fundamental social.

A seguir a legislação específica relacionada à saúde da pessoa com deficiência foi estudada a Lei n.º 7.853 de 24 de Outubro de 1989, o Decreto 3.298 de 20 de Dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, o Manual de legislação em saúde da pessoa com deficiência do Ministério da Saúde de (2008), o Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a Lei 7.612 de 17 de novembro de 2011, além do próprio texto constitucional, em seu art. 23, a lei 8.080/90.

Ao final, analisou-se a Lei Federal 13.146 de 06 de julho de 2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão, considerada um marco na defesa e proteção dos direitos da Pessoa com deficiência. Entrou em vigor em 06 de julho de 2016 trazendo esperança de profundas modificações no trato a vários aspectos concernentes à vida dessas pessoas.

Um deles foi a retirada da pessoa com deficiência do rol de indivíduos presumivelmente incapazes e garantida a todos para casar-se, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos o que pode impactar diretamente na forma de busca à jurisdição, uma vez que a incapacidade para os atos da vida civil, e a conseqüente necessidade de curatela, deverá ser feita através de determinação judicial, após entrevista pessoal de equipe multidisciplinar que auxiliará o juiz.

Outro instituto advindo desta lei que pode impactar na tutela jurisdicional é o da o instituto da decisão compartilhada a qual é uma faculdade da pessoa com deficiência.

Em se tratando da saúde, o referido diploma legal reitera o conteúdo das legislações anteriormente abordadas, dando ênfase ao dever de igualdade no trato a essas pessoas, ao oferecimento de serviços específicos e de qualidade, vedando quaisquer formas de discriminação e, principalmente, afirmando a necessidade de participação da pessoa com deficiência na tomada de decisões acerca de si individualmente ou coletivamente através das políticas públicas específicas.

Como se pode notar, a legislação relacionada à saúde e à sua proteção, promoção e cura é vasta e, no que se refere especificamente à pessoa com deficiência, também é bastante vultosa. Há políticas públicas específicas para a proteção dessa parcela da população e previsão legal de oferta de serviços de qualidade com atendimento igualitário e abrangente. A questão que surge é: Tais serviços e políticas públicas têm sido ofertadas de maneira efetiva?

Há os que defendam e os que critiquem o fenômeno da Judicialização da Saúde.

Reissinger (2008) considera que o direito à saúde tem um caráter pleno relacionado à atenção global dos cidadãos e não a demandas individuais que nada somam na perspectiva coletiva, se fazendo necessária a participação popular organizada para desenvolver políticas públicas igualitárias. Não se pode anuir com o uso indiscriminado de ações judiciais que buscam a satisfação individual em detrimento dos interesses comuns.

Crítica vocação normativista e positivista demonstrada pelo Poder Judiciário que adota procedimentos formais de natureza individualista, afeitos ao Direito Privado, às demandas envolvendo a apreciação e aplicação de direitos fundamentais. Por esta razão, entende, que decisões judiciais que obrigam o Estado a fornecer toda a sorte de medicamentos, equipamentos e tratamentos de saúde, por considerar o direito à saúde como individual, são deletérias a ordem financeira estatal, pois o ente público não está preparado para tais gastos por tê-los previsto, portanto o magistrado deve ter cautela ao se deparar com situações dessa ordem, verificando se provimento requerido é razoável em relação ao que se pode esperar por parte do Estado.

Já Alves (2013) afirma que judicialização somente deve se efetuar na ausência do cumprimento das funções do Estado em garantir o cumprimento dos mandamentos constitucionais relativos a esses direitos. Trata-se de um deslocamento de competências visando o respeito a um direito constitucional de busca pela tutela jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a lesão de direito, visando fazer cumprir um direito fundamental que a próprio poder constituinte de 1988 asseverou como sendo de responsabilidade do Poder Estatal.

O próprio Poder Judiciário tem buscado investigar o fenômeno da judicialização, tanto que O CNJ publicou um estudo em 2015 o qual coletou dados em diversos Estados do Brasil, analisando as práticas e os resultados obtidos em relação a tais demandas.

A conclusão foi a de que importância de se desenvolver iniciativas que aproximem o Judiciário e os espaços participativos da saúde para a efetivação do direito à saúde, enfatizando-a como política de Estado e não de Governo, ou seja, dando continuidade a tais políticas, além da capacitação dos magistrados a partir de equipes consultivas técnicas

de caráter multidisciplinar, visando melhor embasar e analisar as demandas.

Reiterando os resultados do estudo do CNJ (2015), Reissinger (2008) já havia sustentado que as ações que visam tutelar o direito à saúde devem, preferencialmente, ter caráter coletivo, já que são considerados direitos fundamentais sociais, buscam a justiça social através da diminuição das desigualdades sociais, abrangendo o maior número possível de pessoas. Porém nada impede que o indivíduo possa recorrer a ações individuais, uma vez que trata-se de direito subjetivo.

A tendência referida por Reissinger (2008) foi confirmada por Andrade et. al em 2010 em estudo acerca da judicialização da saúde em Minas Gerais entre 1999 a 2009. O tipo de ação mais utilizada foi a ordinária (66,2%). Apenas 7,4% dos casos teve caráter coletivo, verificando-se um redirecionamento da esfera pública para a privada, tanto no que tange ao direito à saúde quanto no que tange às demandas.

Talvez reforçando tal tendência, NCPC trouxe em seu bojo o instituto trouxe a figura da tutela antecipada em caráter antecedente cuja petição deve conter o requerimento da tutela antecipada e a indicação do pedido da tutela final, exposição da lide e do direito perquirido, além do perigo do dano ou ao resultado útil ao processo.

Uma vez deferida e não discutida pelo réu em sede de recurso, tem seus efeitos estabilizados, podendo ser rediscutida no prazo de dois anos por requerimento das partes.

Foram apresentados julgados que versavam sobre concessão de materiais e procedimentos diversos de medicamentos, buscando

ampliar a visão acerca das necessidades das pessoas com deficiência em se tratando de saúde.

Conclui-se que a ausência de políticas públicas efetivas que contemplem o direito à saúde das pessoas com deficiência, mesmo havendo abundância de legislação, cria o efeito de deslocamento de competência ao Poder Judiciário, o qual, muitas vezes está pouco preparado ou embasado para tomar uma decisão que efetive adequadamente o direito à saúde individual em detrimento do coletivo.

A possibilidade de um discurso inclusivo que oportunize o diálogo entre todos os representantes da sociedade, inclusive as pessoas com deficiência, poderá fazer com que melhores resultados sejam obtidos e as demandas individuais se reduzam enormemente.

Deve-se ter em mente que a pessoa com deficiência, na maior parte das vezes, possui necessidades especiais em relação à manutenção de sua saúde. Muitas vezes essas pessoas são acometidas por doenças raras, capazes de tornar impossível a vida se medidas urgentes não forem tomadas, o que justifica a adoção de um olhar diferenciado em relação às suas demandas judiciais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cândice Lisboa. **Direito fundamental à saúde**: uma análise da efetividade da saúde e do princípio da proibição do retrocesso social. 2013. 237 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito;

ANDRADE, Eli Iola Gurgel, et al. **A judicialização da saúde em Minas Gerais: perfil das ações judiciais de 1999 a 2009**. Brazilian political science review 4 (2010): 24-68;

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.** Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997 - 122 p;

BARBOSA Garcia, Gustavo Filipe. **Lei brasileira de inclusão modificações na capacidade jurídica da pessoa com deficiência.** Direito unifacs–debate virtual, n. 183, 2015;

BARROSO, Luís Roberto. **"Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática."** Anuario iberoamericano de justicia constitucional 13 (2009): 17-32;

BRANDÃO, Carlos Gomes. **Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde.** Cuiabá: 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/Processo_e_Tutela_Especificada_Direito_a_Saude.pdf> acesso em 10 abril 2016;

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm> Acesso em: 19 março 2016;

BRASIL. Casa civil. **Decreto no 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> acesso em: 19 abril 2016;

BRASIL. Casa Civil. **Decreto 3.298 de 20 de Dezembro de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm> Acesso em: 10 de abril 2016;

BRASIL. Casa Civil. **Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011..** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm> Acesso em: 10 de abril 2016;

BRASIL. Casa Civil. **Lei n.º 7.853 de 24 de Outubro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm> Acesso em: 10 de abril 2016;

BRASIL. Casa Civil. **Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 06 de Abril 2016;

BRASIL. Casa Civil. **Lei 8.142/90, de 28 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm> Acesso em: 06 de Abril 2016;

BRASIL. Casa civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acesso em: 19 maio 2016;

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde.** Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em:<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_pessoa_deficiencia.pdf> acesso em 10 de abril de 2016;

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Manual de legislação em saúde da pessoa com deficiência.** 2. ed. rev. atual. Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao_deficiencia.pdf> acesso em 10 de abril de 2016;

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. **Informe Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde.** v. 6, n. 1, jun. 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/periodicos/informe_CTI_Judicializacao.pdf> acesso em 29 de abril de 2016;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência.** Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> acesso em 15/04/2016;

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 1969. **Pacto de san José da costa rica.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> acesso em 10 de abril de 2016;

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17 ed. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015.(p. 61 – 191);

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17 ed. V. 2. Salvador: Juspodivum, 2015.(p. 561 – 627)

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **TJ-DF - RMO: 20130110469885 DF 0002418-31.2013.8.07.0018**, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 29/10/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/11/2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/150079360/remessa-de-oficio-rmo-20130110469885-df-0002418-3120138070018> > acesso em: 24 maio 2016;

LEAL, Luciana Nunes, THOMÉ, Clarissa. Brasil tem 45,6 milhões de deficientes. **Estadão**. 28 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-45-6-milhoes-de-deficientes,893424>> acesso em 10 de abril de 2016;

MARANHÃO. Tribunal de Justiça **TJ-MA - AI: 0203762015 MA 0003538-14.2015.8.10.0000**, Relator: CLEONES CARVALHO CUNHA, Data de Julgamento: 20/08/2015, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/08/2015). Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/223988675/agravo-de-instrumento-ai-203762015-ma-0003538-1420158100000>> acesso em: 24 maio 2016;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > acesso em 10 de abril de 2016;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Programa de ação mundial para as pessoas deficientes**. 1982. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/programa-de-acao-mundial-para-as-pessoas-deficientes.html>> acesso em 10 de abril de 2016;

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> acesso em 17 de maio de 2016;

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **TJ-PE - AI: 4017658** PE, Relator: Alfredo Sérgio Magalhães Jambo, Data de Julgamento: 02/02/2016, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/02/2016). Disponível em: < <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307131677/agravo-de-instrumento-ai-4017658-pe> > acesso em: 24 maio 2016;

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **TJ-PE - AGV: 3747053** PE, Relator: Antenor Cardoso Soares Junior, Data de Julgamento: 26/05/2015, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/06/2015). Disponível em: < <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198149242/agravo-agv-3747053-pe> > acesso em: 24 maio 2016;

PIOVESAN, Flávia et al. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, 2005.

SILVA, Eduardo Janone da. **Tutela jurídica do Direito à saúde da Pessoa portadora de deficiência**. Curitiba: Juruá, 2009;

VICENTE, Maysa Caliman; AGUADO, Juventino de Castro. **A proteção e defesa da pessoa com deficiência: a evolução da legislação até a promulgação da lei 13.146 de 2015 e a garantia do direito à saúde**. Anais do congresso brasileiro de processo coletivo e cidadania. 2016. p. 93-99.

CAPÍTULO III

A EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ENSINO REGULAR NO BRASIL: aspectos legais e desafios a serem enfrentados pela pessoa com deficiência para o efetivo exercício de um direito fundamental

Fernanda Paula Diniz¹²

Raquel Menezes de Souza¹³

1. INTRODUÇÃO

Todo ser humano necessita apropriar-se de conhecimento sistematizado, e esse pode ser produzido no espaço escolar. Porém, quando há a impossibilidade do acesso a esse conhecimento, compromete-se a ação e a identificação do sujeito no seu grupo social.

¹² Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas. Bacharel em Direito pela UFMG. Professora da PUC Minas. Sócia do escritório ADA – Ávila, Diniz e Associados. E-mail: fernandadiniz.ada@gmail.com.

¹³ Bacharel em Direito pela PUC Minas. Advogada.

À escola cabe o papel de contribuir atendendo às diversidades, e proporcionar educação a todos, atualmente um desafio na consolidação da escola inclusiva.

Um novo papel social deve ser assumido pela escola a fim de mudar paradigmas, analisando os problemas de forma a propiciar uma interação dos indivíduos no processo de ensino, como forma de contribuir para a aquisição do conhecimento. O processo de aprendizagem resulta da interação com os outros sujeitos sociais permitindo ao indivíduo construir sua representação simbólica do mundo.

O que é preciso para que a inclusão realmente aconteça como prática educativa? Sob este olhar, o objetivo geral deste trabalho é discutir dentro do plano legal o processo de inclusão como garantia de acesso e permanência das pessoas com deficiência no sistema regular de ensino.

Justifica-se o presente estudo por se entender a importância que a educação inclusiva assume dentro da perspectiva de atender às crescentes exigências de uma sociedade em processo de renovação e da busca incessante da igualdade, que deve ser alcançada por todas as pessoas indiscriminadamente, tendo acesso a informações, ao conhecimento e aos meios necessários para a formação de sua plena cidadania. Passemos ao estudo.

2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De acordo com Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência – ONU, pessoas com deficiência são aquelas que possuem impedimentos de longo prazo de caráter físico, intelectual ou sensorial de forma que, diante de diversas barreiras podem comprometer sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Nesse contexto, as conceituações são relevantes no estudo da

inclusão e no tratamento dado aos deficientes ao longo de toda a história da humanidade.

Constituindo parte significativa da população mundial, atualmente as pessoas com deficiência conquistaram uma série de direitos que garantem sua participação nos mais diversos setores da sociedade, especialmente no político e econômico e que lhes asseguram respeito e dignidade através dos termos de tratamento pelos quais são referidos.

Deficiência não é sinônimo de doença, e uma pessoa não pode ser prejudicada em razão de sua deficiência uma vez que é um cidadão com os mesmos direitos e oportunidades disponíveis na sociedade.

2.2 A DIFERENÇA ENTRE PESSOA COM DEFICIÊNCIA (PCD) E PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS (PNE)

Todos nós somos pessoas com necessidades. Segundo Cury (2007, p.43), Aristóteles definiu a necessidade como sendo “aquilo a que estamos obrigados quando uma força qualquer nos compele a fazer ou a sofrer alguma coisa. Ela consiste em não permitir cumprir ou suportar algo em outra forma”. Todas as pessoas são especiais, somos indivíduos com características distintas e seres humanos singulares o que nos tornam diferentes uns dos outros (CURY, 2007).

Porém algumas pessoas trazem consigo algumas limitações sejam elas de caráter físico ou psíquico, de forma temporária ou permanente, parcial ou não e que na realidade é manifesta.

Da mesma forma que nossas diferenças individuais nos fazem sermos conhecidos, como por exemplo, no caso da íris dos olhos, cor da pele e estatura, os alunos com necessidades educacionais especiais demonstram limitações de maneira mais evidente. Suas limitações de certa forma afetam o modo de aprendizagem e através de processos pedagógicos apropriados, pode-se reduzir ou até eliminar tais

limitações. (CURY, 2007).

Com o crescimento dos movimentos de inclusão que se espalham pelo mundo, surge a necessidade de uma nova terminologia dada a grande relevância da atual valorização dos seres humanos e a evolução de seus direitos, principalmente no que diz respeito às pessoas com deficiência (SASSAKI, 2005).

Aqueles que não convivem, trabalham ou atuam na área da deficiência na busca da cidadania e inclusão social, utilizam muitas vezes o termo "portadoras de deficiência" ou "portadoras de necessidades especiais" para designar alguém com deficiência. O uso de tais termos merece uma certa atenção, uma vez que ao serem utilizados podem reforçar ainda mais a segregação e a exclusão da pessoa com deficiência. Importante destacar que o termo "portadores" leva a entender algo que se "porta" e que a qualquer momento será possível se desprender ou deixá-lo tão logo seja possível. Transmite uma ideia de algo temporário como portar um documento como talões de cheque, identidade, cartão de crédito ou ser portador de alguma doença. Como a deficiência na maioria das vezes, não tem caráter provisório, ou seja, é algo permanente, o uso do termo "portadores" não seria o mais adequado. Sem contar que quando se rotula alguém como "portador de deficiência", essa deficiência passa a ser uma marca principal da pessoa, deixando de lado sua condição humana (SILVA, 2017).

Nos anos de 1980, iniciam-se grandes mudanças no que diz respeito ao uso das expressões relacionadas aos deficientes. Isto porque até a década de 1980, os termos usados pela sociedade eram "aleijado", "defeituoso", "incapacitado", "inválido", etc. Por influência do Ano Internacional e da Década das Pessoas Deficientes, estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), a partir de 1981 passou-se a utilizar o termo "deficiente". Desde então, passaram a usar as expressões "pessoa portadora de deficiência" e

“portadores de deficiência. A partir da metade da década de 1990, outro termo mais apropriado seria usado, qual seja, “pessoas com deficiência”, que se mantém até os dias atuais (SILVA, 2017).

Qual a importância do uso adequado da nomenclatura quando se trata da pessoa com deficiência? A importância consiste no fato de que a pessoa está à frente de sua deficiência e independentemente de suas condições físicas, sensoriais ou intelectuais, deve-se valorizar a pessoa acima de tudo. O termo “especiais” foi utilizado em determinado período acreditando ser esse um termo adequado, ou seja, “pessoas com necessidades especiais”. Conforme destaca Silva (2017) “necessidades especiais” quem não as tem, tendo ou não deficiência? Essa terminologia veio na esteira das necessidades educacionais especiais de algumas crianças com deficiência, passando a ser utilizada em todas as circunstâncias, fora do ambiente escolar” (SILVA, 2017).

A princípio, como ressalta Silva (2017) “vamos sempre nos lembrar que a pessoa com deficiência antes de ter deficiência é, acima de tudo e simplesmente: pessoa” (SILVA, 2017).

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, define PCD no art. 2º, o qual

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Há de se diferenciar a PCD e a PCNE. Conforme Brasil (1994) citado por Fróes (2007) pessoa com de necessidades especiais é aquela

[...] que apresenta em caráter permanente ou temporário algum tipo de deficiência física, sensorial, cognitiva, múltipla, condutas típicas ou altas habilidades, necessitando, por isso, de recursos especializados para desenvolver mais plenamente o seu potencial e/ou superar ou minimizar suas dificuldades. (BRASIL, 1994 apud FRÓES, 2007, p. 27-28).

A pessoa com deficiência é uma pessoa com necessidades especiais. A diferença consiste no fato da duração do tempo de suas limitações resultantes da natureza de sua deficiência. As pessoas com necessidades especiais possuem impedimento de curto ou longo prazo, enquanto as pessoas com deficiência apresentam um longo prazo de sua limitação. As pessoas com necessidades especiais além dos deficientes, são também idosos, gestantes, obesos, entre outros.

Portanto, ao tratarmos dos assuntos relacionados a pessoa com deficiência esta será também considerada uma pessoa com necessidade especial, mas o contrário nem sempre será verdadeiro.

3. OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO QUE TANGE A EDUCAÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro se tratando dos direitos das pessoas com deficiência, observa-se a evolução das disposições de caráter constitucional e infraconstitucional.

No que se refere as constituições anteriores a de 1988, podemos dizer que a Constituição de 1934 em seu artigo 138, letra “a” trouxe o primeiro traço de proteção às PCD sem preocupação especial com o tema. A Constituição de 1946 em seu artigo 157, inciso XVI tratava da questão do trabalhador que se tornava inválido o que foi repetido pela Constituição de 1967. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 prescrevia em seu artigo 175 uma preocupação mais específica com o ensino, prevendo no seu parágrafo 4º, lei especial sobre a educação de excepcionais. A Emenda Constitucional nº 12 tratou do tema de

forma mais sistemática, em seu artigo único trata a pessoa com deficiência como uma questão constitucional, ou seja, enfocada na sua peculiaridade, como se fosse um sistema próprio de proteção constitucional (BOTELHO,2017).

Mas foi com Constituição Federal de 1988 que o assunto ganhou mais abrangência, estabelecendo direitos às PCD e determinando a edição de legislação infraconstitucional cuidando da efetivação desses direitos.

Conforme Barroso (apud Ribeiro 2006):

A Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes violento para um Estado democrático de direito (...) Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a Crônica indiferença que, historicamente, manteve-se em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença não o ódio, o contrário do amor (BARROSO apud RIBEIRO, 2006, p. 16).

O constituinte buscou de forma clara uma Constituição abrangente e menos sintética na construção de um Estado Democrático de Direito e uma sociedade livre, justa e solidária. Passemos a estudar as disposições específicas de proteção às PCD e os princípios aplicáveis.

3.1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais possuem uma característica importante, servem de guias para a interpretação do texto

constitucional e permitem que sejam aplicados valores escolhidos pelo povo brasileiro. Conforme Araújo (2017), “a questão das PCD é um dos mais propícios temas para demonstrarmos a função dos princípios constitucionais”.

Conforme Tovar (2017), hodiernamente, na fase interpretativa-constitucional em que vivemos:

[...] os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhe seja atribuído o enfoque, ganharam, ou melhor, tiveram reconhecido seu intenso grau de juridicidade. Ou seja, deixaram de desempenhar os princípios um papel secundário, para passar a cumprir o papel de protagonistas do ordenamento, ganhando, nessa medida, o reconhecimento de seu caráter de norma jurídica potencializada e predominante (TOVAR, 2017).

Sobre o sentido etimológico da palavra princípio, esta vem do termo latino *principium*, ou seja, a ideia de começo, de origem, levando a antever que o princípio deve ser tido como o vetor originário de adequação, interpretação e concretização de um sistema jurídico (TOVAR, 2017).

Em se tratando dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal menciona a “igualdade”, “cidadania” e “a dignidade da pessoa humana” como sendo princípios obrigatórios quando o assunto é a proteção da pessoa com deficiência (ARAÚJO, 2017).

Passemos ao estudo de alguns princípios aplicáveis ao tema.

3.1.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana designa uma referência constitucional que unifica todos os direitos fundamentais. Conforme Silva (2017):

[...] Seu conceito obriga a uma densificação valorativa

que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia do ser humano, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana (SILVA, 2017).

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, valor supremo e definido como fundamento da República.

Todos os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem, fundamento de todo o dever-ser. Conforme Andrade (2017) quanto à dignidade humana:

[...] Um indivíduo, pelo só fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes (ANDRADE, 2017).

A dignidade constitui um valor universal independentemente das diversidades sócio-culturais dos povos. Não importam as diferenças, sejam elas físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas possuem igual dignidade. Segundo Andrade (2017), “embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais”.

Um ponto importante quando se trata da dignidade é a igualdade entre os seres humanos. Sendo este um de seus pilares este princípio determina que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais (ANDRADE, 2017).

Quando se trata da efetivação da dignidade da pessoa humana,

um dos pontos de grande importância refere-se à concretização do princípio da igualdade no meio social. Isto porque quando se fala de uma minoria que apresenta características, sejam elas físicas e/ou psíquicas não verificadas na maioria dos indivíduos, sofrem discriminação e exclusão sendo retiradas injustamente os benefícios resultantes do exercício de direitos que em tese caberia a qualquer cidadão (SILVA,2017).

Outro pilar da dignidade é a liberdade, dando ao homem o direito de exercer plenamente seus direitos existenciais. Não constitui uma liberdade absoluta que possa ofender ou expor a vida de outrem, mas sim uma liberdade pautada em limites em outros direitos integrantes da personalidade humana, tais como a honra, a intimidade, a imagem.

Assim, segundo Andrade (2017), “ o exercício da liberdade em toda a sua plenitude pressupõe a existência de condições materiais mínimas. Não é verdadeiramente livre aquele que não tem acesso à educação e à informação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, ao lazer”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 1º destaca estes dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Outro dispositivo da Constituição que aborda o tema da dignidade humana é o artigo 3º, estabelecendo que dentre os objetivos fundamentais da República Brasileira, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (inciso I). Portanto, liberdade, justiça e solidariedade são valores que estão vinculados, indissociavelmente, à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação. O inciso IV do mesmo dispositivo ainda aponta outro objetivo fundamental, qual seja, “promover o bem

de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Consagrando aqui, princípio ético já mencionado como um dos pilares da dignidade humana, o da igual consideração de interesses. Todos são merecedores de igual consideração por parte do Estado e de seus semelhantes.

O art. 170 da Constituição Federal de 1988, também traz um outro comando que determina que a ordem econômica deve buscar assegurar a todos uma existência digna, assim como seu art. 193 com o objetivo de assegurar a ordem social com a realização da justiça social, ou seja, a educação, o desenvolvimento da pessoa bem como seu preparo para o exercício da cidadania, não sendo apenas enunciados formais, mas sim, conteúdo normativo eficaz para se concretizar a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2017).

Ao admitir que a Constituição possui como base a dignidade da pessoa humana, o Constituinte de 1988 quis dizer que cabe a atividade estatal o objetivo do bem coletivo, ou seja, o Estado tem a incumbência de servir às pessoas e não o contrário, premissa fundamental de qualquer Estado Constitucional. Assim, as pessoas com deficiência, diante de suas características peculiares, merecem atenção protetiva e observadora das entidades estatais, a fim de que realmente possa ser concretizado o princípio da dignidade.

3.1.2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PCD

A Constituição, em seu preâmbulo, trata da igualdade como sendo um dos princípios supremos da sociedade brasileira. Conferida a todos, trata-se de um princípio que em tempos passados eram totalmente ignoradas. Em seu art. 3º a Constituição da República estabelece que:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

A ONU, no intuito de garantir a igualdade de oportunidades para as pessoas com ou sem deficiência, realizou a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência que entrou em vigor em maio de 2008. Países como o Brasil ratificaram tal convenção como forma de corrigir a maneira como o assunto era tratado no ordenamento jurídico e principalmente trazê-lo à luz dos direitos humanos. (CORRÊA, 2012).

O Brasil transformou em norma nacional o conteúdo desse tratado, lembrando que desde 1988 já se previa a igualdade de todos perante a lei. A Convenção versando sobre os direitos das PCD e o protocolo facultativo foram incorporados por meio do Decreto Legislativo nº 186 de 9 de julho de 2008 e pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, buscando reafirmar sua validade ampla e irrestrita tanto no cenário nacional quanto internacional, como previsto nos termos do art. 5º, §3º da Constituição da República Federativa (CORRÊA, 2012):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

A Constituição, ao tratar do princípio da igualdade, tem por objetivo trazer aos indivíduos o direito de tratamento igualitário, mesmo diante de suas peculiaridades. Este princípio, conhecido também como princípio da isonomia, tem o propósito de corrigir injustiças sociais históricas, principalmente em se tratando da pessoa com deficiência, uma vez que nesse caso, segundo Santos (2017):

[..] o tratamento desigual constitui um elemento extremamente necessário, pois é por meio dele que o constituinte originário brasileiro busca a igualdade e elimina toda e qualquer forma de exclusão da pessoa no que diz respeito aos direitos assegurados pela Carta Magna (SANTOS, 2017).

No art. 5º, *caput* da Constituição, dispõe “que todos são iguais perante a lei”, e essa igualdade prevista na nossa Constituição, princípio aplicado tanto pelo legislador quanto pelo operador do direito, estabelece a redução das desigualdades. Ao Estado cabem medidas a serem tomadas no sentido de reduzir as desigualdades sociais. Importante destacar a definição aristotélica de igualdade que consiste tratar igualmente os iguais e os desiguais na medida de suas desigualdades. Deste modo, não significa que o princípio da igualdade proíbe de forma absoluta o tratamento diferenciado e sim que essas diferenciações sejam arbitrárias, injustificadas e infundadas. Ao permitir um tratamento diferenciado a Constituição, na verdade, busca uma igualdade real. Assim, segundo Santos (2017), apresenta-se uma ideia de discriminação negativa e positiva onde:

[...] A primeira é aquela que não tem por fundamento a adoção de medidas tendentes a diminuir as

diversidades sociais e econômicas e limitar-se a acentuar a regra de plena igualdade de todos perante a lei. Estabelece-se, portanto, um desfavor à pessoa discriminada. Já a discriminação positiva estabelece vantagens a um grupo de pessoas que, por algum motivo, apresenta-se em real desvantagem em relação às demais. De forma compensatória, visa a colocar aquele em condições de competir com estas, na tentativa de efetivamente alcançar o ideal de igualdade (SANTOS, 2017).

Assim também é o entendimento de Araújo (2001) citado por Santos (2017):

[...] a ideia de que a igualdade deve ser o preceito que tem o condão de orientar a aplicação de todo o entendimento jurídico que direciona a forma de como efetivar a integração das pessoas com deficiência. A igualdade formal deve ser desconsiderada quando a situação apresentada autoriza tal ruptura. Desta forma, é plausível o entendimento de que a pessoas com deficiência tem, necessariamente, que receber um tratamento diferenciado quando estiver participando ou concorrendo com pessoas sem deficiência. Portanto, o princípio da igualdade garantirá o rompimento da isonomia, para que a pessoa com deficiência seja protegida, quando a circunstâncias autorizar (ARAÚJO, 2001, p. 36 apud SANTOS, 2017).

Santos (2017 apud ARAÚJO, 2001) ao abordar o direito à igualdade da pessoa com deficiência, destaca a necessidade de atendimentos especiais de forma a assegurar garantias especiais e atingir a tão desejada igualdade. Reitera então que:

[...] seria, portanto, lógico afirmar que a pessoa portadora de deficiência tem direito a um tratamento especial dos serviços de saúde ou à criação de uma escola especial ou, ainda, a um local de trabalho protegido. Todas as situações quebram a igualdade (inicialmente entendida), mas apresentam autorização lógica para tanto. Bom é falar que a legislação precisa vir acompanhada de instrumentos que possam tornar a igualdade um princípio eficaz, sob pena de ser inócua. Em nosso entender, o princípio da não- discriminação é um desdobramento do princípio da igualdade. Percebemos que nosso Legislador Constituinte Originário ressalta, desde o Preâmbulo, a igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna,

pluralista e sem preconceitos. No artigo 3º da CF/88 vemos os objetivos fundamentais de nossa República, dentre os quais destacamos aqui a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (ARAÚJO, 2001, p. 36-37 apud SANTOS, 2017).

Destarte, qualquer forma de discriminação negativa no ordenamento jurídico brasileiro é ilegal. A lei pouco pode mudar essa realidade, somente alcançando modestamente a redução das incidências de abusos. De acordo com José Afonso da Silva, a igualdade material possui características opostas à igualdade formal. Isto porque, enquanto a igualdade material autoriza que as pessoas diante das necessidades que lhes são peculiares tenham um tratamento diferenciado, o que a igualdade formal faz é proibir, absolutamente, discriminações mesmo que estas sejam positivas (SANTOS, 2017).

3.2 OUTRAS DISPOSIÇÕES DA CF/88

A Constituição determina e garante em seu art. 208 que é dever do Estado ofertar atendimento educacional especializado, de preferência na rede regular de ensino, às pessoas com deficiência, criando assim normas e políticas voltadas a esses indivíduos: “Art.208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. (BRASIL, 1988).

Em seu art. 205 a Constituição determina o pleno desenvolvimento da pessoa para que esta possa exercer seu direito à cidadania e o art. 206, inciso I, da Carta Magna, estabelece a igualdade de condições para acesso e permanência na escola:

Art 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

O art. 205 da Constituição determina que cabe ao Estado e à família o dever de educar, a ser promovido e incentivado tão somente por eles, mas também por toda a sociedade.

Ainda segundo a Constituição em seu art. 206: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (BRASIL, 1988).

Conforme o então art. 206, inciso I, a Constituição ao tratar da educação como um direito fundamental, trouxe como princípio básico a igualdade de condições e permanência na escola. Em se tratando de um estabelecimento público ou privado, na escola presta-se o ensino coletivo, sendo este pressuposto para ser escola. Para que não seja discriminatório e alcançar a coletividade como público, o local da escola deve se destinar aos alunos do bairro, à comunidade, independentemente das características individuais. Desta forma, seguindo os preceitos dos art. 205 da Constituição, a escola será o espaço apropriado e privilegiado de preparação para a cidadania e o pleno desenvolvimento humano (FÁVERO, 2017).

3.3 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A INCLUSÃO ESCOLAR

A Lei brasileira de inclusão da Pessoa com deficiência ou Estatuto da Pessoa com deficiência, Lei 13.146/15, em seu art. 1º traz como seu objetivo maior assegurar e promover condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais bem como a cidadania e a inclusão da pessoa com deficiência (TAKEDA,

2017).

O novo estatuto traz em seu arcabouço, além dos direitos fundamentais, um capítulo exclusivo à regulamentação dos direitos à educação. O art. 27 do referido diploma dispõe que:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação (BRASIL, 2015).

O art. 28 do Estatuto, vem determinar as obrigações que deverão ser cumpridas pelo Poder Público no que se refere a oferta de educação à pessoa com deficiência.

O Estado é obrigado a garantir políticas públicas de inclusão social e criar varas especializadas para atendimento às pessoas com deficiência, sendo o cumprimento da lei de responsabilidade da União, dos Estados e Municípios.

O que determina o art. 28 é que tanto as escolas públicas quanto as escolas privadas deverão adequar seus estabelecimentos de ensino a fim de garantir um sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades. Porém, aos estabelecimentos de ensino privados, conforme descreve o § 1º do art. 28, é vedada a cobrança dos alunos com necessidades especiais de valores adicionais de qualquer natureza sejam elas a título de mensalidade, anuidades ou matrículas (YANAGUI, 2017).

Importante destacar que não é somente a aceitação e inclusão

do aluno com necessidade especial em classe regular ou deixar de cobrar os valores adicionais nas mensalidades, anuidades e matrículas. As escolas privadas devem garantir além do § 1º do art. 28, que seja aplicado obrigatoriamente o disposto nos incisos deste artigo.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM), ajuizou a ADIn 5.357/DF contra o § 1º do art. 28 do Estatuto. Seus argumentos seriam de que estariam sendo violados princípios constitucionais, que segundo Yanagui (2017) seriam “especialmente o direito à propriedade (artigo 5º, XXII e XXIII, e artigo 170, II e III); a liberdade conferida à iniciativa privada de prestação de serviço de ensino (artigo 209); e o dever do Estado com a educação (artigos 205, 208 e 227, caput e § 1º, inciso II)”.

No dia 09 de junho de 2016, o STF julgou improcedente o pedido de ADIn 5357, declarando que o dispositivo do §1º do art. 28 seria constitucional, garantindo desta forma que as conquistas sociais não fossem diminuídas simplesmente por razões mercadológicas, e portanto, efetivando o princípio da vedação do retrocesso social (YANAGUI, 2017).

O Estatuto da Pessoa com deficiência revogou o artigo 8º da Lei 7.853/89 que passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa:

I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência (BRASIL, 2015).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de promover a educação inclusiva, veio combater a discriminação através do dever de respeito imperativo. O Estatuto tornou uma importante referência na defesa dos direitos fundamentais da pessoa com

deficiência. Agora o mais importante e um grande desafio será efetivá- los (YANAGUI, 2017).

3.4 LEI DE DIRETRIZES DE BASE DA EDUCAÇÃO

A Lei de Diretrizes e bases da educação nacional, Lei 9.394/96 é uma legislação que regulamenta o sistema educacional, público ou privado do Brasil, da educação básica ao ensino superior. Na história do Brasil, é a 2ª norma que se instituiu uma Lei de Diretrizes e Base da Educação, sendo que a primeira foi em 1961, lei 4027/61. Conforme destaca Pacievitch (2017),

[...] A LDB 9394/96 reafirma o direito à educação, garantido pela Constituição Federal. Estabelece os princípios da educação e os deveres do Estado em relação à educação escolar pública, definindo as responsabilidades, em regime de colaboração, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (PACIEVITH, 2017).

Segundo a LDB 9394/96, a educação brasileira divide-se em educação básica e de ensino superior. Contando ainda com algumas modalidades como educação à distância, profissional e tecnológica, de jovens e adultos, educação indígena e educação especial (PACIEVITH, 2017).

O artigo 2º da LDB/96, além de reafirmar o que diz o art. 205 da Constituição quanto ao dever do Estado e da família de assegurar o direito à educação, acrescenta que esta deve ser inspirada nos princípios da liberdade, nos ideais de solidariedade humana, na busca do pleno desenvolvimento do educando, bem como seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (YANAGUI, 2017).

Porém, o Estatuto da Pessoa com deficiência não se limitou apenas ao dever do Estado e da família, indo muito além disso. No

parágrafo único do artigo 27 do Estatuto determina que: “ É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação” (BRASIL, 2015).

Assim sendo, o dever financeiro para garantir a inclusão da pessoa com necessidade especial no ensino regular, não cabe somente ao educando e sua família. Toda a sociedade responde por esse ônus, devido à aplicabilidade do princípio da solidariedade humana, tornando lícita a vedação da cobrança de valores dos alunos com necessidades especiais (YANAGUI, 2017).

Tal disposição determinou um marco importante quando tratamos da política educacional brasileira. Isso porque a sua finalidade foi ampliar o acesso dos alunos com necessidades especiais à rede regular de ensino.

O artigo 208, inciso III da CR/88, determina que o acesso dos alunos com necessidades especiais se dará de preferência na rede regular de ensino. Bem como o artigo 58, *caput* e § 1º da lei 9.394/96 (LDB), que ao tratar da educação especial, também determina que o atendimento educacional especializado seja preferencialmente oferecido na rede regular de ensino, com serviços de apoio especializado, se necessário. Sendo assim, o atendimento aos alunos em escolas especializadas somente se dará caso não haja possibilidade de integração nas classes comuns (YANAGUI, 2017).

Tal medida tem por objetivo a inclusão do aluno na classe regular como forma de contribuir para seu desenvolvimento social e sua interação com outros alunos.

A política de educação especial pretende, portanto, garantir os princípios basilares da educação, quais sejam, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, respeito à liberdade e apreço à tolerância, incisos I e IV do artigo 3º do Plano

Nacional de Educação, Lei 13.005/2014. Um desdobramento da Declaração de Salamanca que segundo Yanagui (2017):

[...] no item 14, previu como linha de ação dos países signatários: "Legislação deveria reconhecer o princípio de igualdade de oportunidade para crianças, jovens e adultos com deficiências na educação primária, secundária e terciária, sempre que possível em ambientes integrados". (YANAGUI, 2017).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência além de promover a educação inclusiva, veio combater a discriminação através do dever de respeito imperativo. O Estatuto tornou uma importante referência na defesa dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência. Agora o mais importante e um grande desafio será efetivá- los (YANAGUI, 2017).

3.5 OUTRAS NORMAS RELEVANTES

Além dos dispositivos de nossa Constituição, outros são extraídos de documentos internacionais de extrema relevância a citar, a Declaração Mundial dos Direitos Humanos (que há mais de cinquenta anos determinou que toda pessoa tem direito à educação), a Declaração Mundial sobre Educação para Todos, Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem e a Declaração de Salamanca e Linha de Ação (CAVALHO, 2006).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 26 determina que

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
1. A instrução será orientada no sentido do pleno

desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

As implicações educacionais orientadas através desses documentos referem-se à inclusão na educação e o princípio fundamental de uma escola inclusiva onde todas as crianças devem aprender juntas, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que possam ter.

4 O DIREITO À EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: INCLUSÃO OU EXCLUSÃO?

O direito à educação escolar das pessoas com deficiência é um direito indisponível e conforme Fávero (2017)

[...] A educação deve ser vista como “direito fundamental” do ser humano porque, conforme ensina Canotilho, os direitos fundamentais são direitos dos indivíduos perante o Estado. E mais, o Estado democrático exige os direitos fundamentais; os direitos fundamentais exigem o Estado de direito democrático. Não podemos, pois, conceber um Estado democrático de Direito sem garantir aos indivíduos o Direito à educação, oponível ao Estado. É o que fez a Constituição brasileira de 1988, por exemplo. Logo, educação é direito humano, fundamental, de todos (FÁVERO, 2017).

A educação sendo um direito humano, fundamental e tendo na escola os meios propícios para o efetivo exercício desses direitos, é comum que ocorra a recusa de alunos que apresentem desde uma pequena dificuldade de aprendizado até uma deficiência mais grave.

É notório que alguns alunos, principalmente aqueles que

possuem algum tipo de deficiência, necessitam de cuidados especiais para que possam ter pleno acesso à educação. Porém, isso não significa que este deverá estar confinado em uma sala/escola, longe dos demais. Deve-se oferecer subsídios para que os alunos com deficiência possam aprender os conteúdos específicos ao mesmo tempo ao ensino comum (FÁVERO, 2017).

Mas seria possível à escola garantir o efetivo acesso aos direitos, ou seja, além da inclusão social, também a inclusão educacional? Como já visto, vários são os dispositivos legais que amparam o direito da pessoa com deficiência. A Constituição de 1988, define a inclusão social e educacional como “direito de todos e dever do Estado e família, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 5º). Assim como no Art. 227 da Constituição determina que à família, a sociedade e ao Estado cabe:

[...] 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 (BRUNO, 2017).

Conforme destaca Bruno (2017), o artigo 55 do ECA, dispõe que é obrigação dos pais ou responsáveis matricular seus filhos na rede regular de ensino. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, em seu art. 53 ainda determina que:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores;
III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo

recorrer às instâncias escolares superiores;
IV- direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais (BRASIL, 1990).

Como percebemos, os dispositivos legais buscam uma redução das formas de exclusão, das desigualdades de oportunidades, bem como a permanência da criança com deficiência nas escolas públicas e privadas. Tudo para garantir a convivência comunitária da criança e para que esta possa ser conhecida no seu bairro e conviva com outras crianças da mesma idade (BRUNO, 2017).

A questão da inclusão das pessoas com deficiência tornou-se assunto oficial após a Constituição da República de 1988. E que mais tarde a LDB se ajustaria à referida Legislação Federal para que a escola regular disponibilizasse serviços de apoio especializado. O papel das escolas, portando, seria preparar os estudantes com necessidades especiais para a cidadania, buscando seu pleno desenvolvimento humano e quem sabe desenvolver-se a ponto de entrar para mercado de trabalho (RIPPEL; SILVA, 2017).

Mesmo com essa evolução dos dispositivos legais para garantir a inclusão escolar, na prática encontra-se ainda muita resistência. Perdura o pensamento de que as escolas segregadas são a melhor opção para educação de crianças com deficiência.

4.1 DIFERENÇA ENTRE INTEGRAÇÃO E INCLUSÃO

Existem no Brasil, hoje, milhares de pessoas com deficiência e estas de alguma forma sofrem algum tipo de discriminação, seja no mercado de trabalho, na comunidade acadêmica ou em outras áreas. Segundo Maciel (2017), “O processo de exclusão social de pessoas

com deficiência ou alguma necessidade especial é tão antigo quanto a socialização do homem”.

Historicamente, as pessoas com deficiência foram marginalizadas e privadas de sua liberdade. Foram tratadas sem respeito, sem atendimento, sem direitos, sendo vítimas de atitudes preconceituosas bem como vítimas de atitudes impiedosas. Esse pensamento discriminatório está insculpido na literatura clássica e na história do homem, em que a atenção está voltada mais aos impedimentos e às aparências do que aos potenciais e capacidades dessas pessoas (MACIEL, 2017).

A sociedade de uma certa forma vem buscando meios de implementar a inclusão de pessoas com algum tipo de deficiência ou necessidades especiais, através dos esforços de educadores e de pais, como forma de garantir o respeito humano e a dignidade.

A política de integração e de educação inclusiva vem sendo amparada pelos movimentos nacionais e internacionais, sendo seu ápice a Conferência Mundial de Educação Especial, que contou com a participação de 88 países e 25 organizações internacionais em assembleia geral, na cidade de Salamanca, na Espanha em 1994 (MACIEL, 2017).

Para Maciel (2017) a Declaração de Salamanca aborda temas importantes e tem como objetivo buscar uma reflexão e mudanças da realidade discriminatória em que vivemos. Vejamos:

Acreditamos e Proclamamos que:

- Toda criança tem direito fundamental à educação e deve ser dada a oportunidade de atingir e manter o nível adequado de aprendizagem;
- Toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem que são únicas;
- Sistemas educacionais deveriam ser designados e programas educacionais deveriam ser implementados no sentido de se levar em conta a vasta diversidade de

tais características e necessidades;

- Aqueles com necessidades educacionais especiais devem ter acesso à escola regular, e deveria acomodá-los dentro de uma Pedagogia centrada na criança, capaz de satisfazer tais necessidades;

- Escolas regulares, que possuam tal orientação inclusiva, constituem os meios mais eficazes de combater atitudes discriminatórias, criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos; além disso, tais escolas provêem uma educação efetiva à maioria das crianças e aprimoram a eficiência e, em última instância, o custo da eficácia de todo o sistema educacional.

Nós congregamos todos os governos e demandamos que eles:

- Atribua a mais alta prioridade política e financeira ao aprimoramento de seus sistemas educacionais no sentido de se tornarem aptos a incluir

- todas as crianças, independentemente de suas diferenças ou dificuldades individuais;

- Adotem o princípio de educação inclusiva em forma de lei ou de política, matriculando todas as crianças em escolas regulares, a menos que existam fortes razões para agir de outra forma;

- Desenvolvam projetos de demonstração e encorajem intercâmbios em países que possuam experiências de escolarização inclusiva;

- Estabeleçam mecanismos participatórios e descentralizados para planejamento, revisão e avaliação de provisão educacional para crianças e adultos com necessidades educacionais especiais;

- Encorajem e facilitem a participação de pais, comunidades e organizações de pessoas portadoras de deficiências nos processos de planejamento e tomada de decisão concernentes à provisão de serviços para necessidades educacionais especiais;

- Invistam maiores esforços em estratégias de identificação e intervenção precoces, bem como nos aspectos vocacionais da educação inclusiva;

- Garantam que, no contexto de uma mudança sistêmica, programas de treinamento de professores, tanto em serviço como durante a formação, incluam a provisão de educação especial dentro das escolas inclusivas.

Nós também congregamos a comunidade internacional; em particular, nós congregamos governos com programas de cooperação internacional, agências financiadoras internacionais, especialmente as responsáveis pela Conferência Mundial em Educação para Todos, Unesco, Unicef, UNDP e o Banco Mundial:

- A endossar a perspectiva de escolarização inclusiva e apoiar o desenvolvimento da educação especial como parte integrante de todos os programas educacionais;

- As Nações Unidas e suas agências especializadas, em

particular a ILO, WHO, Unesco e Unicef;

- A reforçar seus estímulos de cooperação técnica, bem como reforçar suas cooperações e redes de trabalho para um apoio mais eficaz à já expandida e integrada provisão em educação especial;

- A reforçar sua colaboração com as entidades oficiais nacionais e intensificar o envolvimento crescente delas no planejamento, implementação e avaliação de provisão em educação especial que seja inclusiva;

- Unesco, enquanto a agência educacional das Nações Unidas;

- A assegurar que educação especial faça parte de toda discussão que lide com educação para todos em vários foros;

- A mobilizar o apoio de organizações dos profissionais de ensino em questões relativas ao aprimoramento do treinamento de professores no que diz respeito a necessidades educacionais especiais;

- A estimular a comunidade acadêmica no sentido de fortalecer pesquisa, redes de trabalho e o estabelecimento de centros regionais de informação e documentação e, da mesma forma, a servir de exemplo em tais atividades e na disseminação dos resultados específicos e dos progressos alcançados em cada país no sentido de realizar o que almeja a presente Declaração;

- A mobilizar Fundos através da criação (dentro de seu próximo Planejamento a Médio Prazo 1996-2000) de um programa extensivo de escolas inclusivas e programas de apoio comunitário, que permitiriam o lançamento de projetos-piloto que demonstrassem novas formas de disseminação e o desenvolvimento de indicadores de necessidade e de provisão de educação especial. (MACIEL, 2017).

Assim como as legislações brasileiras referentes às pessoas com deficiência, a Declaração de Salamanca vem fortalecer a inclusão escolar, porém, não resolve todos os problemas, uma vez que o processo de exclusão geralmente inicia-se bem antes do período de escolarização, ou seja, inicia-se no nascimento quando se detecta algum tipo de deficiência seja ela de caráter físico ou mental, hereditária ou não. Pode acontecer em qualquer tipo de família, independentemente de classe social, mas, obviamente, sempre agravada naquelas famílias menos favorecidas.

O nascimento de uma criança com deficiência na família pode mudar a rotina do lar. Os pais ou responsáveis por essas crianças, a partir do momento que percebem a deficiência, sabem das dificuldades que irão enfrentar e que terão diante da realidade que lhes são apresentadas, um longo e tortuoso caminho de combate à discriminação e ao isolamento. Pode-se dizer que essa jornada já começa quando do atendimento dos profissionais de saúde por serem esses os primeiros a dar o diagnóstico conclusivo. Muitas vezes, os médicos deixam de esclarecer ou informar aos familiares da pessoa com deficiência as possibilidades de seu desenvolvimento bem como a superação de suas dificuldades, locais para orientação familiar, os recursos para estimulação precoce e centros de educação e de terapia. Uma realidade difícil, na qual os meios sociais não colaboram ou se o fazem seria de maneira superficial e às vezes preconceituosas, não apresentando soluções para a inclusão social (MACIEL, 2017).

Podemos dizer que os pais ou responsáveis por uma pessoa com deficiência acabam por se tornarem pessoas com necessidades especiais. Isso porque, para conviverem com a pessoa com deficiência precisarão de orientações e principalmente do acesso a grupos de apoio. Na verdade, serão eles os primeiros a intermediar e a garantir a integração ou inclusão de seus filhos junto à sociedade (MACIEL, 2017).

Quando se trata de pessoas carentes, essa realidade se intensifica ainda mais. Com os escassos recursos econômicos, pessoas carentes, muitas vezes, não conseguem atendimento de qualidade.

Segundo Maciel (2017), ainda existe um agravante quando se trata de pessoas com deficiência que não dispõe de recursos econômicos:

[...] o potencial e as habilidades dessas pessoas são pouco valorizados nas suas comunidades de origem, que, obviamente, possuem pouco esclarecimento a respeito das deficiências. Onde estão as causas da exclusão dessas pessoas no Brasil?

No plano de governo, o que se vê são programas, propostas, projetos, leis e decretos com lindas e sonoras siglas, que ficam, na maioria das vezes, só no papel. Programas similares e simultâneos são lançados em duas ou três pastas, sem que haja integração de objetivos e metas entre eles (MACIEL, 2017).

Ações paralelas entre o governo e iniciativa privada, não mudam o quadro de exclusão, porque acabam por atender pequenos grupos. As ações não são permanentes e a cada mudança de governo são interrompidas, sobrevivendo outras de quem atualmente está no poder. Não existem nos estados e municípios políticas efetivas que garantam a inclusão, que viabilizem planos integrados de urbanização, de acessibilidade, de saúde, educação, cultura, como forma de se garantir os direitos das pessoas com deficiência.

Conforme destaca Maciel (2017) na educação não há políticas efetivas de inclusão:

[...] pois só as grandes cidades possuem algum tipo de atendimento. A realidade tem mostrado que os ciclos do ensino fundamental, com sua passagem automática de ano, e a falta de formação de professores, de recursos técnico-pedagógicos, de estímulo suplementar, de acompanhamento de equipe multidisciplinar, fonoaudiólogos, assistentes sociais, psicólogos, terapeutas ocupacionais, de salas e de professores de apoio deixam a questão da inclusão escolar sem estrutura eficiente, bonita apenas na teoria (MACIEL, 2017).

Em nome da igualdade de atendimentos, teóricos radicais acreditam que para haver a inclusão, precisa apenas colocar esses alunos em classes comuns e tudo está resolvido. Suas teses não se sustentam uma vez que não traduzem a realidade das pessoas com deficiência, porque estas possuem necessidades educacionais

especiais. O princípio fundamental da sociedade inclusiva é que as pessoas com deficiência tenham suas necessidades especiais atendidas (MACIEL, 2017).

Por muito tempo a educação especial foi regida pela ideia de integração onde ao invés da escola adaptar-se ao aluno, este é quem deveria se adequar à escola (Modelo Integracionista) (BERNARDES, 2017).

Conforme Rippel e Silva (2017) quanto à integração escolar:

[...] depende de se iniciar com o processo de educar-ensinar já colocando juntos os alunos ditos normais com os que possuem necessidades especiais, de forma recíproca. Assim, de forma gradual, os alunos com necessidades especiais desenvolvem suas aptidões e habilidades, onde vão sendo preparados para sua integração total no ensino regular (RIPPEL; SILVA, 2017).

Destacam ainda Rippel e Silva (2017) que “a integração propõe que a pessoa, para ser inserida no ensino regular, deve apresentar condições para corresponder às expectativas da escola. Assim, não se questiona o papel da escola, já que é ela que dita o modelo que o aluno deve seguir”.

Assim, no contexto da integração, observa-se no que tange o aluno com necessidades especiais, a educação acontecerá na medida em que esse aluno se adaptar aos recursos disponíveis na escola regular.

Destarte, fica evidente que esse modelo pedagógico exclui aqueles alunos que não conseguem se adaptar. Ao tentar fazer com que ele se adapte à escola, deixa-se de trabalhar a questão da sua autonomia para que possa se emancipar. Não trabalha seu senso crítico, prejudicando tanto a reflexão dos alunos sem deficiência quanto os alunos deficientes (BERNARDES, 2017).

Segundo Bernardes (2017), o Plano Nacional de Educação

Especial para garantir o ensino das pessoas com necessidades especiais “teve por objetivo o desenvolvimento global da potencialidade dos alunos, o incentivo à autonomia, à cooperação, ao espírito crítico e criativo, bem como a integração das pessoas com necessidades especiais à sociedade” (tendo ainda como modelo o movimento integracionista).

O princípio da normalização, que despontou na década de 1970, foi a base filosófico-ideológico da integração. Surgiu nos países escandinavos, principalmente na Dinamarca, oferecendo subsídios legais e filosóficos em oposição às alternativas de atendimento segregativo e centralizado. De acordo com Bernardes (2017):

[...] A ideia é oferecer às pessoas com necessidades especiais condições de vida semelhantes à do resto da sociedade. A normalização se refere às condições do ambiente no qual vivem as pessoas deficientes, que deverá ser semelhante ao das pessoas em geral, e não à normalização da pessoa deficiente (BERNARDES, 2017).

Uma das grandes estratégias da normalização e a integração refere-se à *mainstreaming*. Segundo Cerqueira (apud Bernardes, 2017): “*Mainstreaming* se refere à integração temporal, instrucional e social da pessoa com necessidade especial elegível com crianças normais, de forma progressiva, baseada em estudos e avaliações individuais”.

Mesmo diante de críticas quanto ao processo de integração, ainda conforme Bernardes (apud Sasaki, 2017) “a respeito dos princípios de normalização e integração [que] foram importantes elementos a aquisição de conhecimentos e experiências de integração”.

Assim, o princípio da normalização e o processo de *mainstreaming* foram elementos de extrema importância na

conquista de conhecimentos e experiências de integração para que surgisse o paradigma da inclusão. O modelo de integração passa a ser algo ultrapassado e de acordo com Bernardes (2017): “O princípio da inclusão aponta para uma pedagogia equilibrada, entendendo que as diferenças humanas normais e que a aprendizagem deve ajustar-se às necessidades de cada aluno, e não os alunos adaptarem-se ao ritmo imposto pelo processo educativo”.

Segundo e Rippel, Silva (2017), o modelo de educação inclusiva se torna o novo paradigma educacional. Os dois grandes eventos que marcaram esta proposta foram a Conferência Mundial sobre Educação para Todos e Conferência Mundial sobre Educação Especial, em Salamanca. O conceito de inclusão seria um desafio para a educação, porque o direito à educação seria para todos, não somente para as pessoas com necessidades educacionais especiais.

As escolas devem acolher todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, lingüísticas ou outras. Devem acolher crianças com deficiência e crianças bem dotadas; crianças que vivem nas ruas e que trabalham; crianças de populações distantes ou nômades; crianças de minorias lingüísticas, étnicas ou culturais e crianças de outros grupos/zonas desfavorecidas ou marginalizadas. (DECLARAÇÃO DE SALAMANCA, 1994, p. 17-18).

O que a Declaração de Salamanca determina como ideal é que os alunos, se possível, aprendam juntos, independentemente de suas capacidades. À escola especial caberão apenas aqueles alunos que o ensino regular não conseguir suprir suas necessidades, sejam elas educacionais ou sociais (RIPEEL; SILVA, 2017).

Atualmente, as escolas ainda estão longe de alcançarem o ideal de inclusão, uma vez que não estão abertas para as diferenças. O que se percebe é que existe uma inclusão parcial, porque os projetos não visam mudanças de base das instituições de ensino. Aos alunos com

deficiência e que precisam de um atendimento especial, o atendimento é realizado de forma segregada, são colocados em classes especiais, turmas de aceleração, escolas especiais, e professores itinerantes. Tal conduta, muitas vezes é justificada pela falta de professores que estejam preparados para esse alunado e ainda pela resistência desses educadores em enfrentar esse processo de inclusão. Ademais, diante da percepção das dificuldades desses alunos em conseguirem acompanhar os avanços dos outros colegas, se tornam ainda mais marginalizados e discriminados em salas de aula regulares do que em classes ou escolas especiais (RIPPEL; SILVA, 2017).

O ordenamento jurídico brasileiro garante educação a todos inclusive às pessoas com necessidades especiais, por entender que a educação é essencial para qualquer indivíduo. A educação inclusiva na maioria das escolas não acontece, bem pelo contrário. Ainda continuam rotulando, normatizando, punindo e separando os “bons” dos considerados “ruins”, tudo em nome de um sistema de ensino ultrapassado que não atende mais a realidade em que vivemos. As escolas não possuem subsídios necessários para que a inclusão se concretize, uma vez que seguem ideias excludentes ao se depararem com o diferente. Não existe “educação para todos” sendo que ainda se constroem grupos de alunos por séries, por níveis de desempenho e quando estipulam objetivos e terminalidades específicos. Aqueles que não se encaixam dentro dos padrões pré-determinados, são encaminhados para classes e escolas especiais. Ao aluno cabe o título de fracasso o que acentua ainda mais as desigualdades (RIPPEL; SILVA, 2017).

Os alunos com deficiência inseridos em classes regulares vivem situações precárias porque estão muitas vezes, fora das atividades

desenvolvidas dentro da sala de aula, uma vez nada de especial é feito para sua inclusão. Segundo Rippel e Silva (2017)

[...] O princípio da inclusão exige uma mudança da escola, pois caberá a ela adaptar-se às condições dos alunos, ao contrário do que acontece hoje, pois são os alunos quem têm que se adaptar à escola. E, ainda, não pode demonstrar atendimento individualizado aos alunos que apresentam necessidades especiais, pois deve, ao contrário, promover apoio a todos os que fazem parte da escola, desde as pessoas que constituem o pessoal de apoio até os professores e os alunos (RIPPEL; SILVA, 2017).

A prática educacional inclusiva não será garantida por meio de leis, decretos ou portarias para obrigar as escolas regulares a atenderem esses alunos com deficiência. O que garante a inclusão é que a escola, bem como os professores, estejam estruturados e preparados para trabalharem com esses indivíduos, independentemente de suas diferenças e/ou de suas características individuais (RIPPE; SILVA, 2017).

Conforme Sasaki (2008), quando se fala em integração, espera-se que os alunos possam aprender no nível pré-estabelecidos pelo sistema de ensino. No caso da pessoa com deficiência, seja ela no aspecto intelectual, auditivo, visual, física ou múltipla, o que se espera é a sua participação plena e igualdade de oportunidades. E para tanto, a preocupação deveria estar em torno da ideia de que a sociedade é que deve se adaptar a essas pessoas e não o contrário. A própria Convenção dos Direitos das Pessoas com deficiência determina que o sistema educacional inclusivo deverá atender todos os níveis e que os princípios e procedimentos implementados alcancem a realidade do aluno.

Sendo assim, nenhum aluno poderá ser rejeitado pelas escolas, e estas passam a ser consideradas inclusivas a partir do momento em que se adaptam a realidade desse aluno, realizando modificações

necessárias a fim de que ela se torne totalmente acessível.

Para a escola inclusiva o aluno com deficiência é um ser único e deve ajudá-lo a aprender como uma pessoa por inteiro. Uma escola para ser considerada inclusiva, deverá adotar medidas concretas de acessibilidade, que vinculam toda a comunidade escolar, ou seja, professores, alunos, familiares, técnicos, funcionários, autoridades, dentre outros componentes. Cada um responsável por sua parte, mesmo sendo pequena a sua participação (SASSAKI, 2008).

5. CONCLUSÃO

No desenvolvimento do presente trabalho buscou-se identificar as principais normas jurídicas no contexto nacional, as convenções e tratados internacionais, bem como os princípios que garantem o direito à educação das pessoas com deficiência, a fim de analisar a sua efetiva aplicação para superar o processo de exclusão educacional que é, infelizmente, historicamente imposto a essa parcela da população.

Ficou evidente a importância que a legislação tem assumido no sentido de viabilizar a inclusão das pessoas com deficiência no sistema educacional, principalmente após a introdução do regime democrático pela Constituição da República de 1988 e da Lei Brasileira de Inclusão.

Na sociedade brasileira, o número de pessoas que apresentam alguma deficiência e buscam as escolas regulares está aumentando. A chamada educação inclusiva aumenta a cada ano que passa, procurando se fortalecer e se consolidar. A política de inclusão escolar e social é reconhecida a partir do direito de todos os alunos matriculem-se na rede regular de ensino, conforme a Lei de

Diretrizes e Bases da Educação (LDB) de 1996.

A Educação Inclusiva representa uma aposta pela igualdade e não discriminação ao garantir para todos, o acesso à educação, à participação e à igualdade de deveres e direitos, diminuindo diferenças e contribuindo para a eliminação de preconceitos. Um processo que se desenvolverá a partir de desafios, a fim de satisfazer as necessidades de aprendizagem de todos os educandos, inclusive aquele com deficiência. A escola deve ser um lugar onde essas crianças desenvolvam a sua autoconfiança, autonomia, construindo um futuro dentro de suas ocupações sociais, juntamente com seus colegas.

A ideia inclusão ainda é um grande desafio, envolve mudanças na concepção de sociedade, de homem, de educação e de escola. Mudanças que não são simples uma vez que, as pessoas com deficiência foram historicamente injustiçadas, marginalizadas e excluídas da sociedade, e, em consequência, da escola. Para se alcançar tais objetivos são necessárias políticas sociais e econômicas que determinem que as escolas devam estar aptas a trabalhar com as diferenças, a fim de tornar realidade do princípio da educação inclusiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe>. Acesso em: 14 maio 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Brasília: CORDE, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção das pessoas com deficiência na constituição federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v->

constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-a-protecao-das-pessoas-com-deficiencia-na-cf-de-88-a-necessaria-implementacao-dos-principios-constitucionais>. Acesso em: 18 fev. 17.

AUGUSTO, Pedro. **Educação espartana**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/grecia-antiga/educacao-espartana/>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

BERNARDES, Adriana Oliveira. **Da integração à inclusão, novo paradigma**. Disponível em: <<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/educacao/0252.html>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BOTELHO, Marcos César. **A pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <file:///C:/Users/Muroz/Downloads/a_pessoa_com_deficiencia_no_ordenamento_juridico_brasileiro_-_marcos_cesar_botelho.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

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

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 de jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. **Política Nacional de Educação Especial**. Brasília: MEC/SEESP, 1994. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/revinclusao5.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2015.

BRUNO, Marilda Moraes Garcia. A inclusão educacional de pessoas com deficiência: limites e desafios para a cultura escolar. In: KONKIEWITZ, Elisabete Castelon (Org). **Aprendizagem, comportamento e emoções na infância e adolescência**: uma visão transdisciplinar. Dourado: UFGD, 2013. Disponível

em:<<http://cienciasecognicao.org/neuroemdebate/?p=3055>>. acesso em: 29 mar. 2017.

CARACTERÍSTICAS do Renascimento. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/caracteristicas-do-renascimento/>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

CARVALHO, Rosita Edler. **Educação inclusiva com os pingos nos is**. Porto Alegre: Mediação, 2006.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. Disponível em: <<https://www.confenen.org/informativo-confenen>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

CORREA, Rosa Maria. **O discurso sobre o outro e as práticas sociais**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Os fora de série na escola**. São Paulo: Armazém do Ipê, 2007.

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA: sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais. Brasília: Corde, 1994.

DUTRA NETO, João Gomes. **Evolução histórica do tratamento conferido às pessoas portadoras de necessidades especiais pelo ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-tratamento-conferido-as-pessoas-portadoras-de-necessidades-especiais-pelo-ordenamento-ju,48641.html>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

EBIOGRAFIA. **Aristóteles**. Disponível em: <<https://www.ebiografia.com/aristoteles/>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direito à educação das pessoas com deficiência. **R. CEJ**, Brasília, n. 26, p. 27-35, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/621/801>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

FRÓES, Maria A. V. **As produções acadêmicas em educação especial**: uma análise de discurso. 2007. 95 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: <<http://www.centroruibianchi.sp.gov.br/usr/share/documents/Mari>

aAngelaVasconcelo sFroes.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2017.

GARCIA, Vinícius Gaspar. **As pessoas com deficiência na história do mundo.** Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>>. Acesso em: 02 out. 2011.

GASPARETTO JUNIOR, Antonio. **História Moderna.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/historia-moderna/>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade.** Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em: 20 mar. 2017.

HUMANISMO. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/humanismo/>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

MACIEL, Maria Regina Cazzaniga. Portadores de deficiência a questão da inclusão social. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 51-56, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000200008>. Acesso em: 04 abr. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230.

PACIEVITCH, Thais. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/educacao/lei-de-diretrizes-e-bases-da-educacao/>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

PEZZA, Celio. **Para que serve a ONU?** Disponível em: <<http://www.ralcoh.com.br/component/acymailing/archive/view/listid=49-opiniao/mailid=462-artigo-para-que-serve-a-onu/tmpl-component.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017

PORTAL BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos garante igualdade social.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

REVOLUÇÃO francesa: resumo, causas e o que foi. Disponível em: <<http://aprovadonovestibular.com/revolucao-francesa---causas-resumo.html>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Verbatim Ltda, 2006.

RIPPEL, Valderice Cecília Limberger; SILVA, Alyne Mary da. **Inclusão de estudantes com necessidades especiais na escola regular. 1º simpósio nacional de educação**. Disponível em: <[http://www.unioeste.br/cursos/cascavel/pedagogia/eventos/2008/3/Artigo 10.pdf](http://www.unioeste.br/cursos/cascavel/pedagogia/eventos/2008/3/Artigo%2010.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2017.

SANTOS, Vany Oliveira dos. **O acesso das pessoas com deficiência aos direitos fundamentais: uma reflexão à luz da constituição federal**. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Monografia_Vany_Santos.php>. Acesso em: 04 abr. 2017.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Artigo 24 - Educação. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Coord.). **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Deficiência Mental ou Intelectual? Doença ou Transtorno Mental?** 2005. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1321>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

SILVA, Luzia Gomes da. **Princípio da dignidade da pessoa humana: portadores de deficiência, igualdade e inclusão social**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4787&idAreaSel=2&seeArt=yes>>. Acesso em: 04 maio 2017.

SILVA, Maria Isabel da. **Por que a terminologia "pessoas com deficiência"?**. Disponível em: <<http://www.selursocial.org.br/porque.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017

TAKEDA, Tatiana. **O estatuto da pessoa com deficiência e a inclusão escolar**. Disponível em:

<<http://ludovica.opopular.com.br/blogs/viva-a-diferença/viva-a-diferença-1.925289/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiência-e-a-inclusão-escolar-1.1002393>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O papel dos princípios no ordenamento jurídico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6824/o-papel-dos-principios-no-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 14 maio 2017.

TREVISAM, Marilu Dicher e Elisaide. **A jornada histórica da pessoa com deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=572f88dee7e2502b>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

YANAGUI, Sérgio de Brito. **A proibição de cobrança de valores adicionais a alunos com deficiência**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241575,61044-A+proibicao+de+cobranca+de+valores+adicionais+a+alunos+com+de+deficiencia>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

CAPÍTULO IV

O DIREITO DO TRABALHO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Fernanda Paula Diniz¹⁴

Mirian Machado Amatto Mota¹⁵

Osmar Enoque Mota Filho¹⁶

1. INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência são sujeitos de direito, dignos de proteção jurídica, e que necessitam ter seus direitos efetivados com prioridade.

De acordo com o último censo demográfico do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), datado de 2010, a porcentagem de pessoas com algum tipo de deficiência, no Brasil, é de cerca de 24% (vinte e quatro por cento). Tais valores apresentam variações de região para região, e também com relação ao sexo e o tipo de deficiência.

O direito brasileiro apresenta, de forma esparsa, mecanismos de proteção às pessoas com deficiência. Todavia, o fato de não haver um tratamento unitário da matéria, dificulta, e muito, a efetivação dessas garantias, e o seu conhecimento por parte razoável da população.

¹⁴ Professora de Direito da PUC Minas. Doutora e Mestre em Direito Privada. Orientadora do Projeto FIP “OS DIREITOS DAS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS: PELA CONSTRUÇÃO DE BASES TEÓRICAS E NORMATIVAS”.

¹⁵ Bacharel em Direito pela PUC Minas. Bolsista do FIP.

¹⁶ Bacharel em Direito pela PUC Minas.

Nesse sentido, o presente trabalho visa promover um estudo do Direito do Trabalho aplicado ao direito das pessoas com deficiência, a fim de buscar entender, de forma sistemática, as suas principais disposições.

2. A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO PARA O SER HUMANO E ESPECIALMENTE PARA AS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS

Durante anos foi demonstrada pela doutrina a importância do trabalho na vida de qualquer indivíduo. Vários autores utilizaram muito do seu tempo de estudos para mostrar como a qualidade de vida das pessoas podem melhorar pelo simples fato de ter um trabalho.

Segundo Tomazini (1996, p. 45):

Todo homem é em potencial um trabalhador. O trabalho se constitui na atividade vital do homem. É a fonte de objetivação do ser humano e através dele os homens transformam o mundo e se transformam, enquanto sujeitos sociais. (...) O trabalho define a condição humana e situa a pessoa no complexo conjunto das representações sociais, definindo a posição do homem nas relações de produção, nas relações sociais e na sociedade como um todo.

José Pastore (2001, p. 57-58) explica que “durante muito tempo, os portadores de deficiência física, sensorial ou mental foram objeto de caridade e filantropia. Por ignorância, preconceito e medo, as sociedades evitavam o contato e bloqueavam o seu trabalho”.

Romeu Kazumi Sasaki (2005, p. 19-23) também discorre sobre o tema:

Podemos afirmar que a semente do paradigma da inclusão foi plantada pela Disabled Peoples International, uma organização não governamental criada por líderes com deficiência, quando seu livreto *Declaração de princípios*, de 1981, definiu o conceito de equiparação de oportunidades

(apud Driedger & Enns, 1987, p. 2-3): “O processo mediante o qual os sistemas gerais da sociedade, tais como meio físico, a habitação e o transporte, os serviços sociais e de saúde, as oportunidades de educação e trabalho, e a vida cultural e social, incluídas as instalações esportivas e de recreação, são feitos acessíveis para todos. Isto inclui a remoção de barreiras que impedem a plena participação das pessoas deficientes em todas estas áreas, permitindo lhes assim alcançar uma qualidade de vida igual à de outras pessoas”.

Tem-se, portanto, que a idéia de inclusão das pessoas com deficiência é algo ainda recente do Brasil e no Mundo, razão porque ainda se caminha no sentido de efetivar tal direito.

Ethos (2002, p. 12) considera que a inclusão no mercado de trabalho e de consumo é parte do resgate da cidadania. Assim, segundo o autor, as pessoas com deficiência, com sua integração ao trabalho, passam a ter, além das suas necessidades especiais, desejos, vontades, necessidades de consumo que, quando confinadas em casa não existiam, e mais do que isso descobrem que muitas atividades que realizavam isoladamente podem ser feitas em grupo.

O que pode ser observado é que a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho vai muito além de uma conquista de independência financeira e proporciona um crescimento pessoal, por poder se relacionar com outras pessoas e enfrentar novas oportunidades e desafios.

Diego Nassif da Silva preleciona:

O Estado Democrático de Direito brasileiro, por meio da Constituição da República de 1988, de forte caráter garantístico, tem contemplado através de vasta legislação infraconstitucional uma ampla gama de direitos e garantias às pessoas com deficiência, sendo reconhecido por ter uma legislação avançada na questão. Entretanto, a cada dia percebem-se equívocos, inconsistências e novas dificuldades na criação e, principalmente, na efetivação administrativa e judicial dessas políticas públicas, muitas delas constatadas naquela que pode ser considerada como uma última etapa na inclusão social do indivíduo nas contemporâneas sociedades ocidentais e ocidentalizadas: o mercado de trabalho (...).

E nesse passo, o que se deve ter primeiro em mente sobre a inclusão da pessoa com deficiência e a efetivação do seu direito ao trabalho é que, na verdade, não se trata de um instrumental jurídico de direito do trabalho, mas uma política pública de matriz constitucional, vinculada ao direito à uma política pública de matriz constitucional, vinculada ao direito a inclusão por sua vez ligado diretamente a princípios de liberdade, justiça / igualdade / isonomia, solidariedade / fraternidade / alteridade, paz, democracia e etc. Por isso, a questão da inclusão e mais especificamente da pessoa com deficiência torna-se e afeta a todo e qualquer ramo jurídico em que a noção de deficiência ou de pessoa com deficiência se mostre relevante – quer por sua faceta negativa (não discriminação, quer por sua faceta positiva (proteção prestação, inclusão, discriminação positiva etc.) (SILVA, 2013, p.79, 181-182).

Destarte, tem-se que a efetivação da inclusão da pessoa deficiente no mercado de trabalho é mandamento constitucional, e deve ser assegurado com absoluta prioridade.

Contudo, o que se vê, é que nem sempre essa inclusão ocorre de forma adequada. Muitas vezes, são os deficientes contratados apenas para atingir cotas, em subempregos, com baixos salários.

Sob esse aspecto, outro autor que se importou muito com a relação de trabalho e o direito das minorias foi Walton (1973). Em seu modelo ele busca analisar oito indicativos ou categorias que poderá orientar sobre a qualidade de vida no trabalho:

- **Compensação justa e adequada (remuneração):** significa equidade interna e externa tanto em termos de salário direto quanto indireto (benefícios).
- **Condições de segurança e saúde no trabalho (condições de trabalho):** implica condições de trabalho que assegurem a manutenção da segurança e da saúde do trabalhador, envolvendo a jornada e a carga de trabalho,

equipamentos disponibilizados para a execução do trabalho e ambiente saudável (preservação da saúde do trabalhador).

➤ **Uso e desenvolvimento de capacidades:** implica o aproveitamento do talento humano, isto é, significa autonomia, uso de habilidades variadas e participação no processo total de trabalho.

➤ **Oportunidade de crescimento e segurança (oportunidades de crescimento profissional):** implica a possibilidade de desenvolver carreira e ter segurança quanto à manutenção do trabalho, isto é, abarca as políticas da instituição relacionadas ao desenvolvimento, crescimento e segurança de seus empregados.

➤ **Integração social na organização:** significa apoio dos grupos primários, igualdade de oportunidades, ausência de preconceitos e cultivo ao bom relacionamento.

➤ **Constitucionalismo (direitos na instituição):** significa garantia no cumprimento das normas e procedimentos que se relacionem às leis e direitos trabalhistas, respeito à privacidade, liberdade de expressão e adesão a padrões de igualdade.

➤ **Trabalho e espaço total da vida (equilíbrio trabalho e vida):** possibilidade de equilibrar o tempo e a energia dedicados à empresa e aos demais espaços da vida.

➤ **Relevância do trabalho na vida (relevância do trabalho):** investiga-se a percepção do empregado em relação à imagem da empresa, à responsabilidade social da instituição na comunidade e à relevância do trabalho desempenhado.

Conforme visto acima, é possível, na visão de Walton (1973) para haver a verdadeira inclusão, muito mais do que garantir um emprego à pessoa com deficiência, tal função deve atender outros pressupostos, o que, na prática, é muito mais complexo.

Fica claro que para que ocorra uma verdadeira inclusão, depende de uma série de mudanças em diferentes áreas e seguimentos.

Para Maria Ivone Fortunato Laraia:

A doutrina diferencia sociedade integrativa e inclusiva. A sociedade integrativa seria aquela que proporciona oportunidades às pessoas excluídas que consigam efetivamente superar os obstáculos, através de uma política de igualdade de oportunidades apenas. A autora retrata um problema ainda maior dizendo que “após a imposição legal de contratação de pessoas com deficiência, as empresas passaram a ter um interesse maior em sua admissão e em como gerir seu trabalho. A maior dificuldade na contratação está no preconceito de alguns empregadores de que a pessoa com deficiência é incapaz de desempenhar funções além das mecânicas, repetitivas e manuais. Os empregadores alegam ainda a falta de profissionais qualificados (LARAIA, 2009, p. 54).

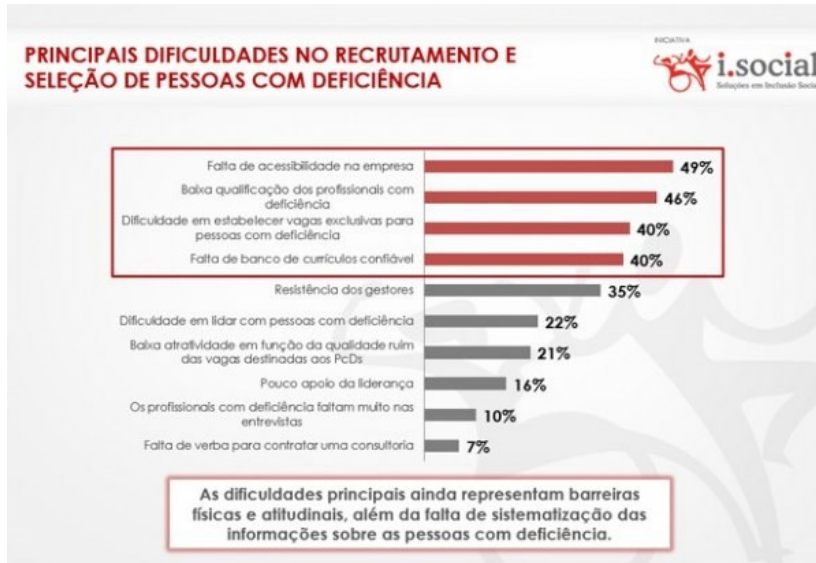
Nesse sentido, urge entender que a sociedade deve ser não apenas inclusiva, mas sim integrativa, como forma de promover e proporcionar a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência.

3. AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MERCADO DE TRABALHO

No Brasil, uma pesquisa da Associação Brasileira de Recursos Humanos (ABRH) Nacional, Isocial e Catho realizada com 2.949 profissionais do setor, apontou que 81% dos recrutadores contratam pessoas com deficiência “para cumprir a lei”. Apenas 4% declararam fazê-lo por “acreditar no potencial” e 12% o fazem “independente de cota” (fonte: Isocial).

Ademais, a referida pesquisa apontou as dificuldades encontradas pelos empregadores para a contratação de pessoas com deficiência, que são apresentadas na figura abaixo:

Figura 1 – Dificuldades no Recrutamento



Fonte: i.social, 2014

Dentre as dificuldades encontradas, destaca-se a falta de acessibilidade da empresa, a baixa qualificação, a dificuldade de se estabelecer vagas exclusivas e a falta de banco de currículos confiável. Contudo, chama a atenção a resistência dos gestores (que alcança 35% do total) e a dificuldade em lidar com pessoas com deficiência.

Desse entendimento partilha Ana Claudia Vieira Ciszewski:

Ainda há muita resistência quanto à contratação de portadores de deficiência. Os motivos são diversos: preconceito falta de disposição em arcar com os custos da adaptação do local de trabalho. À medida que forem assumindo postos de trabalho a resistência irá diminuir, ate que as vagas surjam naturalmente. Por isso, acredita-se que as reservas de cotas obrigatórias por lei sejam um bom começo. Elas dão a oportunidade de, no exercício do cargo, o portador de deficiência mostrar que tem aptidões e limitações como qualquer outra pessoa. (CISZEWSKI, 2005, p. 23).

As políticas públicas relacionadas à inclusão de pessoas com deficiência física ao mercado de trabalho ultrapassam o

assistencialismo, por serem uma forma de buscar a igualdade, como preconiza a Constituição da República de 1988, que dispõe:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV - promover o bem **de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**. (BRASIL, 1988) (grifos nossos).

Esta busca da inclusão não deve ser somente um dever do Estado, e sim da sociedade como um todo, e principalmente, das empresas, que devem fazer cumprir o princípio constitucional do valor social do trabalho e da livre iniciativa, citados no art. 1º, IV da Constituição da República de 1988.

Para Paulo Rebelo:

A toda pessoa com deficiência física, mental ou sensorial deve ser assegurado o direito de acesso ao trabalho – considerando suas limitações e os requisitos do trabalho – sem discriminação. Mas não basta o acesso ao emprego, também há que se providenciar as adaptações, identificação de limitações e a limitações e a proteção legal diferenciada, considerando que o trabalho tem reconhecida importância como fator de integração e interação social, como promotor da dignificação da pessoa e como provedor de ganho financeiro indispensáveis às necessidades pessoais.

A inclusão pelo trabalho é importante requisito do objetivo mais de integrar a pessoa com deficiência na sociedade. Contudo, na maioria das vezes, este processo parte do deficiente, que busca por seus próprios meios e esforços integrar-se à sociedade que, muitas vezes simplesmente o recebe, apenas motivada por compaixão ou exigência legal, sem que a necessária preparação para esta acolhida tenha sido providenciada. (REBELO, 2008, 42-43).

Essa falta de adaptação é um dos pontos mais importantes a ser levados em consideração para inclusão dos deficientes, e não só no

mercado de trabalho. É nítido o esforço que as pessoas com necessidades especiais tem que despende para alcançarem uma colocação. Esforço este que poderia ser minimizado com a ajuda de toda sociedade.

O Ministério do Trabalho e Emprego publicou um manual intitulado “A Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho”, onde aponta em suas primeiras páginas, formas de divisão de responsabilidades entre toda sociedade em relação a inserção destas pessoas com deficiência física, e explicando um pouco sobre o que diz a Constituição da República de 1988 sobre este tema, como segue:

O fato de a Constituição Federal afirmar de que todos são iguais perante a lei não é excluyente da medida afirmativa de que se cuida. Trata-se de materializar a igualdade real entre as pessoas a partir do pensamento de que a verdadeira igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na justa medida da desigualdade.

O Brasil conta com 24 milhões de pessoas com deficiência, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Essas pessoas, porém, não circulam nas ruas, nas escolas comuns, nos locais de lazer e cultura e muito menos têm acesso ao trabalho. É hora, portanto, de se reverter esse quadro. Os problemas que daí decorrem refletem-se na baixa escolaridade desse grupo, grande dificuldade de inserção social, de constituição de vínculos familiares para além dos lares paternos e maternos. Esse muro institucional pode e deve ser rompido por meio do comprometimento de todos.

As empresas devem, assim, cumprir a lei em questão, esforçando-se para implantar programas de formação profissional, flexibilizando as exigências genéricas para a composição de seus quadros, de modo a, objetivamente, abrir suas portas a esse grupo social em evidente estado de vulnerabilidade. Nesse sentido, é possível, então, o trabalho conjunto com organizações não-governamentais e/ou o Sistema S (SENAI, SENAR, SENAC, SENAT e SENACOP). Essas organizações detêm um conhecimento acumulado há décadas acerca das potencialidades das pessoas com deficiência e dos métodos para sua profissionalização.

Recente alteração legal (Lei nº 11.180/05) possibilita a formalização de contratos de aprendizagem para pessoas com deficiência, sem limite máximo de idade, sendo

possível a combinação de esforços entre as empresas e as instituições mencionadas (Lei nº 10.097/00). (BRASÍLIA, 2007).

Analisando os fatos narrados, pode-se observar, que a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é possível, desde que haja colaboração de vários setores da sociedade, buscando como objetivo principal, a igualdade de oportunidades entre todos.

Para Sasaki (2003):

A inclusão social é o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. Cabe, portanto, às empresas eliminar todas as barreiras físicas, programáticas e atitudinais para que as pessoas com necessidades especiais possam ter acesso ao mundo do trabalho e assim desenvolver-se pessoal, social, educacional e profissionalmente. (SASSAKI, 2003, p. 41)

É necessário um conjunto de ações, visando o mesmo objetivo, que é diminuir a cada dia esse abismo que há entre as condições de acessibilidade das pessoas que não tem nenhum tipo de deficiência, daquelas que necessitam de alguma forma diferenciada de necessidades especiais.

4. TRATAMENTO LEGISLATIVO DO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A legislação brasileira em relação à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é de um modo geral bem completa, o problema maior está no cumprimento desta legislação. Uma análise rápida acerca desta legislação poderá facilitar o entendimento em relação a este assunto.

4.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Uma das principais características do Direito contemporâneo reside na importância central atribuída aos princípios com o reconhecimento de sua força normativa, o que se denomina “pós-positivismo” (SARMENTO, 2004, p. 78). Deixa-se de lado, portanto, a concepção de completude e obediência cega à lei posta, para se buscar a realização do Direito através de uma atitude interpretativa.

Desse modo, tal como em áreas diferentes do Direito, conclui-se que a proteção às pessoas com deficiência deve ser fundada em princípios constitucionais. Assim, ao invés de se atrelar o desenvolvimento da matéria à criação constante de novas leis, que em pouco tempo podem ficar obsoletas, o Direito das pessoas com deficiência pode ser construído com base na interpretação constitucional.

O texto constitucional traz vários princípios aplicáveis às pessoas com deficiência, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, liberdade e autonomia, da inclusão, acessibilidade, dentre outros – que serão estudados em artigo próprio.

Todavia, deve-se ter em mente que toda a principiologia constitucional irradia para as demais áreas do Direito, e que podem existir princípios não expressos, mas que mesmo assim devem ser dirigidos à proteção dos indivíduos.

Especificamente, a Constituição da República de 1988 trás em seu texto alguns artigos que preveem a proteção do trabalho das pessoas com deficiência. Vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988) (grifos nossos).

Art. 7 – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Tais disposições vedam a ocorrência de discriminação, e, portanto, são imprescindíveis a esse estudo.

O artigo 37, VIII da Constituição da República de 1988, diz que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Este artigo não deve ser visto, de maneira alguma, como uma forma de privilégio em relação às pessoas deficientes, e sim um direito, para que eles possam se equiparar com as outras pessoas que por tantos anos tiveram o privilégio de ter seus empregos, sem ter que enfrentar tanta discriminação por parte das chefias e até mesmo de colegas de trabalho.

4.2 LEI Nº 7.853 DE 1989

Em 1989 foi criada a Lei 7.853/89 - Estatuto da pessoa com deficiência, Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

Art. 2, parágrafo único: “Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade,

e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico”.

O parágrafo único do Art. 2º da Lei 7.853/89 trás de forma geral os deveres do Poder Público de assegurar direitos básicos às pessoas portadoras de deficiência.

O inciso III do mesmo artigo trata especificamente do direito e das garantias concernentes ao mercado de trabalho, em relação à formação profissional e o trabalho:

III – na área da formação profissional e do trabalho:

- a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;
- b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;
- c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privados, de pessoas portadoras de deficiência;
- d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência. (BRASIL, 1989).

A Lei cita ainda a Coordenadoria para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), como órgão autônomo: “Art. 11. Fica reestruturada, como órgão autônomo, nos termos do artigo anterior, a Coordenadoria Nacional, para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde. (BRASIL, 1989)”.

Acerca dessa Lei, destaca Julio Cesar Botelho (2015) que no âmbito Federal, a Lei nº 7.853 que “teve o ineditismo de atribuir ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos e coletivos da Pessoa Portadora de Deficiência, além de tratar sobre diversas matérias que se associam na proporção de uma melhor qualidade de vida a essas

peças, como saúde, educação e trabalho". O referido autor ainda destaca o art. 8º do referido diploma, "que criminalizou a conduta de discriminar o portador de deficiência em escola, trabalho, estabelecimento hospitalar ou mesmo no concurso público".

3.3 DECRETO Nº 3.298 DE 1999

Em 1999 surge o Decreto nº 3.298 (20/12/1999) que regulamenta a lei 7.853/89; dispõe sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência na sociedade. Este Decreto traz a conceituação de deficiência e fixa os parâmetros de avaliação de todos os tipos de deficiência.

Marco Antonio Ribeiro e Ricardo Carneiro sobre este decreto asseveram:

A implementação da política nacional de cotas empregatícias para portadores de deficiência, contudo, não se deu de forma imediata. A necessidade de regulamentação de vários aspectos de legislação que instituiu o sistema bloqueou sua aplicação por quase uma década. Essa situação perdurou até dezembro de 1999, quando foi promulgado o Decreto nº 3.298, regulamentando e conferindo operacionalidade à norma legal. (CARNEIRO, RIBEIRO, 2008, p. 546).

Dispõe o art. 2º deste Decreto:

Art.2º. Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem estar pessoal, social e econômico.

O que prevê o Art. 2º do decreto 3.298/99, é que é dever do Estado, ou seja, do Poder Público, assegurar às pessoas com qualquer tipo de deficiência não só os direitos básicos e sim o pleno exercício de

seus direitos básicos. Isto quer dizer, direito à educação, à saúde, ao trabalho, além de outros decorrentes da Constituição da República que busca os direitos e garantias fundamentais para todo ser humano.

Outros artigos do Decreto que asseguram direitos acerca do trabalho:

Art. 6º – São diretrizes da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência: (...)

V – ampliar as alternativas de inserção econômica da pessoa portadora de deficiência, proporcionando a ela qualificação profissional e incorporação no mercado de trabalho;

Art. 15 – Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal prestarão direta ou indiretamente à pessoa portadora de deficiência os seguintes serviços:

II – formação profissional e qualificação para o trabalho;

Apesar de diversos textos e normas trazerem expressamente esta obrigação acerca da inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, tais normas não são eficazes. A grande maioria dessas pessoas não vê tantas alternativas de crescimento econômico, pois não tem as mesmas oportunidades de trabalho que pessoas sem deficiência.

Este Decreto reserva duas Sessões sobre o acesso ao trabalho de pessoas com deficiência física, a seção III que trata da habilitação e da reabilitação profissional, e a seção VI, que trata do acesso ao trabalho:

O artigo 34 trata da inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho de forma genérica:

Art. 34 – É finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido.

Parágrafo único – Nos casos de deficiência grave ou severa, o cumprimento do disposto no caput deste artigo poderá ser efetivado mediante a contratação das cooperativas sociais de que trata a Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999.

Já o artigo 35 trata da inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho de forma específica, enumerando as modalidades de inserção laboral, sendo divididas em colocação competitiva, colocação seletiva e promoção do trabalho por conta própria:

Art. 35 – São modalidades de inserção laboral da pessoa portadora de deficiência:

I – colocação competitiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que independe da adoção de procedimentos especiais para sua concretização, não sendo excluída a possibilidade de utilização de apoios especiais;

II – colocação seletiva: processo de contratação regular, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, que depende da adoção de procedimentos e apoios especiais para sua concretização; e

III – promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal.

§ 1º – As entidades beneficentes de assistência social, na forma da lei, poderão intermediar a modalidade de inserção laboral de que tratam os incisos II e III, nos seguintes casos:

I – na contratação para prestação de serviços, por entidade pública ou privada, da pessoa portadora de deficiência física, mental ou sensorial: e

II – na comercialização de bens e serviços decorrentes de programas de habilitação profissional de adolescente e adulto portador de deficiência em oficina protegida de produção ou terapêutica.

§ 2º – Consideram-se procedimentos especiais os meios utilizados para a contratação de pessoa que, devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, exija condições especiais, tais como jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, ambiente de trabalho adequado às suas especificidades, entre outros.

§ 3º – Consideram-se apoios especiais à orientação, a supervisão e as ajudas técnicas entre outros elementos que auxiliem ou permitam compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, de modo a superar as barreiras da mobilidade e da comunicação, possibilitando a plena utilização de suas capacidades em condições de normalidade.

§ 4º – Considera-se oficina protegida de produção a unidade que funciona em relação de dependência com

entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal relativa.

§ 5º – Considera-se oficina protegida terapêutica a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto que devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção.

§ 6º – O período de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto portador de deficiência em oficina protegida terapêutica não caracteriza vínculo empregatício e está condicionado a processo de avaliação individual que considere o desenvolvimento biopsicossocial da pessoa.

§ 7º – A prestação de serviços será feita mediante celebração de convênio ou contrato formal, entre a entidade beneficente de assistência social e o tomador de serviços, no qual constará a relação nominal dos trabalhadores portadores de deficiência colocados à disposição do tomador.

§ 8º – A entidade que se utilizar do processo de colocação seletiva deverá promover, em parceria com o tomador de serviços, programas de prevenção de doenças profissionais e de redução da capacidade laboral, bem assim programas de reabilitação caso ocorram patologias ou se manifestem outras incapacidades.

O artigo 36 traz a obrigatoriedade da contratação de pessoas com deficiência de acordo com a quantidade de pessoas contratadas, além de fixar a substituição de pessoas com condições semelhantes em caso de dispensa:

Art. 36 – A empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

I – até duzentos empregados, dois por cento;

II – de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento;

III – de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou

IV – mais de mil empregados, cinco por cento.

§ 1º – A dispensa de empregado na condição estabelecida neste artigo, quando se tratar de contrato por prazo determinado, superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes.

§ 2º – Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

§ 3º – Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função.

§ 4º – A pessoa portadora de deficiência habilitada nos termos dos §§ 2º e 3º deste artigo poderá recorrer à intermediação de órgão integrante do sistema público de emprego, para fins de inclusão laboral na forma deste artigo.

§ 5º – Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, bem como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de empregados portadores de deficiência e de vagas preenchidas, para fins de acompanhamento do disposto no caput deste artigo.

Do artigo 37 em diante, a lei versa sobre a participação das pessoas com deficiência em concursos públicos, às vagas reservadas, o que devem conter os editais, a vedação à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta, além de outros procedimentos concernentes ao desenvolvimento do concurso:

Art. 37 – Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º – 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.

§ 2º – Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Art. 38 – Não se aplica o disposto no artigo anterior nos casos de provimento de:

I – cargo em comissão ou função de confiança, de livre nomeação e exoneração; e

II – cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.

Art. 39 – Os editais de concursos públicos deverão conter:

I – o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;

II – as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;

III – previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e

IV – exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID, bem como a provável causa da deficiência.

Art. 40 – É vedado à autoridade competente obstar a inscrição de pessoa portadora de deficiência em concurso público para ingresso em carreira da Administração Pública Federal direta e indireta.

§ 1º – No ato da inscrição, o candidato portador de deficiência que necessite de tratamento diferenciado nos dias do concurso deverá requerê-lo, no prazo determinado em edital, indicando as condições diferenciadas de que necessita para a realização das provas.

§ 2º – O candidato portador de deficiência que necessitar de tempo adicional para realização das provas deverá requerê-lo, com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, no prazo estabelecido no edital do concurso.

Art. 41 – A pessoa portadora de deficiência, resguardadas as condições especiais previstas neste Decreto, participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos no que concerne:

I – ao conteúdo das provas;

II – à avaliação e aos critérios de aprovação;

III – ao horário e ao local de aplicação das provas; e

IV – à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

Art. 42 – A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de

deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos.

Art. 43 – O órgão responsável pela realização do concurso terá a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato.

§ 1º – A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:

I – as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição;

II – a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar;

III – a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;

IV – a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamento ou outros meios que habitualmente utilize;

e

V – a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

§ 2º – A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

Art. 44 – A análise dos aspectos relativos ao potencial de trabalho do candidato portador de deficiência obedecerá ao disposto no art.20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

O artigo 45 versa sobre a implementação de programas de formação e qualificação profissional voltados para pessoa portadora de deficiência:

Art. 45. Serão implementados programas de formação e qualificação profissional voltados para a pessoa portadora de deficiência no âmbito do Plano Nacional de Formação Profissional – PLANFOR.

Parágrafo único – Os programas de formação e qualificação profissional para pessoa portadora de deficiência terão como objetivos:

I – criar condições que garantam a toda pessoa portadora de deficiência o direito a receber uma formação profissional adequada;

II – organizar os meios de formação necessários para qualificar a pessoa portadora de deficiência para a inserção competitiva no mercado laboral; e

III – ampliar a formação e qualificação profissional sob a base de educação geral para fomentar o desenvolvimento

harmônico da pessoa portadora de deficiência, assim como para satisfazer as exigências derivadas do progresso técnico, dos novos métodos de produção e da evolução social e econômica. (BRASIL, 1999).

O que pôde ser observado é que o decreto 3.298/99 trata de diversos pontos de suma importância para que haja a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, tendo em vista que descreve a maneira que deve ser conduzida, desde a obrigatoriedade de reserva de vagas por parte das empresas, até a forma de tratamento que deve ser seguida por elas.

4.4 LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990

Esta lei dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais. E no seu Art. 5º, § 2º, trata da possibilidade do deficiente participar em concurso público e do percentual de vagas destinadas a eles:

§ 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. (BRASIL, 1990).

Mister se faz ressaltar que embora a lei assegure o percentual de 20% para deficientes, este parágrafo é claro em salientar que a pessoa tem que ter uma deficiência compatível com o cargo que será ocupado. Esta exigência não é discriminatória, pois mesmo as pessoas que não tenham nenhum tipo de deficiência terão que ser compatíveis com o cargo desejado¹⁷.

¹⁷ Nesse sentido, vejamos o que decidiu, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina em relação a vagas destinadas a deficientes em cargos públicos, e a compatibilidade com a função: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. CANDIDATA APROVADA. NEGATIVA DE NOMEAÇÃO

3.5 LEI DE COTAS - Nº 8.213 DE 1991

Uma das formas de reduzir a desigualdade de oportunidades no mercado de trabalho foi através do surgimento da Lei de Cotas, medida importante de proteção e de combate à discriminação das pessoas com deficiência.

Segundo Pastore,

Os primeiros países a adotarem o sistema de cotas foram Inglaterra e Holanda, seguidas por Grécia, Luxemburgo, Espanha, Irlanda e Bélgica. Na década de 60, foi implantado pelo Japão. Nos anos 1980, aderiram Malásia, Filipinas, Angola, Tanzânia, Egito e Turquia, enquanto o

EM VAGA RESERVADA A DEFICIENTE. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE RESERVA DE VAGAS A TAIS CANDIDATOS DIANTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N. 9.899/1995 POR VÍCIO DE INICIATIVA. NORMA QUE, DE FATO, VIOLA OS ARTIGOS 61, § 1º, II, C, DA CARTA MAGNA E 50, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA, CONTUDO, DO ARTIGO 37, VIII, DA LEI MAIOR. PRECEDENTES. EDITAL DO CERTAME QUE SEGUIU O DECRETO FEDERAL N. 3.298/1999, O QUAL NÃO PADECE DO MESMO VÍCIO FORMAL. LEGALIDADE DA RESERVA DE VAGAS AO DEFICIENTE FÍSICO. AUTORA ACOMETIDA DE DEFORMIDADE CONGÊNITA EM UM DOS MEMBROS INFERIORES. DEFICIÊNCIA FÍSICA COMPROVADA. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA CAPACIDADE DE DESEMPENHAR O CARGO DE INVESTIGADOR POLICIAL APENAS EM FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO À NOMEAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO E DO REEXAME. 1. O artigo 37, VIII, da Constituição Federal define que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". Tal norma é de iniciativa privativa do chefe do poder público competente; no caso, do Governador do Estado (artigos 61, § 1º, II, c, da CF/88 e 50, § 2º, IV, da Constituição Estadual). Todavia, a Lei Estadual n. 9.899/1995, que regulamenta a questão, teve iniciativa parlamentar, o que reflete inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. 2. Só que o referido preceito constitucional é de natureza cogente e, por isso, persiste a obrigatoriedade de cumpri-lo, como garantia de sua eficácia plena, o que coloca em dúvida sua eficácia limitada, pois lei regulamentadora, independentemente de sua origem, não poderia dispor contrariamente ao claro comando constitucional. 3. Demais disso, há prova de que a previsão de vagas para os deficientes físicos no certame em questão seguiu o disposto no Decreto Federal n. 3.298/1999, o qual não padece daquele vício formal. Daí a legalidade da previsão editalícia de reserva de vaga para os candidatos portadores de necessidades especiais. 4. Hipótese em que a candidata possui deformidade congênita no membro inferior direito, que se apresenta mais delgado e mais curto que o lado esquerdo, deficiência que lhe garante o preenchimento de uma das aludidas vagas, por força do disposto no art. 4º daquele Decreto. É evidente, pois, o seu direito à nomeação e a ilegalidade da negativa do ente público (BRASIL, 2009).

sistema de cota-contribuição foi adotado pela República Tcheca, República Eslováquia, Hungria, Polônia, Romênia, Marrocos, Tunísia, Tailândia, e Vietnã. Na década de 90, foi a vez dos países da Europa Oriental aderirem.

O sistema de cotas vigora, com peculiaridade que são específicas para admissão e demissão de deficientes. Na Alemanha, as empresas que superam a respectiva cota passam a ter direito a bônus e deduções. Em outros países, a lei de cotas é flexível (PASTORE, 2000, p. 29).

A Lei de Cotas nº 8.213/91, estabelece cotas de contratação para empresas privadas com mais de cem funcionários. Dispõe também sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

A lei de cotas determina que todas as empresas privadas com mais de 100 funcionários devem preencher entre 2 e 5% de suas vagas com trabalhadores que tenham algum tipo de deficiência. As empresas que possuem de 100 a 200 funcionários devem reservar, obrigatoriamente, 2% de suas vagas para pessoas com deficiência; entre 201 e 500 funcionários, 3%; entre 501 e 1000 funcionários, 4%; empresas com mais de 1001 funcionários, 5% das suas vagas.

Vejamos:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I	-	até	200	
empregados.....				2%;
II	-	de	201	a
500.....				3%;
III	-	de	501	a
1.000.....				4%;
IV	-	de	1.001	em
.....				diante.
				5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos

sindicatos ou entidades representativas dos empregados.
(BRASIL, 1991).

Pozzoli (2005, p.360) diz que “assim sendo, os deficientes que tenham os requisitos acima elencados têm garantida a reserva de mercado que obrigam a empresas a manterem o certo percentual de reabilitados ou pessoas com deficiência nos seus quadros de funcionários”.

Vejamos o que diz a jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA - DEFICIENTE FÍSICO - RESERVA DE VAGAS - ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91 1. A empresa que contar com 100 ou mais trabalhadores deverá obedecer a um percentual mínimo de empregados portadores de necessidades especiais, segundo o disposto no art. 93 da Lei nº 8.213/91. 2. A referida norma é de ordem pública, e não excetua do seu âmbito de aplicação as atividades de vigilância. Recurso de Revista conhecido e desprovido (BRASIL, 2013).

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região acerca da dispensa de empregado reabilitado julgou, levando em consideração o § 1º do Art. 93 da lei 8.213/91 buscando manter o percentual de vagas para portadores de deficiência e profissionais reabilitados, e assim cumprir uma garantia social:

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DE EMPREGADO REABILITADO. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE OUTRO FUNCIONÁRIO EM CONDIÇÕES SEMELHANTES. ART. 93, § 1º, DA LEI 8.213/91. ESTABILIDADE NO EMPREGO. LIMITAÇÃO AO DIREITO POTESTATIVO DE RESCINDIR O CONTRATO DE TRABALHO IMOTIVADAMENTE. Ao condicionar a dispensa de um empregado reabilitado à contratação de outro em condições semelhantes, a regra legal do §1º do art. 93 da Lei 8.213/91 tem por fulcro manter o percentual de vagas para portadores de deficiência e profissionais reabilitados. A garantia no emprego não é, nesse contexto, individual, mas sim social. Nesse contexto, esta c. Corte tem entendido que, nesses casos, o empregador tem limitado seu direito potestativo de dispensar o reabilitado profissionalmente, porque condicionado o exercício desse direito à contratação de

outro empregado em condições semelhantes. Recurso de revista conhecido e desprovido (BRASIL, 2013).

Foi visto que o empregado inserido no lugar do reabilitado tem as mesmas condições deste, não havendo queda de percentual do número de empregados na referida condição.

A autora Kátia Regina Cezar é taxativa em afirmar que:

O cumprimento da Lei de Cotas é uma função social definida e claramente determinada para a empresa, função esta obrigada pelo manto da legalidade. Por sua vez, a legalidade é expressa pela própria Lei de Cotas e pela aplicação sistemática e teleológica de todo ordenamento jurídico nacional, que ratifica a referida lei como constitucional e ressalta a sua relevância para a efetivação da dignidade do ser humano. Quanto à relação entre a Lei de Cotas e a dignidade do ser humano (CEZAR, 2012, p. 54).

É inadmissível o não cumprimento da lei de cotas, já sendo admitida a sua defesa através de tutela coletiva, como Ação Civil Pública. *In verbis*:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSERÇÃO DE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E REABILITADOS NO MERCADO DE TRABALHO. CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 93 DA LEI Nº 8.213/1991. Ao tratar da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o art. 93 da Lei nº 8.213/1991 visa a garantir o pleno acesso ao emprego, a conferir concretude ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a vedar a discriminação. O fundamento da inclusão dos deficientes físicos no mercado laboral está relacionado à política social ou institucional, voltada a alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, por meio das chamadas ações afirmativas, modificando positivamente a situação de desvantagem de determinados grupos. Demonstrada a inadimplência da Ré, no quediz com o dever de contratar e manter em seus postos de trabalho quantitativo correspondente a 4% de portadores de deficiência e/ou reabilitados em relação ao quadro total de empregados, impositiva a condenação ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer pretendidas, bem como ao pagamento de indenização por dano moral coletivo. Recursos ordinários conhecidos e não providos (BRASIL, 2014).

Nesse caso, além de a empresa ser condenada ao cumprimento das cotas, foi também obrigada ao pagamento de danos morais coletivos, como forma de desestimular o descumprimento da lei, em acertado entendimento.

6.6 ATOS NORMATIVOS Nº 20 DE 2001 E Nº 98 DE 2012

Em 2001 é editado um Ato normativo para verificar o cumprimento da Lei de Cotas nº 8.213/91, que foi citada anteriormente. Trata-se da Instrução Normativa 20/2001 que determina que o auditor fiscal do trabalho verificará, mediante fiscalização direta ou indireta, se as empresas estão cumprindo a cota.

Art. 10 O Auditor-Fiscal do Trabalho (AFT) verificará, mediante fiscalização direta ou indireta, se a empresa com cem ou mais empregados preenche o percentual de 2 a 5 por cento de seus cargos com beneficiários reabilitados da Previdência Social ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

I – até duzentos empregados, dois por cento;

II – de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento;

III – de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou

IV – mais de mil empregados, cinco por cento.

§ 1º Para efeito de aferição dos percentuais dispostos neste artigo, será considerado o número de empregados da totalidade dos estabelecimentos da empresa.

§ 2º Os trabalhadores a que se refere o *caput* poderão estar registrados em qualquer dos estabelecimentos da empresa.

§ 3º Cabe ao AFT verificar se a dispensa de empregado, na condição estabelecida neste artigo, foi suprida mediante a contratação de outra pessoa portadora de deficiência, quando se tratar de contrato por prazo determinado superior a noventa dias ou dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado. (BRASIL, 2001).

No dia 15 de agosto de 2012 foi publicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego a Instrução Normativa 98, que regulamenta de forma mais objetiva e traz novidades à fiscalização quanto à inclusão

das pessoas portadoras de deficiência ou beneficiários da Previdência Social reabilitados no mercado de trabalho, conforme a exigência prevista no artigo 93 da lei de 8.213/91. Esta Instrução Normativa revoga a Instrução Normativa 20/2001 citada acima, que tratava do mesmo assunto.

4.7. LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015.

Em 06 de julho de 2015 foi publicada a Lei n. 13.146/2015, a chamada Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com deficiência, também chamada de Estatuto da Pessoa com deficiência, que entrará em vigor em janeiro de 2016.

Tal diploma normativo trouxe em seu corpo várias disposições referentes ao Direito ao Trabalho da pessoa com deficiência. Primeiramente, traz em seu art. 1º, seu objetivo, qual seja, assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (aqui incluído o direito ao trabalho).

Traz ainda a proibição de discriminação (arts. 4º e 8º), semelhante ao disposto no Texto constitucional.

Em seus arts. 34 a 38, dispõe sobre a Pessoa com deficiência e o trabalho. Disciplina a matéria e elenca alguns princípios, dentre os quais podemos destacar:

- O Direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.
- A pessoa com deficiência tem direito, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor, proibindo as restrições e discriminações que puderem vir a ocorrer, inclusive nas etapas

de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional.

- As políticas públicas de trabalho e emprego devem promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

- O poder público deve implementar serviços e programas completos de habilitação profissional e de reabilitação profissional para que a pessoa com deficiência possa ingressar, continuar ou retornar ao campo do trabalho, respeitados sua livre escolha, sua vocação e seu interesse, sendo que tais serviços deverão ser oferecidos em ambientes acessíveis e inclusivos.

Verifica-se, desse modo, que muitas das disposições dessa lei constituem reiteração do que já estava previsto no texto constitucional e normativo vigente. Muitas das disposições poderiam ser inferidas através da interpretação de princípios constitucionais. Assim, apesar do grande alarde, pouco se fez, no que se refere à matéria trabalhista.

4.8. DIREITO COMPARADO

O Direito do Trabalho das pessoas com deficiência é tratado por diversos países, que trazem previsões diferentes.

Em alguns países o regime de cotas é aplicado somente no setor público, enquanto em outros países, existe previsão de incentivos financeiros para adequar os locais de trabalho, podendo assim o setor privado oferecer em seu quadro de empregados, vagas destinadas às pessoas com deficiência.

Segundo Cibelle Linero Goldfarb, em relação à legislação de Portugal:

O atual Código do Trabalho português (Lei 99, de 27.08.2003), sob influência das Diretivas da Comunidade Européia, traz disposições relativas ao direito à igualdade no acesso ao emprego e ao trabalho e à proibição de discriminação, incluindo expressamente dispositivos acerca da proibição de toda e qualquer discriminação fundada na capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica de empregado, salvo quando algum desses fatores constituírem requisito justificável e determinante com relação ao exercício da atividade profissional. Além disso, há subseções do Código do Trabalho específicas para as hipóteses de trabalho prestado por trabalhador com capacidade de trabalho reduzida e trabalhadores portadores de deficiência ou doenças crônicas (GOLDFARB, 2009, p. 64)

Nota-se então, que o Direito Português, está arraigado em uma concepção positivada do direito dos deficientes, trazendo expressamente em seu Código do Trabalho possibilidades de inserção no mercado, sendo apenas causa de exclusão desta garantia, o fato da pessoa se encontrar em uma situação de impossibilidade de realizar determinada tarefa.

Sobre ao direito norte-americano Goldfarb, diz:

O título VII do *Civil Rights Act of 1964* trata especificamente das medidas não-discriminatórias aplicáveis às relações de trabalho, mantidas pelos órgãos públicos e empresas com mais de 15 empregados, assim como das entidades de ensino e as associações sindicais com mais de 15 membros.

Na hipótese de o empregador proceder a qualquer prática discriminatória, o caso pode ser levado à Comissão de Igualdade de Oportunidades de Emprego, e *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) (GOLDFARB, 2009, p. 66).

No Direito Americano, no título VII do *Civil Rights Act of 1964*, são previstas garantias para que não haja discriminação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho onde são previstas medidas

punitivas na hipótese do empregador proceder qualquer prática discriminatória em órgãos públicos.

Ainda se tratando do direito norte-americano, porém, através do ensinamento de Rosanne de Oliveira Maranhão:

O direito norte-americano, entretanto, em relação à legislação ordinária, tem uma ampla normatização em relação às pessoas com *inabilidades*. Citemos, como exemplo, a lei de Reabilitação de 1973 que contém a base dos direitos dos portadores de deficiência em face de uma relação de emprego ou para ingressarem em programas de trabalhos fornecidos pelo governo dos Estados Unidos da América (MARANHÃO, 2005, p. 57).

Desta forma, merece destaque a preocupação do Direito Americano em relação às pessoas com deficiência, ou com alguma “inabilidade”. No seu contexto normativo, é de se destacar até mesmo uma lei que trata da Reabilitação destas pessoas, que serve de base de seus direitos em relação ao trabalho.

A autora ainda traz um ótimo exemplo em relação à legislação Holandesa:

A Holanda, no plano laboral, publicou em 1986, a Lei do Emprego de Pessoas Portadoras de Deficiência que estabelece um sistema de quotas, sem caráter obrigatório, destinadas a fomentar a contratação de pessoas portadoras de deficiência, deixando o cargo dos agentes sociais a promoção do emprego das mesmas. Outra Lei que merece destaque é a da proteção Social do Trabalho de 1967, modificada em 1994, onde os municípios, através da chamada Comissão de Proteção ao Trabalho Social, fomentam o emprego para as pessoas que, não podendo trabalhar em circunstâncias normais, podem fazê-lo em outras direcionadas, no possível, a preservar, recuperar e estimular a capacidade de trabalho (MARANHÃO, 2005, p. 69).

Embora a legislação holandesa preveja o sistema de cotas, fica a cargo do empregador, contratar ou não pessoas com deficiência.

Entretanto, na lei de Proteção ao Trabalho Social, os Municípios são chamados a alocar pessoas que não podem trabalhar em circunstâncias normais em outros locais de acordo com suas capacidades laborais.

O Ministério do Trabalho e emprego do Brasil mostra em seu portal, como, em vários outros países, a lei trata da questão de cotas para pessoas com deficiência:

1. ESPANHA: a Lei nº 66/97 ratificou o art. 4º do Decreto Real nº 1.451/83, o qual assegura o percentual mínimo de 2% para as empresas com mais de 50 trabalhadores fixos. Já a Lei nº 63/97 concede uma gama de incentivos fiscais, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social.
2. FRANÇA: o Código do Trabalho Francês, em seu art. L3231, reserva postos de trabalho no importe de 6% dos trabalhadores em empresas com mais de 20 empregados.
3. ITÁLIA: a Lei nº 68/99, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados devam contratar pessoas com deficiência na pro porção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados; duas pessoas com deficiência, em empresas com 36 a 50 trabalhadores; e uma pessoa com deficiência, se a empresa possuir entre 15 e 35 trabalhadores.
4. ALEMANHA: a lei alemã estabelece para as empresas com mais de 16 empregados uma cota de 6%, incentivando uma contribuição empresarial para um fundo de formação profissional de pessoas com deficiência.
5. ÁUSTRIA: a lei federal reserva 4% das vagas para trabalhadores com deficiência nas empresas que tenham mais de 25, ou admite a contribuição para um fundo de formação profissional.
6. BÉLGICA: existe sistema de cotas, porém, não há um percentual legal para a iniciativa privada. Este é negociado por sindicatos e representantes patronais para cada ramo da economia.
7. HOLANDA: o percentual varia de 3% a 7%, sendo este firmado por negociação coletiva, dependendo do ramo de atuação e do tamanho da empresa.
8. IRLANDA: a cota é de 3%, sendo aplicável somente para o setor público.
9. REINO UNIDO: o Disability Discrimination (DDA), de 1995, trata da questão do trabalho, vedando a discriminação de pessoas com deficiência em relação ao acesso, conservação e progresso no emprego. Estabelece, também, medidas organizacionais e físicas, para possibilitar o acesso de pessoas com deficiência. O Poder

Judiciário pode fixar cotas, desde que provocado e de que se constate falta de correspondência entre o percentual de empregados com deficiência existente na empresa e no local onde a mesma se situa.

10. ARGENTINA: a Lei nº 25.687/98 estabelece um percentual de, no mínimo, 4% para a contratação de servidores públicos. Estendem-se, ademais, alguns incentivos para que as empresas privadas também contratem pessoas com deficiência.

11. COLÔMBIA: a Lei nº 361/97 concede benefícios de isenções de tributos nacionais e taxas de importação para as empresas que tenham, no mínimo, 10% de seus trabalhadores com deficiência.

12. EL SALVADOR: a Lei de Equiparação de Oportunidades, o Decreto Legislativo nº 888, em seu art. 24, estabelece que as empresas com mais de 25 empregados devam contratar uma pessoa com deficiência.

13. HONDURAS: a Lei de Promoção de Emprego de Pessoas com Deficiência, o Decreto nº 17/91, em seu art. 2º, fixa cotas obrigatórias para contratação de pessoas com deficiência por empresas públicas e privadas, na seguinte proporção: uma pessoa com deficiência, nas empresas com 20 a 40 trabalhadores; duas, nas que tenham de 50 a 74 funcionários; três, nas empresas com 75 a 99 trabalhadores; e quatro, nas empresas que tenham mais de 100 empregados.

14. NICARÁGUA: a Lei nº 185 estabelece que as empresas contratem uma pessoa com deficiência a cada 50 trabalhadores empregados.

15. PANAMÁ: a Lei nº 42/99 obriga os empregadores que possuam em seus quadros mais de 50 trabalhadores a contratar, no mínimo, 2% de trabalhadores com deficiência. O Decreto Executivo nº 88/93 estabelece incentivos em favor de empregadores que contratem pessoas com deficiência. O governo também está obrigado a empregar pessoas com deficiência em todas as suas instituições.

16. PERU: a Lei Geral da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI, estabelece a concessão de benefícios tanto para as pessoas com deficiência quanto para as empresas que as contratem, como, por exemplo, a obtenção de créditos preferenciais e financiamentos de organismos financeiros nacionais e internacionais; preferência nos processos de licitação; e dedução da renda bruta de uma percentagem das remunerações paga às pessoas com deficiência.

17. URUGUAI: a Lei nº 16.095 estabelece, em seu art. 42, que 4% dos cargos vagos na esfera pública deverão ser preenchidos por pessoas com deficiência e, no art. 43, exige, para a concessão de bens ou serviços públicos a particulares, que estes contratem pessoas com deficiência, mas não estabelece qualquer percentual.

18. VENEZUELA: a Lei Orgânica do Trabalho, de 1997, fixa uma cota de uma pessoa com deficiência a cada 50 empregados.

19. JAPÃO: a Lei de Promoção do Emprego para Portadores de Deficiência, de 1998, fixa o percentual de 1,8% para as empresas com mais de 56 empregados, havendo um fundo mantido por contribuições das empresas que não cumprem a cota, fundo este que também custeia as empresas que a preenchem.

20. CHINA: a cota oscila de 1,5% a 2%, dependendo da regulamentação de cada município. (BRASIL, 2015).

Pode-se ver com estes dados que vários países se preocupam com a inserção das pessoas com deficiência física ao mercado de trabalho, e uma forma eficaz de fazer isto é através das cotas que são determinadas por leis ou por benefícios que são concedidos a empresas que contratarem estas pessoas.

Um dado importante a ser analisado é o dos Estados Unidos que não tem cotas legalmente fixadas, embora possua um “ato normativo” que determina que as empresas devam se adequar em relação a acessibilidades para receber pessoas com deficiência como empregadas.

5. DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO E DEFICIÊNCIA

A discriminação de um modo geral pode ser dividida, ou conceituada de duas formas, a discriminação negativa e a discriminação positiva.

Em relação à discriminação negativa, ou seja, intencional, preleciona Barbosa Gomes:

O tipo mais comum, a discriminação intencional, funda-se em qualquer comportamento discriminatório cujo destinatário, por razões de “raça”, cor, sexo ou **qualquer outro fator** que o torne diferente da maioria dominante, seja tratado de modo desfavorável intencionalmente. Tais comportamentos ora se apresentam como banais, ora como se recebessem tratamento complacente do direito e, frequentemente, representam resquícios de uma discriminação que tem raízes no passado, a exemplo, da

sofrida pelos negros em virtude da escravidão (GOMES, 2001, p. 20, Grifo nosso).

O mesmo autor tece comentários a respeito da discriminação positiva, aquela que de certo modo, tenta diminuir a desproporcionalidade de oportunidades das pessoas que a sofrem:

Ocorre quando, diante de situações flagrantes de discriminação, o próprio ordenamento jurídico estabelece uma presunção de tal discriminação. Assim, se as pessoas, que dela são vítimas, recorrerem ao Judiciário, estarão isentas do ônus da prova, salvo se a pretensão for de caráter condenatório. Um dos seus indicadores é a disparidade estatística que aponta ausência ou sub-representação de determinadas minorias em algum setor e/ou atividade (GOMES, 2001, p. 31).

O autor continua falando a cerca da discriminação, porém de forma positiva, como forma de ampliar direitos e garantias constitucionais:

Um segundo exemplo de discriminação juridicamente aceita consistiria na chamada “Discriminação Positiva” ou “Ação Afirmativa”, por meio da qual se dispensaria tratamento diferenciado a determinado grupo de pessoas que, historicamente, foram marginalizadas, notabilizando-se por seu caráter redistributivo e restaurador. Encontraria justificativa pela feição provisória e, também, pelos objetivos sociais a que visa (GOMES, 2001, p. 22).

Os direitos, para todas as pessoas do país e do mundo, devem ser iguais, sem qualquer tipo de discriminação de raça, religião, aparência ou qualquer outro tipo de diferenciação que seja vista pelas pessoas que gerenciam um determinado local.

A Constituição da República de 1988, trás em seu texto, no art. 5º, logo no *caput*, que: “todos são iguais perante a lei”, porém, muitas vezes para alcançarmos esta igualdade a própria Constituição nos permite alcançar as desigualdades de fato, para que ocorra com isso os

devidos acertos, através de tratamentos diferenciados. É o que afirma José Afonso da Silva (2001):

Essa igualdade formal 'perante' a lei, opõe-se ao princípio da igualdade 'na' lei, pois, aquela corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igual 'na' lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade 'perante' a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade 'na' é uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos. (SILVA, 2001, p.218).

O Art. 7, XXXI da Constituição da República de 1988, trás como visto anteriormente: a proibição de qualquer ato discriminatório com relação a salário ou critério de admissão do emprego em virtude de sua deficiência.

Maria Aparecida Gugel (2006) diz que “é importante compreender que o princípio da igualdade, baseado na herança aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, mantém o intérprete num círculo tautológico [...]. E cita Bastos (2004, p. 10):

o cerne do problema remanesce irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais. A igualdade e a desigualdade não residem intrinsecamente nas coisas, situações e pessoas, porquanto, em última análise, todos os entes se diferem entre si, por mínimo que seja. O que acontece é que certas diferenças são tidas por relevantes, segundo o critério que se tome como descrímen (BASTOS, 2004).

Gugel (2006) finaliza seu raciocínio sobre a o 'direito à igualdade' da seguinte forma:

Conclui-se, pois, que o 'direito à igualdade' correlaciona a igualdade e a discriminação: 'veda a discriminação'

quando o resultado do ato gera tratamento desigual; 'indica a discriminação' para desigualdades de oportunidade e tratamento.

A discriminação positiva em favor das pessoas com deficiência está em perfeita consonância com os objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição que impõe a ação positiva do Estado de erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais, regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (3º, III e IV), oferecendo meios institucionais diferenciados para o acesso de grupos de excluídos do sistema e, portanto, viabilizar lhes o gozo e o exercício de direitos fundamentais, alcançando, assim, a 'igualdade real'. (GUGEL, 2006, p.48-49).

A autora explica bem a relação que existe entre a igualdade e a discriminação e cria uma "dependência" entre elas. Ela aponta que, a discriminação positiva tem fundamento na Constituição da República, e impõe ao Estado a obrigação de tentar reduzir as desigualdades sociais sem distinção de pessoas, oferecendo meios institucionais de inserir grupos excluídos ao exercício dos direitos fundamentais.

Ela cita ainda, um exemplo claro da Constituição da República de 1988:

A reserva de cargos e empregos públicos na administração pública direta e indireta é uma forma de discriminação positiva e um meio para que a pessoa com deficiência recupere o tempo de exclusão, eis que participará do concurso público, observadas as necessárias adaptações no modo em que o prestará em face de deficiência declarada, em igualdade de condições com os demais candidatos, quanto ao conteúdo das provas, à avaliação, aos critérios de aprovação, ao horário, ao local de aplicação das provas e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos (GUGEL, 2006, p.52).

Se observarmos o artigo 37, VIII da Constituição da República de 1988, segundo o qual "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;" veremos facilmente, sem necessidade de

uma reflexão aprofundada que, assim como destaca Gugel (2006), é colocada neste inciso uma forma de discriminação positiva para tentar sanar o dano que as pessoas com deficiência viveram durante tantos anos, e até hoje vivem.

Alguns autores, no entanto consideram a discriminação, e a encaram como um estigma, que necessariamente precisa ser derrubado.

Para Goffman (1988), À pessoa estigmatizada é atribuída a condição de não pessoa:

(...) por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos **vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida.** Construimos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social (GOFFMAN, 1988, p. 15) (Grifo nosso).

Por falta de conhecimento, a sociedade muitas vezes, trata o deficiente como um anormal, alguém incapaz de desempenhar qualquer atividade laborativa e por isso incapaz de sustentarem-se, tudo porque culturalmente nos foi deixado uma herança muito forte de preconceito.

Segundo Maria Salete Aranha (2001) as pessoas com deficiência eram consideradas como fracas, incapazes, e lentas, ou seja, aqueles que não correspondiam ao parâmetro de existência e produção seriam "naturalmente" desvalorizados por evidenciarem as contradições do sistema, desvendando suas limitações.

Uma publicação do departamento das pessoas deficientes do Governo de Québec, Canadá, leva a uma reflexão:

[...] As pessoas deficientes têm os mesmos direitos que qualquer cidadão, mas no cotidiano de cada uma, **nenhuma lei ou imposição pode assegurar o respeito à diferença:** é uma questão de atitudes, de mentalidades, de

interesses e de relações de força. Injustiças graves persistem e um esforço intenso de recuperação deve ser realizado. A proposta de estratégias globais para assegurar as condições efetivas de integração social das pessoas deficientes é o resultado de um esforço remarcável de colaboração e de reflexão do conjunto de participantes sociais. Colocá-las em ação impõe o desafio de exprimir uma vontade coletiva de mudança social. (Québec, 1984, apud IBDD, 2004, p. 35) (Grifo nosso).

Muitas famílias desconhecem que o deficiente possa trabalhar e ter uma independência financeira e isso acaba contribuindo para a discriminação na sociedade, isso porque, o sujeito acaba ficando isolado, longe do convívio social e acaba assim, sendo estigmatizado pela mesma.

É preciso que as pessoas, com qualquer deficiência que seja, tenham uma boa estrutura familiar, para que possam lutar pelos seus ideais sem medo de seguir em frente, porque só assim, poderão mostrar o quanto são capazes de realizar atividades laborais perfeitamente.

6. CONCLUSÃO

A importância desse estudo foi perceber que ao longo dos anos, houve um avanço considerável na conquista dos direitos das pessoas com deficiência no que tange a criação de normas, na tentativa de diminuir a discriminação e reconhecer a igualdade entre todos, facilitando assim o exercício da cidadania. Entretanto, embora exista uma legislação ampla sobre o assunto, ela é feita de forma esparsa, dificultando assim o acesso das pessoas, por carecer de um instrumento que trate da matéria de forma unitária, uma espécie de compêndio ou coletânea de leis.

O que este artigo propôs, foi justamente reunir importantes leis, decretos, jurisprudências e discussões de doutrinadores, sobre a

relação entre o Direito do Trabalho e as pessoas com deficiência a fim de criar um instrumento que seja de fácil utilização. A partir do momento em que se tem uma norma com toda matéria reunida, ou pelo menos, que trate de grande parte da matéria, fica mais fácil lutar pelos direitos e garantias nela expressos.

Caberia ainda ao Estado, uma maior atenção na fiscalização no cumprimento de tais normas, para que o direito das pessoas com deficiência seja exercido e aconteça uma inserção social, tanto no mercado de trabalho, quanto nas escolas, no esporte, no lazer e em toda sua vida civil, facilitando principalmente a acessibilidade desses locais, evitando acidentes e ampliando a mobilidade e consequentemente a qualidade de vida.

É preciso que haja uma maior conscientização da sociedade, para exigir o cumprimento das normas, buscando sempre diminuir a desigualdade e fazer cumprir os princípios da dignidade da pessoa humana e da Isonomia.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Salete. *Integração Social do Deficiente: Análise Conceitual e Metodológica*. Temas em Psicologia, número 2, 1995, p. 03. Ribeirão Preto, Sociedade Brasileira de Psicologia.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI. *Pessoa Portadora de Deficiência. Direitos e Garantias*. 2ª Edição. Editora Damásio de Jesus: 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo : Saraiva,2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. *Decreto nº. 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, consolida normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial da União. 21 dez1999.

BRASIL. *Lei de cotas n.º. 8213, de 24 de Julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 08 Jan.2009.

BRASIL. *Lei n.º. 7.853, de 24 de Outubro de 1989*. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 08Jan. 2015.

BRASIL. *Lei n.º 8.112, de 11/12/1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, dez. 1990

BRASIL. *Lei Nº 13.146, 06/07/2015*. Institui a Lei Brasileira de inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 de julho de 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Instrução Normativa n.º. 20, de 26 de janeiro de 2001*. Dispõe sobre procedimentos a serem adotados pela fiscalização do trabalho no exercício da atividade de fiscalização do trabalho das pessoas portadoras de deficiência. Diário Oficial da União. 29 jan 2001.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Instrução Normativa n.º. 98, de 15 de agosto de 2012*. Dispõe sobre procedimentos de fiscalização do cumprimento, por parte dos empregadores, das normas destinadas à inclusão no trabalho das pessoas com deficiência e beneficiários da Previdência Social reabilitados. Diário Oficial da União. 16 agosto 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça -SC - AC: 394791 SC 2009.039479-1, Relator: Vanderlei Romer, Data de Julgamento: 06/11/2009, Primeira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , da

Capital). BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região – Processo: 12920087.2009.5.15.0071, Relator: Aloysio Correa da Veiga, Data de Julgamento: 24.04.2013, Órgão Julgador: 6ª Turma, Data da Publicação: 26.04.2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 10ª Região – RO: 00010201300310002 DF 00010-2013-003-10-00-2 RO, Relator: Desembargador Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 26/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: 04/04/2014 no DEJT).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - Processo: 91000372009517001291000-37.2009.5.17.0012, Relator: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 23/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego, *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. –3.ed. – Brasília: MTE, SIT, 2007.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Direito Internacional e Comparado*. Brasília: MCT, 2000. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/fisca_trab/direito-internacional-e-comparado.htm>. Acesso em: 23 jan. 2015.

Botelho, Julio Cesar. Breve Comentário Sobre a Legislação Relativa às Pessoas Portadoras de Deficiência
<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub63.html>

CARNEIRO, Ricardo. RIBEIRO, Marco Antônio. *A Inclusão Indesejada: as Empresas Brasileiras face à Lei de Cotas para Pessoas Com Deficiência*. In XXXII Encontro da ANPAD. 6-10 Set. 2008. Rio de Janeiro. Anais. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/login.php?cod_edicao_subsecao=391&cod_evento_edicao=38&cod_edicao_trabalho=8720>. Acesso em: 23/01/2015.

CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com deficiência intelectual: inclusão trabalhista: lei de cotas* / Katia Regina Cezar – São Paulo: LTr, 2012.

CISZEWSKI, Ana Claudia Vieira de Oliveira. *O Trabalho da Pessoa Portadora de Deficiência* / Ana Claudia Vieira de Oliveira Ciszewski. São Paulo: LTr, 2005. 128 p.

ETHOS, Instituto. *O que as empresas podem fazer pela inclusão das pessoas com deficiência*. São Paulo: 2002.

81% contratam pessoas com deficiência só 'para cumprir lei'. i.social, Soluções em Inclusão Social. 2014. Disponível em: <http://blog.isocial.com.br/81-contratam-pessoas-com-deficiencia-so-para-cumprir-lei/>. Acesso em: 10 de Ago. de 2015.

GOFFMAN, E. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Trad. M. B. M. L. Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego: o sistema de cotas no Brasil* / Cibelle Linero Goldfarb. Curitiba: Juruá, 2009. 214 p.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta.* / Maria Aparecida Gugel_ Goiânia: Ed. da UCG, 2006. 228p.

IBDD. (2004). *Responsabilidade social e diversidade: deficiência, trabalho e exclusão*. Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência, IBDD. Rio de Janeiro: BNDES.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. *A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, Subárea de Direito do Trabalho. 2009. 197 p.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. *O portador de deficiência e o direito do trabalho*. / Rosanne de Oliveira Maranhão. São Paulo: LTr, 2005.

PASTORE, José. *A evolução do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2001.

PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000.

REBELO, Paulo. *A pessoa com deficiência e o trabalho* / Paulo Antonio de Paiva Rebelo. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008. 136 p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 303 p.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: o paradigma do século 21*. Inclusão: Revista da Educação Especial, p.19-23, out. 2005. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/revistainclusao1.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Terminologia sobre deficiência na era da inclusão*. Agência de Notícias dos Direitos da Infância e da Fundação Banco do Brasil. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.fiemg.com.br/ead/pne/Terminologias.pdf>>. Acesso em: 03dez. 2014.

SILVA, Diego Nassif da. *Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica*. / Diego Nassif da Silva. / Curitiba: Juruá. 2013. 238 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

TOMAZINI, Maria Elisabete Archer. *Trabalho e deficiência: uma questão a ser repensada*. Palestra ministrada no II Seminário Paranaense de Educação Especial. [Tema: Educação, Trabalho e Cidadania], realizado em Curitiba, em 5-8 de novembro de 1996.

WALTON, R. *Quality of working life: what is it?* Sloan Management Review. 1973.

CAPÍTULO V

AS IMPLICAÇÕES DA LEI Nº 13.146/2015 NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: uma discussão acerca da teoria das incapacidades

Bruna Laís Resende Santos¹⁸

Fernanda Paula Diniz¹⁹

1 INTRODUÇÃO

A capacidade civil das pessoas naturais e, por conseguinte, os direitos decorrentes da personalidade civil tem sido objeto de ampla discussão no direito brasileiro desde a promulgação do Código Civil de 1916, haja vista as consequências socioeconômicas, políticas e jurídicas dela resultantes.

¹⁸ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais campus Contagem. E-mail brunalaisresende@hotmail.com

¹⁹ Doutora em Direito Privado, professora de Direito Civil e Empresarial do curso de Direito da PUC-MG. E-mail: fernandapaulad@yahoo.com

No âmbito do Direito Civil tal discussão está inserida na Teoria das Incapacidades. Com a promulgação do Código Civil de 2002, buscou-se resguardar os direitos das pessoas consideradas absolutamente ou relativamente incapazes.

As disposições legais referentes à capacidade civil, embora fundamentais para direcionar as relações sociais e garantir a segurança jurídica, não é engessada. Possui intrínseca relação com o desenvolvimento social, interesses individuais e coletivos que são manifestados através dos grupos organizados da sociedade civil, dos grupos políticos, dos organismos internacionais e, em última análise, das demandas levadas ao Judiciário.

Um dos pontos de intenso debate no âmbito da teoria das incapacidades refere-se à capacidade civil da pessoa com deficiência²⁰. A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, retirou do rol de absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” (art. 3º, II)” e dos que são incapazes para certos atos, ou à maneira de os exercer “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (art. 4º, II). Na atualidade, o art. 6º da Lei nº 13.146/2015 determina que a deficiência não afeta a plena capacidade civil.

Em face dos elementos indicados anteriormente, tornou-se possível indagar quais os impactos de tais alterações no ordenamento jurídico brasileiro. Elegeu-se, portanto, como objetivo geral, identificar, compreender e analisar essas mudanças à luz da teoria das incapacidades. Em termos teóricos, a pesquisa se orienta,

²⁰ Vale ressaltar a divergência terminológica utilizada na doutrina e na legislação que trata da matéria. No Código Civil (2002), por exemplo, não se utiliza o termo pessoa com deficiência para consignar incapacidade civil relativa ou absoluta. Porém, a Lei nº 13.146/2015 que alterou o Código Civil toma como referência o termo pessoa com deficiência.

fundamentalmente, pelos referenciais do Direito Civil e do Direito Constitucional. No que diz respeito à proposta metodológica, quanto aos fins, a pesquisa é de caráter exploratória; quanto aos meios, a pesquisa é bibliográfica.

Espera-se que a partir do trabalho desenvolvido seja possível, no plano teórico, contribuir para o avanço da discussão na área; e no campo prático, possibilitar a reflexão dos desafios impostos pela realidade social, bem como das estratégias para intervenção social.

Para tanto, este trabalho apresenta no Capítulo 2 o desenvolvimento histórico da teoria das incapacidades no direito brasileiro, a fim de lançar as bases para discussão do atual regime das incapacidades (absoluta e relativa), bem como evidenciar os princípios que regem as incapacidades.

Posteriormente, no Capítulo 3, discute-se a interrelação entre capacidade civil e deficiência no Brasil. Tal discussão é ancorada na seguinte indagação: qual o impacto da deficiência na capacidade civil da pessoa, tendo em vista que algumas modalidades de deficiência não afetam o discernimento da pessoa para determinados atos na vida civil?

Em continuidade, no Capítulo 4, encontram-se sistematizadas as principais alterações que a Lei nº 13.146/2015 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro e, notadamente, suas implicações na teoria das incapacidades e seus desdobramentos práticos.

Por fim, conclui-se o trabalho no Capítulo 5, apresentando os resultados alcançados, bem como os desafios jurídico-sociais que se descortinam no cenário brasileiro.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme disposto no art. 1º do Código Civil (2002), “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Do ponto de vista jurídico, conforme destaca Pereira (2014) pessoa é o ser humano ou entidade com personalidade, que é a aptidão para a titularidade de deveres e direitos. A personalidade é definida como “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”. (PEREIRA, 2014, p. 181). A personalidade, portanto, “é atributo jurídico que dá um ser *status* de pessoa”. (FIUZA, 2014, p. 151). Assim, o conceito de capacidade (de direito e de fato) está intimamente relacionado ao de personalidade. A “capacidade de fato é o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil. É em relação à capacidade de fato, que se classificam as pessoas naturais em absolutamente incapazes, relativamente incapazes e capazes”. (FIUZA; OLIVEIRA, 2017).

Considerando a temática desta pesquisa, por pretender analisar as implicações da Lei nº 13.146/2015 à luz da teoria das incapacidades, recuperar e analisar o desenvolvimento histórico do instituto das incapacidades é essencial para tal empreitada. Afinal, parte-se do pressuposto de que a compreensão de determinados fatos, situações e conceitos experimentados/aplicados na atualidade só podem ser apreendidos quando sua análise é realizada a partir de uma investigação histórico-jurídica.

O regime jurídico das incapacidades tem como fito erigir um sistema de proteção às pessoas que não possuem o necessário discernimento para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Destarte, os efeitos jurídicos decorrentes da declaração de incapacidade importam em consequências que extrapolam a esfera jurídica.

Inicialmente, a fim de recuperar a historicidade da teoria das incapacidades no Brasil, faz-se oportuno destacar que o Direito brasileiro sofreu influência direta do português, uma vez que durante todo período de colonização baseava-se nas Ordenações do Reino de

Portugal, sendo as Ordenações Filipinas publicadas em 1603 as que mais perduraram no Brasil, vigendo até a proclamação da independência em 1822. Conforme destaca Renata de Lima Rodrigues:

De todas as Ordenações portuguesas, foram as Ordenações Filipinas as que mais tempo vigoraram no Brasil e marcaram a cultura jurídica nacional. Forjadas em tom **patriarcalista, individualista e patrimonialista**, desde sua gênese, já eram consideradas atrasadas e retrógradas, pois mantinham em vigor, em plena época moderna, regras já ultrapassadas do século XV. Trazidas para o Brasil, contribuíram para aqui consolidar esse atraso. (RODRIGUES, 2007, p.32, grifo nosso)

Todavia, mesmo com a proclamação da independência, enfatiza Gonçalves (2006), que as Ordenações Filipinas permaneceriam como sistema jurídico aplicável até que se elaborasse o Código Civil. Nesse sentido, Pereira (2014) aponta que fora determinada por meio de previsão legal contida na Constituição imperial de 1824 a elaboração de um Código Civil.

Atendendo à previsão da Constituição de 1824, o Governo Imperial em 1855 confiou a Augusto Teixeira de Freitas a tarefa de consolidação das leis civis, sendo esta reputada imprescindível para a elaboração do Código Civil. Realizada a entrega de sua primeira obra *Consolidação das Leis Civis* em 1858, Teixeira de Freitas ficou incumbido de redigir o projeto do Código Civil. Desse modo, Freitas elaborou um anteprojeto com quase cinco mil artigos o qual denominou de *Esboço do Código Civil*, mas devido a divergências políticas, o jurista abandonou o projeto. Embora, o esboço não chegara a ser finalizado como projeto do Código Civil brasileiro, serviu como base para a elaboração do Código Civil argentino. (PEREIRA, 2014).

Insta salientar, que é possível constatar a elaboração de uma complexa teoria concernente à temática das capacidades a partir da

referida obra de Freitas intitulada *Esboço do Código Civil*. Conforme Felipe Quintella Machado de Carvalho:

A teoria, produto de uma profunda reflexão sobre os Direitos alemão, francês e português- revelada nas notas elaboradas por FREITAS em comentário aos artigos do projeto-, distinguia as noções de personalidade jurídica, capacidade jurídica, capacidade civil, capacidade de direito, capacidade de fato, incapacidade de direito, incapacidade de fato absoluta e incapacidade de fato relativa. Cada conceito aparecia suficientemente explicado nos artigos respectivos e nas notas explicativas na disciplina das pessoas. (CARVALHO, 2016, p. 17).

Nesse sentido, Carvalho (2016, p. 17) aponta que na perspectiva de Freitas a personalidade jurídica era o requisito básico para aquisição de direitos de um ente. Com vistas à elaboração de uma teoria menos rígida, isto é, estanque, “Freitas partiu do fato de que pessoa é o ente suscetível de adquirir direitos no plano dos fatos para, então, reconhecer sua personalidade jurídica”. A pessoa, portanto, “é todo ente suscetível de aquisição de direitos”, conforme redação do art. 13 do *Esboço do Código Civil* publicado em 1860, citado por Carvalho (2016, p. 17). Posteriormente, Freitas conceituou capacidade de direito e explicou a ideia de incapacidade de direito, incapacidade de fato e distinguiu a incapacidade de fato absoluta da incapacidade de fato relativa. Numa perspectiva geral, o principal critério utilizado para distinção era o da abrangência da incapacidade. “Absolutamente incapazes não podiam praticar pessoalmente ato algum da vida civil, enquanto os relativamente incapazes somente não podiam praticar pessoalmente alguns atos, ou por alguns modos.”. (CARVALHO, 2016, p. 18).

Fica evidente, portanto, como Freitas lançou as bases da teoria das incapacidades na doutrina brasileira e, por conseguinte, indiretamente no sistema jurídico brasileiro.

Em 1859 o trabalho de Freitas foi extinto oficialmente e “Nabuco de Araujo foi contratado para elaborar um novo projeto de Código Civil

para o Brasil”. (CARVALHO, 2016, p. 22). Essa segunda tentativa de elaboração do Código Civil começou a esboçar na Parte Geral, no Livro das Pessoas, “um esquema de incapacidades de inspiração freitiana, porém bastante sintético.”. (CARVALHO, 2016, p. 22). Vale ressaltar que Nabuco de Araujo faleceu em 1878 antes de concluir o projeto.

Carvalho (2016) chama atenção para o fato de Joaquim Felício dos Santos, responsável por voluntariamente elaborar o terceiro projeto de Código Civil brasileiro que se tem registro, em 1881, seguiu a versão sintética de Nabuco de Araujo, com uma diferença: não distinguiu a incapacidade de fato relativa da incapacidade de fato absoluta. Esse esquema “considerava incapazes as pessoas por nascer, os menores, os alienados, os surdos-mudos, os ausentes, as mulheres casadas e os pródigos. (CARVALHO, 2016, p. 23).

Em razão do referido projeto não lograr êxito, Antônio Coelho Rodrigues elaborou um quarto projeto, que continha na “disciplina das pessoas um esquema de inspiração freitiana – mais próximo, todavia, da versão de NABUCO DE ARAUJO –, com a substituição porém, das ideias de incapacidade absoluta [...] e relativa pelas ideias de suspensão e restrição do exercício da capacidade civil”. (CARVALHO, 2016, p. 23).

A exemplo dos três projetos de Código indicados anteriormente, este também não obteve sucesso. Destaca-se, entretanto, que em 1899 mais um projeto de código foi encomendado, desta vez sob a responsabilidade de Clóvis Beviláqua, “cujo projeto, apesar de muitos empecilhos, **acabou por ser transformado no primeiro Código Civil brasileiro em 1º de janeiro de 1916**, foi, juntamente com FREITAS, o maior responsável pela teoria das incapacidades vigente no Brasil desde então”. (CARVALHO, 2016, p. 24, grifo nosso).

No que tange à abordagem proposta por Beviláqua em relação ao sistema das incapacidades, ele foi pensado e influenciado pela ótica do patrimônio. Isso representou a inexistência de disposições cuja preocupação estivesse relacionada com as questões existenciais relativas ao ser humano. (PEREIRA, 2014).

A tônica da norma insculpida no Código Civil de 1916 era de “preservar a segurança jurídica assegurando valores patrimoniais e evitando que a pessoa declarada incapaz pudesse praticar atos que gerassem efeitos no seu patrimônio e de terceiros” (PEREIRA, 2014).

Cumprе esclarecer, que no Código Civil de 1916 o regime das incapacidades tinha como referência o grau de discernimento da pessoa, e era tratado nos arts. 5º e 6º que dispunham sobre os absolutamente incapazes e relativamente incapazes. De acordo, com o art. 5º são considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de 16 (dezesseis) anos;
- II - os loucos de todo o gênero;
- III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;
- IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz. (BRASIL, 1916).

O art. 6º por sua vez determinava que:

- Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:
- I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156).
 - II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
 - III - os pródigos.
 - IV - os silvícolas. (BRASIL, 1916).

Com o passar do tempo e as profundas mudanças sociais ocorridas após o início da vigência do Código Civil de 1916 ficou claro que aquele paradigma patrimonialista no qual baseava-se este Código

não mais se justificava. Nesse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. A partir de então viu-se necessária a revisão do respectivo Código sob a égide dos princípios constitucionais:

Entretanto, apesar da constatação de que a metodologia implantada pelo Código Civil de 1916, no que toca às incapacidades, era equivocada, o Código Civil subsequente (2002) não teve o condão de desconstituir essa premissa eminentemente materialista e impingir uma perspectiva humanizada no tratamento das pessoas incapacitadas (DINIZ, 2011, p. 160).

Apesar de o Código Civil de 2002 vir a substituir o Código Civil de 1916 com o propósito de atender aos princípios impostos pela Constituição de 1988, “acabou mantendo o esquema de capacidades com os contornos de BEVILAQUA, alterando, mais uma vez, apenas as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa”. (CARVALHO, 2016, p.25).

O Código Civil (2002) classificava as incapacidades nos art. 3º e 4º. Antes da publicação da Lei nº 13.146/2015, vigorava a seguinte disposição:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos. (BRASIL, 2002).

Porém, a Lei nº 13.146/2015 alterou os arts. 3º e 4º. A nova disposição encontra-se nos seguintes termos:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos. (BRASIL, 2002).

Com essa alteração, parte-se do pressuposto que a deficiência não afeta a plena capacidade civil (art. 6º da Lei nº 13.146/2015). Observa-se, entretanto, que no Código Civil não se utilizava o termo pessoa com deficiência, mas sim o de deficiência mental. Nesse caso, o Código consignava a relativa incapacidade civil à situação que envolvesse doença mental que afetasse o discernimento. Por outro lado, a Lei nº 13.146/2015 não determina se e em quais casos, potencialmente, a deficiência afetaria a capacidade civil. Ou seja, a nova redação trazida pela Lei nº 13.146/2015 amplia o sentido jurídico da capacidade civil para todo tipo e grau de deficiência. Nesse ponto, se encontra a essência do problema deste trabalho.

2.1 REGIME DAS INCAPACIDADES: INCAPACIDADE ABSOLUTA X INCAPACIDADE RELATIVA

No sistema jurídico brasileiro o regime atual das incapacidades possui fundamento legal no Código Civil de 2002, alterado significativamente pela Lei nº 13.146/2015. Embora o Ordenamento Civil tenha estabelecido em seu artigo 1º que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, não significa que todos possuem a

capacidade de exercício dos direitos e deveres que lhe são atribuídos em função da personalidade. (BRASIL, 2002). Daí resulta a divisão entre capacidade de direito e capacidade de fato.

O regime das incapacidades compreende um conjunto de normas que visam a proteção do incapaz em face da prática dos atos da vida civil. Nas palavras de Gonçalves (2006, p. 84) a incapacidade “é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra”.

Haja vista que a capacidade é a regra geral e que a incapacidade resulta da lei, o direito positivo prevê um rol taxativo das hipóteses em que a lei imporá restrição ao poder de exercer pessoalmente os atos civis. A legislação estabelece dois diferentes graus de incapacidade de fato. Nesse sentido, aqueles que correspondem à descrição do art. 3º do Código Civil são chamados de absolutamente incapazes, considerados totalmente inaptos a exercer sozinhos os atos civis. Por outro lado, aqueles que se enquadram nas hipóteses do art. 4º são denominados relativamente incapazes, estes possuem a prerrogativa de praticar o ato da vida civil, juntamente com seus assistentes. De acordo com Pereira (2014, p. 230) “o que é necessário frisar é que, pelo direito brasileiro, a incapacidade resulta da coincidência da situação de fato em que se encontra o indivíduo, e a hipótese jurídica da *capitis deminutio* definida na lei.”.

Com o objetivo de proteger aqueles que não se encontram nas mesmas condições de atuação dos outros indivíduos, sobretudo em termos civis e patrimoniais, seja em razão da idade ou do estado de saúde, a lei estabeleceu os institutos da representação e da assistência. Desse modo, os absolutamente incapazes “naqueles atos que se relacionam com seus direitos e interesses, procedem por via de

representantes, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles.” (PEREIRA, 2014, p. 231). Diferentemente, “os relativamente incapazes já têm direito de expressar sua vontade, necessitando apenas de pessoa que lhes assista. Assistir a relativamente incapaz é autorizar atos que ele queira praticar.” (FIUZA, 2014, p. 159).

Diante desse contexto, Farias e Rosenvald (2014) ressaltam que os atos praticados pelo absolutamente incapaz sem a necessária representação importam em nulidade. Em contrapartida, os atos praticados pelo relativamente incapaz sem a devida assistência serão anuláveis.

Em face da discussão em questão, faz-se necessário esclarecer que antes das modificações geradas pela Lei nº 13.146/2015 que alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, o critério utilizado para estabelecer uma distinção entre a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa, era baseado no grau de discernimento da pessoa. Assim, os indivíduos considerados absolutamente incapazes eram aqueles presumidamente desprovidos de qualquer discernimento em razão da idade ou da saúde psíquica, já os relativamente incapazes eram aqueles que tinham discernimento reduzido. Pereira (2014) corrobora com essa perspectiva ao afirmar que:

As deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito observa estas diferenças e em razão delas gradua a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total inexperiência, seja em função da impossibilidade material de participação no comércio civil; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores de um déficit psíquico menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente ponderável. (PEREIRA, 2014, p. 230-231).

No que diz respeito ao fundamento do regime de incapacidades Pereira (2014) aduz que:

O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a ideia fundamental que o inspira, e acentuá-lo é de suma importância para a sua projeção na vida civil, seja no tocante à aplicação dos princípios legais definidores, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes. A lei não instituiu o regime das incapacidades como o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários (PEREIRA, 2014, p. 230).

Em virtude dessa premissa foram criados diversos mecanismos de proteção em favor dos incapazes. A título de exemplo, incube destacar que contra o absolutamente incapaz não corre prazo de prescrição e decadência, conforme dispõe os arts. 198, I, e 208 do Código Civil. Além do mais, por força do art. 166, I, do Código Civil, o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz é considerado nulo.

Sob a ótica dos mecanismos de proteção e consoante às mudanças resultantes da Lei nº 13.146/2015, Stanciolli e Pereira (2016, p. 110) advertem que “é preciso bem compreender as transformações pela qual passou o sistema de incapacidades, com o intuito, inclusive, de ponderação das consequências jurídicas que poderão advir”. Nesse sentido, “um adequado regime de capacidades é aquele que valoriza a autonomia sem desproteger a pessoa.”. (STANCIOLLI; PEREIRA, 2016, p. 112).

Com as alterações promovidas no rol das hipóteses de incapacidade previstas nos arts. 3º e 4º no Código Civil, por força do art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, vê-se que o critério utilizado para definir a incapacidade absoluta passou a ser o fator idade, considerando que por absolutamente incapaz compreende-se apenas os menores de 16 (dezesseis) anos. Ademais, “conjuntamente as menções feitas à deficiência, a enfermidade mental ou aos outrora denominados excepcionais sem desenvolvimento mental completo, foram retiradas quaisquer referências ao discernimento” (STANCIOLI; PEREIRA, 2016, p.111).

2.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS INCAPACIDADES

Analisando o sistema jurídico brasileiro não é possível identificar, de modo expreso, nenhum princípio que rege as incapacidades. De todo modo, conforme destacam Stancioli e Pereira (2016), a partir da leitura, análise e interpretação da Lei nº 13.146/2015, pelo menos, dois princípios norteadores podem ser subentendidos, a saber: autonomia e a proteção do vulnerável.

Em relação à autonomia, conforme preconiza Stancioli e Pereira (2016, p. 104), ela é “uma prática que emerge das ações cotidianas”. Ainda em termos conceituais, no âmbito do direito civil a autonomia é a “faculdade que possui determinada pessoa [...] para traçar as normas de sua conduta sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha”. (COSTA, 2006, p. 88).

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência atesta essa perspectiva ao dispor:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
I - casar-se e constituir união estável;
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Fica evidente, portanto, que “há uma busca pela valorização da autonomia do indivíduo, que deve, todavia, ser ponderada em consonância com os diferentes patamares vivenciados por cada um dos indivíduos”. (STANCIOLI; PEREIRA 2016, p. 105).

A proteção do vulnerável, por sua vez, além de estar em consonância com o exposto em relação à autonomia, possui intrínseca relação com os direitos e garantias fundamentais proclamados na CRFB/1988: direito à liberdade e igualdade, entre outros. (SILVA, 2013; BONAVIDES, 2014).

Conforme se depreende das discussões de Viana e Renault (2010), no que concerne às tentativas de colocar em pé de igualdade todas as pessoas independentemente de seus atributos físicos ou cognitivos (princípio da isonomia), há uma defasagem entre o direito proclamado em termos legais e sua efetividade.

Em relação às pessoas consideradas incapazes para os atos da vida civil, tendo em vista que o principal critério diferenciador estava relacionado com a capacidade cognitiva/ psíquica, via de regra, as pessoas com deficiências (dependendo do caso e/ou circunstância) estavam circunscritas a esse universo. Fica claro, portanto, a intrínseca relação que havia entre deficiência e (in)capacidade civil.

Por essa razão, fez-se necessária a elaboração de um instrumento para consolidar as normas existentes e possibilitar a emancipação civil e social das pessoas com deficiência. (BRASIL, 2015). É nesse contexto

que é promulgada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que tem como objetivo “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. (BRASIL, 2015).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um avanço expressivo no tratamento da matéria, conforme se observa nas discussões de Garcia (2016), Ribeiro (2016) e Viegas (2016), à medida que contempla numa perspectiva macro de direitos e garantias fundamentais nas diversas áreas da vida social, além de consagrar uma visão jurídica inovadora a respeito da pessoa com deficiência, que é pautada numa visão humanista.

Na doutrina civilista, entretanto, o entendimento dessa matéria não tem sido pacífica. Uma corrente “condena as modificações sobrevindas do Estatuto, ao argumento de que a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade)”, enquanto a outra “concorda com as alterações defendendo a tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão”. (VIEGAS, 2016, p. 99).

Apesar das divergências doutrinárias, o princípio da proteção do vulnerável, indubitavelmente, é perceptível na legislação.

3 A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE CONTEMPORÂNEA

No Brasil, os aspectos que condicionavam e/ou determinavam a capacidade ou incapacidade civil estão relacionados com fatores de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. A partir desse cenário surge a seguinte indagação: qual o impacto da deficiência na capacidade civil da pessoa, tendo em vista que algumas modalidades

de deficiência não afetam o discernimento da pessoa para determinados atos na vida civil?

A fim de lançar luzes nessa questão, antes de pontuar os reflexos jurídico-sociais decorrentes da Lei nº 13.146/2015, faz-se oportuno, inicialmente, discutir a partir da teoria das incapacidades o conceito de deficiência e de pessoa com deficiência.

A Lei nº 13.146/2015, no seu art. 2º define pessoa com deficiência nos seguintes termos:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Ao analisarmos o conceito legal de pessoa com deficiência é notória a preocupação com direitos e garantias fundamentais do nosso tempo e, especialmente, aqueles consagrados na CRFB/1988: a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade. Entretanto, vale ressaltar que o atual conceito é resultante de um longo processo histórico (permeado de lutas e reivindicações desse grupo populacional e de organizações civil e políticas engajadas nessa causa) no cenário nacional e internacional.

No que diz respeito às normas que visam assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência, ao analisarmos a história do ordenamento jurídico brasileiro, fica patente a importância que a legislação tem assumido, sobretudo a partir do final do século XX, no sentido de criar mecanismos para a participação social dessas pessoas. Nesse sentido, destacam-se os diplomas legais relacionados no Anexo A.

Portanto, até a promulgação da CRFB/1988 os dispositivos legais que tratavam dos direitos das pessoas com deficiência eram esparsos e

inconsistentes. A Constituição representa um importante avanço à medida que preceitua direitos fundamentais básicos a toda população.

Além do mais, a Constituição determina o princípio da isonomia ou princípio da igualdade, proibindo que as diferenças arbitrárias e as discriminações absurdas estejam presentes nas relações sociais e jurídicas. (COSTALLAT, 2003). Na Constituição de 1988 os dispositivos que contemplam direta ou indiretamente os direitos das pessoas com deficiências encontram-se previstos, especialmente, nos seguintes artigos: 5º, 7º, 23, 24, 37, 203, 208, 227 e 244. (FAGNANI, 2005). Neles estão previstos a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inclusive no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador; inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade; estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de cuidar da saúde, da assistência social, da proteção, ou seja, da proteção integral, entre outros aspectos.

De todo modo, apesar de determinadas normas terem sido editadas com a finalidade expressa de garantir os direitos das pessoas com deficiência, a principal delas só foi editada em 2015, através da Lei nº 13.146/2015²¹, que institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). (BRASIL, 2015).

Essa Lei, que tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo²², é o

²¹ A Lei 13.146/2015 é resultante do Projeto de Lei nº 6, de 2003, apresentado pelo então Deputado Federal, Paulo Paim, atual Senador da República. Ou seja, o projeto tramitou no Congresso Nacional por mais de uma década.

²² A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo foram ratificados pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo 186/2008 que aprovou o texto e do Decreto nº 6.949/2009 que o promulgou. (BRASIL, 2015b). Ribeiro (2016) chama atenção para o fato de que a mencionada Convenção foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional conforme procedimento qualificado no §3º do art. 5º da Constituição da República de 1988. Portanto, no Brasil, a Convenção possui *status* de norma constitucional.

instrumento que consolida as normas existentes e possibilita a emancipação civil e social dessa significativa parcela da população (conforme aponta os dados demográficos do IBGE de 2010 em relação às pessoas com deficiência no Brasil).

Ferreira (2015) aponta que o Estatuto está sintonizado com a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, regulando alguns de seus artigos, o que possibilita um avanço na implementação dessa convenção no cenário nacional. Além do mais, na sua perspectiva, o Brasil possui “uma das legislações mais completas do mundo para garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Não deixa nada a desejar às legislações existentes fora do Brasil”.

Ademais, vale ressaltar que a legislação brasileira sofreu influência e pressão de organismos internacionais, principalmente pela Organização das Nações Unidas.

Ainda em relação à influência do contexto internacional na formulação do conceito de pessoa com deficiência, conforme Amiralian e outros (2000), a classificação elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) na sua IX Assembleia de 1976 assume importante papel na determinação das incapacidades (do ponto de vista físico, mental, intelectual ou sensorial), concessão de benefícios, avaliação de pacientes em processo de reabilitação e hierarquização dos níveis de dependências de cada deficiência. Logo, as conceituações das classificações são:

Deficiência: perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluindo nessas, defeito ou perda de algum membro, órgão ou qualquer estrutura do corpo, inclusive das funções mentais.

Incapacidade: restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada

normal para o ser humano. Surge como consequência direta ou é resposta do indivíduo a uma deficiência.

Desvantagem: prejuízo para o indivíduo, resultante de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de determinadas funções. (AMIRALIAN et al. 2000, p. 98).

O papel das classificações da OMS, CID (Classificação Internacional de Doenças) e da CIF (Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde) nas definições de deficiência e incapacidade também foi objeto analisado por Di Nubila e Buchalla (2008). As autoras concluíram que tais classificações “podem contribuir para diferentes campos de aplicabilidade no que diz respeito ao entendimento das definições de deficiência ou incapacidade a partir do conceito de funcionalidade e dos fatores contextuais”. (DI NUBILA; BUCHALLA, 2008, p. 325).

Invariavelmente a área do Direito não ficou imune. É possível observar nas entrelinhas dos conceitos expostos de deficiência e de pessoa com deficiência diversos elementos que são advindos das classificações da OMS, CID e CIF.

A partir desses apontamentos, Amarialian e outros (2000) apresentam a diferenciação semântica entre os conceitos de deficiência, incapacidade e desvantagem:

Quadro 1 - Distinção semântica entre os conceitos de deficiência

Deficiência	Incapacidade	Desvantagem
Da linguagem Da audição (sensorial) Da visão	De falar De ouvir (de comunicação) De ver	Na orientação
Músculo-esquelética (física)	De andar (de locomoção) De assegurar a subsistência no lar (posição do corpo e destreza)	Na independência física Na mobilidade
De órgãos (orgânica)	De realizar a higiene pessoal De se vestir (cuidado pessoal) De se alimentar	Nas atividades da vida diária
Intelectual (mental) Psicológica	De aprender De perceber (aptidões particulares) De memorizar De relacionar-se (comportamento) De ter consciência	Na capacidade ocupacional Na integração social

Fonte: Amiralian e outros (2000, p. 98).

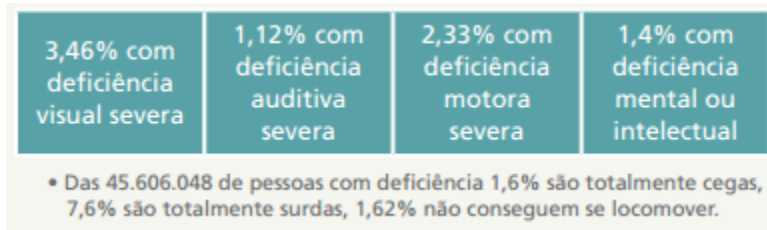
A partir dos conceitos indicados no Quadro 1, é possível inferir sua influência na capacidade para os atos da vida civil. Logo, parecidos, no mínimo razoável, adotar medidas que proporcionem aos deficientes a possibilidade de igualdade social. Afinal, integração não é sinônimo de inclusão.

A relevância de tais apontamentos para este trabalho situa-se no impacto e os precedentes que esses conceitos podem possuir e/ou possuem no âmbito jurídico. Afinal, embora, os Direitos Humanos sejam:

Assegurados a todos os brasileiros com deficiência e para esse grupo são desenvolvidos programas e ações do Governo Federal e da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. No entanto, o foco primário das políticas públicas é o segmento das pessoas que apresentam deficiência severa. O contingente de pessoas identificadas por possuir deficiência severa foi calculado pela soma das respostas positivas às perguntas “tem grande dificuldade” e “não consegue de modo algum”. (BRASIL, 2012, p. 6).

Essa classificação interessa-nos particularmente. De acordo com o Censo realizado em IBGE em 2010, cerca de 8,3% da população brasileira apresentava pelo menos um tipo de deficiência severa, conforme se observa no Quadro 2. A população estimada à época era de 190.732.694 pessoas.

Quadro 2 - Percentual da população com deficiência severa



Fonte: Brasil (2012, p. 6).

Tendo como referência os dados citados e sua relação com a teoria das incapacidades, pode-se inferir o significativo impacto da Lei nº 13.146/2015 ao determinar a plena capacidade civil das pessoas com deficiência que outrora eram consideradas incapazes. Assim, a legislação brasileira, paradoxalmente, aproxima e afasta o brocardo de que se deve “tratar igualmente os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Afinal, ao mesmo tempo em que o Estatuto eleva ao patamar de igualdade as pessoas com deficiência e indica a necessidade da promoção de medidas que promovam a equidade entre as pessoas, sem distinção de qualquer natureza, sinaliza que a desigualdade deve ser tratada de forma desigual. Os princípios constitucionais de igualdade e isonomia reforçam tal entendimento.

Com isso, os paradigmas do Direito Civil acerca do regime das incapacidades são alterados. Ele se desloca da dignidade-vulnerabilidade para a dignidade-liberdade.

4 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATRAVÉS DA LEI Nº 13.146/2015

A relação entre a teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência evidencia a complexidade e abrangência dos problemas teórico-conceituais que envolvem a questão da deficiência. Deste modo, a forma e o termo utilizado para tratamento das pessoas com deficiência se modificou com o tempo.

Nesse sentido, Requião (2015, p. 28) afirma que foi assim “nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916 e também no atual Código Civil de 2002, até o presente momento. Sob a justificativa da sua proteção foi ele rubricado como incapaz, com claro prejuízo à sua autonomia e, muitas vezes, dignidade”. Tendo em vista esse cenário, a Lei nº 13.146/15 “pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis”. (STOLZE, 2016, p. 17).

Essa perspectiva de análise/intepretação da Lei nº 13.146/15 não é unânime. Vale enfatizar, entretanto, que as intenções visadas pela Lei são sempre louvadas. Mesmo assim, duras críticas têm sido realizadas ao texto legal, merecendo destaque Roberto (2016):

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, muito embora cheio de boas intenções, é uma lei que tristemente imperfeita. Aos seus elaboradores faltaram conhecimentos básicos de História do Direito, Direito Civil, Direito Comparado e Direito Constitucional. No primeiro caso, desconhecendo a história do conceito de capacidade, **desejaram encontrar solução inédita para problema bastante antigo**. No segundo, **não possuindo afinidade com o tema da proteção dos incapazes, deixaram de perceber exatamente o seu caráter de cuidado com os que se encontram em situação de fragilidade**. No terceiro, no afã de internalizar os princípios da Convenção Sobre Direitos das Pessoas com deficiência, ignoraram os caminhos trilhados por outros países que, ao fazê-lo, não

abdicaram de seus sistemas de proteção dos incapazes. E, no quarto caso, no desejo de internalizar os princípios da aludida Convenção, desconsideraram a vedação de retrocesso e, assim, submeteram a pessoa com deficiência que não a protege com a mesma intensidade com o que fazia o bom e velho Código Civil (ROBERTO, 2016, p. 7, grifo nosso).

Posto o cenário controverso que se insere as disposições da Lei, a seguir serão apresentadas e analisadas as principais alterações que interessam a este trabalho (vinculadas ao tema das incapacidades).

4.1 MUDANÇAS NO REGIME DAS INCAPACIDADES

A Lei nº 13.146/15 “na intenção de ajustar os institutos civis para promover a inserção do indivíduo deficiente e qualificar o ambiente à diversidade, [...] acabou por alterar substancialmente o regime das incapacidades de fato” (HOSNI, 2016, p.36). O Quadro 3 sistematiza as alterações promovidas pela Lei nº 13.146/15 em relação às incapacidades no Código Civil (2002):

Quadro 3 – Alterações promovidas na Capacidade Civil

Redação do Código Civil (2002) antes da Lei nº 13.146/15	Redação dada pela Lei nº 13.146/15
<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I – os menores de dezesseis anos;</p> <p>II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos</p> <p>I - (Revogado);</p> <p>II - (Revogado);</p> <p>III - (Revogado).</p>

<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.</p>
---	---

Fonte: Elaborado pela autora com dados extraídos de Brasil (2002; 2015).

Com o advento da Lei nº 13.146/15 retirou-se do texto normativo as pessoas com enfermidade ou deficiência mental da condição de incapaz. Verifica-se que das hipóteses de incapacidade absoluta previstas no rol taxativo do art. 3º do Código Civil (2002), restou apenas uma: a dos menores de 16 anos. Em relação ao art. 4º que trata das hipóteses de incapacidade relativa, denota-se também considerável modificação diante do novo texto do dispositivo, excluindo do rol taxativo o portador de deficiência mental com discernimento reduzido, bem como os excepcionais sem o desenvolvimento mental completo. Além do mais, arrolou em seu

inciso III aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, hipótese que antes estava prevista no art. 3º como incapacidade absoluta.

Não obstante, os arts. 6º e 84 da Lei nº 13.146/2015 determinam:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Verifica-se diante da leitura dos arts. 6º e 84º da Lei 13.146/15, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Nas palavras de Stolze (2016, p. 19), na realidade, o Estatuto pretendeu homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, “fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser ‘rotulada’ como incapaz, para ser considerada em uma perspectiva constitucional isonômica dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil”.

Destarte, no que condiz a incessante busca pela promoção da igualdade dessas pessoas tem-se um grande avanço. Nesse sentido, Nelson Rosenvald aduz que:

Não se pode mais admitir uma incapacidade legal absoluta que resulte em morte civil da pessoa, com a transferência compulsória das decisões e escolhas existenciais para o curador. Por mais grave que se pronuncie a patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, sobremaneira às que digam respeito as suas crenças, valores e afetos, num âmbito condizente com o seu real e concreto quadro psicofísico. Ou seja, na qualidade de valor, o status personae não se reduz à capacidade intelectual da pessoa, posto funcionalizada à satisfação das suas necessidades existenciais, que transcendem o plano puramente objetivo do trânsito das titularidades. (ROSENVALD, 2015 apud VIEGAS, 2016, p. 12).

Com tais alterações na capacidade civil, naturalmente, outros institutos também foram modificados. Nesse sentido, destaca-se o instituto da curatela que será abordada no tópico seguinte.

4.2 DA CURATELA COMO INSTRUMENTO EXCEPCIONAL

No Código Civil (2002) as disposições relacionadas à curatela estão do art. 1767 ao 1783-A:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

~~I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;~~

~~II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;~~

~~III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;~~

~~IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;~~

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

IV - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

V - os pródigos. (BRASIL, 2002).

Com tais alterações, a curatela consistirá em medida excepcional, de modo que a pessoa com deficiência somente será submetida a ela quando necessário e pelo menor tempo possível. Ademais, “a curatela afeta apenas os aspectos patrimoniais, mantendo o portador de transtorno mental o controle sobre os aspectos existenciais da sua vida [...], expressamente apontados no art.85, § 1º, do Estatuto”. (REQUIÃO, 2015, p. 31).

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. (BRASIL, 2015).

Segue decisão judicial nessa perspectiva:

Curatela. Pessoa relativamente incapaz. Estatuto da Pessoa com Deficiência "Civil e processual civil. Curatela de pessoa relativamente incapaz. Modificação do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Despacho com conteúdo decisório determinando a juntada de novo laudo médico para responder quesitos relacionados a questões extrapatrimoniais. Diligência desnecessária. Curatela que deve ser limitada a atos patrimoniais e

negociais da vida civil. Inteligência da Lei nº 13.146/2015. Capacidade plena da curatela para exercer atos jurídicos existenciais. Conhecimento e provimento do recurso. Precedentes." (RIO GRANDE DO NORTE, TJ AI 2016.0035291 3ª C. Cív. Rel. Des. João Rebouças, 2016).

Em consonância com tais apontamentos, o art. 116 da Lei nº 13.146/15²³ incluiu o art. 1.783-A, que trata da tomada de decisão apoiada:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (BRASIL, 2002).

Ponto polêmico e inquietante tem sido a discussão relacionada à interdição. Viegas (2016, p. 13) indaga: “ainda será necessário o processo de interdição ou apenas um processo visando à nomeação de um curador?” Tal dúvida emerge porque “a Lei nº 13.146/15 altera o art. 1768 do Código Civil, deixando de mencionar que a ‘interdição será promovida’, e passando a enunciar que o ‘o processo que define os termos da curatela deve ser promovido’.”.

A seguir 02 (duas) decisões que contemplam tal cenário:

APELAÇÃO. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. EXTINÇÃO SEM APRECIÇÃO DE MÉRITO ATRAVÉS DE INDEFERIMENTO DA INICIAL. DESCABIMENTO.

Mesmo com o novo estatuto das incapacidades, e com a entrada em vigor do Novo CPC, não se extingue pedido de interdição de pessoa portadora de deficiência ou retardo mental sem apreciação de mérito, através de indeferimento direto e imediato da inicial, sem considerar os termos do que foi alegado e pedido, e sem oportunizar

²³ “Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”. (BRASIL 2015).

adequação do procedimento. Lições doutrinárias e precedentes jurisprudenciais.

Hipótese de desconstituição da sentença e determinação de prosseguimento do processo, mediante emenda à inicial, adequando-se o pedido e o processo às novas regras em vigor, e posterior prosseguimento, para que se faça a devida e necessária instrução e investigação. DERAM PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL, TJ ApCiv 70069874634 - 8.^a Câ. Cível, jul. Rui Portanova, 2016).

APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. FUNDAMENTO SOBRE O QUAL NÃO FOI OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO DOS CONTENDORES. OFENSA AO ART. 10 DO CPC/15. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 285, § 2º, DO CPC/15. POSSIBILIDADE DE DECIDIR-SE O MÉRITO EM FAVOR DA PARTE QUE APROVEITARIA A DECRETAÇÃO DE SIMPLES NULIDADE. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PROSSEGUIMENTO DAS AÇÕES DE INTERDIÇÃO JÁ EM CURSO, COM OBSERVÂNCIA DAS NOVAS DIRETRIZES TRAZIDAS PELO REFERIDO ESTATUTO. [...]

3. É certo que, com a entrada em vigor da Lei n.º 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - o Estatuto da Pessoa com Deficiência -, houve drástica alteração da legislação no que tange à capacidade civil: as definições de capacidade civil foram reconstruídas para dissociar a deficiência da incapacidade. O art. 84, caput, do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que *“a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”*, apresentando os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo as formas para o exercício da capacidade legal: a tomada de decisão apoiada e a curatela, sendo esta última medida excepcional, que tão somente poderá afetar os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85). Não obstante isso, as ações de interdição já em curso não devem ser sumariamente extintas, como ocorreu na espécie, impondo-se ao Juízo analisar o pedido formulado sob a nova ótica dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, isto é, avaliando-se a pertinência da conversão do procedimento para o rito da tomada de decisão apoiada, ou, se for o caso, o prosseguimento do feito visando à submissão da pessoa à curatela, desde que o instituto seja interpretado conforme as novas diretrizes trazidas pelo referido Estatuto. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, TJ ApCiv 70070389911 - 8.^a Câ. Cível, jul. Luiz Felipe Brasil Santos, 2016).

Paradoxalmente, “a mudança apontada não implica, entretanto, que o portador de transtorno mental não possa vir a ter a sua capacidade limitada para a prática de certos atos. Mantém-se a possibilidade de que venha ele a ser submetido ao regime de curatela. O que se afasta, repise-se, é a sua condição de incapaz”. (REQUIÃO, 2015, p. 29-30).

4.3 REPERCUSSÕES PERANTE O EXERCÍCIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Consoante ao disposto no trabalho de que não é toda deficiência que dificulta e/ou impede o discernimento para os atos da vida civil, inclui-se, portanto, a plena capacidade para o livre planejamento familiar. (art. 6º da Lei nº 13.146/15).

No que diz respeito às alterações no Código Civil em relação ao direito matrimonial, destacam-se:

~~Art. 1.518. Até à celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização.~~

Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

~~I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;~~

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - por infringência de impedimento.

Art. 1.550. É anulável o casamento: [...]

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). (BRASIL, 2002).

Presume-se, portanto, que o casamento só será inexistente quando a vontade não existir, haja vista sua configuração enquanto ato de vontade. Desse contexto emerge a seguinte crítica:

Novamente temos um problema na redação do parágrafo segundo acima transcrito: segundo o artigo 85 do Estatuto o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, mas o parágrafo segundo que receberá o artigo 1550 do CC prevê que vontade de casar pode ser expressa pelo curador. Clara a contradição entre os dispositivos. A vontade é elemento essencial ao casamento e ninguém se casa senão por vontade própria. Admitir a vontade do curador como elemento suficiente para o casamento do deficiente é algo ilógico e contraria a pessoalidade do casamento, além de permitir fraudes perpetradas pelo casamento decorrente apenas da vontade do curador. O dispositivo deve ser interpretado restritivamente de acordo com a natureza personalíssima do casamento. (SIMÃO, 2015b).

Outro ponto interessante de análise e reflexão refere-se a validade e eficácia dos atos jurídicos, notadamente, quanto a prescrição e decadência, e a responsabilidade civil.

4.4 DA VALIDADE E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS

Diante das alterações operadas no instituto da incapacidade é possível perceber alguns efeitos práticos concernentes ao negócio jurídico. Sendo a pessoa com deficiência plenamente capaz, esta não será mais representada, nem assistida e correrão contra ela o prazo prescricional e decadencial. Conforme o disposto nos arts. 198, inciso I, e 208 do Código Civil (2002), que tratam da prescrição e da decadência, essa proteção se aplica aos absolutamente incapazes:

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

[...]

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I. (BRASIL, 2002).

Não obstante, a regra prevista no art. 928 do Código Civil (2002) que estabelece a responsabilidade subsidiária do incapaz ao dispor que este somente responderá pelos danos causados “se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”, não mais se aplica a pessoa com deficiência. Haja vista, ser a pessoa com deficiência plenamente capaz, esta terá de responder com seus próprios bens caso vier a causar danos a terceiros.

Esse ponto tem sido objeto de críticas, haja vista que com a plena capacidade civil não há o que se falar em pessoa com deficiência incapaz. Assim, retornamos, mais uma vez ao problema já exposto: e nos casos de deficiência grave ou severa? Em face da nova disposição referente à curatela, isto é, pessoas capazes sob curatela, qual será a função do curador de pessoa capaz? (SIMÃO, 2015b).

4.5 DA CAPACIDADE PARA TESTEMUNHAR

Visando garantir o pleno acesso à justiça, passou a determinar o Código Civil (2002):

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

~~II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;~~

~~III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;~~

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

§ 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). (BRASIL, 2002).

Em consonância com o disposto no art. 228 do CC/02, dispõe o art. 80 da Lei nº 13.146/15:

Art. 80. Devem ser oferecidos todos os recursos de tecnologia assistiva disponíveis para que a pessoa com deficiência tenha garantido o acesso à justiça, sempre que figure em um dos polos da ação ou atue como testemunha, participe da lide posta em juízo, advogado, defensor público, magistrado ou membro do Ministério Público. Parágrafo único. A pessoa com deficiência tem garantido o acesso ao conteúdo de todos os atos processuais de seu interesse, inclusive no exercício da advocacia. (BRASIL, 2015).

Em razão dos elementos apresentados neste capítulo, verifica-se a complexidade dos efeitos práticos da Lei nº 13.146/15. Mais do que respostas, as indagações e incertezas que se sobrepõem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como referência os aspectos discutidos neste trabalho, cuja preocupação central foi a de compreender e analisar as alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 no ordenamento jurídico brasileiro à luz da teoria das incapacidades, ficou clara a relevância e complexidade do tema proposto. Visto que tal questão não se restringe ao universo jurídico, procurou-se no desenvolvimento do trabalho apresentar as implicações no âmbito social. Afinal, é importante que as discussões teóricas tenham em perspectiva sua projeção real, fática.

Portanto, no item 2 recuperou-se a história e o desenvolvimento da teoria das incapacidades no direito brasileiro, apresentando seus regimentos e impactos sociais. No item 3 discutiu-se a relação entre capacidade civil, deficiência e pessoa com deficiência. Ficou evidente,

portanto, as significativas alterações trazidas pela Lei nº 13.146/15 no âmbito jurídico-social. Por fim, o item 4 apresentou as principais alterações promovidas pela Lei nº 13.146/15 e o teor de cada uma delas.

Conclui-se, portanto, que a Lei nº 13.146/15 ao atribuir às pessoas com deficiência a plena capacidade civil, visa, objetivamente, promover a inclusão social e garantir a autonomia dessas pessoas. Essa tentativa está em consonância com os direitos e princípios fundamentais estabelecidos na CR/88, especialmente, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade.

Vale ainda ressaltar que com as alterações na teoria das incapacidades houve a revisão, reconfiguração e extinção de alguns institutos no direito brasileiro. Porém, é preciso reconhecer que algumas questões relacionadas ao tema têm sido objeto de intensa discussão na doutrina, por exigirem esclarecimentos ou complementos.

Assim, a partir do trabalho desenvolvido depreende-se a seguinte indagação: a plena capacidade civil das pessoas com deficiência instituída pela Lei nº 13.146/15 importa em proteção ou desproteção?

Na própria doutrina, conforme evidenciado no desenvolvimento do trabalho, a discussão esta longe de ser pacífica. Para alguns autores o sistema de incapacidades era o que garantia essa proteção, e, portanto, as modificações promovidas pela lei são condenadas. O principal argumento utilizado é o de que a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). Em contrapartida, alguns autores defendem a tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão.

Assim, quando se analisa os argumentos utilizados para justificar se a Lei protege ou desprotege as pessoas com deficiência, sobretudo ao igualar sua capacidade civil, observa-se a existência de argumentos legítimos dos dois lados. Afinal, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que a lei protege fica claro seu caráter desprotetivo.

Portanto, vivenciamos um tempo de incerteza farto de indagações e situações passíveis de problematização. Como resolver, portanto, tais paradoxos? Cabe exclusivamente a doutrina jurídica essa resposta? Apenas os casos práticos indicarão o melhor posicionamento a ser seguido?

Apesar de a resposta legal vir da apreciação dos casos no Judiciário, é importante que se amplie a discussão para além do universo jurídico. Afinal, como no Mito do Rei Midas, que tudo transforma em ouro ao tocar, o Direito possui tal capacidade no sentido de judicializar e, em determinadas situações, planificar/restringir a interpretação apenas ao plano legal. Aspectos econômicos, políticos e sociais também devem ser postos e analisados. Caso contrário, estaremos fadados a analisar a capacidade civil das pessoas com deficiência unilateralmente e, eventualmente, nos afastarmos do essencial: a dignidade da pessoa humana.

Num primeiro momento caberá ao Judiciário se posicionar caso a caso. Cabe, entretanto, a doutrina problematizar e discutir tal situação a fim de contribuir efetivamente para ampliação dos horizontes. O equilíbrio devesse permanecer. Afinal, como destaca Bobbio (1999, p. 24) vai também chamar a atenção para o fato de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto de justifica-los, mas de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

REFERÊNCIAS

AMIRALIAN, Maria L. T. et al. Conceituando deficiência. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 97-103, fev. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102000000100017&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 maio 2017.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: Lei Brasileira de Inclusão nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015a. Disponível em: <<http://www.senadorpaim.com.br/uploads/downloads/arquivos/dae4d457c4a7524302b56e700fa609419.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 de jul 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Coordenação-Geral do Sistema de

Informações sobre a Pessoa com Deficiência. **Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência**. Brasília : SDH-PR/SNPD, 2012. Disponível em:

<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

BRAZZALE, Flávia Balduino; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Uma reviravolta no direito protetivo: a nova curatela e a pessoa com deficiência. **R. Jur. FA7**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 39-53, jul./dez. 2016.

CARVALHO, Felipe Quintela Machado de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 13-34.

COSTA, Wagner Veneziani; AQUAROLI, Marcelo. **Dicionário jurídico**. São Paulo: WVC, 2003.

COSTALLAT, F. L. **O direito ao trabalho da pessoa deficiente: manual de orientação legislação e jurisprudência**. Campinas, SP: Fundação Síndrome de Down, 2003.

DI NUBLIA, Heloisa Brunow Ventura; BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das classificações da OMS – CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. **Revista Brasil. Epidemiol**, v. 11, n. 2, p. 324-335, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 1 : teoria geral do direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAGNANI, E. **Política social do Brasil (1964-2002): entre a cidadania e a caridade**. 2005. 604 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Unicamp, Campinas, 2005. Disponível em: <http://www.economia.org.br/dmdocuments/pol%C3%ADtica_social_no_brasil-tese.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: volume 1 : parte geral e LINDB**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA, Antônio José. **Brasil está entre países com legislação avançada na afirmação dos direitos das pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/assunto/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 10 maio 2017.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2014.

FIUZA, César; OLIVEIRA, Wanderson Marquiori Gomes de. **A necessária revisão prática da teoria das incapacidades**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aca49daec57b423d>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Lei brasileira de inclusão e modificações na capacidade jurídica da pessoa com deficiência**. [S. l.]: GEN Jurídico, 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/07/23/lei-brasileira-de-inclusao-e-modificacoes-na-capacidade-juridica-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: volume 1: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito**: trabalho de conclusão de curso : metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HOSNI, David S. S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.35-64.

JUCÁ, Ana Carolina Del Castillo. **Das principais alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: uma luta de séculos**. Disponível em: <<https://anadelcastillo.jusbrasil.com.br/artigos/266993334/das-principais-alteracoes-trazidas-pelo-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 10 maio 2017.

KIM, Richard Pae; BOLZAM, Angelina Cortelazzi. Paradoxos decorrentes da interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre a capacidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil em perspectiva**, Minas Gerais, v. 2, n.1, p. 211-231, jan./jun. 2016.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. **A Teoria**

das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 115-152.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. (Org.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 5, n. 46, p. 28-33, nov. 2015. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/87543/2015_requiao_mauricio_estatuto_pessoa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Acesso em: 05 maio 2017.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência; a revisão da Teoria das Incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 13, n. 99, p. 37-46, jan./fev. 2016.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. AI 2016.0035291, 3ª C. Cív. Rel. Des. João Rebouças. **DJe**, 01 dez. 2016 p. 36

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **ApCiv 70069874634**, 8ª Câmara Cível, julgado por Rui Portanova em 28 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **ApCiv 70069713683**, 8ª Câmara Cível, julgado por Rui Portanova, 15 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **ApCiv 70070389911**, 8ª Câmara Cível, julgado por Luiz Felipe Brasil Santos, 24 nov. 2016.

ROBERTO, Giornado Bruno Soares. Prefácio. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. (Org.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 7-8.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Incapacidade, curatela e autonomia privada:** estudos no marco do estado democrático de direito. 2007. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007.

SANTOS, Ivana Assis Cruz dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as alterações no Código Civil de 2002. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 13, n. 99, p. 27-36, jan./fev. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. 2015a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 10 maio 2017.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II)**. 2015b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 10 maio 2017.

STANCIONALI, Brunello; PEREIRA, Fábio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves. **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.101-114.

STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de incapacidade civil. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 13, n. 99, p. 17-21, jan./fev. 2016.

TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. **Os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil**. 126 f. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2016.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2010.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. As alterações na Teoria das Incapacidades, à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 13, n. 99, p. 9-16, jan./fev. 2016.

CAPÍTULO VI

LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO (LEI N.13.146/2015): A extinção do instituto da interdição e a alteração na teoria das incapacidades

Fernanda Paula Diniz²⁴

Naira Dau Almeida de Souza²⁵

1 INTRODUÇÃO

Da personalidade jurídica, aptidão para pessoa natural ser titular de direitos e deveres, advém a capacidade, entendida como a possibilidade de ação da personalidade. Podendo esta ser de direito, atributo intrínseco a toda pessoa natural decorrente da própria personalidade, ou ser de fato, sendo possível assim à pessoa natural capaz, responder pessoalmente pelos atos da vida civil.

Contudo, entendeu o legislador que algumas pessoas, dentro do rol de previsão, não estão aptas ao discernimento necessário para a atuação pessoal dos atos da vida civil, necessitando assim de amparo. Com isso, impôs a lei a obrigação da representação.

²⁴ Doutora em Direito Privado, professora de Direito Civil e Empresarial do curso de Direito da PUC-MG. E-mail: fernandapaulad@yahoo.com

²⁵ Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela PUC Minas.

Desse modo, à capacidade de fato é atribuída a noção de medida, estando alguns mais capazes que outros, considerando a incapacidade relativa ou absoluta, na medida da possibilidade do exercício da personalidade, formando o que a doutrina denomina de teoria das incapacidades.

A incapacidade absoluta determina que todos os atos civis deverão ser validados na figura de um representante legal ou judicial, sob pena de nulidade. Já a incapacidade relativa pressupõe a necessidade da assistência para prática civil, o relativamente incapaz responde pessoalmente pelos atos, porém sempre assistido; não havendo a figura do assistente, seus atos serão considerados anuláveis, podendo o assistente sanar a invalidação do ato, corroborando a vontade do relativamente incapaz. Dessa forma, na medida de sua incapacidade, a pessoa natural seria, na lei anterior, submetida ao procedimento de interdição ou curatela.

Dentro do rol das incapacidades, entre outros, está a figura das pessoas com deficiência, submetidas, a depender da deficiência, à incapacidade absoluta ou relativa. Contudo, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência nº 13.136/2015 modifica o CC/2002 profundamente, devolvendo à pessoa com deficiência a plena capacidade civil.

A lei de inclusão retira do rol das incapacidades absoluta a pessoa com deficiência, prevendo como absolutamente incapaz somente a pessoa menor de 16 anos. Dessa forma, uma vez que o menor de 16 anos é representado pelos pais ou tutores, não há mais no ordenamento civil brasileiro o procedimento de interdição. O escopo principal da lei é garantir que a pessoa com deficiência obedeça à regra e seja sempre considerada civilmente capaz para o exercício pessoal dos atos da vida civil. Com isso, a lei também altera o procedimento de

curatela, prevendo que sempre será por tempo determinado, estabelecendo ainda a figura da tomada de decisão apoiada, diminuindo ao máximo a restrição da manifestação da livre vontade do deficiente.

A presente lei, no entanto, promove uma discussão quanto a sua efetividade no ordenamento jurídico, trazendo um embate doutrinário quanto à segurança do negócio jurídico e também quanto à aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, se este será promovido ao resguardar o deficiente, considerado no sistema anterior como incapaz de discernir a vida civil ou se a promoção de sua plena capacidade é a efetividade do princípio na norma. O embate traz também o conflito existente entre o procedimento previsto no novo Código de Processo Civil, que se estrutura a partir do procedimento de interdição, e a Lei 13.46/2015 que ao permitir que apenas o menor de 16 seja incluído no rol de absolutamente incapazes, retira do ordenamento tal instituto.

Neste viés, o presente trabalho traz para pesquisa essa discussão quanto à possibilidade da efetividade da norma, se o instituto da interdição deixa realmente de existir no ordenamento brasileiro e se o novo procedimento de curatela, bem como o novo instituto da tomada de decisão apoiada promove ao mesmo tempo a dignidade da pessoa com deficiência e a seguridade dos atos civis.

O presente trabalho foi dividido em três partes. Primeiramente, caberá um estudo da pessoa natural e sua personalidade, assim como, buscará entender o que vem a ser a capacidade e o que esta assegura como possibilidade do exercício da personalidade. Buscará ainda nesta primeira parte a análise dos princípios que rege esse amparo estatal aos considerados incapazes.

Na segunda parte, o trabalho busca uma análise mais aprofundada da teoria das incapacidades, do rol das incapacidades da norma civil e dos objetivos da lei. Ainda buscará conhecer o

procedimento que se dá para o reconhecimento dessa incapacidade, e quais as consequências após esse reconhecimento, comparando ainda a validade dos atos antes e após a declaração de incapacidade.

A última parte, por fim, tratará da lei 13.146/2015 e as decorrentes alterações na teoria das incapacidades, abordando a problemática em si, promovendo um estudo sobre a possibilidade de sua efetividade e a aplicação da interpretação civil-constitucional para sanar o conflito entre o novo ordenamento processual e a lei de inclusão, ponderando o que majoritariamente vem prevendo a doutrina.

2 DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE DA PESSOA NATURAL

O Código Civil de 2002, em seu artigo primeiro prevê que: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002). O conceito de pessoa que segundo a doutrina de Francisco Amaral (2003, p. 218) “é o homem ou entidade com personalidade, aptidão para a titularidade de direitos e deveres” é minuciosamente ligado ao conceito de personalidade, uma vez que, ainda segundo o autor Francisco Amaral (2003), “na linguagem jurídica, pessoa é o ser com personalidade jurídica, aptidão para titularidade de direitos e deveres”. (AMARAL, 2003, p. 218)

Nesse sentido, o autor Rafael Garcia Rodrigues (2003) pondera que:

[...] faz-se necessária a superação da compreensão que esgota a personalidade unicamente como aptidão para que o sujeito figure como titular de direitos e obrigações. A personalidade não pode ser tomada apenas como sinônimo, equiparado à noção de capacidade. (RODRIGUES, 2003, p. 2).

Entende o autor Rafael Garcia (2003) que a personalidade precisa ser distinguida em dois aspectos, a primeira entendida como a possibilidade de ser sujeito de direito e obrigações que também é conferida às pessoas jurídicas e também deve ser entendida “como valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana em sua complexidade.” (RODRIGUES, 2003, p. 3).

Nesse sentido valorativo do conceito de personalidade e considerando ser aptidão para sujeito de direitos e deveres, entende a doutrina majoritária que toda pessoa natural possui personalidade pelo simples fato de ser pessoa, direito inerente a este e que está intimamente ligado ao conceito de capacidade. É o que diz o autor Caio Mário Pereira (2014) ao afirmar que:

Não depende esta [a personalidade] da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável (PEREIRA, 2014, p. 181-182).

Assim, conforme prevê o primeiro artigo do Código Civil de 2002, toda pessoa é capaz, pois a capacidade advém da própria existência da personalidade como pessoa natural. Ressaltando esta afirmativa, o autor Francisco Amaral (2003) afirmando também o sentido valorativo da personalidade, diz que “a personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direitos” (AMARAL, 2003, p. 220).

Dessa forma, a capacidade como material da personalidade jurídica pode ser vista como a possibilidade de ação da personalidade,

é o poder do exercício de direitos e deveres, e dessa forma, visto como atribuição à personalidade pode ser medida em graus, assim dizendo, pode a capacidade ser menos ou mais em cada pessoa natural, dependendo da sua propensão para o exercício dos atos da vida civil.

2.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Adquirida a personalidade, desta advém os direitos primordiais à pessoa humana, que tem por finalidade garantir que essa pessoa tenha sua dignidade e sua individualidade respeitada, são direitos inatos à pessoa natural que não podem ser alienáveis ou medidos economicamente.

Conceituando, Carlos Roberto Gonçalves (2015) diz que:

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores de proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. (GONÇALVES, 2015, p. 186).

Tais direitos estão salvaguardados principalmente na Constituição Federal, preponderantemente no art. 5º, inciso X, que diz “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito pelo dano moral ou material decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988) e também nos artigos 11 a 21 do Código Civil, garantido a integridade física e moral da pessoa humana.

2.4 Da Capacidade

A capacidade, instituto do Direito Civil, entendida como atribuição da personalidade, que segundo o autor Francisco Amaral (2003, p. 231), “enquanto a personalidade é o valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor.”, implicando nela, quando de fato, uma noção de medida. Assim, a capacidade confere à pessoa natural a possibilidade de ser titular de direitos e deveres e ainda responder pessoalmente aos atos da vida civil, contudo, não são todas as pessoas que podem ser titulares de direitos e responderem pessoalmente por esse. Com isso, dividiu a doutrina o conceito de capacidade em capacidade de direito e capacidade de fato.

A capacidade de direito é atribuição de toda pessoa natural, também chamada pela doutrina também de capacidade de gozo, é o que pressupõe o Código Civil ao dizer no seu artigo 1º que toda pessoa é capaz. Explicando o conceito, diz os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012).

[...] a capacidade de direito é a própria aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direitos e obrigações. Confunde-se, pois, com a própria noção de personalidade: é a possibilidade de ser sujeito de direitos. Toda pessoa a tem, pela simples condição de pessoa. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 315-316).

Assim, a capacidade de direito é a garantia de que, como pessoa, será capaz de ter seus direitos resguardados e sua dignidade preservada. É fundamental, porque, segundo Francisco Amaral (2003, p. 229) “contém todos os direitos de que o homem pode ser sujeito” e de maneira alguma poderá ser retirada da pessoa humana.

Já a capacidade de fato é habilidade jurídica que tem a pessoa de validar os seus atos jurídicos no ordenamento nacional, advém da

posse de habilidades legais e também habilidades biológicas. Somente na capacidade de fato é que se pode, por assim dizer, medir os níveis de capacidade, ou seja, a pessoa natural pode ser considerada pelo direito como plenamente capaz, parcialmente capaz ou incapaz. É o que afirma o autor Francisco Amaral (2003) ao preceituar que:

A capacidade de fato é variável e nem todos a têm. Comporta diversidade de graus, pelo que as pessoas físicas podem ser capazes, absolutamente incapazes e relativamente incapazes, conforme possam, ou não, praticar validamente os atos da vida civil.

Enquanto que a capacidade de direito decorre apenas do nascimento com vida, para as pessoas físicas, e da observância dos requisitos legais de constituição, para a pessoa jurídica, a capacidade de fato depende da capacidade natural de entendimento, inteligência e vontade própria da pessoa natural. (AMARAL, 2003, p. 229-230).

No entanto, há de se observar o ponderado pelos autores Farias e Rosenvald (2012), no sentido que:

Todas essas considerações distintivas entre a capacidade de fato e a capacidade de direito somente se justificam, no atual estágio do Direito Civil, plasmado pelas garantias constitucionais, para o exercício de direitos patrimoniais. Isto é, no que tange ao exercício de situações jurídicas patrimoniais, ainda perdura a utilidade de apartar a capacidade de gozo (ser titular da relação jurídica) da capacidade de exercício (poder praticar o ato pessoalmente). Essa distinção classificatória, porém, não tem mais garantia quando se tratar de relações jurídicas *existenciais*, como no exemplo dos direitos da personalidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 316-317, grifo do autor).

Nesse pensamento, haverá de se considerar a capacidade em suas distinções apenas sob a perspectiva patrimonial, uma vez que, em obediência aos princípios constitucionais norteadores do Código Civil, a busca pela plena dignidade da pessoa humana impõe que a pessoa

natural seja, no todo, protegida e respeitada no pleno exercício e gerência de seus direitos existenciais.

3 A TEORIA DAS INCAPACIDADES ANTES DA LEI DE INCLUSÃO

Primeiramente, cabe destacar que a capacidade é a regra para todos os que detêm personalidade, ela será de fato sempre, e somente poderá ser considerado incapaz, para alguns ou todos os atos da vida civil, quando a lei expressamente a limitar.

Farias e Rosenvald, explicam que: “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensável para que ela exerça seus direitos” (FARIAS; ROSENVALD apud RODRIGUES, 2012, p. 317).

A incapacidade denota, assim, uma limitação legal para que aqueles que se acharem nas condições pré-definidas em lei, que não poderão pessoalmente validar alguns ou todos os atos jurídicos. Esta limitação pode-se dar por falta de aspectos cognitivos em que a pessoa natural não possa compreender no todo o ato a que se pratica ou, por entendimento legal, ainda não possui todo discernimento da vida civil, como no caso, por exemplo, dos relativamente incapazes maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Verificado essa incapacidade, a lei determinará uma série de medidas para que seus direitos sejam protegidos.

Farias e Rosenvald, explicando a necessidade de um amparo ao incapaz, preceituam que:

[...] importa perceber que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual. (FARIAS; ROSENVAL, 2012, p. 317).

O que pretendeu o legislador ao consagrar uma série de medidas protetivas aos incapazes foi garantir a esses uma possibilidade de exercício dos que forem determinados como incapazes. Em comentário específico aos deficientes físicos, dizem os autores Farias e Rosenvald (2012):

[...] as pessoas com deficiência física não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas, de sua debilidade física. É que na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), as pessoas com deficiência física dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo qualquer motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade. E, muito pelo contrário, reclamam proteção diferenciada, de modo a que se lhe garanta plena *acessibilidade*, como, aliás, bem previsto na legislação específica (Lei nºs 10.048/00 e 10.098/00). (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 320).

Dessa forma, a teoria das incapacidades precisa ser interpretada no sentido de busca ao amparo aos que nele se enquadram, e não uma espécie de exclusão dos atos civis. Exatamente por isso que não se pode pensar que as limitações que trazem a lei para a prática pessoal no ordenamento jurídico possam limitar à dignidade e a concretização de seus direitos primordiais.

3.1 O ABSOLUTAMENTE INCAPAZ

Disciplinava o Código Civil (2002):

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I- os menores de 16 anos;
II- os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III- os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (BRASIL, 2002).

Assim, qualquer ato praticado pessoalmente por qualquer pessoa enquadrada nesse rol seria nulo de pleno direito, sendo válidos somente aqueles praticados pelos representantes legais. O legislador entendeu por bem enquadrar os menores de 16 anos como absolutamente incapazes, pois considerou que essa faixa etária não apresenta total desenvolvimento de discernimento ainda para expressar sua vontade nos atos civis à sociedade. É uma determinação legal baseada no próprio desenvolvimento psíquico do ser humano, mas não necessariamente universal, pois lembra o autor Carlos Roberto Gonçalves (2015) que há países, como a França, em que são considerados absolutamente incapazes apenas os menores de 14 anos.

Já o inciso II apontava aqueles que por alguma enfermidade mental não forem aptos, por entendimento da legislação, à prática pessoal dos atos na sociedade civil. Tal reconhecimento, claro, só se daria por declaração judicial, através da medida jurídica denominada interdição. Há que se interpretar tal inciso como uma medida de tutela do próprio Estado para com aqueles que não podem por si só expressar de forma certa suas vontades ou não possuem discernimento para tal. No entanto, há de se observar as severas críticas apontadas para o enquadramento dos deficientes neste rol, bem como no rol das incapacidades relativas, que foram bases para os fundamentos da disciplina atual.

Esclarecendo, contudo, o entendimento para tal inciso, os autores Farias e Rosenvald (2012) ponderam que:

É certo que determinadas doenças ou estados psicológicos do organismo humano reduzem a capacidade de compreensão da vida e do cotidiano. Daí a opção legislativa de reconhecer tais pessoas como incapazes. Na hipótese, a causa incapacitante reside em uma patologia ou estado psíquico, que, obviamente, reclama comprovação pericial-médica, demonstrando a absoluta

ausência de discernimento para os atos da vida. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 322).

Ainda lembra o autor Carlos Roberto Gonçalves (2015) que:

A nossa lei, de forma correta e diversa do direito pré-codificado, não considera os chamados intervalos lúcidos. Assim, se declarado incapaz, os atos praticados pelo privado de discernimento serão nulos, não se aceitando a tentativa de demonstrar que, naquele momento, encontrava-se lúcido. É que a incapacidade mental é considerada um estado permanente e contínuo. (GONÇALVES, 2015, p. 113).

Havia ainda incluso no rol das incapacidades absolutas, os que, ainda que seja por causa transitória, não podem expressar sua vontade. É o amparo aos que não se enquadram em uma patologia que lhes tira o discernimento, mas por algum fato não podem no momento necessário impor sua vontade. É o caso, por exemplo, daqueles que por acidente ou doença estão em estado inconsciente ou mantidos em coma, e precisam que nesse momento alguém os represente na busca pelos seus direitos.

3.2 O RELATIVAMENTE INCAPAZ

Diferentemente do absolutamente incapaz, o relativamente incapaz poderá exercer os atos da vida civil, porém assistido. Os atos praticados sem esse serão apenas anuláveis, diferentemente dos atos praticados pelo totalmente incapaz sem o representante que será plenamente nulo.

Eram relativamente incapazes os, segundo o artigo 4º do Código Civil Brasileiro de 2002:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV - os pródigos. (BRASIL, 2002).

Os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito não poderão, por força da lei, praticar determinados atos sem a presença dos assistentes legais. No entanto, alguns atos específicos poderão ser praticados sem a necessidade do assistente.

Entende o legislador que o relativamente incapaz incluso no inciso I do art. 4º do Código Civil já possui certo discernimento para atos da vida e por isso suficiente para expressar sua vontade, no entanto, não totalmente capaz de praticá-los. Exemplificando alguns atos da vida civil que podem ser praticados pelos maiores de 16 anos e menores de 18, o autor Carlos Roberto Gonçalves (2015) cita os atos como aceitar mandato, ser testemunha, fazer testamento, dentre outros.

Há, no entanto, que se ponderar que os atos praticados por esses menores, entre 16 e 18 anos, poderão ser considerados validos se realizados em má-fé contra terceiros, é o que pondera o artigo 180, CC/2002. Ou seja, caso o menor de 18 anos e maior de 16 realiza algum negócio jurídico e omite sua idade e essa omissão se dá de uma forma que não poderia ser observada pela outra parte, a boa-fé daquele com que realizou o negócio será validada. Assim, explica o autor Carlos Roberto Gonçalves (2015):

Tendo que optar entre proteger o menor ou repelir a sua má-fé, o legislador preferiu a última solução, mais importante, protegendo assim a boa-fé do terceiro que com ele negociou. Exige-se, no entanto, que o erro da outra parte seja escusável. Se não houve malícia por parte do menor, anula-se o ato, para protegê-lo. Constituindo exceção pessoal, a incapacidade só pode ser arguida pelo próprio incapaz ou pelo seu representante legal. (GONÇALVES, 2015, p. 122).

O inciso segundo do artigo 4º do Código Civil também enquadrava as pessoas com deficiência, porém, considerando-as relativamente incapazes quando o comprometimento do discernimento não for total, enquadra também juntamente com esses os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, lembrando o que ensina os autores Farias e Rosenvald (2012) que não desfrutam dessa proteção os que fazem consumo do álcool ou tóxicos eventualmente, pois responderão pelos seus atos normalmente. No mesmo entendimento, inseriu o legislador no rol dos relativamente incapazes os excepcionais, assim denominados pela lei, que são os que por alguma deficiência mental, ainda que possuíssem discernimento sobre alguns fatos, não possuíam capacidade jurídica para exercer todos os seus direitos pessoalmente, entre eles, cita aos autores Farias e Rosenvald (2012) os deficientes com síndrome de Down.

Por último, incluía-se na condição de relativamente incapaz os pródigos. Pródigos são aqueles que não possuem controle sobre suas finanças, dilapidando seu patrimônio de forma desordeira, a intenção do legislador, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2015):

Justifica-se a interdição do prodígio pelo fato de encontrar-se permanentemente sob o risco de reduzir-se à miséria, em detrimento de sua pessoa e de sua família, podendo ainda transformar-se num encargo para o Estado, que tem a obrigação de dar assistência às pessoas necessitadas. (GONÇALVES, 2015, p. 125-126).

As limitações para com o prodígio restringem-se ao controle de seu patrimônio, ativo e passivo, tão somente, podendo exercer os outros atos da vida civil pessoalmente. Por isso tal dispositivo é alvo de severas críticas na doutrina, no sentido que, a proteção tão somente recaia sobre o patrimônio do titular dos bens e não, como era a finalidade dos demais meios para interdição, a proteção dos direitos

daqueles que se enquadram como incapazes, bem como, a dificuldade ao se auferir o momento em que a pessoa natural deixa de comportar-se normalmente em relação às suas finanças.

3.4 DO PROCEDIMENTO JURÍDICO E A INTERDIÇÃO

Como já dito anteriormente, a incapacidade precisa ser comprovada juridicamente para que aquele que se encontre incapaz possa ser amparado pelo que determina a lei. A capacidade é regra e só será retirada da pessoa humana se passada pelos critérios de reconhecimento e assim, submeter-se às limitações impostas.

Contudo, os critérios de determinação da incapacidade irão variar, se a incapacidade estiver vinculada a condição etária da pessoa natural, basta que se comprove a idade. Se estiver vinculada à condição de saúde mental serão necessárias as perícias competentes para determinar a incapacidade e reconhecimento judicial em sentença. Sobre esse assunto, ainda pondera os autores Farias e Rosenvald (2012):

É preciso sublinhar, ademais, que a decisão judicial de interdição atinge, frontalmente, alguns valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa, como liberdade e a intimidade. É preciso, que afirmamos não ser possível considerar para a interdição pura e simples existência da patologia mental. É necessário atentar que a medida judicial atinge os direitos e as garantias fundamentais e, por via oblíqua, o exercício da cidadania pelo interditado. Daí a compreensão de que toda e qualquer interdição tem de estar fundada na proteção da dignidade do próprio interditando, e não de terceiros, sejam parentes ou não. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 330).

Baseando-se nesses fundamentos é que a legislação precisa estar ao amparo do incapaz, garantindo-o que seus direitos primordiais sejam assegurados, como a vida, a saúde, a privacidade e os direitos da

personalidade. Assim sendo, é possível que o estado de proteção conferido ao incapaz seja progressivamente diminuído se entendido pela jurisdição que a capacidade daquele que se encontra interdito possa estar lhe conferindo mais discernimento dos atos da vida civil.

O procedimento para tanto é dado dentro do devido processo legal, garantida a ampla defesa e o contraditório. O procedimento para a interdição se dá sob muitos passos, a ação de interdição. Farias e Rosenvald (2012) preceituam que:

Dá-se o nome de interdição ao procedimento judicial, de jurisdição voluntária, através do qual se investiga e se declara a incapacidade da pessoa maior (portadora de anomalia psíquica ou prodigalidade, surdo-mudo sem educação que o habilite a enunciar sua vontade e toxicomaníacos), para o fim de ser representada ou assistida por procurador. (FARIAS; ROSEVALD apud DONIZETTI, 2012, p.)

O artigo 747 do Código de Processo Civil prevê aqueles que são os legitimados para propor a ação de interdição, dizendo que:

Art. 747. A interdição pode ser promovida:
I - pelo cônjuge ou companheiro;
II - pelos parentes ou tutores;
III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;
IV - pelo Ministério Público. (BRASIL, 2015).

O Ministério Público previsto no rol de legitimados, conforme disciplina o art. 748 do CPC somente irá propor a ação nas hipóteses de anomalia psíquica, quando não houver os legitimados no rol do art. 747 ou, quando existirem, forem menor ou incapazes para tanto. E, segundo Humberto Theodoro Júnior, “O próprio incapaz pode tomar a iniciativa da interdição, se ninguém dos legitimados o faz, caso em que, instaurado o processo, o Ministério Público será convocado para

interferir no processo, dando-se curador ao requerente.” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 410).

Quanto à competência para instauração do procedimento, o autor Humberto Theodoro Junior (2014) preleciona que:

Não há regra expressa no CPC, mas deve prevalecer o foro do domicílio do interditando, segundo a regra geral do art. 94 do CPC. Mas a competência é relativa e pode ser prorrogada, se não houver exceção de incompetência em tempo hábil. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 409-410).

Distribuída a petição inicial para o juízo competente, este irá verificar os fatos e alegação dos distúrbios que poderá desde logo, caso seja requerido conceder a tutela antecipada, nomeando curador provisório e posteriormente procederá à interrogação do interditando, intimando-se para ato também o Ministério Público para acompanhar o interrogatório, sob pena de nulidade no procedimento. Proceder à interrogação do interditando é fundamental para que se forme a opinião do juízo que verificará a veracidade dos fatos relatados, sendo que, não podendo aquele que possui a deficiência mental comparecer ao local da audiência, deverá o magistrado ir até o interditando e proceder ao interrogatório. Tendo sido realizado haverá um prazo de cinco dias para impugnar o pedido de interdição. Ressalvando os autores Farias e Rosenvald (2012) que:

Todavia, nada impede – ao contrário, tudo recomenda – que seja recebida a defesa promovida extemporaneamente, até mesmo em respeito à peculiar natureza do procedimento. [...]. Vem reconhecendo a jurisprudência, nessa tocada, que o interditando “tem não apenas interesse, mas também o direito de provar que pode gerir sua própria vida, administrar seus bens e exercer sua profissão” (STJ, Ac 3ª T., RMS 22.679/RS, rel. Min. Sidnei Benetti, j. 25.3.08, DJU 11.4.08). (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 337).

Logo após, por força do art. 1.771 do Código Civil (2002), o juiz determinará a perícia médica para comprovação da incapacidade,

perícia essa que poderá ser realizada até mesmo de ofício pelo juízo. Em jurisprudência do TJMG apresentada pelo autor Humberto Theodoro Junior (2014, p. 411), os doutos juízes entendem que: “não afirmada a incapacidade do paciente pelo laudo médico, subscrito por dois especialistas, deve ser rejeitado o respectivo pedido de interdição. (TJMG, Ap. 35.768, in Edson Prata, Repertório de Jurisprudência, vol. 18, no 4.512, p. 3.587.)”

Procedida a perícia, será realizada a audiência de instrução e julgamento não obrigatória, em que será ouvido o Ministério Público e o depoimento de testemunha, para que se forme o real convencimento do juiz. Cumprida as exigências da lei, será proferida a sentença que terá caráter declaratório.

Segundo a lição dos autores Farias e Rosenvald (2012):

[...] a sentença somente deve julgar procedente o pedido de interdição, reconhecendo a incapacidade, quando houver prova cabal e suficiente de falta de compreensão, total ou parcial, da pessoa. Se a capacidade é a regra e a incapacidade é excepcional, a sentença reclama prova irrefutável. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 338).

A depender do exame pericial e das provas trazidas aos autos, o juízo reconhecerá a incapacidade absoluta ou relativa, em suas graduações, conforme disciplina o artigo 1.772 do Código Civil. Proferida, a sentença deverá nomear um curador, que acompanhará o interditado nos atos da vida civil. Contra a decisão caberá recurso de apelação, apenas com efeito devolutivo para que desde logo sejam protegidos os direitos do incapaz.

A sentença que declara a incapacidade da pessoa natural produz efeitos *ex-nunc*, assim, os atos praticados pelos incapazes antes da declaração produzem seus efeitos normalmente, considerando-os

plenamente válidos. No entanto, ponderam os autores Farias e Rosenval (2012) no sentido que:

Bem por isso, com o fito de preservar o princípio basilar da boa-fé, tem-se reconhecido proteção ao terceiro que, de boa-fé, negocia com o interditado, dês que não seja visível a incapacidade e não cause prejuízo ao incapaz. Por isso, somente será inválido o negócio pelo incapaz “se notório o estado de loucura, isto é de conhecimento geral” ou se lhe causar prejuízo. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 343).

Assim, ainda que seja declarada a incapacidade, a doutrina tem se inclinado no sentido que o efeito da decisão possa ser mitigado se a proteção ao negócio realizado não cause prejuízo aos envolvidos, podendo assim ser validado com base no princípio da boa-fé.

3.5 DO SUPRIMENTO DA INCAPACIDADE E DA SUA CESSAÇÃO

Estando a pessoa natural no estado de incapacidade, por declaração judicial ou por se enquadrar entres aqueles que por idade não podem exercer pessoalmente os atos jurídicos, esta somente será suprida pela representação. A representação, conforme leciona Ricardo Lebourg Chaves (2011), “é a forma pela qual se adquire ou se exerce, de forma voluntária ou legal, direitos de outrem.” (CHAVES, 2011, p. 151).

O Código Civil Brasileiro disciplina em seus artigos 115 a 120 os modos de representação de forma geral, sendo dividida pela doutrina entre representação legal, jurídica e voluntária. A representação legal aquela imposta pela lei na tutela dos incapazes, sendo a pessoa que representa os pais, os tutores ou os curadores conforme o estado da incapacidade.

Assim, somente não será mais necessária a representação se cessada a incapacidade, e conforme preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 133), “cessa a incapacidade desaparecendo os

motivos que a determinaram”, sendo a idade a determinante cessa pela maioridade ou emancipação, sendo por enfermidade física ou psicologia, pelo fim da mesma.

Os incapazes, no rol do critério etário, adquirem a capacidade assim que se tornam maiores de idade. É um processo natural em que não há necessidade da intervenção jurídica. Considera-se capaz o maior de 18 anos, assim, segundo ensina Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 134): “[...] aos 18 anos os jovens passaram a responder civilmente pelos danos causados a terceiros, ficando autorizados a praticar validamente todos os atos da vida civil sem a assistência de seu representante legal.”. Já a capacidade por emancipação, disciplinada no art. 5º do Código Civil, se dará dentro do rol estabelecido, sendo ele de caráter voluntário, judicial ou legal.

A emancipação voluntária se dá por ato unilateral dos pais, representantes legais, em favor do filho, podendo ser concedida ao menor que tiver 16 anos completos, é o que diz o inciso I do artigo 5º do Código Civil: “pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos.” (BRASIL, 2002). A sentença judicial, neste caso, somente será necessária em casos tutela. Ressalta, ainda, o autor Carlos Roberto Gonçalves (2015) que:

Não constitui direito do menor, que não tem o direito de exigi-la nem de pedi-la judicialmente, mas benesse concedida pelos genitores. Com efeito, a lei fala em concessão dos pais, e em sentença do juiz no caso do menor sob tutela, que pressupõe o exame, pelo magistrado, dos motivos ensejadores do pedido. (GONÇALVES, 2015, p. 136).

As outras previsões de emancipação que se encontram expostas no artigo 5º do Código Civil enquadram-se nas emancipações legais,

nesses casos entendeu a lei que estando o menor em tais condições é possuidor de discernimento necessário para assumir pessoalmente suas obrigações e direitos. São elas:

Art. 5º [...]

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (BRASIL, 2002)

Ressalta-se ainda que as emancipações legais restringem-se ao exercício do direito previsto no rol, assim, como exemplo dado pelo autor Carlos Roberto Gonçalves (2015), não pode aquele que foi emancipado pelo casamento ter capacidade para tirar habilitação para motorista ou frequentar lugares proibidos aos menores de 18 anos.

3.6 CRÍTICA DOUTRINÁRIA À TEORIA DAS INCAPACIDADES ANTERIORMENTE VIGENTE

A teoria da incapacidade, que prevaleceu no ordenamento jurídico brasileiro até no ano de 2016, já foi alvo de severas críticas no âmbito civil-constitucional, suas principais críticas ponderam quanto à falta da garantia do exercício do melhor interesse do incapaz.

Nesse sentido afirma o autor Rafael Rodrigues (2003):

[...] observa-se claramente que a proteção, a *ratio* que informa tal instituto, é a proteção daqueles que, presumivelmente, não têm discernimento para a administração pessoal de seus “interesses”. Entretanto, tais “interesses” são apresentados como compostos apenas por situações providas de conteúdo patrimonial. Portanto, a incapacidade, da forma como se encontra prevista no código, velho e novo, está calcada na lógica de que ao direito civil tão-somente é dado preocupar-se com as situações patrimoniais que tocam o sujeito de direito. (RODRIGUES, 2003, p. 23-24).

A crítica que traz o autor Rafael Rodrigues (2003) também é no sentido que quanto aos direitos existenciais não há razão de ser da separação entre a titularidade do direito e a possibilidade de seu exercício, uma vez que, direitos que dizem respeito à existência da pessoa humana concorrem para o próprio desenvolvimento saudável desta.

No mesmo pensamento, a autora Renata de Lima Rodrigues (2007), diz:

Outra crítica que pode ser apontada ao regime das incapacidades diz respeito à sua lógica de abstração, que procurando apenas minimizar efeitos não desejados em negócios jurídicos praticados pelo incapaz, não protege o ser humano que não possui discernimento para o desenvolvimento de uma vida autônoma. Ao contrário, tolhe sua personalidade, limita seus potenciais e se mostra uma verdadeira contradição, pois, ao revés, pode paralisar o desenvolvimento da personalidade do incapaz e se transformar em prisão institucionalizada. (RODRIGUES, 2007, p. 47).

Assim, a maior crítica que se faz à teoria das incapacidades anterior é que esta não apontava para proteção da pessoa humana em si, afrontando, segundo o pensamento de Renata de Lima Rodrigues (2007) os princípios constitucionais, a busca da proteção da personalidade jurídica do incapaz e não somente para o patrimônio.

Ademais, ao se colocar um representante para buscar o melhor interesse do incapaz, o autor Rafael Rodrigues (2003, p. 25-26) ressalta que “tal medida [como é posta no ordenamento] implicaria em violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal), de sua liberdade e intimidade.”.

Dessa forma, em busca da proteção máxima dos negócios jurídicos, tal teoria das incapacidades não visava à garantia dos direitos fundamentais da pessoa natural, pelo contrário, em tudo

restringia o incapaz, não levando em consideração os aspectos mínimos que eventualmente possa ter para gerência de negócios de pequeno valor e o discernimento sobre a própria existência.

4 A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO 13.146/2015

A tratativa da legislação brasileira para com os deficientes passou por diversas e importantes alterações. No Código Civil de 1916, esses eram denominados, de forma genérica, com loucos e, estando neste estado, eram impedidos de praticar qualquer ato da vida civil. O Código Civil de 2002, pelos diversos avanços sociais, considerou como incapazes os deficientes mentais que não pudessem discernir, comprovadamente por perícia. Contudo, um importante avanço na proteção dos direitos das pessoas com deficiência veio da incorporação ao ordenamento jurídico da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ano de 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186 e promulgado no ano seguinte.

A lei brasileira de inclusão das pessoas com deficiência, sancionada no ano de 2015, veio regulamentar a Convenção assinada em New York e objetiva assegurar direitos às pessoas com deficiência já previstos na Constituição Federal, porém, de forma efetiva, e para promover a igualdades entre toda a sociedade. Considera a lei pessoas com deficiências, segundo seu art. 2º:

[...] aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Também denominado Estatuto das Pessoas com Deficiência, apesar de severas críticas por parte dos representantes das pessoas com deficiência, traz em suas previsões profundas modificações no

Direito Civil, dentre as mais notáveis as alterações na teoria das incapacidades, alterando os institutos da curatela e da interdição. O autor Flávio Tartuce (2015), em seu artigo, ainda ressalta que a lei:

[...] também alterou alguns artigos do Código Civil que foram revogados expressamente pelo Novo CPC (art. 1.072). Nessa realidade, salvo uma nova iniciativa legislativa, as alterações terão aplicação por curto intervalo de tempo, nos anos de 2015 e 2016, entre o período da sua entrada em vigor e o início de vigência do Código de Processo Civil (a partir de março do próximo ano). Isso parece não ter sido observado pelas autoridades competentes, quando da sua elaboração e promulgação, havendo um verdadeiro *atropelamento legislativo*. (TARTUCE, 2015).

A lei que entrou em vigor no início de 2016 acrescenta ao texto legal um novo conceito de capacidade. Seus reflexos modificam o ordenamento civil sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e conceito do pleno exercício da cidadania, trazendo também um novo conceito ao estudo civil, qual seja, a tomada de decisão apoiada.

4.1 A REFORMA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Para compreensão das modificações que trata a lei quanto à teoria das incapacidades é necessária a análise do que propõe a presente. Seguindo o modelo da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, determina em seu que os deficientes possuem capacidade legal. Segundo o autor Paulo Lôbo (2015), “é mais ampla que capacidade civil em geral”, o artigo 6º da Lei 13.146/2015 diz que:

A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Tal previsão trouxe profundas modificações nos artigos 3º e 4º do Código Civil. A partir da entrada em vigor da presente lei, a curatela passa a ser medida extraordinária e seus efeitos repercutem principalmente no direito de família e no direito patrimonial. O que pretendeu a presente norma foi, segundo o autor Pablo Stoze (2015):

[...] fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática dos atos na vida civil. (STOLZE, 2015).

Assim, a pessoa com deficiência é legalmente capaz, ainda que seja necessária a assistência. Dessa forma, o que busca o legislador é uma forma de tratamento mais digna ao deficiente. É o que preceitua o art. 84 da presente lei, ao dizer que: “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.” (BRASIL, 2015). E ainda afirma que a curatela será imposta em casos excepcionais e pelo menor tempo possível, retirando ainda desse instituto a representação de todos os atos da vida civil, restringindo-os somente aos atos de cunho patrimonial e negocial, passando a pessoa com deficiência ser o autor e

representante pessoal da gerência de seus direitos existenciais e primordiais.

O autor Paulo Lôbo (2015) ainda ressalta que, a nova modalidade preceitua que a curatela será determinada no interesse exclusivo do deficiente e não de terceiros, dizendo assim que “tem natureza, portanto, de medida protetiva e não de interdição de exercício de direitos” (LÔBO, 2015). O que pressupõe que, a curatela passa a ser medida assistencial de cunho secundário, na assistência mínima no exercício dos atos patrimoniais, para sua validação, tendo o incapaz a gerência nos demais atos civis.

Decorrente disso, o artigo 3º do Código Civil passou a considerar apenas como absolutamente incapaz os menores de 16 anos, estando revogadas as demais previsões. Assim também, os incisos dos art. 4º do Código Civil foram alterados, constando como relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e os que por causa transitória ou permanente não possam exprimir sua vontade. Assim, extinto da teoria das incapacidades está o instituto da interdição. Sobre o tema, o autor Flávio Tartuce (2015), expõe:

Em suma, não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há o que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade. (TARTUCE, 2015).

Reafirmando, o autor Paulo Lôbo (2015), ressalta que:

Não há mais que se falar de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os

atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, da curatela específica, para determinados atos. (LÔBO, 2015).

Estes atos citados pelo autor Paulo Lôbo (2015) vem a ser o já explicitado: a proteção somente nos atos patrimoniais e de negócio. A lei brasileira de inclusão trouxe ao sistema civil brasileiro uma ponderação ao estatuto rígido de tratativa para com os deficientes, o que pode ser percebido pelas previsões, é que a lei trouxe uma flexibilização na teoria das incapacidades, fazendo com que o exercício jurídico existenciais fossem garantido ao deficiente.

A extinção do instituto da interdição fica evidenciada com as diversas alterações quanto ao tema trazidas pela nova lei. Dentre elas, o artigo 1.768 do Código Civil de 2002, a partir da nova lei, deixa de mencionar o instituto. O novo procedimento passará a considerar apenas o procedimento da curatela específica, é o que o artigo 114 da Lei 13.146 dispõe ao dizer que o artigo 1.768 do Código Civil passará a vigorar substituindo o termo interdição pela curatela.

Assim, dispõe o artigo: “Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: IV - pela própria pessoa.’ (NR)” (BRASIL, 2015). Da leitura ainda pode ser percebida outra importante modificação que traz a lei, que com sua entrada em vigor, o próprio deficiente poderá requerer a curatela, demonstrando claramente que a intenção legislativa é promover o interesse da pessoa com deficiência e não de terceiros próximos que possam desejar a declaração da incapacidade do deficiente.

O autor Flávio Tartuce (2015) também comenta outra modificação, explicando que:

O art. 1.771 do Código Civil também foi alterado pela lei 13.146/2015. O diploma previa anteriormente que "antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade". Agora, passou a expressar que "antes de se

pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando”. Em suma, substitui-se a menção aos especialistas por equipe multidisciplinar, o que é mais consentâneo com as atividades de orientação multicultural. (TARTUCE, 2015).

Dadas tantas modificações, a teoria das incapacidades passa a contar como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos, e assim, não mais havendo o que se falar em interdição.

O deficiente, considerado relativamente incapaz no rol previsto na nova lei, passará por um exame multidisciplinar e poderá também ele mesmo requerer o procedimento de curatela. Suas limitações serão apenas no sentido patrimonial e atos de negócio, com prazo definido. Assim, tendo o procedimento de intervenção estatal na capacidade da pessoa natural ser tomado de um caráter excepcional e secundário, os deficientes que tratavam a lei anterior com distúrbio mental passarão ser plenamente capazes, podendo exercer pessoalmente os atos da vida civil, podendo, inclusive, responder pessoalmente pelos danos causados a terceiros em negócios jurídicos se não for, no caso previsto na lei, necessária a curatela temporária ou a tomada de decisão apoiada.

A nova teoria das incapacidades conta com duas formas de assistência que não retiram a capacidade civil do assistido, quais sejam: a curatela específica e temporária; e a tomada de decisão apoiada. A primeira, caso seja necessária, poderá ser compartilhada, conforme o artigo 1.775 – A do Código Civil. Já a tomada de decisão apoiada será a medida primeira a ser analisada como cabível ao deficiente e será, conforme preceitua o art. 116 da Lei 13.146 que modifica o art. 1.783 – A do Código Civil, um:

[...] processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha

vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (BRASIL, 2015).

Ainda pela previsão legal o pedido de tomada de decisão apoiada, igualmente ao procedimento de curatela, poderá ser feito pelo próprio tomador da medida, definindo ainda o prazo e podendo dele se desfazer quando desejar. O juiz ainda decidirá sobre questão em que houver divergência entre o apoiado e aquele que o assiste nos negócios que possam trazer risco ou prejuízo relevante.

Sobre tais previsões, comenta o autor Paulo Lôbo (2015), explicando que:

[...] a curatela compartilhada e a tomada de decisão apoiada. Pela primeira, a pessoa com deficiência poderá contar com mais de um curador, para incumbências específicas; pela segunda, a pessoa com deficiência poderá escolher pelo menos duas pessoas para apoiá-lo no exercício de sua capacidade. A segunda, dependente de decisão judicial, não se confunde com a curatela e tem por objetivo, principalmente, o apoio para celebração de determinados negócios jurídicos; se houver divergência entre os apoiadores e a pessoa apoiada, caberá ao juiz decidir. (LÔBO, 2015).

Apesar de a lei, como já dito, prever que o juiz decidirá somente quando a divergência trouxer risco ou prejuízo, o comentário do renomado autor se torna relevante para clarear o que a nova lei propõe: um sistema de proteção da plena capacidade da pessoa com deficiência, assegurando o pleno exercício de seus direitos e ainda, assumir pessoalmente, ainda que esteja sob curatela, o direitos de cunho existenciais, limitando-se o auxílio da curatela somente ao nível patrimonial.

4.2 A PROBLEMÁTICA E CRÍTICA DA NOVA LEI

Aponta a doutrina que a lei traz em seu texto um rompimento drástico no sistema de proteção aos deficientes. A problemática inicial comporta no sentido de que são considerados deficientes aqueles que pelos motivos da lei não podem estar em condição igualitária com a sociedade. Neste sentido, o amparo ao exercício pleno de seus direitos, *a priori*, deveria ser resguardado pela lei. A proposta da lei elimina o instituto da interdição e retira do rol das incapacidades os deficientes que, na previsão anterior, não eram aptos a discernir acerca dos procedimentos da vida civil. Com isso, o que o Código Civil de 2002 prevê a constatação por perícia e convencimento do juízo quanto ao nível da incapacidade e o sistema de proteção.

Pode-se, sob este ponto de vista, afirmar que a lei, baseando-se nos tratados internacionais de proteção às pessoas com deficiência, não seguiram um modelo de proteção eficaz. É o que afirmam os doutrinadores Vitor Frederico Kümpel e Bruno Ávila Borganelli (2015):

[...] se o objetivo dessa Convenção é “promover, proteger e assegurar o exercício do pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (art. 1º), a retirada de proteção trazida pela lei 13.146/2015, no Brasil, está em desacordo com esses termos. (KUMPEL; BORGANELLI, 2015).

Ao fundamento dessa crítica, os autores citam como exemplo o que pressupõe a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas com Deficiência que preleciona que o instituto da interdição, quando necessária e para o bem estar do deficiente não constitui forma de discriminação.

Outra problemática que a lei apresenta e que trará repercussões e controvérsias é que ao entrar em vigor muitas das suas previsões ficaram em confronto direto com o novo Código de Processo Civil. A principal divergência encontra-se nos artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil que, *a priori*, restou revogado pelo Código de Processo Civil de 2015. Contudo, os mesmos artigos foram profundamente modificados pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência no sentido de retirar do plano do ordenamento civil o instituto da interdição.

Como dito, a lei brasileira de inclusão retira do ordenamento civil a possibilidade de instauração da interdição, justamente porque, a partir da entrada em vigor da lei, não há mais que se falar de absolutamente incapaz maior de idade, assim, estando apenas enquadrados os menores de 16 anos, apoiados pela tutela. A interdição perde a razão de ser, e como já abordado, os deficientes que tiverem, dentro dos motivos da lei, necessidade de acompanhamento assistencial serão protegidos pelos institutos da curatela específica ou da tomada de decisão apoiada.

Ocorre que, a lei entrará em vigor a partir de janeiro de 2016 e quanto a essas modificações há divergência em relação ao que é previsto no novo Código de Processo Civil que entrou em vigor posteriormente, em março do mesmo ano, e pelo critério da temporariedade, a previsão de extinção da interdição estará revogada. A resolução, contudo não é simples, o autor Flávio Tartuce (2015) adverte neste sentido, dizendo que:

[...] só a edição de uma terceira norma apontando qual das duas deve prevalecer não basta, pois o CPC é inteiramente estruturado no processo de interdição, como se nota de tratamento constante entre os arts. 747 a 758. Sendo assim, parece-nos que será imperiosa uma reforma considerável do CPC/2015, deixando-se de lado a antiga possibilidade de interdição. (TARTUCE, 2015).

A alternativa dada pelo autor pela mudança do Código de Processo Civil de 2015, no sentido de concordar pela exclusão do procedimento de interdição fundamenta-se que a lei 13.146 de 2015 regulamenta o já disposto na Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência, e esta segue os princípios de promoção da plena dignidade e cidadania e, uma vez incorporada no ordenamento jurídico como Emenda Constitucional deve ser respeitada pelo seu valor normativo superior no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro conflito entre as normas também reflete no procedimento, pois enquanto o Código de Processo Civil mantém o rol de legitimado a promover o procedimento de interdição, o Estatuto das Pessoas com Deficiência preleciona que o próprio deficiente tem legitimidade para promoção do procedimento, porém pelo pedido de curatela. Com isso, o conflito de normas é notório. Nesse ponto, parece que a doutrina tem se inclinado no sentido, conforme prevê o autor Flávio Tartuce (20015), considerando o princípio maior da Constituição Federal, deverá o Código de Processo Civil de 2015 sofrer drásticas mudanças para não mais haver previsão quanto à interdição ou conforme propõe o autor Paulo Lôbo (2015):

As regras do novo CPC deverão ser interpretadas em conformidade com as da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pois esta em força normativa superior àquele, relativamente à curatela especial, como medida protetiva e temporária, não sendo cabível a interpretação que retorne o modelo superado da interdição, apesar da terminologia inadequada utilizada pela lei processual. (LÔBO, 2015).

Dessa forma, haverá um grande esforço doutrinário e jurisprudencial para que o respeito à dignidade da pessoa com deficiência e promoção de sua cidadania, bem como a garantia da sua plena capacidade, respeitando os princípios norteadores da

Constituição Federal prevaleçam sobre as normas ordinárias e se faça predominar a não mais utilização do procedimento de interdição.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou discutir o avanço notório que se deu no ordenamento brasileiro com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência nº 13.146/2015. É uma conquista almejada por anos, a partir da sua entrada em vigor, os deficientes terão, de forma expressa, a efetividade dos seus direitos garantidos na Constituição Federal.

Primeiramente, o trabalho abordou os conceitos de pessoa natural, personalidade e capacidade, institutos do Direito Civil importantes e que se baseiam no princípio da dignidade da pessoa humana. A capacidade, vista não mais como conceito semelhante ao da personalidade, mas como possibilidade do exercício desta. E por assim ser, deve ser garantida a toda pessoa humana, como forma de promover a plena igualdade de direitos e deveres e o pleno exercício da cidadania, sendo intrínseco à pessoa, dada à capacidade de obtenção de personalidade no âmbito jurídico. Ser capaz de fato é a possibilidade de representar pessoalmente seus atos, obter seus direitos e cumprir seus deveres. É a real possibilidade de tratamento justo e digno como pessoa.

Dessa forma, com a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão, as pessoas com deficiência deixam de ser vistas como incapazes de realizarem e de expor por si sua vontade, e passam a ser vistas como totalmente capazes de expressar de forma legal e responderem pelos atos da vida civil. Houve toda uma preocupação da garantia da igualdade, tendo o deficiente não mais a necessidade de ser excluído da gerência de sua própria vida. A partir da lei, o deficiente responderá pessoalmente por todos os atos, e a curatela, quando

necessária será por tempo determinado e poderá ser requerida pela própria pessoa com deficiência, como alternativa, e ainda deverá ser priorizado o sistema da tomada de decisão apoiada. Assim, deixa o deficiente de ser posto como figura secundária da própria vida.

Pelo estudo da lei e os princípios que regem o ordenamento civil, foi percebido que a partir de uma construção doutrinária na perspectiva civil-constitucional, há diversas críticas e conflitos existentes na norma, que podem ser sanados. O que se deve levar em conta não é somente a garantia da segurança no negócio jurídico, mas a promoção da plena dignidade da pessoa, por uma interpretação valorativa: o peso-valor pessoa ultrapassa o peso-valor do direito patrimonial.

Da mesma forma, tem a melhor doutrina opinado por uma interpretação valorativa e constitucional, em respeito aos princípios fundamentais da pessoa humana, ao defender que o novo Código de Processo Civil deverá ser interpretado, no que conflite, de acordo com a Lei da Inclusão, tendo em vista o tratado internacional ratificado pelo Brasil e incorporado no direito brasileiro com força de emenda constitucional. A Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência prevalece como norma que contém princípios superiores.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Sujeitos de direito. A pessoa natural. In. AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Cap. 6, p. 217-236.

BRASIL. Código civil. Organização dos textos por Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. **Vade mecum saraiva**. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 153-288.

BRASIL. Código de processo civil. Organização dos textos por Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. **Vade mecum saraiva**. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 365-458.

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

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da pessoa com deficiência). **Diário Oficial da União**. Brasília, 6 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 4 ago. 2015.

CHAVES, Ricardo Lebourg. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Atualizar, 2011. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LIND**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curatela dos interdito e a tutela dos órfãos. In. JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais**. 46. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3. Cap. 53, p. 409-414.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+a+os>>. Acesso em: 12 set. 2015.

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. ago. 2015. Disponível em: <

<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> . Acesso em: 10 out. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Personalidade e direito da personalidade. In. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. Cap. 9, p. 181-216.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-35.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Incapacidade, curatela e autonomia privada**: estudos no marco do Estado democrático de direito. 2007. 201 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRL_1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2015.

STOLZE. Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. jul. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil#ixzz3qXdiX2dZ>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): repercussões para o direito de família e confrontações com o Novo CPC. Parte I**. jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 14 set. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): repercussões para o direito de família e confrontações com o Novo CPC. Parte II**. ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045->

Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com> . Acesso em: 1 out. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** lei de introdução e parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

CAPÍTULO VII

LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO EMPRESÁRIO UNIPESOAAL E PELO TITULAR DE EIRELI: breves considerações

Deiziele Rodrigues Silveira²⁶

Fernanda Paula Diniz²⁷

1. BREVE INTRODUÇÃO AOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Com o advento da Constituição da República de 1988 (CR/88) foram garantidos diversos direitos às pessoas com deficiência, parcela da sociedade que por muito tempo viveu marginalizada e esquecida.

²⁶ Bacharel em Direito pela PUC Minas em Contagem.

²⁷ Doutora em Direito Privado, professora de Direito Civil e Empresarial do curso de Direito da PUC-MG. E-mail: fernandapaulad@yahoo.com

Com base em nossa lei maior diferentes leis foram criadas com fito à inclusão social e exercício da cidadania pelas pessoas com deficiência.

Cumpra destacar a criação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) pela Organização das Nações Unidas (ONU), que objetiva promover e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade, na qual o Brasil é signatário, sendo inserida em nosso ordenamento jurídico mediante o procedimento disposto no art. 5º, § 3º, da CR/88, adquirindo, assim, *status* de Emenda Constitucional, em 2009.

Recentemente foi introduzida no nosso ordenamento jurídico a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que tem como base os ditames da CDPD. A LBI tem como propósito a inclusão social e exercício da cidadania pelas pessoas com deficiência por meio da promoção e proteção, em condições de igualdade, do exercício dos direitos e liberdades fundamentais.

A LBI foi um marco em nosso ordenamento jurídico trazendo inovações e alterações. Referida lei reconheceu a capacidade plena às pessoas com deficiência, impactando substancialmente na teoria das incapacidades, que repercutiu em diversos ramos do direito, inclusive no Direito Empresarial.

A CDPD afirma em seu preâmbulo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos.

A deficiência pode ser compreendida por pelo menos duas formas, pelo modelo médico e pelo modelo social.

Para o modelo médico a deficiência decorre de uma lesão em um corpo, necessitando a pessoa com deficiência se submeter a tratamento médico.

Sendo assim, a deficiência:

[...] é uma desvantagem natural, devendo os esforços se concentrarem em reparar os impedimentos corporais, a fim de garantir a todas as pessoas um padrão de funcionamento típico à espécie. Nesse movimento interpretativo, os impedimentos corporais são classificados como indesejáveis e não simplesmente como uma expressão neutra da diversidade humana, tal como se deve entender a diversidade racial, geracional ou de gênero. Por isso, o corpo com impedimentos deve se submeter à metamorfose para a normalidade, seja pela reabilitação, pela genética ou por práticas educacionais. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 67).

Para o modelo médico:

[...] um corpo com impedimentos deve ser objeto de intervenção dos saberes biomédicos. Os impedimentos são classificados pela ordem médica, que descreve as lesões e as doenças como desvantagens naturais e indesejadas. Práticas de reabilitação ou curativas são oferecidas e até mesmo impostas aos corpos, com o intuito de reverter ou atenuar os sinais da anormalidade. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 67).

Destarte, a deficiência sob o ponto de vista médico, se resume a um catálogo de doenças e lesões, e que as pessoas deveriam superar as suas deficiências por meio de tratamento médico e reabilitação, adequando-se à sociedade na qual estão inseridas.

A deficiência, assim, é vista como anormalidade do corpo que resulta em desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência que serão superadas por intermédio de serviços médicos.

Por outro lado, para o modelo social a deficiência faz parte da diversidade humana, sendo uma das formas de estar no mundo.

Para o modelo social:

Um corpo com impedimentos é o de alguém que vivencia impedimentos de ordem física, intelectual ou sensorial. Mas são as barreiras sociais que, ao ignorar os corpos com impedimentos, provocam a experiência da desigualdade. A opressão não é um atributo dos impedimentos corporais, mas resultado de sociedades não inclusivas. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 67).

Por conseguinte:

O modelo social da deficiência, ao resistir à redução da deficiência aos impedimentos, ofereceu novos instrumentos para a transformação social e a garantia de direitos. Não era a natureza quem oprimia, mas a cultura da normalidade, que descrevia alguns corpos como indesejáveis. (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 69).

O modelo social propõe uma abordagem da deficiência mediante uma visão sociológica, na qual a deficiência passa a ser entendida como uma questão de inclusão social, uma vez que a deficiência é resultado da limitação no acesso à participação plena e efetiva na sociedade.

À vista disso, “nem todo corpo com impedimentos vivencia a discriminação, a opressão ou a desigualdade pela deficiência, pois há uma relação de dependência entre o corpo com impedimentos e o grau de acessibilidade de uma sociedade” (DINIZ, 2007, p. 23 apud DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 67).

A CDPD da ONU, homologada pela sua Assembleia em 13 de dezembro de 2006, reconhece no item *e* de seu preâmbulo que a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas

na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e define pessoa com deficiência em seu artigo 1º, *in verbis*:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).

Da leitura do artigo supramencionado, observa-se que a CDPD trouxe um conceito social para a pessoa com deficiência, ao reconhecer a restrição de participação plena e efetiva na sociedade em razão de alguma barreira não transposta, entretanto, não abandona o modelo médico em seu conceito, uma vez que considera os impedimentos corporais da pessoa com deficiência.

Com base na CDPD, em julho de 2015, o Brasil, por meio da Lei nº 13.146/2015, instituiu a LBI, que define a pessoa com deficiência em consonância com a CDPD, no seu art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. (BRASIL, 2015).

Conforme dispõe o art. 3º, IV da LBI, são consideradas barreiras:

Qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, atitudinais e tecnológicas. (BRASIL, 2015).

Portanto, a CDPD trouxe um novo conceito para pessoa com deficiência, ratificado na LBI, que reconhece que a deficiência não está na pessoa, conforme compreensão do modelo médico, e sim na relação entre a pessoa com impedimentos e as barreiras sociais, que podem impedir a sua participação plena e efetiva na sociedade.

Desta forma, a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade ocorrerá quando a sociedade eliminar as barreiras sociais proporcionando um ambiente social acessível e igualitário.

A LBI ao garantir a igualdade e não-discriminação, dispôs em seu art. 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Com a nova legislação a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção, devendo esta ser declarada judicialmente, submetendo a pessoa com deficiência à curatela (art. 84, § 1º), sendo esta medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (art. 84, § 3º), devendo constar da sentença as razões e motivações de sua

definição (art. 85, § 2º), que se limitam aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85, *caput*). A curatela não atinge o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85, § 1º), sendo ainda facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada (art. 84, § 2º) pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Este novo processo jurídico foi instituído pela LBI que acrescentou o art. 1.783-A no CC/02.

As disposições finais e transitórias da LBI, além de revogações, trouxeram modificações e inclusões substanciais no CC/02 como resultado da nova concepção da capacidade legal.

Assim, o art. 114, da LBI, alterou o art. 3º, do CC/02, mantendo apenas como absolutamente incapazes os menores de 16 anos, bem como o art. 4º, do CC/02, que não se refere mais em seu inciso II às pessoas que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e o inciso III não menciona mais os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Houve ainda a inclusão no inciso III daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, antes caso típico de incapacidade absoluta, agora hipótese de incapacidade relativa.

Foi revogado o inciso I do artigo 1.548, do CC/02, que previa a nulidade do casamento do enfermo mental, sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, com a conseqüente modificação da redação do artigo 1.518, que retirou o curador como pessoa autorizada a revogar a autorização para o

matrimônio da pessoa com deficiência, tendo em vista não ser mais possível a nulidade do casamento das pessoas que estavam mencionadas no artigo 1.548, I, do CC/02.

Foi alterada ainda a redação do inciso III do artigo 1.557, do CC/02, que permite a anulação do casamento em caso de a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência, e revogou o inciso IV do referido artigo que possibilitava a anulação do casamento em caso de desconhecimento de doença mental grave.

Feitas essas exposições, conclui-se que a LBI é um marco no nosso ordenamento jurídico, que com base no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, veio assegurar e promover o exercício dos direitos das pessoas com deficiência com fito à inclusão na social em igualdade de condições com as demais pessoas.

2 AS ALTERAÇÕES NA TEORIA DAS INCAPACIDADES E SEUS REFLEXOS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Conforme já dito, a LBI, ao reconhecer a capacidade plena à pessoa com deficiência, alterou substancialmente a teoria das incapacidades.

Segundo Fiúza a capacidade “pode ser mero potencial ou poder efetivo. Se for mero potencial, teremos a capacidade de Direito, também chamada de capacidade jurídica, legal ou civil. Se for poder efetivo, teremos a capacidade de fato, também chamada de capacidade geral ou plena.” (FIÚZA, 2014, p. 157).

À vista disso, dispõe Farias e Rosenthal (2014):

A capacidade jurídica plena ou geral é reconhecida a quem dispõe tanto da capacidade de direito, quanto da

capacidade de fato. Em outras palavras: a plena capacidade jurídica, então, corresponde à efetiva possibilidade, concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito atue, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 304).

Segundo a LBI a capacidade é a regra, sendo a incapacidade a exceção (art. 6º, *caput* e 84, *caput*).

O CC/02 estabeleceu hipóteses em que falta capacidade jurídica plena a pessoa, dispondo, assim, acerca dos absolutamente incapazes no seu art. 3º e dos relativamente incapazes no seu art. 4º.

Rodrigues sustenta que a “incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensável para que ela exerça os seus direitos”. (RODRIGUES apud FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 306).

O absolutamente incapaz é aquele que não possui capacidade de fato, ou seja, não pode exercer pessoalmente os atos da vida civil, sendo irrelevante a manifestação da sua vontade. Destarte, o absolutamente incapaz é representado por terceira pessoa, o representante legal, que praticará os atos da vida civil em nome daquele.

Já o relativamente incapaz é aquele que tem proteção jurídica mais branda em comparação com o absolutamente incapaz. A manifestação da sua vontade não é ignorada, entretanto, deve estar regularmente assistido.

Nesse sentido assevera Pereira (2014, p. 238) que os relativamente incapazes ocupam “[...] uma zona intermediária entre a capacidade plena e a incapacidade total [...]”.

Com o advento da LBI os arts. 3º e 4º, do CC/02, sofreram uma considerável alteração em sua redação modificando o rol dos incapazes.

Antes da instituição da LBI o art. 3º, do CC/02, tinha a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de 16 (dezesseis) anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (BRASIL, 2002).

Com a alteração promovida pelo art. 114, da LBI o art. 3º, do CC/02, passou a ter a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (BRASIL, 2015).

Foram retirados do rol dos absolutamente incapazes os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, mantendo apenas como absolutamente incapazes os menores de 16 anos, revogando expressamente os incisos I, II e III do mencionado artigo.

Já o art. 4º, do CC/02, dispunha da seguinte redação:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único: A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).

Com a alteração promovida pelo art. 114, da LBI o art. 4º, do CC/02, passou a ter a seguinte redação:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2015).

Nota-se que o inciso II do art. 4º não se refere mais às pessoas que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e o inciso III não menciona mais os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Observa-se a inclusão no inciso III daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, antes caso típico de incapacidade absoluta, agora hipótese de incapacidade relativa.

Insta salientar que as modificações realizadas nos referidos arts. tiveram como objetivo a promoção da inclusão social e o pleno exercício da cidadania da pessoa com deficiência, à luz do disposto no *caput*, do art. 1º, da LBI, repercutindo diretamente na celebração de negócios jurídicos pelas pessoas com deficiência.

Para Fiúza (2014):

Negócio jurídico é toda ação humana, voluntária e lícita que, condicionada por necessidade ou desejos, acha-se voltada para a obtenção de efeitos desejados pelo agente, quais sejam, criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, dentro de uma perspectiva de autonomia privada, ou seja, de autorregulação dos próprios interesse. (FIÚZA, 2014, p. 241).

Destarte, negócio jurídico resulta-se de uma declaração de vontade com fito à obtenção de um resultado.

Para a validade do negócio jurídico é necessário observar os requisitos legais dispostos no art. 104, do CC/02, *in verbis*:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002).

Assim, a capacidade do agente é requisito indispensável à validade do negócio jurídico.

Conforme explanado, a deficiência não é mais, em regra, causa de incapacidade da pessoa. Assim, as pessoas com deficiência, antes impedidas de celebrarem negócio jurídico, com a alteração promovida nos arts. 3º e 4º, do CC/02, que retiraram dos seus respectivos róis de incapacidade a pessoa com deficiência, estão, agora, desimpedidas para celebrarem, diretamente, qualquer negócio jurídico.

À vista disso, em princípio, não mais se aplicaria a pessoa com deficiência o art. 166, I, do CC/02, que estipula a nulidade do negócio jurídico praticado por pessoa absolutamente incapaz, e tampouco o artigo 171, I, do CC/02, que determina a anulabilidade do negócio jurídico praticado por pessoa relativamente incapaz, uma vez que aquela não é mais considerada incapaz, limitando-se esta última disposição às pessoas com deficiência que se encontrarem curateladas, tendo em vista que, a partir de agora, a incapacidade da pessoa com deficiência quando declarada será relativa e alcança apenas aspectos patrimoniais e negociais.

Da mesma forma, tendo em vista a capacidade plena reconhecida à pessoa com deficiência, em princípio, não mais se aplicaria a esta o art. 198, I, do CC/02, que impede ou suspende a aplicação da prescrição aos absolutamente incapazes, e tampouco o art. 208, do CC/02, que impede ou suspende a aplicação da decadência aos absolutamente incapazes.

Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, a pessoa com deficiência pode ser declarada incapaz, sendo esta incapacidade relativa, conforme dispõe o art. 4º, do CC/02, tal declaração deverá ser

feita judicialmente, na qual a pessoa ficará sob curatela, por tempo determinado, afetando tão somente os atos de natureza patrimonial e negocial. Assim, a pessoa com deficiência, uma vez curatelada, fica impedida de realizar sem a devida assistência o negócio jurídico, sendo este passível de anulação, conforme dispõe o art. 170, I, do CC/02. Todavia, de acordo com o art. 172, do CC/02, o negócio jurídico pode ser confirmado pelas partes, ou seja, pelo curador.

No entanto, a LBI ao reconhecer a capacidade plena à pessoa com deficiência acaba por retirar a proteção antes concedida pelo Código Civil (CC/02).

Assim, cumpre destacar a indagação: o reconhecimento da capacidade plena a toda e qualquer pessoa com deficiência é uma forma de proteção ou desproteção?

Conforme aqui explanado tal reconhecimento retirou da pessoa com deficiência a proteção dos institutos da prescrição e da decadência, competindo, agora, a própria pessoa com deficiência ou ao seu curador (nas situações em que a pessoa com deficiência se encontrar curatelada) se atentar aos prazos para que, assim, não fique prejudicada. Entretanto, a pessoa com deficiência sempre será capaz de exercer os atos da vida civil sem auxílio? E nos casos em que não seja capaz declara-la relativamente incapaz será suficiente?

É louvável a intenção do legislador em promover a igualdade das pessoas com deficiência com as demais pessoas mediante o reconhecimento da capacidade plena a pessoa com deficiência. O problema surge no momento em que se reconhece que a pessoa com deficiência poderá ser apenas assistida em casos de incapacidade e não mais representada. É necessário reconhecer que a deficiência é peculiar de cada pessoa, assim, determinadas pessoas com deficiência poderão ter a sua respectiva capacidade diminuída em níveis

diferentes, requerendo, assim, uma proteção maior, que, talvez, o instituto da assistência não tenha condições de suprir. Nesses casos retirar os institutos da prescrição e decadência da pessoa com deficiência soa como desproteção, assim como permitir a realização de negócios jurídicos, condicionados a anulabilidade do negócio jurídico.

3 O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL E PELO TITULAR DE EIRELI

De acordo com o caput do art. 966, do CC/02, considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, no entanto, segundo o § único do referido artigo, não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Assim, o empresário pode ser uma pessoa natural, que emprega recursos e organiza a empresa individualmente (empresário individual) ou uma pessoa jurídica, que resulta da colaboração dos seus integrantes (sociedade) ou constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital da EIRELI - **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada**.

O empresário individual possui responsabilidade ilimitada, ou seja, o seu patrimônio pessoal e comercial se confunde, isso é, os bens pessoais do empresário individual respondem pelas obrigações decorrentes do exercício da empresa.

Embora o empresário unipessoal seja pessoa natural a ele é imputado algumas exigências comuns às pessoas jurídicas, como por exemplo, a inscrição no CNPJ para fins tributários.

Já as sociedades, conforme preceitua o art. 981, do CC/02, derivam da união de pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Sendo empresária aquela sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro e, simples, as demais (art. 982, caput do CC/02).

A EIRELI, por sua vez, de acordo com o art. 44, VI do CC/02, é uma pessoa jurídica de direito privado.

Para exercer atividade de empresário, consoante o art. 972, do CC/02, o sujeito deve estar em pleno gozo da capacidade civil e não ser legalmente impedido.

Consoante Negrão (2013, p. 31) “A pessoa natural que exerce atividade empresarial de forma individual, sem constituir empresa individual de responsabilidade limitada, é pessoa capaz de direitos e obrigações na ordem civil; possui capacidade civil, atributo decorrente de sua condição humana”.

O legislador ao impedir o exercício da atividade empresarial pelo empresário unipessoal incapaz objetivou a sua proteção, tendo em vista que a atividade econômica pode envolver uma série de riscos.

Destarte, para o exercício da atividade de empresário exige-se a capacidade plena da pessoa, não se admitindo o auxílio de representante ou assistente, assim, tanto os absolutamente quanto relativamente incapazes, não poderiam exercer atividade de empresário.

No entanto, conforme já explanado, o rol dos incapazes foi substancialmente alterado pela LBI, retirando do rol dos incapazes a pessoa com deficiência, reconhecendo a esta a capacidade plena, o que

permitiria, em princípio, o exercício da atividade de empresário pela pessoa com deficiência.

À vista disso, faz-se mister questionar: a pessoa com deficiência poderá iniciar individualmente uma empresa?

O Anexo I do Manual de Registro do Empresário Individual da Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI nº 38 de 02/03/2017 dirimiu a questão estabelecendo o rol daqueles que não podem ser empresários, conforme segue:

1.2 NÃO PODEM SER EMPRESÁRIOS

a) O menor de 16 (dezesesseis) anos e as pessoas relativamente incapazes, salvo quando autorizados judicialmente para continuação da empresa. (art. 974 do Código Civil)
[...] (BRASIL, 2017).

Assim, a IN nº 38 alterou o rol daqueles que não podem ser empresários constantes no Anexo I da IN nº 10, de 05/12/2013, retirando a pessoa com deficiência do rol dos impedidos a exercerem atividade de empresário, que estabelecia o seguinte:

1.3.1 - NÃO PODEM SER EMPRESÁRIOS

a) as pessoas absolutamente incapazes (exceto quando autorizadas judicialmente para continuação da empresa):

- os menores de 16 (dezesesseis) anos;
- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e
- os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade;

b) as pessoas relativamente incapazes (exceto quando autorizadas judicialmente para continuação da empresa):

- os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;
- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e

- os pródigos;
[...] (BRASIL, 2013).

Portanto, o Manual de Registro do Empresário Individual da Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI nº 38 de 02/03/2017 está em total consonância com a LBI ao permitir o registro de empresário da pessoa com deficiência.

Destarte, diante do exposto, pode-se concluir que a pessoa com deficiência, não submetida a curatela, pode exercer a atividade de empresário, tendo em vista a capacidade plena reconhecida àquela pela LBI.

Dirimida tal questão surge a indagação: tendo em vista a responsabilidade do empresário unipessoal ilimitada, ou seja, seu patrimônio pessoal se confunde com o comercial, permitir a atividade de empresário pela pessoa com deficiência a partir do reconhecimento da capacidade plena seria proteção ou desproteção?

O objetivo da teoria das incapacidades sempre foi o de proteger aquele que por algum motivo tem afetada a formação ou manifestação da sua vontade.

A LBI teve como objetivo precípua a igualdade da pessoa com deficiência com as demais pessoas, no entanto, o reconhecimento da capacidade plena à pessoa com deficiência traz algumas distorções do ponto de vista prático.

A deficiência varia conforme cada pessoa, reconhecer que toda e qualquer pessoa com deficiência possui capacidade plena é um risco à própria pessoa, desrespeitando as peculiaridades de cada um. Insta salientar que caso a deficiência resulte em incapacidade da pessoa, esta somente poderá ser relativa, sendo a pessoa, nesse caso, assistida, no entanto, dependendo das condições da incapacidade, a assistência poderá ser insuficiente e até mesmo ineficaz.

Nos casos de reconhecimento da incapacidade da pessoa com deficiência a medida de proteção desta será a curatela, entretanto, essa medida será somente em casos excepcionais. Conforme já mencionado, a pessoa curatela não pode iniciar a atividade de empresário.

A intenção da LBI é promover a igualdade da pessoa com deficiência frente com as demais pessoas, no entanto, não considerou as peculiaridades da deficiência conforme cada pessoa, que pode resultar na má formação ou manifestação da vontade.

Por conseguinte, permitir o exercício da atividade empresarial pela pessoa com deficiência, sem, no entanto, delimitar um patrimônio de afetação ao tempo do início do exercício da atividade, por exemplo, demonstra desproteção da pessoa com deficiência, uma vez que esta pode ter afetado todo e qualquer bem em seu nome.

No que tange a capacidade para ser titular de EIRELI coube a IN do DREI estabelecer os requisitos. De acordo com o Anexo V do Manual de Registro da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, da Instrução Normativa do Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI nº 38 de 02/03/2017 podem ser titulares de EIRELI:

Pode ser titular de EIRELI, desde que não haja impedimento legal:

- a) O maior de 18 (dezoito) anos, brasileiro(a) ou estrangeiro(a), que estiver em pleno gozo da capacidade civil;
- b) O menor emancipado;
 - A prova da emancipação do menor deverá ser comprovada exclusivamente mediante a apresentação da certidão do registro civil, a qual deverá instruir o processo ou ser arquivada em separado.
- c) A pessoa jurídica nacional ou estrangeira;
- d) O incapaz, desde que exclusivamente para continuar a empresa, nos termos do art. 974 do Código Civil e respeitado o disposto no item 1.2.6-A deste manual. (BRASIL, 2017).

Assim sendo, a IN nº 38 alterou o rol daqueles que podem ser titulares de EIRELI constantes no Anexo 5 da IN DREI nº 10, de 05/12/2013, que estabelecia o seguinte:

Pode ser titular de EIRELI, desde que não haja impedimento legal:

a) maior de 18 (dezoito) anos, brasileiro(a) ou estrangeiro(a), que se achar na livre administração de sua pessoa e bens;

b) menor emancipado:

- por concessão dos pais, ou de um deles na falta de outro se o menor tiver 16 (dezesesseis) anos completos; (BRASIL, 2013).

A IN 10 estabelecia que impedimentos seriam estabelecidos por norma constitucional ou por lei especial, cumprindo destacar:

- a pessoa absolutamente incapaz:
- o menor de 16 (dezesesseis) anos;
- o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática desses atos;
- o que, mesmo por causa transitória, não puder exprimir sua vontade
- a pessoa relativamente incapaz:
- o maior de 16 (dezesesseis) anos e menor de 18 (dezoito) anos. O menor de 18 (dezoito) anos e maior de 16 (dezesesseis) anos pode assumir a administração de sociedade, desde que emancipado;
- o ébrio habitual, o viciado em tóxicos, e o que, por deficiência mental, tenha o discernimento reduzido;
- o excepcional, sem desenvolvimento mental completo. (BRASIL, 2013).

Sobre o impedimento legal para ser titular a IN 38 estabelece apenas: "Não pode ser titular de EIRELI a pessoa, natural ou jurídica, impedida por norma constitucional ou por lei especial".

Assim, da leitura da atual disposição, conclui-se que a pessoa com deficiência, uma vez capaz civilmente, poderá ser titular de EIRELI,

respeitando, assim, o princípio da igualdade promovido e assegurado pela LBI.

No que tange a responsabilidade esta é limitada ao capital integralizado, sendo assim a pessoa com deficiência ao ser titular de uma EIRELI mantém seu patrimônio pessoal protegido.

Exceção à regra disposta no art. 972, do CC/02, está o art. 974, do CC/02, na qual estabelece hipóteses em que o incapaz poderá continuar a empresa, *in verbis*:

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:

I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade;

II – o capital social deve ser totalmente integralizado;

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais. (BRASIL, 2002).

Da leitura do artigo supra, conclui-se que o incapaz – no presente estudo a pessoa com deficiência que venha a ser curatelada – não pode iniciar uma atividade empresarial, contudo, poderá prosseguir com esta exercida enquanto era capaz.

Assim, para continuação da empresa exercida pela pessoa com deficiência enquanto capaz será necessária autorização judicial, considerando as circunstâncias e riscos da empresa, assim como a

conveniência em continuá-la. O objetivo de tal continuidade visa não só a preservação da empresa, mas também a proteção dos interesses do incapaz.

O § 2º do referido artigo determina um patrimônio de afetação, ou seja, os bens do incapaz que não ficam sujeitos ao resultado da empresa.

Assim, embora a responsabilidade do empresário unipessoal seja ilimitada, não havendo diferença entre seu patrimônio pessoal e negocial, nos casos em que o empresário seja acometido por uma incapacidade superveniente terá o direito de continuar a empresa, por intermédio do seu curador, e como forma de proteção terá um patrimônio de afetação informado no alvará de autorização.

No caso do exercício da EIRELI, a própria IN DREI nº 38 dispõe que o relativamente incapaz não pode ser administrador de EIRELI, assim, sua administração competiria ao curador da pessoa acometida pela incapacidade superveniente ou outra pessoa, e, deverá, conforme disposto no § 2º do mencionado artigo, constar no alvará de autorização o patrimônio de afetação, a fim de proteger o incapaz.

Destarte, a LBI ao afirmar que a deficiência não afeta a plena capacidade civil das pessoas, reconhece que esta pode exercer atividade empresarial unipessoal, assim como pode ser titular de EIRELI. Portanto, o art. 974, do CC/02, será aplicável apenas nos casos em que a pessoa com deficiência esteja sob curatela, e, uma vez cessada sua incapacidade, não mais se aplica as disposições contidas no referido artigo.

4 Conclusão

O conceito de pessoa com deficiência era compreendido sob o prisma médico, na qual a deficiência da pessoa era vista como um impedimento ocasionado por uma lesão ou por uma doença que seria superada mediante tratamento médico. Entretanto, tal conceito foi superado pelo modelo social que reconhece que a deficiência não está na pessoa e sim na relação entre a pessoa com impedimentos e as barreiras sociais, que podem impedir a sua participação plena e efetiva na sociedade. Referido conceito encontra-se concretizado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que possui *status* de Emenda Constitucional, conforme procedimento previsto no art. 5º, § 3º da CR/88, que teve como objetivo a promoção e proteção do exercício pleno e igualitário de todos os direitos e liberdades pelas pessoas com deficiência.

A partir da CR/88 diversas leis foram criadas com intuito de promoção dos direitos das pessoas com deficiência, cumprindo destacar a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que teve como base os ditames da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, destinada a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Referida lei trouxe inovações e realizou alterações em nosso ordenamento jurídico, cumprindo destacar as modificações realizadas na teoria das incapacidades, na qual reconheceu a capacidade plena a pessoa com deficiência, retirando-a do rol dos incapazes.

A LBI ao reconhecer a capacidade plena às pessoas com deficiência acabou repercutindo em diversas esferas do direito. A partir da LBI, a pessoa com deficiência ao ser declarada incapaz será apenas assistida, uma vez que o rol dos absolutamente incapazes agora se limita aos menores de 16 anos. Desse modo, a modificação resultou

na autorização para celebração direta de negócios jurídicos pelas pessoas com deficiência, podendo, em casos de incapacidade declarada, o negócio jurídico ser apenas anulável; resultou também na ocorrência dos prazos prescricionais e decadenciais contra as pessoas com deficiência, proteção antes concedida à elas enquanto reconhecidas como absolutamente incapazes. No entanto, parece-nos que o legislador não considerou as peculiaridades que a deficiência pode apresentar ao determinar que a incapacidade da pessoa com deficiência seja apenas relativa, retirando-se, assim, as proteções destinadas à ela enquanto reconhecidamente absolutamente incapaz.

Com o reconhecimento da capacidade civil das pessoas com deficiência, estas, agora, poderão exercer a atividade empresarial e serem titulares de EIRELI. A crítica que se faz nesse ponto é com relação ao empresário individual, tendo em vista que a sua reponsabilidade pelo exercício da atividade empresarial é ilimitada, ou seja, não há distinção entre o patrimônio pessoal e negocial do empresário, assim, a nosso ver, o exercício da atividade empresarial pela pessoa com deficiência sem um patrimônio de afetação parece-nos uma forma de desproteção da pessoa com deficiência. Poderão, ainda, uma vez incapacitadas supervenientemente, de acordo com o art. 974 do CC/02, prosseguir com a empresa, desde que não sejam administradoras, assim, o titular de EIRELI, que também exercia sua administração durante a sua incapacidade, não poderá ser seu administrador, cabendo tal administração ao seu curador ou a outra pessoa. Deverá ainda haver um patrimônio de afetação que constará no alvará de autorização. Sendo as proteções do art. 974 do CC/02 suspensas com a cessação da incapacidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa – Departamento de Registro Empresarial e Integração nº 10. Institui os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima. Anexo I - Manual de Registro de Empresário Individual. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05/12/2013. Disponível em: <<http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-04/in-10-2013-anexo-1-manual-de-registro-de-empresario-individual-08-09-2014.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa – Departamento de Registro Empresarial e Integração nº 10. Institui os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima. Anexo V - Manual de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05/12/2013. Disponível em: <<http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-04/in-10-2013-anexo-5-manual-de-registro-de-eireli-08-09-2014.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa – Departamento de Registro Empresarial e Integração nº 38. Institui os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima. Anexo I - Manual de Registro de Empresário Individual. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 de março de 2017. Disponível em: <<http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-02-1/anexo-i-manual-de-registro-empresario-individual.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa – Departamento de Registro Empresarial e Integração nº 38. Institui os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima. Anexo V - Manual de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 de março de 2017. Disponível em: <<http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-02-1/anexo-v-in-38-2017-manual-de-registro-eireli-alterado-pela-in-40-2017.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 07 abr. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional positivo**. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. **Revista internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, 2º sem. 2009. Disponível em:

<<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/educacao/11/1000106-deficiencia-direitos-humanos-e-justica->>. Acesso em: 1º mar. 2017.

DINIZ, Fernanda Paula. **A crise do Direito Empresarial**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012.

DINIZ, Fernanda Paula; FILIPPO, Felipe de (Org.). **Temas de Direito Público e Privado: estudos em homenagem ao professor Guilherme José Ferreira da Silva in Apontamentos sobre o parágrafo 3º do art. 974 do Código Civil**. 1ª ed. v. II. Pará de Minas: VirtualBooks Editora, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Volume 1. 12. ed. rev. e atual. Bahia: JusPODIVM, 2014.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 17. ed. rev. atual e ampl. São Paulo, RT, 2013.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Paulo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Volume 1: parte geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU, seu protocolo facultativo e a acessibilidade**. 2009. 228 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/handle/handle/8653>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado**. 4. ed. ver. São Paulo, Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume 1: introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa**. 2010. 123 f. Dissertação. – Programa de Pós-Graduação em Direito Privado, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível:

<http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConSItem.html>. Acesso: 02 abr. 2017.

QUINAIA, Cristiano Aparecido; DOMEZI, Tiago Ramires. Capacidade Civil inclusiva: Perspectivas de eficácia imediata do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF**, p. 98-116, 2016. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/vgn7y7g7/ufaU3c2J5FCyRT1z.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **Legislação**. Disponível em:

<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/legislacao>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

VENOSA, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAPÍTULO VIII

SAÚDE E ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A mitigada isonomia tributária sob uma análise constitucional principiológica

Jéssica Lorryne Matos Costa²⁸

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade demonstrar a tenuidade entre a garantia de dignidade da pessoa com deficiência e a promoção de igualdade material, através do estudo de políticas de isenção ou redução de alíquotas.

Assim sendo, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será realizado um panorama relacionando as pessoas com deficiência como ordenamento jurídico brasileiro vigente e cuidará de estudar os princípios aplicáveis, sob um prisma constitucional. O segundo capítulo abordará sobre o tema propriamente dito, concernente a proteção constitucional à saúde e

²⁸ Pós-graduanda no curso de Direito Tributário da rede de ensino LFG/Anhanguera. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

o direito à acessibilidade, bem como sobre a necessidade de tratamento diferenciado das pessoas com deficiência atualmente, inclusive, sobre a ótica tributária, como forma de garantia da igualdade material. Por fim, o terceiro capítulo cuidará de estudar o Projeto de Lei nº 6.097/05, que altera a Lei nº 10.098/00, a fim de oferecer inúmeros benefícios tributários que favorecerão o alcance da dignidade da pessoa com deficiência.

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia bibliográfica, haja vista a utilização de livros, artigos científicos e variadas publicações por meio escrito e, também, através de pesquisa documental, que recorre a fontes mais diversificadas como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, documentos oficiais, entre outros.

Por fim, o objeto deste trabalho científico é o estudo sobre relação da isonomia tributária e a garantia da saúde e da acessibilidade para a pessoa com deficiência.

2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As pessoas com deficiência, por muito tempo, ocuparam um espaço em que a condição clínica e o assistencialismo predominavam e ditavam as suas condições de vida. Ocorre que o número de pessoas com algum tipo de deficiência tem crescido muito, atualmente, 23,9% da população brasileira, segundo os dados do IBGE através do Censo de 2010. Esse crescimento acabou por induzir a uma necessidade de mudança de pensamento, a uma quebra de barreiras políticas, culturais, sociais e tecnológicas.

No atual cenário legislativo encontram-se, de forma esparsa, diversos diplomas legais que visam atender as necessidades desta minoria, bem como garantir os seus direitos.

A maior mudança legislativa ocorrida em toda história do movimento ocorreu em 25 de agosto de 2009, com a promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova Iorque no ano de 2007, e que recebeu status normativo constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista sua aprovação no Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros, o que a faz ser equivalente a uma emenda constitucional.

Em 2015, houve a criação da Lei 13.146/2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão, que entrou em vigor no dia 02 de Janeiro de 2016, e que representou, também, um grande avanço na inclusão de pessoas com deficiência na sociedade, haja vista a sua busca pela equiparação de oportunidades, autonomia e acessibilidade a esse segmento da população brasileira, inovando – e muito – ao disciplinar como o poder público e a sociedade devem assumir suas responsabilidades no tratamento das pessoas com deficiência em igualdade de condições.

Enquanto isso, no plano infraconstitucional são vários os instrumentos normativos em vigor no intuito de se promover a isonomia da garantia e efetivação de direitos das pessoas com deficiência, nos mais diversos setores, seja em relação à acessibilidade, à mobilidade urbana, ao mercado de trabalho, a educação e aos demais ramos da vida pública e social da pessoa com deficiência.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRIBUTÁRIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Os princípios funcionam como vetores de interpretação, tendo como função limitar a vontade subjetiva do aplicador do Direito. Dessa forma, estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua capacidade de fazer justiça em atuação no caso

concreto, ou seja, quanto mais o magistrado os torna eficazes, mais legítima será a decisão, em contrapartida, será carente de legitimidade a decisão que desrespeitar tais princípios.

Em síntese, tratam-se de vetores de orientação jurídica tanto para elaboração, quanto para interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Dentre os vários princípios elencados na Constituição Federal, alguns são de fundamental importância na compreensão de nossa temática. Princípios como a dignidade da pessoa humana, isonomia e seletividade nortearam o trabalho, tendo em vista que tais vetores de interpretação são suficientes para demonstrar o ideal de igualdade material no plano tributário em relação às pessoas com deficiência.

Primeiramente, o princípio da **dignidade da pessoa humana**, por uma solidificação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, bem como por consideração de diversos doutrinadores, ocupa um espaço de superioridade, ou seja, mais do que uma referência normativa.

Tal condição se dá por tal princípio irradiar valores e vetores de observação para todos os demais direitos fundamentais, demandando que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros (FERNANDES, 2012).

O ser humano é dotado de dignidade, sendo esta uma qualidade intrínseca a ele, algo inerente que ninguém pode subtrair. Por sua própria essência o ser humano é detentor de dignidade.

Habermas citado por Novellino (2012) ainda afirma que:

(...) dignidade humana, que é uma e a mesma em toda parte e para todos, fundamenta a indivisibilidade de todas as categorias dos direitos humanos. Só em colaboração uns com os outros podem os direitos fundamentais cumprir a promessa moral de respeitar igualmente a dignidade humana de cada pessoa. (NOVELINO, 2012, p. 379)

Em um segundo viés, intimamente ligado, se encontra o **princípio da igualdade**, que possui a pessoa com deficiência como sua maior referência prática, sobretudo quanto ao objeto principal desta pesquisa que é a necessidade de garantia de tratamento isonômico na esfera da tributação de produtos, bens e serviços essenciais a sua dignidade.

Canotilho e Moreira citados por Ferraz (2012, p.70) asseveram que “o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de Direito Democrático e social”.

A primeira noção de igualdade reflete a máxima de que todos os homens são iguais, de forma que toda e qualquer pessoa estaria sujeita ao mesmo tratamento legal independentemente de condições ou circunstâncias pessoais, ou seja, uma interpretação literal do caput do artigo 5º da Constituição de 1988, por exemplo. No entanto, essa igualdade perante a lei, que é chamada de igualdade formal, deve ser analisada também pelo aspecto de uma igualdade material.

Nesse sentido Carolina Ferraz (2012):

A atribuição de um sentido material à igualdade, que não deixou de ser (também) uma igualdade de todos perante a lei, foi uma reação precisamente à percepção de que a igualdade formal não afastava, por si só, situações de injustiça, além de se afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário, de modo que, de uma igualdade perante a lei e na aplicação da lei, migrou-se para

uma igualdade também “na lei”. (FERRAZ, 2012, p. 75)

O princípio da igualdade pode ser identificado em vários dispositivos constitucionais a exemplo do art.3º, III e IV; art. 5º, caput; art.5º, I; art.7º, XXX e XXXI; Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p.393), a maior parte da doutrina constitucional é de que a igualdade remete a ideia de se “tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais na medida de sua desigualdade. Ou seja, tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam”.

Esse tratamento diferenciado decorre da noção de igualdade material, que não se confunde com a perspectiva de igualdade formal. Nesse raciocínio Fernandes (2012) apresenta a seguinte diferenciação:

(...) a igualdade que era tomada em apenas uma perspectiva formal
- visando abolir privilégios ou regalias de classe, tendo em vista o tratamento isonômico entre todos - transforma-se em uma igualdade material - voltada para o atendimento de condições de “justiça social”(Direitos sociais mediante uma ação positiva para a atenuação das desigualdades). (FERNANDES, 2012 p.394.).

Registre-se que as diferenciações decorrentes do princípio da igualdade são “mecanismos necessários a uma proteção das minorias”. (FERNANDES, 2012, p.395). Para Rufino dos Santos (2008):

As pessoas somente são tratadas como iguais quando o Estado demonstrar por elas o mesmo respeito e consideração, e nesse sentido, as pessoas com deficiência terão seus direitos de cidadania garantidos quando o Estado promover justiça partindo do reconhecimento das características específicas dessa população. (SANTOS, 2008, p.12)

Pelo exposto, pode-se inferir que a temática da deficiência – que engloba sujeitos de Direito dignos de proteção especial do Estado – e a particular condição das pessoas com deficiência representam um dos principais desafios não apenas para a aplicação adequada e razoável do princípio e do direito de igualdade, em todas as suas dimensões, sobre tudo para o Estado Democrático de Direito, que tem por prioridade a promoção da dignidade humana e a realização do princípio da solidariedade, tendo em vista o dever de inclusão das minorias e o combate a discriminação, a fim de colocar todos os cidadãos em patamar substancial de igualdade. (FERRAZ, 2012).

A **isonomia tributária**, por sua vez, tendo em vista o objetivo específico desta pesquisa que é levantar o questionamento sobre o tratamento isonômico em favor da pessoa com deficiência na esfera tributária, vem como forma de se justificar a igualdade material pretendida, que faz jus a minoria em questão.

A isonomia nada mais é do que promover a igualdade no âmbito formal e material a fim de igualar aqueles que estejam em situação de desigualdade. Segundo Eduardo Sabbag (2014):

A relativização da igualdade obsta que se trate com desigualização aqueles considerados “iguais”, ou, ainda, que se oferte um linear tratamento isonômico àqueles tidos como “dessemelhantes”, sob pena de se veicular uma condenável desigualdade no lugar de uma aconselhável isonomia. (SABBAG, 2014, p. 129)

A Constituição de 1988 consagra o princípio da isonomia no *caput* de seu art.5º nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”.

Nessa esteira, vale destacar a divisão doutrinária entre igualdade perante a lei e igualdade na lei.

No que tange a igualdade perante a lei, verifica-se o plano meramente formal de igualdade, servindo como imperativo de hipoteticidade da norma jurídica (SABBAG, 2014).

Neste sentido o tributarista Eduardo Sabbag (2014), assevera:

Trata se de faceta da isonomia dirigida aos aplicadores do Direito, que deverão isonomicamente destinar a norma a todos aqueles que realizarem a conduta descrita na hipótese legal, sob pena de se atentar contra a legalidade e, decorrencialmente, contra a isonomia. Na igualdade perante a lei, verificar se á tão somente se a lei está sendo cumprida, no plano formal, de maneira uniforme para todos os cidadãos a que se dirige (SABBAG, 2014, p. 130).

Em relação à igualdade na lei, também chamada de igualdade através da lei a interpretação do que vem a ser igualdade decorre de um sentido material, respeitando-se a máxima de que “os iguais deveram igualmente tratados, em quanto os desiguais, na medida de suas dessemelhanças, deveram diferentemente sê-lo” (SABBAG, 2014).

Conforme Eduardo Sabbag (2014, p.131), “na perspectiva da “igualdade na lei”, a isonomia se mostra como a paridade entre pessoas perante situações semelhantes ou, no plano da diferenciação possível, como a disparidade entre pessoas, em face de situações dessemelhantes”.

No plano tributário, a constituição de 1988 consagra o princípio da isonomia em seu art. 150, II:

É vedado (...) instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por ele exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (BRASIL, 1988).

No entanto o dispositivo em comento não pode ser interpretado apenas por seu aspecto formal, mas deve ser estudado sob o prisma da igualdade material idealizada pelo texto constitucional. Nesse sentido ensina Sabbag (2014).

É óbvio que, no Estado de Direito, a igualdade jurídica não pode se restringir a uma igualdade meramente formal, vocacionada ao vago plano da abstração, sem interagir com as circunstâncias concretas da realidade social, que lhe permitem, de fato, voltar-se para a efetiva correção das desigualdades, que subjazem ao plano fenomênico do contexto social em que estamos inseridos. Daí se dizer que o legislador infraconstitucional, ao pretender realizar o princípio da isonomia tributária – e o decorrencial postulado da capacidade contributiva, a ser estudado adiante –, deverá levar em consideração as condições concretas de todos aqueles envolvidos (cidadãos e grupos econômicos), evitando que incida a mesma carga tributária sobre aqueles economicamente diferenciados, sob pena de sacrificar as camadas pobres e médias, que passam a contribuir para além do que podem, enquanto os ocupantes das classes abastadas são chamados a suportar carga tributária aquém do que devem. (SABBAG,2014, p.133-134).

Segundo Irapuã Beltrão (2013, p. 85),” a isonomia não proíbe qualquer tipo de discriminação mas sim as discriminações sem a necessária razoabilidade ou a criação de privilégios odiosos ou injustificáveis”(…). Essas eventuais discriminações podem decorrer de várias circunstâncias, seja por opção sexual, origem, raça, religião e, inclusive, em razão de alguma deficiência.

Conforme Sabbag (2014, p.132), “o princípio da igualdade tributária é também conhecido por “princípio da proibição dos privilégios odiosos”, na medida em que visa coibir a odiosidade tributária, manifestável em comandos normativos discriminatórios, veiculadores de favoritismos por meio da tributação”.

“O princípio da igualdade tributária passou, a servir como um escudo garantidor, em nítida proteção, contra as injustas

discriminações em razão de classe ou condição social do cidadão-contribuinte” (SABBAG, 2014, p. 132).

Contudo, trazendo o princípio da isonomia para o plano de proteção jurídica especial que deve ser garantido as pessoas com deficiência, não se pode ignorar a aplicação de um tratamento diferenciado de natureza tributária, sobretudo, na seara da saúde e da acessibilidade como será abordado neste trabalho.

Diretamente ligado, o **princípio da seletividade**, entendida como princípio constitucional que regula a tributação nacional, prediz que a legislação tributária deverá buscar continuamente uma diferenciação tributária sobre os produtos que se tornam essenciais a um grupo de indivíduos em relação aos demais produtos de consumo, caindo sobre esses uma carga tributária inferior. Como exemplo, dispõe o art. 155, § 2º, inciso III da Constituição Federal de 1988, prevendo quanto ao ICMS que este: “III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e serviços”.

Conceituando o princípio da seletividade, diz Ana Mônica Filgueiras Menescal (2007):

Seletividade quer dizer discriminação ou sistema de alíquotas diferenciadas por espécies de mercadorias. Trata-se de dispositivo programático, endereçado ao legislador ordinário, recomendando-lhe que estabeleça as alíquotas em razão inversa da imprescindibilidade das mercadorias de consumo generalizado. Quanto mais sejam elas necessárias à alimentação, vestuário, à moradia, ao tratamento médico e higiênico das classes mais numerosas, tanto menores devem ser. O discricionarismo honesto do legislador, fiel ao espírito da Constituição, fará a seleção das mercadorias e a relatividade das alíquotas (MENESCAL. 2007. p. 11)

A obrigação do princípio da seletividade sobre os produtos de consumo essenciais decorre da própria necessidade de consumo de

determinado bem, importante à manutenção da vida, não cabendo escolha sobre aquele que o adquire. Ricardo Lobo Torres citado por Menescal (2007), afirma que:

Seletividade em função da essencialidade significa que o tributo recai sobre os bens em razão inversa de sua necessidade para o consumo popular e na razão direta de sua superfluidade. Se os produtos se tornarem menos essenciais ao consumo popular poderá a lei graduar a incidência na razão inversa de sua utilidade (MENESCAL. 2007. p. 148).

Por meio do referido princípio, o tributo exerce seu caráter extrafiscal, no qual o Estado pode vir a intervir na economia privada, proporcionando igualdade no acesso das pessoas com deficiência ao consumo de itens primordiais para a subsistência.

Por fim, de merecida atenção, o **princípio da capacidade contributiva** tem o objetivo primordial de alcançar uma igualdade de todos perante a lei, como maior forma de exercício da justiça.

O artigo 150, II da Constituição Federal prevê que:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II
– instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Existe uma diferenciação, defendida por parte da doutrina, sobre a existência de isonomia horizontal e vertical. A horizontal trata sobre as pessoas niveladas na mesma situação e que, diante disso, devem ser tratadas de forma igualitária. Em contrapartida, a vertical busca dirimir a situação em que as pessoas se encontram em situações distintas, e que, portanto, precisam ser tratadas de forma diferente (JUNIOR, 2016).

Regina Helena Costa citada por Ana Menescal realiza um estudo aprofundado acerca dessa diferenciação, alterando a denominação para capacidade objetiva e subjetiva, e aduz:

Fala-se em capacidade contributiva absoluta ou objetiva quando se está diante de um fato que se constitua numa manifestação de riqueza; refere-se o termo, nessa acepção, à atividade de eleição, pelo legislador, de eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas. Tais eventos, assim escolhidos, apontam para a existência de um sujeito passivo potencial. Diversamente, a capacidade contributiva relativa ou subjetiva reporta-se a um sujeito individualmente considerado. Expressa aquela aptidão de contribuir na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa. Nesse plano, presente a capacidade contributiva in concreto, aquele potencial sujeito passivo torna-se efetivo – apto, pois, a absorver o impacto tributário. (COSTA apud MENESCAL, 2007, p. 157)

No caso das pessoas com deficiência, diante dos diversos gastos provenientes de suas próprias condições, em comparativo com os demais, possuem uma relevante redução de sua capacidade econômica.

Dessa forma, com o intuito de preservar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico assegura às pessoas com deficiência alguns benefícios fiscais para que seja promovida a igualdade substancial.

Insta salientar, que o princípio da seletividade pode ser relacionado com o princípio da capacidade contributiva, conforme ensina Menescal (2007) “A seletividade, portanto, consiste em uma forma, ainda que precária, de fazer valer o Princípio da Capacidade Contributiva presente no art. 145, §1º da CF”.

Dessa forma, é inegável que para a otimização do princípio da capacidade contributiva é fundamental a efetivação do princípio da seletividade. Isto posto, por um raciocínio constitucional do

princípio da igualdade material, não se pode questionar que a associação e aplicação de ambos os princípios constituem mecanismos essenciais para se efetivar a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitucional por excelência.

3. A MITIGAÇÃO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA NO ÂMBITO DA SAÚDE E ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

De primeira mão, é de se estranhar o uso da terminologia “mitigação”. No entanto, a partir de uma breve e superficial análise já é possível se compreender o perfeito espaço que ela ocupa.

O que se pretende demonstrar é que as pessoas com deficiência possuem demandas peculiares para sua própria subsistência, a exemplo da alimentação especial, materiais cirúrgicos, medicamentos de uso contínuo, condições de acesso específicas, etc. e que são essenciais ao bem estar e a manutenção da dignidade humana desse público.

Segundo Almeida (2011):

As pessoas portadoras de necessidades especiais, ao longo da vida, contraem inúmeros gastos com a manutenção da saúde e a busca por uma vida sadia, seja com aparelhos, medicamentos, consultas médicas ou objetos de uso exclusivo. Mediante esse fato, conclui-se que, em comparação com os demais, esses indivíduos possuem uma capacidade econômica reduzida (ALMEIDA, 2011).

Para esse estudo, é preciso, também, considerar que, disparadamente, esse público encontra maiores dificuldades para o acesso ao mercado de trabalho e ao sistema educacional, comprometendo, dessa forma, a qualificação profissional, e conseqüentemente sua capacidade de poder aquisitivo, o que justifica, por si só, a aplicação de uma tributação especial para essa

minoria.

Partindo-se da ótica constitucional conforme os objetivos específicos desta pesquisa, serão analisados dois grandes pilares para o dever de inclusão do Estado em relação às pessoas com deficiência: o direito a saúde e o direito a acessibilidade.

A Constituição de 1988, ao lado da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, tratam de proteção jurídica especial para esse grupo de diversos aspectos.

Em primeiro, temos a questão da acessibilidade como o ponto de partida para garantia dos demais direitos. Ora, se o Estado e a sociedade não se organizarem de maneira a viabilizar o acesso das pessoas com deficiência ao direito a educação, saúde, a inserção no mercado de trabalho, ou a quaisquer outros direitos, permitindo a esse grupo participar de forma plena e independente no convívio social, não será possível concretizar a inclusão (FERRAZ, 2012).

A Constituição de 1988 trata das pessoas com deficiência em diversos pontos, mas dispõe de forma específica quanto a acessibilidade em seus art. 227, § 1º, II e § 2º, e art. 244, conforme segue:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

(...) § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos.

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem 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 obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 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.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º. (BRASIL, 1988)

Desse rol exemplificativo, tem extrema importância ao direito de acessibilidade a lei 10.098/2000, que representou grande avanço para os direitos e garantias das pessoas com deficiência. Nesse sentido Ferraz (2012):

(...) a Lei n. 10.098 é o primeiro ato normativo a tratar da acessibilidade de forma mais sintonizada com iniciativas normativas e avanços doutrinários em outros países acerca dos direitos das pessoas com deficiência. Com efeito, reconhecendo que a concepção da vida social – ao menos para o presente e futuro – deve incluir as características e necessidades de todos, a lei entrelaça a disciplina da acessibilidade ao planejamento e à execução de elementos da urbanização (arts. 3º a 7º), ao desenho e à localização do mobiliário urbano (arts. 8º a 10), à construção, ampliação, reforma e organização de edifícios públicos ou de uso coletivo (arts. 11 e 12), e à sua implementação no contexto dos edifícios de uso privado (arts. 13 a 15), dos veículos de transporte coletivo (art. 16), dos sistemas de comunicação e sinalização (arts. 17 a 19) e das ajudas técnicas (arts. 20 e 21). (FERRAZ, 2012, p. 180).

O Decreto nº 6.949/2009, que incorporou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, traz o importante conceito de acessibilidade:

Art. 9º: 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.

Frise-se que o referido Tratado Internacional como já demonstrado, tem status normativo constitucional, não havendo conflito legal em relação aos diplomas pré-existentes, mas sim uma ampliação de direitos para seus destinatários e de responsabilidades para o Estado e a sociedade em prol da inclusão.

Igualmente, efetivar o direito de acessibilidade significa otimizar mecanismos de promoção da dignidade da pessoa humana, sobretudo em relação as pessoas com deficiência, razão pela qual mereceu destaque ao ser tutelado no texto constitucional, bem como na legislação espacia sobre o tema.

Pelo exposto, não se pode ignorar os diversos aspectos públicos e sociais que envolvem o instituto da acessibilidade na temática da inclusão, a exemplo da possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica e tributária, a fim de fomentar a concretização de adaptações e remoção de obstáculos que muitas das vezes violam a dignidade das pessoas com deficiência, uma vez que podem demandar altos investimentos tanto no setor público quanto no privado.

No campo da saúde, inegável a preocupação do constituinte em estabelecer proteção especial às pessoas com deficiência, haja vista que o acesso à saúde constitui um mínimo existencial a

qualquer ser humano.

Não só na Constituição Federal, mas a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência prevê, em seu texto, que a esse grupo cabem diversos direitos, entre eles, a saúde:

A Convenção, em seu artigo 25, estabelece os parâmetros a serem observados para que o direito à saúde das pessoas com deficiência seja consolidado. Inicialmente, a Convenção determina que as “pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação” e que todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde devem ser tomadas, com destaque para a reabilitação. Os programas e serviços de atenção à saúde, previstos na Convenção, devem ser gratuitos ou a custos acessíveis e com a mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva. Garantem-se ainda serviços de saúde de que as pessoas com deficiência necessitem especificamente por causa de sua deficiência, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos. Tais serviços devem ser oferecidos o mais próximo possível de seus domicílios, inclusive na zona rural. (FERRAZ, 2012, p116).

Produtos para PCD	Carga Tributária	Produtos Supérfluos	Carga Tributária
Bolsa Térmica	37,48%		
Luvas	29,68%	Coelho de Pelúcia	29,92%
Máscara Cirúrgica	30,16%	Cadeira de Madeira	30,57%
Medicamento	33,87%	Almofadas	33,84%
Muleta	39,59%	Árvore de Natal	39,23%
Seringa	29,92%	Biscoito – 200g	27,25%
Sonda Uretral	34,35%	Apito	34,48%
Termômetro	38,93%	Refrigerante	35,99%

Todavia, o que se vê, é uma carga tributária de altíssimo nível,

Coletor de Urina	19,98%	Revistas	19%
Catéter	29,57%	Peru/Chester	29%
Andador	19,27%	Milho cozido	19%
Cadeira de Rodas	18,04%	Buquê de Flores	18%
Aparelho de Pressão	33,83%	Camarão	33%

podendo, inclusive, ser equiparada a tributação de bens de menor necessidade, conforme se vê no comparativo a seguir:

* Elaborada com base nas informações de <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=SCN49>

Não se despreza a complexidade e desafio do acesso à saúde pela pessoa com deficiência, tendo em vista sua amplitude. Contudo, incontestável sua relevância.

Assim como existe no Brasil instrumentos normativas e políticas públicas que isentam o IPVA, IPI e ICMS para a aquisição de veículos automotores, bem como alíquota reduzida de PIS e COFINS para a compra de livros em meio digital, magnético e ótico, o mesmo precisa acontecer no direito à saúde e acessibilidade, que são pilares do princípio da dignidade da pessoa humano, sendo, assim, legítima

a intervenção do Estado na ordem tributária a fim de fomentar a inclusão e garantir a igualdade material ao grupo social em questão em itens tão essenciais.

4. PROJETO DE LEI Nº 6.097/05

Está em tramitação o Projeto de Lei nº 6.097/05, concebido pelo deputado federal Antônio Carlos Mendes Thame, que altera a Lei nº 10.098/00, lei que em seu texto, estabelece normas gerais para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência. O projeto por objetivo oferecer inúmeros benefícios

tributários que vão favorecer direta e indiretamente esses indivíduos.

Se aprovada, tal legislação passará a conceder isenção do IPI para equipamentos de qualquer natureza, destinados a pessoas com deficiências física, auditiva, visual ou mental, conforme o artigo 22-A do referido projeto de lei:

Art. 2º Acrescentem-se os artigos 22-A, 22-B, 22-C e 22-D, à Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, com a seguinte redação:

Art. 22-A Ficam isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados IPI os equipamentos, aparelhos, instrumentos, inclusive eletrônicos, próteses, órteses, cadeiras de rodas motorizadas, leitos e macas, de fabricação nacional, destinados a suprir ou amenizar as deficiências e as restrições locomotoras de pessoas portadoras de deficiência, e as peças, partes e componentes, acessórios, matérias-primas e materiais de embalagem utilizados na industrialização daqueles, quando destinados a pessoas portadoras de deficiência ou autistas (THAME, 2005).

Expandem-se com isso a isenção do IPI, concedida não só na obtenção de automóveis, como também de aparelhos voltados ao atendimento das necessidades desses indivíduos, como é o caso de cadeiras de rodas e próteses.

Outra meta do referido projeto de lei é o incentivo à fabricação nacional de equipamentos que visem suprir as necessidades das pessoas com deficiência. Almejando essa meta, a Lei nº 10.098/00, uma vez modificada, concederá isenção do Imposto de Importação e do IPI relativos à matéria-prima utilizada na produção desses equipamentos, bem como isenção de todos os impostos e contribuições sociais incidentes sobre os insumos e serviços utilizados nas atividades de desenvolvimento e pesquisa em tecnologia que tenham por finalidade amparar as deficiências.

Por fim, o projeto ainda fixa alíquotas em 0 da Contribuição PIS/PASEP e COFINS, que incidem sobre as receitas de vendas dos

aparelhos criados para o uso exclusivo de deficientes.

Dessa forma, podemos notar que o Projeto de Lei nº 6.097/05 visa, não só proporcionar maior bem-estar aos portadores de necessidades especiais, como também fomentar a venda, a produção, e o desenvolvimento tecnológico na criação de itens que venham a suprir as carências funcionais desses indivíduos.

5. CONCLUSÃO

Portanto, foi possível constatar que a presente demanda possui grande relevância no seu campo de discussão, por um lado, pelo fato das pessoas com deficiência carecerem de atenção especial do Estado, tendo em vista o atendimento de suas necessidades mínima, e por outro lado, o fato do direito à saúde e o direito a acessibilidade serem pilares para a garantia precípua da dignidade da pessoa humana.

Os estudos realizados, demonstraram que, baseado nos aspectos principiológicos, se pode concluir que é necessária a criação de medidas para reduzir a carga tributária de produtos, bens e serviços que são essenciais à subsistência e a preservação de uma vida digna. Os gastos com medicamentos de uso contínuo, por exemplo, atualmente são desconsiderados pela legislação tributária para fins de restituição de imposto sobre a renda de pessoa física. No que tange a isenções já consolidadas como a de IPI, ICMS e IPVA para aquisição de veículos automotores, ainda é possível se questionar a efetividade dessas normas, uma vez que em muitos casos a pessoa com deficiência necessita de proceder à adaptação desses veículos e nem sempre são amparadas pelas mesmas regras de isenção.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que a aprovação do

Projeto de Lei 6.097/2005 é uma das possíveis medidas capazes de sanar o problema jurídico aqui levantado, ou de no mínimo, otimizar as ferramentas legais para o alcance da dignidade pleiteada, haja vista que, embora existam diversas normas com ideal inclusivo para as pessoas com deficiência, a seara tributária encontra-se muito pouco avançada sob a perspectiva garantidora.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Vollstedt de. **A Tributação e os Portadores de Necessidades Especiais** - Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 12 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32837&seo=1>>. Acesso em: 02 fev 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4ª Ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, 2011. Recuperado a partir de <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a_protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em 02 fev 2017. p. 8-23.

BELTRÃO, Irapuã. **Curso de Direito Tributário**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522479146>> Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº. 10.753, de outubro de 2003. Institui a Política Nacional do Livro. **Diário Oficial da União**. Brasília 31 out. 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.753.htm> acesso em 02 fev. 2017.

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

BRASIL. IBGE. Carga Tributária Bruta, 2011. Disponível em: <<https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=SCN49>> Acesso em: 02 fev. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador. Jus Podivm, 2012.

FERRAZ, Carolina Valença. et al. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**, 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502170322/outline/>> Acesso em 02 fev. 2017.

LANNA JUNIOR, Mário Cleber Martins (Comp.). **História do Movimento Político Das Pessoas com Deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. Cap. 1.

LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais**. Revista JusNavigandi, Teresina, ano7, n.54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2624>>. Acesso em: 02 fev 2017.

MANESCAL, Ana Mônica Filgueiras Manescal, **A seletividade como instrumento concretizador da justiça fiscal no âmbito do ICMS**. 183p. Dissertação (Univesidade de Fortaleza –UNIFOR. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional)

NOVELINO. Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2012. p. 379. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4388-2>> Acesso em: 02 fev 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito Tributário**. 6ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2014. Cap.4. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502219120>> Acesso em: 02 mai. 2017.

SANTOS, Wederson Rufino dos. **Pessoas com deficiência: nossa maior minoria**. Physis. 2008, vol.18, n.3, pp.501-519. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312008000300008>> Acesso em: 10 mai. 2015

THAME, Antônio Carlos Mendes. Projeto de Lei nº 6.097 de 2005. Altera a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que "estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências", para instituir desonerações fiscais. Câmara dos Deputados. Brasília 20 out.2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=304111>> Acesso em: 02, fev 2017.

SILVA JÚNIOR, Aleandro Pinto da. **Lições Práticas de Direito Tributário**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Acadêmicos, 2016.

CAPÍTULO IX

A JUDICIALIZAÇÃO DA ACESSIBILIDADE NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Thiago Helton Miranda Ribeiro²⁹

1. INTRODUÇÃO

Segundo o censo demográfico do IBGE (Instituição Brasileira de Geografia e Estatística) realizado no ano de 2010, o número de pessoas com alguma deficiência no país equivale a aproximadamente 23,9% da população brasileira.³⁰

Trata-se de sujeitos de direito, dignos de proteção jurídica especial do Estado e que carecem de prioridade da efetivação de seus direitos. A quantidade de pessoas com deficiência no país implica diretamente na forma pela qual a sociedade e o Estado devem se

²⁹ Advogado OAB/MG 168.703. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Rede de Ensino LFG Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³⁰ Segundo o Censo Demográfico do IBGE (2010), 45.606.049, compreendem o total da população residente no Brasil em que se verificou pelo menos uma das deficiências investigadas, quais sejam, visual, auditiva, motora e mental. Dessa totalidade, 26.278.866, aproximadamente 14% do total da população brasileira, tem o grau de deficiência classificada como “Grande dificuldade” ou “Não Consegue de modo algum”.

organizar para tratar a deficiência com a devida justiça e igualdade (SANTOS, 2008).

O ordenamento jurídico brasileiro é um dos mais avançados e completos do mundo no que tange à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, de modo que, ao longo dos anos, em todo o processo de conquistas e reconhecimento de direitos dessas pessoas, o instituto da acessibilidade destaca-se como principal instrumento para a realização da igualdade material necessária para a dignidade desses cidadãos.

Contudo, mesmo diante de diversos avanços legislativos, a inefetividade de uma série de direitos fundamentais, sobretudo aqueles de caráter prestacional, que dependem da atuação do Estado, se dá justamente pela não concretização do direito à acessibilidade em sua plenitude.

Razão pela qual a presente pesquisa, através de uma breve análise histórica e científica, busca explorar o instituto da acessibilidade, de modo a demonstrar a necessidade de que os Poderes Públicos, sobretudo o Poder Judiciário, o interpretem como direito fundamental dotado de uma função instrumentalizadora de outros direitos.

O artigo se desenvolverá, predominantemente, através do método jurídico-dogmático, uma vez que o tema central se funda no questionamento quanto à efetividade e a natureza de direito fundamental do instituto da acessibilidade, na sua vinculação enquanto dever dos Poderes Públicos, bem como na possibilidade de sua afirmação perante o Poder Judiciário.

Esta pesquisa se organizará em três capítulos. No primeiro será delimitada a análise do instituto da acessibilidade sob o prisma dos direitos das pessoas com deficiência, apresentando o conceito e a compreensão atual e mais adequada da acessibilidade enquanto

direito positivado, além da sua disciplina normativa no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, o instituto em questão será analisado na perspectiva da teoria geral dos direitos fundamentais, de modo a identificar os principais aspectos jurídicos que justifiquem o tratamento da acessibilidade como direito fundamental, a fim de demonstrar a necessidade de que os Poderes Públicos interpretem e efetivem tal direito sob a ótica do princípio constitucional da máxima efetividade, pilar que sustenta a presente pesquisa.

Por fim, no terceiro capítulo, será abordada a possibilidade e a necessidade de busca de afirmação do direito fundamental a acessibilidade perante o Poder Judiciário, sem que isso viole o princípio da separação de poderes.

Cumprido esclarecer que o presente trabalho visa demonstrar que o direito à acessibilidade é passagem necessária para a garantia da dignidade das pessoas com deficiência e que deve ser interpretado, de forma rígida e plena, como direito fundamental, exigindo-se dos Poderes Públicos que extraiam a sua máxima efetividade, sob pena de se negar a realização de diversos outros direitos comprometendo a dignidade de milhões de brasileiros.

2. O DIREITO À ACESSIBILIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem por finalidade maior a garantia da dignidade da pessoa humana. Em seu artigo 1º evidencia que seu propósito é proteger e promover a dignidade do ser humano.

O referido diploma internacional elenca princípios gerais, necessários para a concretização da dignidade da pessoa humana, a

saber: a) independência da pessoa; b) autonomia individual; c) não discriminação; d) respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) igualdade de oportunidades; f) acessibilidade.

Para o presente estudo, interessa o princípio da acessibilidade, de modo a investigar os aspectos jurídicos do instituto enquanto direito fundamental e as circunstâncias que ensejam a sua judicialização. Contudo, a princípio, necessário se faz entender a dimensão do conceito de deficiência no direito contemporâneo e a sua disciplina normativa no Brasil.

2.1 O CONCEITO DE ACESSIBILIDADE NO MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA

Segundo Lanna Junior (2010), o positivismo e a afirmação do saber médico no final do século XIX contribuíram para o surgimento do chamado modelo médico da deficiência, no qual se buscava todo esforço terapêutico e clínico para que as pessoas com alguma deficiência atendessem às exigências da sociedade.

Essa visão permaneceu por muito tempo, de modo que “a deficiência era compreendida como condição médica e a acessibilidade como a adaptação do meio aos *déficits* ou *anormalidades* físicas, mentais, cognitivas ou sensoriais que caracterizavam a pessoa com deficiência” (BARCELOS; FERRAZ, 2012, p.175).

Até então, não se verificava nada de errado com o modo de organização da sociedade, de modo que a pessoa com alguma deficiência é que necessitava de assistência para ter acesso a direitos básicos como transporte ou educação, tendo em vista a sua inadequação aos meios usuais de acesso a tais direitos e aos bens da vida de forma geral (BARCELOS; FERRAZ, 2012).

Nesse contexto, a acessibilidade se apresentava como tentativa de resposta para atender as necessidades decorrentes das condições médicas dos indivíduos.

Ocorre que a concepção médica do instituto da acessibilidade é ultrapassada e incompatível com a ordem jurídica atual, na qual prevalece o chamado modelo social da deficiência.

A esse respeito, a Doutora Ana Paula de Barcelos (2012) sustenta:

A abordagem moderna que se faz dos direitos da pessoa com deficiência pressupõe o entendimento de que a sociedade comporta uma diversidade vastíssima de traços e características, e que não são eles, por si, que trazem desvantagens e impedimentos às pessoas, e sim o fato de que a vida social, em seus diferentes aspectos, foi concebida tendo em conta um determinado paradigma de ser humano, que não os comporta. (FERRAZ, 2012, p.176)

Trata-se da evolução para o modelo social da deficiência é o grande avanço na história de lutas e conquistas pela afirmação de direitos das pessoas com deficiência (LANNA JUNIOR, 2010). É a concepção social da deficiência que informa a sociedade atual sobre a necessidade de se criar novos meios de acesso a direitos e bens sociais, a fim e que as pessoas com deficiência possam ser efetivamente parte da sociedade em igualdade de oportunidades com todo e qualquer cidadão (BARCELOS; FERRAZ, 2012).

Logo, para se definir o conceito de acessibilidade, capaz de justificar o alcance da presente pesquisa, buscou-se nos estudos de Ana Paula Barcelos (2012), três indicadores das relações entre a deficiência e o meio em que ela está inserida.

O primeiro é o déficit de acesso que a acessibilidade precisa transpor para integrar o próprio conceito de deficiência, sendo que essa agora é uma condição social e não mais uma condição médica,

conforme informado pelo texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, logo em seu Preambulo:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).

O segundo indicador consiste na realocação da responsabilidade por esse déficit, que no modelo médico era fardo restrito às próprias pessoas com deficiência, mas que no modo social alcança toda a sociedade. A assistência e a benevolência da sociedade são substituídas pela concepção de acessibilidade fundada na responsabilidade de se implementar soluções eficazes para que toda e qualquer pessoa tenha acesso aos direitos e bens da vida de forma igualitária (BARCELOS; FERRAZ, 2012).

O terceiro indicador compreende a mudança de paradigma da deficiência que não mais se esgota nas características distintivas do indivíduo e agora se volta para as barreiras sociais que são enfrentadas pelas pessoas em virtude de sua deficiência.

Logo, o conceito de acessibilidade na ótica atual da deficiência, não mais se limita às estruturas físicas, mas contempla as mais diversas formas de interação social.

Em sua acepção moderna, portanto, a acessibilidade pode ser descrita como a adoção de um conjunto de medidas capazes de eliminar todas as barreiras sociais – não apenas físicas, mas também de informação, serviços, transporte, entre outras – de modo a assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, às condições necessárias para a plena e independente fruição de suas potencialidades e do convívio social. (BARCELOS; FERRAZ, 2012, p.177)

Nessa esteira, é inegável a roupagem de direito fundamental que a acessibilidade passa a ter no contexto social da deficiência, de modo que, pode-se se definir a acessibilidade como o “mecanismo por meio do qual se vão eliminar as desvantagens sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, pois dela depende a realização dos seus demais direitos” (BARCELOS, FERRAZ, 2012, p.177).

É nesse sentido que se justifica o presente estudo acerca da acessibilidade como direito fundamental e a patente necessidade de sua afirmação, pois tal direito se apresenta como *conditio sine qua non* para a efetivação dos demais direitos das pessoas com deficiência. O direito a acessibilidade é garantidor do mínimo de dignidade aproximadamente 45 milhões de brasileiros com alguma deficiência, pessoas que, em regra, necessitam de condições de acessibilidade para ter acesso a direitos básicos como educação, saúde, ao mercado de trabalho, ao transporte, moradia e uma gama de direitos fundamentais e necessários, inclusive, para a garantia de seu mínimo existencial.

Deste modo, a premissa maior que embasa a presente pesquisa no que tange a necessidade de afirmação plena desse direito é a de que “a acessibilidade é tanto um direito em si, quanto um direito instrumental aos outros direitos (BARCELOS; FERRAZ, 2012, 177).

2.2 O DIREITO A ACESSIBILIDADE NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição de 1988 possui diversas normas direcionadas para a proteção, promoção e garantia de direitos das pessoas com deficiência, que estão espalhadas pelo texto maior.

No que tange à acessibilidade, tem-se por destaque alguns dispositivos em específico, a exemplo do disposto arts. 227, §1º, II e §2º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem 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 obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 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. (BRASIL, 1988)

O citado dispositivo possui natureza programática, mas que deixa claro o caráter instrumentalizador do direito a acessibilidade, apontando a eliminação de barreiras como condicionador da efetividade de diversos deveres do próprio Estado.

Registre-se que a redação atual do dispositivo supra, decorre da Emenda Constitucional nº 65 de 2010, ou seja, trata-se de uma adequação do texto constituinte para reforçar os comandos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto 6.949 de 2009.

O direito à acessibilidade ainda ganha destaque no viés de eliminação de barreiras arquitetônicas, inclusive quanto à adaptação de logradouros, estruturas de prédios públicos e veículos de transporte públicos que já existiam quando da promulgação do texto constitucional, conforme comando do art. 244 da CR/88.

Contudo, a principal abordagem constitucional acerca do direito a acessibilidade está contida na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 6.949/2009, revestido de força normativa constitucional, pois fora aprovado na forma do §3º, art. 5º da CR/88.

A Convenção representou “uma resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência” (PIOVESAN, 2013, p.297).

É rico o tratamento dado ao instituto da acessibilidade pela Convenção da ONU, de modo que o diploma internacional elenca a acessibilidade entre os seus princípios gerais – artigo 3, “f)” – e na sequência abre um capítulo específico para tratar da acessibilidade, valendo aqui destacar o trecho inicial de seu artigo 9:

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 (...) (BRASIL, 2009)

Em seguida, visando a operacionalização do direito à acessibilidade, o referido Tratado Internacional estabelece uma série de medidas que deverão ser tomadas pelos Estados Partes, que são os destinatários por excelência dos comandos constitucionais ali contidos, obrigações que alcançam a todos os Poderes Públicos e a Administração Pública de forma ampla.

Não é objeto do presente estudo esgotar uma análise sobre a Convenção da ONU, mas apenas destacar que os seus dispositivos compreendem a base da disciplina normativa atual do direito a acessibilidade, que deve ser considerado para fins de interpretação e aplicação pelo Poder Judiciário.

No que tange ao regramento infraconstitucional, alguns diplomas merecem ser mencionados, a exemplo da lei 7.853 de 1989 que, naquela época, já tratava da acessibilidade a edifícios, logradouros e meios de transporte, ainda que em linhas gerais. Uma década depois, o Decreto 3.298/99, positivou regras genéricas sobre o acesso a todos os serviços oferecidos na comunidade, aos meios de comunicação social, pontuando regras de acesso ao trabalho, inclusive aos cargos e empregos públicos.

Entretanto, na ordem infraconstitucional a acessibilidade só ganhou tratamento específico com os adventos das leis 10.048/2000 e 10.098/2000, sendo ambos os diplomas regulados pelo Decreto 5.296 de 2004, que estabeleceu uma série de prazos para que o Poder Público e o particular pudessem se adequar às regras de acessibilidade, mas que até hoje não produziu efeitos em sua plenitude.

Vale frisar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, mesmo sendo cronologicamente mais recente que os referidos diplomas, coexiste em total compatibilidade com a legislação infraconstitucional sobre acessibilidade uma vez que tais normas são, inclusive, complementares.

No entanto, o texto normativo mais recente que trata do tema da acessibilidade se encontra em capítulo específico na Lei 13.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – que entrou em vigor em janeiro de 2016, no intuito de ratificar e tentar operacionalizar os parâmetros firmados na Convenção da ONU acerca dos direitos das pessoas com deficiência.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro é, formalmente, um dos mais avançados do mundo no que tange às normas protetivas e garantidoras dos direitos das pessoas com deficiência, tanto no aspecto quantitativo em número de leis e instrumentos normativos, quanto no aspecto qualitativo, em riqueza e alcance material do conteúdo de tais normas.

Contudo, a realidade das pessoas com deficiência ainda é distante da efetivação de diversos direitos fundamentais e muito se deve à não concretização do direito a acessibilidade em sua forma plena.

3. A ACESSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição de 1988 classifica, em seu Título II, o gênero: direitos e garantias fundamentais e os divide em grupos, a saber: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em consonância com a doutrina mais atualizada, já se manifestou no sentido de que os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5º da CR/88, podendo ser identificados ao longo do texto constitucional de forma expressa ou implicitamente decorrente de princípios adotados pela Constituição ou de Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil seja signatário (LENZA, 2015).

Trata-se dos chamados direitos fundamentais “não catalogados”, dentre os quais se situa o direito fundamental a acessibilidade, que decorre de um dos princípios informativos da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, além da interpretação sistemática dos arts. 227, §1º, II e §2º e 244 da Constituição de 1988.

Destaque-se que o direito à acessibilidade decorre do próprio reconhecimento das pessoas com deficiência como sujeitos de direito dignas de proteção especial do Estado e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, dentre outras conquistas, é fruto de muitas lutas e embates políticos, muitas das vezes diante da omissão do governo e com total invisibilidade perante a sociedade (LANNA JUNIOR, 2010).

Frise-se ainda que, a rigor, a razão de ser do direito a acessibilidade consiste em operacionalizar a isonomia na vida de milhões de cidadãos com alguma deficiência ou com mobilidade reduzida, eliminando barreiras e promovendo a dignidade dessas pessoas por meio do acesso adequado a todos os direitos básicos de qualquer cidadão, bem como aos bens e serviços existentes na sociedade em igualdade máxima de condições com os demais indivíduos.

Nesse sentido Bernardo Gonçalves Fernandes (2012):

(...) falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico, e não apenas em uma leitura reducionista, como direitos oponíveis contra o Estado (FERNANDES, 2012 p.310)

Destaque-se ainda que, na atualidade, “os direitos fundamentais são definitivamente reconhecidos como autênticas normas constitucionais (princípios e/ou regras) de caráter vinculante para todos os poderes públicos, inclusive, o legislador (NOVELINO, 2016, p.268).

Nesse sentido, embora a obrigação de promover a acessibilidade também alcance o particular, é inegável que no direito atual o instituto da acessibilidade urge pelo tratamento de direito fundamental, instrumentalizador para o exercício de diversos outros direitos, vinculando o Poder Público em seu dever de agir, sob pena de ofensa à

dignidade da pessoa humana, princípio fundamental por excelência, consagrado no art. 1, III da CR/88.

3.1 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Como abordado, não há como negar a natureza normativa constitucional da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, necessário e adequado que se apliquem os critérios de hermenêutica e interpretação de seus dispositivos da mesma forma que qualquer outra norma constitucional.

Nesse sentido, busca-se nesta pesquisa fundamentar a necessidade de aplicação principiológica de análise constitucional à Convenção da ONU, de forma delimitada, no que tange ao direito a acessibilidade.

Acerca da adequada interpretação da Constituição, segundo Luís Roberto Barroso (2010, p.155), “o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”. Barroso (2010) prossegue:

Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. (BARROSO, 2010, p 155)

Nessa esteira, como pilar fundamental desta pesquisa destaca-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que é suficiente para embasar a argumentação de que é necessário garantir e

promover o direito a acessibilidade de forma plena a todos os cidadãos que dele necessitem.

Segundo J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 208) o princípio da máxima efetividade rege a ideia de que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Em rica análise Marcelo Novelino (2016) destaca:

Desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, com base no princípio da força normativa, o princípio da máxima efetividade costuma ser invocado no âmbito dos direitos fundamentais a fim de que seja atribuído aos seus dispositivos o sentido capaz de conferir a maior efetividade possível, visando à realização concreta de sua função social (NOVELINO, 2016, p. 138)

“A ideia de efetividade conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos” (BARROSO, 2010, p. 253). Deste modo, no que tange a análise dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto normas constitucionais, essa questão merece ainda mais destaque. Segundo Luís Roberto Barroso (2010):

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social (2010, p. 254-255)

Pelo exposto até aqui, pode-se afirmar que o direito à acessibilidade é revestido de valor constitucional, integra o rol de direitos fundamentais, sendo, portanto, passível de questionamento quanto à sua máxima efetividade perante o Poder Judiciário.

3.2 DA VINCULAÇÃO AOS PODERES PÚBLICOS

É cristalino para o Direito Constitucional que “os direitos fundamentais funcionam como parâmetros de organização e de limitação dos Poderes Públicos, que não mais podem alterá-los ou suprimi-los, devendo regular suas ações em conformidade e consonância a eles” (FERNANDES, 2012 p. 334).

O Poder Legislativo se vincula aos direitos fundamentais, sobretudo, em seu dever de guardar coerência e respeito a tais direitos no exercício de sua função típica, na medida em que adequa sua atuação tanto pela ação, quando age em consonância aos direitos fundamentais, quanto pela não omissão, no intuito de concretizar tais direitos (FERNANDES, 2012).

Em relação ao Poder Executivo, a vinculação se dá de forma mais ampla, pois alcança tanto as pessoas jurídicas de direito público, quanto aquelas de direito privado que disponham de poderes públicos para tratar com o particular. De modo que, em todos os seus atos, vinculados ou discricionários, o atendimento a direitos fundamentais deve ser observado a fim de que se alcance o bem-estar social e se concretize a finalidade pública (FERNANDES, 2012).

No que tange à vinculação do Poder Judiciário, que é o ponto central para o objeto deste estudo, o próprio texto constitucional já evidencia o seu dever de defender os direitos fundamentais. O art. 5º XXXV da CR/88 é claro quando determina que o Judiciário tem o dever de conhecer as situações de lesões ou ameaças de lesões a direitos.

Destaque-se que, como fruto do desenvolvimento histórico, “coube ao Judiciário a tarefa de controle dos atos dos demais Poderes Públicos a fim de fiscalizar se os mesmos estão em consonância com as normas constitucionais” (FERNANDES, 2012. p. 336).

Razão pela qual grande parte da doutrina, com destaque para autores como Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho e Gilmar Mendes, sustenta que o Poder Judiciário, em sua função típica, deve sempre visar a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais, inclusive, recusando eventuais precedentes que desrespeitem tais direitos (FERNANDES, 2012).

Nessa linha, é possível afirmar que a efetivação da acessibilidade é um dever que vincula todos os Poderes Públicos, conforme a Convenção da ONU, e tanto a sua operacionalização pelo Legislativo e Executivo, quanto a sua interpretação pelo Judiciário, devem visar a sua máxima efetividade.

4 A BUSCA DA AFIRMAÇÃO DO DIREITO À ACESSIBILIDADE PERANTE O PODER JUDICIÁRIO

Segundo a internacionalista Flávia Piovesan (2013), o desenvolvimento dos direitos das pessoas com deficiência reflete uma mudança paradigmática, na qual o Estado passa a ter o dever de remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, autonomia e poder de participação.

Logo, se o Poder Público, de forma geral, mantém-se inerte e omissivo no que tange à promoção do direito à acessibilidade evidencia-se flagrante violação de direito fundamental, podendo a sua afirmação ser buscada em juízo, tanto pelo cidadão cujo direito foi ameaçado ou violado, quanto pelo Ministério Público no exercício de suas funções em prol da garantia e proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

É nesse sentido que o direito à acessibilidade tende a figurar-se como objeto de discussões em demandas judiciais, tendo em vista as mutações jurídicas provocadas pela leitura atual desse instituto no

ordenamento jurídico, na própria sociedade e conseqüentemente na forma de interpretação e aplicação por parte do Poder Judiciário.

Frise-se que, por inteligência do já citado artigo 9 da Convenção da ONU, o direito a acessibilidade quando questionado em juízo, pode ir muito além da questão da eliminação de barreiras arquitetônicas, visando assegurar às pessoas com deficiência, ou a todos aqueles que necessitem de tratamento isonômico, o acesso, em igualdade de oportunidades, a bens, serviços e direitos essenciais para uma vida digna em sociedade.

Em detida análise jurisprudencial verificou-se no presente estudo que o direito a acessibilidade, pós Convenção da ONU, já vem sendo demandado para garantia de outros direitos, predominantemente sociais, tais como o trabalho, a educação e o direito ao transporte, seja em virtude da inércia do Poder Público ou pelo desrespeito ou desconsideração do particular em face das pessoas com deficiência como participante ativo da sociedade.

A título de exemplo, em julgado recente, o STJ³¹ decidiu pela obrigatoriedade da adoção do método braile nos contratos bancários em que o consumidor seja pessoa com deficiência visual, a fim de equiparar as pessoas nessa qualidade em igualdade de condições com as demais que utilizam os serviços bancários.

Outra situação que constantemente vem sendo levada a apreciação do judiciário é questão da acessibilidade no direito à educação, talvez um dos principais exemplos do caráter instrumentalizador do direito a acessibilidade. A Suprema Corte já se

³¹ STJ - REsp: 1315822 RJ 2012/0059322-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 24/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2015)

manifestou³² obrigando a Administração Pública a providenciar adaptações necessárias para a efetivação da acessibilidade.

Em outra oportunidade, o STF já se manifestou³³, com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no sentido de que a judicialização do direito a acessibilidade que, em regra, implica em uma intervenção indireta do Poder Judiciário nas atividades da Administração Pública, não configura violação ao princípio da separação de poderes.

Decisões desta natureza são suficientes para sintetizar os objetivos da presente pesquisa, que consiste em demonstrar que o direito a acessibilidade deve ser tratado como direito fundamental e interpretado teologicamente à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não apenas pelo Poder Judiciário ao apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito, mas também pelo Legislativo e pelo Executivo em suas funções típicas, sobretudo quanto à construção, realização e fiscalização de políticas públicas de acessibilidade.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente estudo e da realidade que se pode extrair diariamente no mundo dos fatos, nos noticiários e no próprio ativismo judicial é que a plena efetividade dos direitos das pessoas com deficiência, sobretudo naquilo que depende do caráter instrumentalizador da acessibilidade, ainda é uma realidade distante

³² STF - RE: 722778 MG, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 20/01/2014, Data de Publicação: DJe-024 DIVULG 04/02/2014 PUBLIC 05/02/2014)

³³ STF - RE: 940615 PE - PERNAMBUCO 0800527-78.2014.4.05.8300, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/02/2016, Data de Publicação: DJe-040 03/03/2016)

de todos os avanços legais já positivados no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora a realização da acessibilidade não se limite aos deveres prestacionais do Estado, buscou-se neste estudo demonstrar a necessidade de que os Poderes Públicos interpretem tal instituto como direito fundamental por excelência, à luz do modelo social da deficiência, sob pena se violar uma história de lutas e conquistas de direitos, bem como a própria dignidade de milhões de brasileiros com alguma deficiência ou com mobilidade reduzida.

No presente estudo foi possível perceber que as questões de acessibilidade que podem ser questionadas perante o Poder Judiciário vão muito além da eliminação de barreiras arquitetônicas, mas envolvem todo o complexo de compreensão das diversidades que possam de alguma forma colocar algum indivíduo em desigualdade de acesso a bens, serviços ou a direitos básicos como os demais cidadãos.

Contudo, é temeroso que nesta leitura social que deve ser feita sobre a deficiência a judicialização das questões de acessibilidade se torne uma regra, contrariando os próprios ideais da Convenção da ONU. Razão pela qual é patente que os Poderes Públicos voltem os olhos para essa temática o quanto antes, adotando as medidas vinculantes que o próprio diploma internacional já apresenta a título de soluções, como os institutos da “adaptação razoável” e do “desenho universal”.

A ideia de adaptação razoável consiste em identificar gargalos de acessibilidade já existentes e saná-los através de adaptações, modificações físicas, estruturais, de atendimento, enfim, soluções que garantam de fato um meio razoável para que todo e qualquer cidadão possa exercer seus direitos.

Já o desenho universal – que significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico – apresenta-se como solução mais econômica para o Poder Público e deve ser pensada de forma prévia a execução de qualquer obra ou serviço, ou até mesmo da implementação de determinadas políticas públicas.

Por fim, infere-se do estudo apresentado que na perspectiva constitucional dos direitos das pessoas com deficiência a acessibilidade é direito fundamental, instrumentalizador, que deve ser interpretado e aplicado por todos os Poderes Públicos, de modo a buscar a sua máxima efetividade, sob pena de negar as conquistas de um movimento social peculiar, bem como de ofender a dignidade de milhões de brasileiros.

Nesse contexto, buscar a máxima efetividade do direito a acessibilidade, nada mais é do que não aceitar a exclusão de nenhum outro direito.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. **Acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais**. In: FERRAZ, Carolina Valença. et al. (Orgs.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**, 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502170322/>. p. 175-191.

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

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de ago. 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 ago. 2009, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em 27 fev. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 2002. p. 208.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. Salvador. JusPodivm, 2012. p. 305-336.

LANNA JUNIOR, Mário Cleber Martins (Comp.). **História do Movimento Político Das Pessoas com Deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 134-138. p. 267-298.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502618480/> Acesso em: 21 abr. 2015. p. 121. p. 163. p. 295-300

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 19 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (p. 1.141)

SANTOS, Wederson Rufino dos. **Pessoas com deficiência: nossa maior minoria**. Physis. 2008, vol.18, n.3, pp. 501-519. ISSN 0103-7331. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312008000300008>> Acesso em: 27 fev. 2017

CAPÍTULO X

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: FLAGRANTE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Daniel Augusto dos Reis³⁴

*E a cidade que tem braços abertos
Num cartão postal
Com os punhos fechados da vida real
Lhes nega oportunidades
Mostra a face dura do mal
("Alagados", Os Paralamas do Sucesso).*

1 INTRODUÇÃO

Não raras vezes o discurso segundo o qual é crescente a consolidação dos instrumentos de garantia dos direitos das pessoas com deficiência e, por consequência, da consolidação do processo de inclusão, chega até nossos olhos e ouvidos. O Estado, responsável que é pela elaboração e estruturação dos planos, programas e projetos próprios das políticas públicas voltados para esse segmento, é, sem nenhuma sombra de dúvida, o maior interessado na propagação desse

³⁴ Bacharel em Direito (PUC Minas), Psicólogo (UFMG), Especialista em Direito Público (PUC Minas Virtual) e em Educação Inclusiva (UFMS), Professor de Direito Penal da PUC Minas Unidade Barreiro, servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pessoa com deficiência física.

tipo de discurso. Para tanto, utiliza-se de diversos argumentos a fim de convencer da efetividade de suas ações. Parece que o maior dos argumentos seja exatamente a evolução legislativa atinente aos direitos das pessoas com deficiência verificada no ordenamento jurídico brasileiro.

O Governo brasileiro afirma, por exemplo, na Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência, da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que “os direitos humanos são assegurados a todos os brasileiros com deficiência e para esse grupo são desenvolvidos programas e ações do Governo Federal e da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência” (2012, p. 06). Afirma também que “os programas do governo promovem a inclusão da pessoa com deficiência ao assistirem pessoas de acordo com suas características: física, sensorial e mental ou intelectual, sejam elas severas ou não severas” (2012, p. 07).

Contudo, a realidade cotidiana é bem diversa. Pessoas com deficiência ainda vivem em uma quase indissipável atmosfera de invisibilidade gerada pela inequívoca e continuada violação de direitos previstos na Constituição da República de 1988 e em dispositivos infraconstitucionais. E os exemplos, infelizmente, não são raros. O Poder Judiciário ainda precisa ser acionado para fazer prevalecer a recente previsão legislativa de inclusão escolar de alunos com deficiência sem custos adicionais para a família. As empresas privadas não querem ou não conseguem – pela reduzida qualificação dos pretensos trabalhadores – fazer cumprir as cotas de empregados com deficiência. Os prédios públicos e os veículos de transporte coletivo ainda são carentes das condições mínimas de acessibilidade.

Todo esse contexto verdadeiramente excludente subsiste mesmo depois de aprovada por meio do Decreto Legislativo 186, de 09 de

julho de 2008, ratificada em 2008 e finalmente promulgada pelo Decreto Federal 6.949, de 25 de agosto de 2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Não se olvida que se consubstancia em inestimável e histórico documento jurídico. Primeiramente porque inaugura o reconhecimento de um tratado internacional como equivalente às emendas constitucionais, nos termos do § 3º, do art. 5º, da CRFB/88. Segundo porque, em consonância com MARILU DICHER e ELISAIDE TREVISAM (2010), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência “estatuíu uma verdadeira mudança de paradigma sobre a visão social aposta sobre a pessoa com deficiência”. Por certo, ao definir que as pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas, reconhece de modo expresso o modelo social de deficiência, segundo o qual a deficiência não é mais apenas da pessoa, mas também da sociedade. Igualmente referenda o conceito de Inclusão. Dentro da nova perspectiva, contrária àquela própria do modelo da Integração, a sociedade deve passar por profundas e significativas adaptações de modo a permitir a efetiva participação das pessoas com deficiência em todas as áreas.

Apesar de todas as mudanças, indubitavelmente significativas, não podemos concordar – nem mesmo minimamente – com a afirmativa apregoada pelas autoras de inexistência, no contexto atual, de “indiferença, desprezo, extermínio, nem mesmo simpatia ou assistencialismo”, mas “simplesmente respeito” ou que

[...] da árdua luta pelo direito de serem consideradas ao menos ‘pessoas humanas’ dignas de vida, hoje já se pode lançar um olhar otimista sobre um futuro, que se espera bem próximo, quando será superada e suplantada de vez a

segregação suportada por essa grande parcela da sociedade.

Esse tipo de discurso, seja estatal ou acadêmico, não nos convence mais. Em especial porque sabemos que, sob certo ponto de vista, os aparelhos, ideológicos são reconhecidamente necessários para a manutenção da estrutura do Estado e das relações de poder nela existentes. Além do quê, aprendemos com MARCELO NEVES (2011) que a produção legislativa, especialmente aquela destinada a assegurar direitos a determinados grupos sociais, reconhecidamente hipossuficientes, tem elevada carga simbólica. Significa dizer, com base no autor, que a previsão legal assecuratória de certos direitos e garantias está calcada muito mais em um arremedo de efetividade e em adiamento de solução de conflitos do que propriamente na concretização desses mesmos direitos e garantias. Trata-se, na conceituação do autor, da denominada "legislação simbólica", a qual se presta muito mais a criar a ilusão nos segmentos hipossuficientes de uma real solução jurídica de seu problema.

Por isto mesmo, se distante e destoante da realidade cotidiana, longe de ser um discurso vazio, uma vez que encerra, essencialmente, a contrariedade (SAWAIA, 2014). Este mesmo autor nos ensina que:

A sociedade exclui para incluir e esta transmutação é condição da ordem social desigual, o que implica o caráter ilusório da inclusão. Todos estamos incluídos de algum modo, nem sempre decente e digno, no circuito reprodutivo das atividades econômicas, sendo a grande maioria da humanidade inserida através da insuficiência e das privações, que se desdobram para fora do econômico. Portanto, em lugar da exclusão, o que se tem é a dialética "exclusão/inclusão" (SAWAIA, 2014, p. 08).

O objetivo do presente artigo é mostrar a situação de parcela do segmento das pessoas com deficiência: homens, na faixa etária entre

18 e 60 anos, em privação de liberdade. Desde já afirmamos que se trata, tanto quanto ocorre com as pessoas sem deficiência, de situação extremamente drástica, de profunda violação de princípios constitucionalmente previstos. Iremos analisar quais os limites do discurso estatal e acadêmico, em relação a concretização dos direitos das pessoas com deficiência, para que haja um efetivo exercício de direitos por parte desses indivíduos.

2 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizou no ano de 2010 novo Censo Demográfico da população brasileira. Os dados coletados, dentre outras informações, “descreveram a prevalência dos diferentes tipos de deficiência e as características das pessoas que compõem esse segmento da população”. Cumpre ressaltar desde logo a profunda discordância quanto à terminologia adotada para a caracterização de cada um dos tipos de deficiência – discordância essa já apontada por ROMEU KAZUMI SASSAKI (2003) quando da realização do Censo Demográfico de 2000 – haja vista a distinção com os conceitos jurídicos em conformidade com os quais são definidos os contemplados pelas ações afirmativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. De todo modo, conforme a Cartilha do Censo 2010, a deficiência “foi classificada pelo grau de severidade de acordo com a percepção das próprias pessoas entrevistadas sobre suas funcionalidades” (2012, p. 05), inexplicavelmente baseada no uso de órteses (óculos e lentes de contato, aparelhos de audição, bengalas) e próteses.

Adotados esses parâmetros, tem-se que 23,9% (vinte e três vírgula nove por cento) da população residente no país possuíam pelo menos uma das deficiências investigadas: visual, auditiva, motora e mental ou intelectual. Em termos absolutos, esse número corresponde

a 45.606.048 de pessoas com deficiência. Por certo, a prevalência da deficiência varia de acordo com os diversos critérios, sejam o tipo de deficiência, o gênero, a faixa etária, a localização (por regiões ou por área urbana ou rural), o nível de instrução e a colocação no mercado de trabalho.

Em que pese a discordância com os critérios adotados pelo IBGE, forçoso reconhecer o quão significativos são os números apresentados na pesquisa. Iremos nos ater neste artigo ao tipo de deficiência (18,6% da população brasileira apresentaram deficiência visual; 7%, deficiência motora; 5,10%, deficiência auditiva e 1,40%, deficiência mental ou intelectual), ao gênero (25.800.681 são mulheres e 19.805.367 são homens) e à faixa etária (32.609.022 pessoas com idade entre 15 e 64 anos possuem pelo menos um tipo de deficiência). Mais especificamente, 4,5% das pessoas com deficiência motora são homens com idade entre 15 e 64 anos, de acordo com a Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência.

Em termos absolutos, trata-se de aproximadamente 143.659 pessoas nessa condição. Por certo, este número não corresponde exatamente ao número de pessoas com deficiências físicas imputáveis. Ou seja, deve-se excluir os homens com idade entre 15 e 18 anos incompletos. Ainda que possam praticar ato infracional e se encontrar em cumprimento de medida socioeducativa de privação de liberdade, pelo menos para os propósitos do presente artigo não serão considerados. Também não o foram Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, tomado por base para o presente estudo.

3 PRISÃO: MODALIDADES

É sabido que, de acordo com a CR/88, em seu inciso LXI, do art. 5º, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

De acordo com RENATO BRASILEIRO DE LIMA (2015 p.838), “no ordenamento jurídico pátrio há, fundamentalmente, 3 (três) espécies de prisão”. Dessas, nos ocuparemos de duas, na medida de nossos interesses no presente artigo. A primeira modalidade é exatamente a prisão penal, conhecida como prisão pena ou simplesmente pena, aplicada como efeito de sentença penal condenatória transitada em julgado. Como se percebe, a prisão penal resulta necessariamente de sentença condenatória com trânsito em julgado com a consequente imposição de pena privativa de liberdade. Para tanto, exige a ocorrência de um devido processo penal, respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão. É, em verdade, no dizer do autor, a satisfação da pretensão punitiva do Estado.

A outra modalidade que nos interessa é exatamente a prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena. Em virtude da nova redação do *caput*, do art. 283, do CPP, as espécies de prisão admitidas no âmbito criminal são: “a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, espécies de prisão cautelar, e a prisão decorrente de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, chamada pela doutrina de prisão penal” (DE LIMA, 2016, p.839)

Em conformidade com NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR (2014)

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada

por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da **prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 50, inciso LVII da CF, pois 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p.701).

Neste ponto, a relevância do sempre pertinente ensinamento de EUGÊNIO PACHECO DE OLIVEIRA (2014), segundo o qual a decretação de prisão antes do trânsito em julgado, seja exclusivamente no curso da fase investigativa, quando se tratar de prisão em flagrante ((art. 302 do CPP), de prisão temporária, nos termos da Lei Federal 7.960/89, ou da prisão preventiva, esta decretada também no curso do processo, nos termos dos arts. 311, 312 e 313, todos do CPP, devem ser fundamentadas.

A privação de liberdade decretada pelo Estado-juiz pode decorrer tanto da aplicação da prisão pena quanto da prisão processual.

4 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO BRASIL

De acordo com a metodologia adotada pelo IBGE, penitenciárias, presídios e casas de detenção são considerados domicílios coletivos em relação aos quais os dados são tratados em conjunto, já que congregam os dados das demais espécies de domicílio coletivo. Significa dizer, até o ponto no qual nossa pesquisa conseguiu alcançar, que o Censo Demográfico de 2010 não traz nenhum detalhamento acerca da população carcerária brasileira, muito menos a respeito do número de pessoas com deficiência em cumprimento de pena privativa

de liberdade. Tais informações são obtidas de forma razoavelmente pormenorizada no Levantamento do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.

Consta do mencionado documento que no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca dos seiscentos mil presos. Trata-se de número consideravelmente superior às quase 377 mil vagas do sistema prisional, com déficit de 231.062 vagas e taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Importante ressaltar que em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, há, em média, 16 indivíduos encarcerados. Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Cotejada a taxa de aprisionamento desses países, constata-se que, em termos relativos, a população prisional brasileira também é a quarta maior: somente os Estados Unidos, a Rússia e a Tailândia têm um contingente prisional mais elevado. Conforme se verifica, é gravíssima a situação do sistema prisional brasileiro.

Ainda segundo o Relatório, 1.575 pessoas dessa população são pessoas com deficiência privadas de liberdade, ou seja, pouco mais de 1% do número de homens com deficiência física imputáveis, com idade entre 18 e 64 anos. Conforme assinalado acima, inexistem dados relativamente ao número exato de homens com deficiência física em privação de liberdade, vez que quase a metade das unidades (46%) informou durante o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014 não ter condições de obter informação sobre as pessoas custodiadas. Assim, o número informado corresponde a 0,8% do total da população das unidades que tiveram condições de informar esse dado. Diferentemente dos dados apresentados pelo IBGE em 2010, a maioria da população com deficiência em cumprimento de pena privativa de liberdade é composta por pessoas com deficiência intelectual (54%). A estranheza

persiste especialmente porque não consta do levantamento nacional se essas pessoas com deficiência intelectual estão ou não em cumprimento de medida de segurança, conforme previsto na legislação. Esta questão, entretanto, não será tratada no presente artigo.

Em números absolutos, de acordo com o mencionado o Relatório, são 625 pessoas com deficiência física em cumprimento de pena privativa de liberdade. Desse total, 596 são homens e 29 são mulheres. Os condenados usuários de cadeiras de rodas são 127, enquanto as condenadas são 07. Em números absolutos, o estado de Minas Gerais é o segundo com maior população carcerária nessas condições: 168.

Independentemente de serem números apenas aproximados, causa indignação o fato de que apenas 5% das pessoas com deficiência física, ou seja, 34, encontram-se em cumprimento de pena privativa de liberdade em unidades adaptadas. A grande maioria (87/%) está em unidades sem acessibilidade. Este contexto fere de morte uma série de normas constitucionais e impede o exercício de quaisquer direitos por parte dessa população.

Para melhor compreensão do contexto, salutar a apresentação do conceito de acessibilidade, em suas diversas modalidades.

5 ACESSIBILIDADE: DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL?

Para tratarmos da natureza jurídica da acessibilidade, consideramos de suma importância iniciar com a apresentação de duas premissas que nos parecem capitais. A primeira delas relativa à localização dos direitos e garantias fundamentais, tomados os conceitos de Constituição formal e Constituição material. A segunda se refere à distinção entre os direitos e as garantias fundamentais.

É sabido que o rol de direitos e garantias fundamentais constantes do art. 5º da CRFB/8 é meramente exemplificativo, vez que [...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte (CF, art. 5º, § 2º)” (BULOS, 2014, p. 533). Inclusive, já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal, conforme nos aponta o autor, na ADIn 939-7-MC/DF. Portanto, ter-se-á direitos e garantias fundamentais previstos pelo constituinte originário e pelo constituinte reformador no próprio corpo da CRFB/88 (a chamada Constituição formal), bem como em tratados e em convenções internacionais e na legislação infraconstitucional (a chamada Constituição material).

O outro ponto extremamente relevante para nossos propósitos é a distinção entre direitos e garantias fundamentais. Em consonância com UADI LAMMÊGO BULOS, “**direitos fundamentais** são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal, [enquanto] **garantias fundamentais** são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos exercem, limitando os poderes do Estado” (2014, p. 531) – grifo no original.

Com efeito, o exercício dos direitos fundamentais encontra, nas garantias, ferramentas necessárias e propícias a sua fruição. Ou seja, as garantias permitem que os indivíduos possam usufruir os direitos em sua plenitude. Neste sentido o entendimento de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, ao afirmar que “as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”.³⁵ Vale dizer que há casos em que uma mesma norma constitucional disciplina a garantia em conjunto com o direito.

³⁵ p. 193, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco

Em relação à acessibilidade, a leitura sistemática do texto constitucional formal torna possível constatar que o constituinte originário previu, no art. 227, § 2º e no art. 244, a acessibilidade como elemento constitutivo da ordem social imprescindível para que pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida tenham acesso adequado (conforme redação de ambos os dispositivos) e, desta forma, alcancem real proteção e integração social, nos termos do art. 24, XIV, da CRFB/88.

Assim, em nosso entendimento, a acessibilidade tem natureza jurídica de garantia fundamental. Isso porque, a se considerar sua finalidade, ter-se-á, com clareza solar, que se trata de meio para o exercício de direitos, por parte, principalmente, das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Ou seja, torna-se inegável o reconhecimento de que a acessibilidade é um instrumento (ou, como assinalado em diplomas legais, condição) por meio do qual é possível o pleno exercício de direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Tal noção de instrumento ou de “condição” da acessibilidade é claramente apontada pelo legislador no art. 2º, I, da Lei Federal 10.098/00 e reafirmada pelo Chefe do Poder Executivo Federal, no art. 8º, I, do Decreto Federal 5.296/04. Senão vejamos.

Art. 2º. Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

I - acessibilidade: possibilidade e **condição** de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida; (grifos nossos).

Neste mesmo sentido:

Art. 8º. Para os fins de acessibilidade, considera-se:

I - acessibilidade: **condição** para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida; (grifos nossos).

A reafirmação da acessibilidade como garantia fundamental ocorreu com o Decreto Federal 6.949, de 25 de agosto de 2009, por meio do qual o Chefe do Poder Executivo Federal promulgou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O art. 9, Acessibilidade, dispõe:

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

a. **Edifícios**, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, moradia, instalações médicas e local de trabalho; e
...(grifos nossos).

A confirmação de que a acessibilidade é uma garantia fundamental adveio com a Lei Federal 13.146, de 06 de julho de 2015, chamada de Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. De maneira expressa e específica, o legislador determinou a garantia da acessibilidade para pessoas com deficiência em cumprimento de medidas restritivas de liberdade.

Art. 79.[...]

[...]

§ 2º. Devem ser assegurados à pessoa com deficiência submetida a medida restritiva de liberdade todos os direitos

e garantias a que fazem jus os apenados sem deficiência, garantida a acessibilidade.

Certo é que, conforme aponta UADI LAMMÊGO BULOS, “pouco importa um direito fundamental ser reconhecido ou declarado se não for garantido, pois existirão momentos em que ele poderá ser alvo de discussão e até de violação” (BULOS, 2014, p. 531). Esta é, inquestionavelmente, a situação que retratamos no presente trabalho. A ausência das condições de acessibilidade em estabelecimentos prisionais fere de morte uma série de normas constitucionais e impede o exercício de quaisquer direitos por pessoas com deficiência física em cumprimento de pena privativa de liberdade.

6 A FLAGRANTE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Se os dados estatísticos relativos ao número de pessoas com deficiência física em privação de liberdade e ao número de estabelecimentos prisionais nos quais está garantida a acessibilidade são insatisfatórios, melhor não é o contexto da discussão doutrinária referente a esses temas. Trata-se de produção também bastante incipiente. GLAUCO ROBERTO MARQUES MOREIRA (2008) já afirmava:

A escassa bibliografia nacional e estrangeira a respeito das pessoas portadoras de deficiência física e a execução penal demonstra que o caminho a ser trilhado não é fácil, porém, necessário, pois o exercício do direito de punir do Estado, seja na fase da cominação, da aplicação ou da execução da pena, tem que estar adequado aos padrões estabelecidos pela Constituição para a tutela especial das pessoas portadoras de deficiência (MOREIRA, 2008, p. 43).

De qualquer maneira, ainda que assim o seja, os raros trabalhos encontrados (PONTES, 2006; GONÇALVES, 2006 e mais recentemente,

SAVAZZONI, 2010 e CARRARO, 2014) reconhecem que o grupo de pessoas com deficiência privadas de liberdade sofre flagrante violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dada a ausência das condições de acessibilidade nos estabelecimentos prisionais.

Os autores estão com de razão. Afinal de contas, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, expressamente previsto no inciso III, do art. 1º, da CRFB/88), além de ser princípio-matriz de todos os direitos fundamentais dentro do atual modelo denominado neoconstitucionalismo. Consoante os ensinamentos de UADI LAMMÊGO BULOS (2014), o princípio da dignidade da pessoa humana “agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988” (p. 512).

Entretanto, compartilhamos com a posição de INGO WOLFGANG SARLET (2007) ao afirmar que “uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida”, haja vista tratar-se “de um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ‘ambigüidade e porosidade’, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”.

Por isso mesmo, a abordagem ao menos um pouco mais específica de SIMONE DE ALCÂNTARA SAVAZZONI (2010), na qual sustenta haver violação aos princípios da humanidade e da individualização da pena durante a execução penal de condenados com deficiência física, nos parece extremamente apropriada, porquanto, sob certa perspectiva, mais palpável. A autora afirma:

Na prática, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, mormente, no que diz respeito (*sic*) as pessoas portadoras de deficiência (*sic*),

deixando de lado a necessária individualização e humanização do cumprimento da pena, de forma que muitos presídios foram transformados em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, em outras palavras, longe de alcançar a dignidade da pessoa humana (SAVAZZONI, 2010, p. 12).

Conforme se verifica, contudo, a argumentação da autora desemboca no princípio da dignidade da pessoa humana. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (2008) alcança idêntico resultado ao tratar do princípio da humanidade. Em ambos os casos, a violação dos princípios da individualização da pena e também da humanidade pode ser encarada como uma ponte por meio da qual se alcança a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O inciso XLVI, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe que a lei regulará a individualização da pena, com a adoção, dentre outras, das penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Significa dizer que, ao menos em tese, cada indivíduo receberá, de modo personalizado, as sanções devidas em decorrência da prática de conduta considerada infração, com base na natureza e nas circunstâncias do fato e também de suas características pessoais.

Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial pacíficos, o processo de individualização da pena vincula os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo (nesta ordem, conforme se verificará), em três fases, sob certo ponto de vista bastante distintas, porém complementares. As duas primeiras fases – chamadas legislativa e judiciária – serão abordadas de maneira extremamente sucinta no presente trabalho. A última delas – executiva, ou administrativa, como preferem alguns – será tratada neste artigo de modo mais detalhado, haja vista consistir no objeto sobre o qual se discorrerá aqui.

Tomaremos como ponto de partida o escólio de CEZAR ROBERTO BITENCOURT (2011):

Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento (BITENCOURT, 2011, p. 662).

A fase legislativa é, portanto, a fase inaugural do processo de individualização da pena. Por intermédio dela, o legislador, em respeito aos princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal e da proporcionalidade, seleciona os bens jurídicos mais relevantes, estabelece quais são os atos ensejadores (em determinadas circunstâncias) da violação da norma protetiva desses bens jurídicos, caracteriza os atos como tipo penal, fixa os limites mínimos e máximos das sanções a serem impostas quando da ocorrência do ato, além da forma de cumprimento dessas sanções e os benefícios passíveis de serem concedidos ao agente.

Vale ressaltar que a fase legislativa caracteriza-se pela abstração. Neste momento, então, todos os contornos do tipo penal são conferidos sem que se leve em consideração, ao menos abertamente, determinado indivíduo em particular. Ao contrário, calcados sobre os pressupostos da prevenção geral – positiva ou negativa – toma-se por referência a probabilidade de que alguém, no futuro, venha a agir daquela forma e, assim, violar o contrato social. Não sejamos taxados de ingênuos, contudo, por parecer desconsiderar a interferência de uma proposta de prevenção especial, principalmente a negativa, haja vista a realização de atos que serão, somente *a posteriori*, revestidos,

por aqueles responsáveis pelo exercício da função legiferante, dos elementos próprios de um tipo penal.

Importante destacar, ainda, a atribuição dada ao legislador de delimitar as regras específicas a serem seguidas tanto na segunda quanto na terceira fases. Somente em conformidade com a lei, o Estado deve aplicar a pena ao caso concreto e efetuar a execução penal. Especificamente quanto à individualização judicial, as regras básicas encontram-se previstas em diversos dispositivos do Código Penal. O primeiro deles, o art. 59, conduz o juiz, por intermédio das denominadas circunstâncias judiciais, a fixar plausível proporção entre o crime praticado e a sanção penal correspondente.

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (HC 68.751) ser insuficiente a mera referência aos parâmetros elencados no art. 59 do Código Penal, de modo que é exigido ao juiz, a fim de que haja efetiva individualização judicial, a necessária delimitação, de forma clara e objetiva, do conteúdo, sentido e alcance de cada critério.

Em relação às regras básicas estabelecidas pelo legislador para a segunda fase da individualização da pena, CLÉBER MASSON (2016) afirma:

A individualização **judicial** [é] efetivada pelo juiz, quando aplica a pena utilizando-se de todos os instrumentais fornecidos pelos autos da ação penal, em obediência ao sistema trifásico delineado pelo art. 68 do Código Penal (pena privativa de liberdade), ou ainda ao sistema bifásico inerente à sanção pecuniária (CP, art. 49) (MASSON, 2016, p. 48).

A fase judicial da individualização da pena caracteriza-se, então, pela atuação do magistrado, o qual, com base nos parâmetros positivados pelo legislador, fixa a quantidade da pena *in concreto* e o regime inicial de cumprimento (aberto, semi-aberto ou fechado).

Também nesse momento o juiz verificará se o condenado terá direito a determinados benefícios (substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou *sursis* – suspensão condicional da pena).

Finalmente, a terceira fase de individualização da pena corresponde à fase da execução da pena. Exatamente por esta razão, é também denominada de “individualização executória”. Em conformidade com TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR (2014), “do princípio da individualização da pena decorre que a sanção penal deve ser individualizada no que toca a seu modo de cumprimento, levando em conta o caráter retributivo da pena e o seu objetivo ressocializador” (p. 1.401). Assim deve ser, como já dissemos acima, em homenagem ao princípio da propor/cionalidade. Caso o legislador o viole no momento de delimitar os parâmetros referentes a qualquer uma das fases, deve o Supremo Tribunal Federal exercer sua função de guardião da Constituição da República de 1988 e promover o controle de constitucionalidade. O exemplo trazido por RENATO BRASILEIRO DE LIMA (2014) acerca desta terceira fase é deveras salutar:

Considerando que o juiz da execução também precisa dispor de instrumentos para buscar a individualização do cumprimento da reprimenda imposta ao condenado, o Supremo acabou por declarar a inconstitucionalidade da redação original do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, que determinava que o condenado por crime hediondo devia cumprir sua pena em regime *integralmente fechado*. Na visão da Corte, a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Daí porque não se pode privar o preso, em abstrato, do direito à progressão (LIMA, 2014, p. 1.439).

É inquestionável a importância conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da individualização da pena, ao menos na fase legislativa, na medida em que tem declarado inconstitucionais diversos dispositivos legais. Assim, alicerçado no método da interpretação

conforme a Constituição declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º e 44, ambos da Lei Federal 11.343/06. Ao conceder a ordem no HC 111.840/ES, a Corte Suprema admitiu, no caso concreto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Há inúmeros outros exemplos, mas não nos deteremos neles.

A crítica de MICHEL FOUCAULT (2003) ao princípio da individualização da pena é, como habitualmente o faz, assaz ferrenha. Para ele, falar de individualização da pena é falar de objetivo muito bem delineado daquilo que denomina de “codificação bem adaptada”. Trata-se, em última análise, de alcançar uma forma de punição de todo o corpo social de forma ajustada, isenta de arbítrios, excessos ou lacunas, de maneira eficiente, ou seja, como ele próprio afirma, "sem gasto inútil de poder mas sem timidez" (FOUCAULT, 2003, p. 83).

O reconhecimento da necessidade de individualização da pena passa, de acordo com MICHEL FOUCAULT, por um processo ao longo da história, na qual

A História Natural oferecia sem dúvida o esquema mais adequado: a taxonomia das espécies segundo uma gradação ininterrupta. Procura-se constituir um Linné dos crimes e das penas, de maneira que cada infração particular, e cada indivíduo punível possa, sem nenhuma margem de arbítrio, ser atingido por uma lei geral (FOUCAULT, 2003, p. 83).

Feitas essas considerações, tomemos como pano de fundo de nossa discussão o princípio da individualização da pena e, como foco, o cumprimento de privação de liberdade decorrente de sentença condenatória. O ponto de partida será o art. 38 do Código Penal, com redação dada pela Lei Federal 7.209, de 11 de julho de 1984, naquela denominada Reforma Penal. Assim dispõe o referido artigo: “Art. 38. O

preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Conforme já apontado, o princípio da individualização da pena é previsto em diversos dispositivos legais, os quais, dotados de caráter genérico, por delimitarem abstratamente algum efeito, deveriam, ao menos em tese, se revestir de contornos específicos quando proferida a decisão penal (fase judicial) ou durante o cumprimento da pena (fase executória). O art. 38, como é sabido, foi recepcionado pela nova ordem constitucional e, diferentemente dos exemplos acima, permanece em plena vigência. Nada há que se discutir a respeito de suposta inconstitucionalidade, nem mesmo parcial, do texto nele insculpido. Então, quais seriam *todos* esses direitos, em tese, preservados?

Antes de responder a pergunta, necessário enfatizar que o preso a que se refere o art. 38 não é somente aquele em cumprimento de prisão-pena decorrente de sentença condenatória. O é também o preso em cumprimento de prisão-processual (seja flagrante, temporária ou preventiva). Esses também supostamente conservariam todos os seus direitos não limitados pela privação da liberdade.

Retomemos, pois. A pergunta, à primeira vista, parece ridícula, de tão óbvia a resposta: /ora, *todos* são *todos*. O preso continua a ter direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI) e à propriedade (art. 5º, XXII), por exemplo. De igual maneira, lhe é assegurado o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, da idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) e o respeito à sua integridade física e mental (art. 5º, XLIX). Especificamente às presidiárias serão asseguradas condições para permanecerem com os filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L), direito este decorrente do reconhecimento da importância desse período para o desenvolvimento adequado da criança.

As mulheres, como se verifica, têm sua condição peculiar considerada. O art. 37 do Código Penal dispõe que elas cumprirão pena em estabelecimento próprio, observados os deveres e direitos inerentes a sua condição pessoal. A Lei de Execução Penal (Lei Federal 7.210, de 11 de julho de 1984) detalhou todos os deveres e direitos peculiares às mulheres presas, bem como previu, no § 1º, do art. 82 (com redação dada pela Lei Federal 9.460, de 04 de junho de 1997), que os maiores de sessenta anos também cumprirão pena em estabelecimento próprio e adequado a sua condição pessoal. Nada mais adequado, se o maior de sessenta anos, idoso, goza de proteção integral e de absoluta prioridade, nos termos da Lei Federal 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

A previsão de cumprimento de pena em estabelecimento adequado – sem que seja necessariamente próprio – deveria considerar também a condição peculiar de pessoas com deficiência física. Contudo, esta parece ser uma situação ideal ainda muito distante da realidade. É o que se verifica da leitura de um trecho escrito por GLAUCO ROBERTO MARQUES MOREIRA (2008):

A situação de descaso do Estado no tratamento de seus custodiados que portem algum tipo de deficiência física [...] ainda está longe de seu termo final. A falta de condições para que as pessoas portadoras de deficiência cumpram sua pena vai desde a inadequação física dos estabelecimentos prisionais até a omissão do legislador que não estabeleceu em lei os parâmetros de proteção especial que a constituição determina para as pessoas que portam algum tipo de necessidade especial (MOREIRA, 2008, p. 43).

Os números do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014 confirmam que de lá pra cá, não se constata, na prática, nenhuma mudança favorável às pessoas com deficiência física privadas de liberdade. Atualmente, entretanto,

bastaria o adimplemento da obrigação assumida pelo Estado brasileiro na alínea “b”, do item 1, do art. 14 (Liberdade e segurança da pessoa), da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que, conforme já apontado, possui *status* de emenda constitucional, *in verbis*:

1. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas:

- a) Gozem do direito à liberdade e à segurança da pessoa; e
- b) Não sejam privadas ilegal ou arbitrariamente de sua liberdade e **que toda privação de liberdade esteja em conformidade com a lei**, e que a existência de deficiência não justifique a privação de liberdade. (grifamos).

Ou mesmo bastaria o cumprimento do disposto no § 2º, do art. 79, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por óbvio, quando dizemos "bastaria", temos a clareza de trilharmos dois caminhos paralelamente. Um deles, baseado na certeza de que o ordenamento jurídico brasileiro já é farto em termos de legislação assecuratória dos direitos das pessoas com deficiência e que, portanto, seria suficiente o cumprimento da lei. O outro, certamente mais tortuoso, sinaliza para o descaso das autoridades em relação à implantação das condições mínimas de acessibilidade nos estabelecimentos prisionais. Por isto, o contexto das pessoas com deficiência física em cumprimento de pena privativa de liberdade é de total e inquestionável exclusão, no exato sentido da afirmação de BADER BURIHAN SAWAIA (2014), de um “descompromisso político com o sofrimento do outro” (SAWAIA, 2014, p. 08).

Trata-se de idêntica situação àquela descrita por JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (2008), ao tratar do princípio da humanidade e de sua violação. Segundo ele,

O princípio da humanidade não se limita a proibir abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre,

mas proíbe também a concreta *execução cruel* de penas legais ao cidadão condenado, por exemplo: a) as condições *desumanas* e *indignas*, em geral, de execução// das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 31).

Se *todos* os direitos conservados são *todos*, o rol constante dos dezesseis incisos do art. 41 da Lei de Execução Penal deve ser entendido como exemplificativo, haja vista não constar, *v. g.*, o direito às saídas temporárias. O inciso XII, do art. 41, em particular, nos chama a atenção por prever igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena. A igualdade mencionada pelo legislador é, sem nenhuma sombra de dúvida, a igualdade material.

Entretanto, a concretização da igualdade material é mero discurso constante, expressa ou implicitamente, no bojo da legislação simbólica. Acaso fosse realmente considerada a necessidade e a importância de sua efetivação, as barreiras arquitetônicas insistentemente presentes nos diversos espaços sociais, inclusive aquelas verificadas em estabelecimentos prisionais, seriam de fato eliminadas. Como já dissemos acima, o exercício de direitos fundamentais por parte das pessoas com deficiência física, em especial por aquelas em cumprimento de pena privativa de liberdade, passa, de modo inexorável, pela efetividade das garantias fundamentais, no caso, a implantação das condições de acessibilidade constitucional e legalmente previstas.

A verdade é que, como preleciona GLAUCO ROBERTO MARQUES MOREIRA (2008):

A legislação penal não confere ao portador de deficiência praticamente nenhum tratamento diferenciado quanto à cominação, aplicação e execução da pena, salvo raríssimas exceções. Quase nada foi mencionado sobre as necessidades especiais dessas pessoas na condição de sujeito ativo de crimes, nem mesmo após as reformas

importantes ocorridas em 1984 na legislação especial, com a edição das leis nº 7.209/84 (Reforma da Parte Geral do Código Penal) e nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) (MOREIRA, 2008, p. 74).

Entendemos mais uma vez que o legislador foi omissivo ao não determinar na Lei Brasileira de Inclusão que as pessoas com deficiência física cumpram pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais próprios. Tratou-se de oportunidade ímpar para que o fizesse. Certamente os mais ardorosos adeptos da perspectiva inclusiva são avessos a essa proposta. Dirão eles que o ideal seria a implantação das condições de acessibilidade nos estabelecimentos prisionais de assistentes e sua previsão quando da construção de novos. E – devemos admitir – eles possuem total razão.

Contudo, não pode ser mais excludente a criação de estabelecimentos prisionais próprios do que a situação hoje vivida, como apontamos, pelas pessoas com deficiência física privadas de liberdade. Poder-se-ia objetar que esse tipo de estabelecimento prisional é deveras segregatório. Outra vez não merece prosperar tal argumento. É da própria essência dos estabelecimentos prisionais serem segregatórios. Ninguém duvida do fracasso da privação de liberdade, especialmente nesses locais onde, ainda que a legislação preveja a conservação de todos os direitos pelo condenado, a realidade é totalmente destoante.

Ausentes, pois, as condições mínimas de acessibilidade nos estabelecimentos prisionais já construídos e inexistentes outros, próprios para a privação de liberdade por pessoas com deficiência física, a solução não pode ser outra senão a concessão do benefício de prisão domiciliar. A concessão do benefício encontra guarida no art. 318 do Código de Processo Penal e no art. 117 da Lei de Execuções Penais, relativamente a determinadas pessoas em circunstâncias consideradas especiais.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

Ensinam-nos NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR (2014) que:

A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código, e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva não seja recomendada em cadeia pública (para os presos provisórios) ou em prisão especial (para os acusados que detêm essa prerrogativa por força de lei), em razão de condições especiais, mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p.756).

Ora, em face da admissibilidade de aplicação, no Direito Penal, da analogia *in bonam partem*, bem como em homenagem ao princípio da individualização da pena, o termo "somente" constante do *caput* não poderia mesmo prevalecer. Outros casos, além daqueles previstos pelo legislador quando do advento da Lei de Execuções Penais não poderiam simplesmente ser deixados de lado como se não existissem, especialmente na vigência da nova ordem constitucional. Igualmente não poderia prevalecer a simplória interpretação literal do dispositivo segundo a qual apenas condenados em cumprimento de pena no regime semiaberto poderiam ser contemplados com o benefício da prisão/ domiciliar. Por esta razão, legislador promoveu significativa alteração no artigo 318 do Código de Processo Penal.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos.

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave.

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

IV - gestante.

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento da admissibilidade de concessão do benefício de prisão domiciliar em casa os outros além daqueles elencados pelo legislador (RHC 94.358/SC). A título de exemplo, já houve decisão no sentido de que a ausência de vagas em regime de cumprimento de pena mais benéfico não deve servir de argumento para manutenção do condenado em regime mais gravoso. Contudo, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, Relator do caso (RE 641.320), a concessão do benefício de prisão domiciliar, na hipótese, não deve ser automática, mas considerar determinados fatores, tais como o comportamento ou o grau de periculosidade do agente. Não nos interessa aqui discutir os critérios apontados pelo Eminentíssimo Ministro. Basta dizer que, segundo ele, a concessão do benefício de prisão domiciliar deve perdurar até que medidas alternativas sejam estruturadas. Exatamente essa a nossa proposta no presente trabalho.

Mutatis mutandis, a ausência das condições mínimas de acessibilidade nos estabelecimentos prisionais também não deve ser fator para manutenção da violação dos direitos da pessoa com deficiência física, independente do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade ou do cumprimento de prisão-processual.

8 CONCLUSÃO

Em nosso entendimento, a acessibilidade possui natureza jurídica de garantia fundamental, na medida em que é condição para que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos. Percebe-se, portanto, que a não efetivação dessa garantia implica, inexoravelmente, em dificuldade ou mesmo em impossibilidade de usufruto dos direitos por parte desse segmento da população.

O último censo demográfico realizado no Brasil, mais precisamente em 2010, aponta para a existência de número considerável de pessoas com deficiência, da ordem de, aproximadamente, 24% da população brasileira. Ainda que a pesquisa não tenha considerado os dados relativos à população com deficiência em privação de liberdade, tais dados puderam ser obtidos por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014, do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.

De fato, tomadas as duas populações como referência – a de pessoas com deficiência e a de pessoas em privação de liberdade – o número de pessoas com deficiência nessa condição, em particular aquelas que apresentam deficiência física, é bastante reduzido. Isto não significa, entretanto, que as condições mínimas de acessibilidade previstas na Constituição formal e na Constituição material possam simplesmente ser desprezadas. Muito pelo contrário. A ausência das condições mínimas de acessibilidade nos estabelecimentos prisionais impede que as pessoas com deficiência física privadas de liberdade tenham seus demais direitos conservados. Esse contexto fere de morte os princípios da humanidade e da individualização da pena.

Assim, com a finalidade de que os direitos do condenado com deficiência física privadas de liberdade sejam efetivamente conservados, tem-se que a medida mais salutar é, sem sombra de dúvida, a concessão do benefício de prisão domiciliar, até que medidas alternativas, como a criação de estabelecimentos prisionais próprios seja concretizada.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1 / 16. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Cartilha do Censo 2010** – Pessoas com Deficiência / Luiza Maria Borges Oliveira / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) / Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência; Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. 32 p.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)** de junho de 2014. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.

DICHER, Marilu e TREVISAM, Elisaide. **A Jornada Histórica da Pessoa com Deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana**. *In*: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=572f88dee7e2502b>. Acessado em 18.05.2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. 262p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4.^a ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** – Parte geral – vol. 1. 10.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **Pessoas portadoras de deficiência**: pena e constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2008. 232p.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 3^a Ed. 2011. p. 288.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal** – 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis n^o 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013 – São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ICPC, 2008. 784p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. p. 361-388.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **O censo de pessoas com deficiência na era da inclusão**. *Revista Nacional de Reabilitação*, São Paulo, ano VI, n. 31, mar./abr. 2003a.

SAVAZZON/I, Simone de Alcântara. **Dignidade da pessoa humana e cumprimento de pena das pessoas com deficiência**. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*.

SAWAIA, Bader Burihan (Org.). **As artimanhas da exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. 159 p. (Coleção Psicologia social).

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. 1392