

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA
REGIANE CECILIA RICCE**

**ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA**

CURITIBA

2016

REGIANE CECILIA RICCE

**ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná, como requisito parcial à obtenção de título de Especialização em Direito Aplicado.

Orientadora Prof. Dra.: Cibele Fernandes Dias

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

REGIANE CECILIA RICCE

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2016.

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”

Norberto Bobbio

“As pessoas com deficiência não necessitam de privilégios, mas necessitam de oportunidades de inclusão”.

Luiz Alberto David Araújo

RESUMO

O presente trabalho monográfico faz uma análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), centralizando o estudo nas disposições acerca dos direitos fundamentais e da plena capacidade civil da pessoa com deficiência. Inicialmente realiza uma abordagem histórico-jurídica da proteção desses vulneráveis, expressa nas constituições brasileiras e na legislação infraconstitucional. Segue discorrendo sobre a alteração do conceito de pessoa com deficiência trazida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que deixou de seguir o modelo biomédico, previsto até então na legislação pátria, para adotar o modelo biossocial. Na sequência trata dos direitos fundamentais, abordando os seus aspectos gerais e os específicos explícitos no Estatuto, bem como discorre sobre a promoção da dignidade humana e da igualdade material levadas a efeito pelo novo diploma. Aborda, ainda, a questão da capacidade civil das pessoas com deficiência, as alterações promovidas no Código Civil e a polêmica acerca da permanência do instituto da interdição no ordenamento jurídico brasileiro após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por fim, faz uma breve análise acerca do papel do Poder Judiciário na promoção dos direitos das pessoas com deficiência e como os tribunais estão aplicando o novo conceito e regramento da capacidade civil das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência, direitos fundamentais, igualdade material, dignidade humana, capacidade e autonomia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A EVOLUÇÃO DA CONCEITUAÇÃO E DA PROTEÇÃO JURÍDICA EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	10
1.1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	12
1.2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	16
1.2.1 Conceituação de pessoa com deficiência	16
1.2.2 Formas de comunicação	19
1.2.3 Acessibilidade	19
1.2.4 Políticas públicas / Ações afirmativas	21
1.3 O NOVO CONCEITO TRAZIDO PELA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ONU	24
1.4 CONCEITO FECHADO OU CONCEITO ABERTO.....	26
2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
2.1 CONCEITOS E PECULIARIDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
2.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	31
2.2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	33
2.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão.....	34
2.2.4 A possibilidade de uma quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais.....	34
2.3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	36
2.4 A EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXPRESSOS NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	39
2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	41
2.4 A IGUALDADE MATERIAL NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	44
3 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, AUTONOMIA E PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	48
3.1 DA AUTONOMIA	48
3.2 DA CAPACIDADE	49
3.3 O ATUAL PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	52

4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	54
4.1 A INAPLICABILIDADE DO NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA.....	54
4.2 O NOVO REGRAMENTO DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A INTERDIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 declarou que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e elegeu como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, dentre outros. A proteção de grupos vulneráveis é uma questão de extrema relevância para o Estado Democrático de Direito, uma vez que este prima pela garantia dos direitos fundamentais e justiça social.

As pessoas com deficiência possuem um histórico de segregação social, razão pela qual representam uma minoria vulnerável que necessita de proteção especial do Estado e da sociedade. O presente estudo visa demonstrar, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, como as inovações legislativas levadas a efeito pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, regulamentada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/2015, contribuíram para a promoção dos direitos fundamentais desse grupo.

O principal objetivo do presente trabalho foi o de investigar como o Estatuto da Pessoa com Deficiência promove os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e a autonomia da pessoa com deficiência, bem como representa um marco em matéria de capacidade civil.

Para atingir essa finalidade precípua fez-se necessário pesquisar o conceito de deficiência e de pessoa com deficiência, bem como o histórico da proteção jurídica destinada a esse grupo; tecer considerações acerca dos direitos fundamentais de uma maneira geral e aqueles expressos no Estatuto da Pessoa com Deficiência; esclarecer como a capacidade civil das pessoas com deficiência influencia na autonomia e na promoção de uma vida digna para o indivíduo deficiente; pesquisar sobre o instituto da interdição e o papel do Judiciário nas questões relacionadas à inclusão social da pessoa com deficiência.

Evidencia-se a importância do presente estudo, pois é um tema atual e de relevância social. Embora nas últimas décadas as pessoas com deficiência tenham conquistado diversos direitos, principalmente por meio das garantias constitucionais implementadas pós Constituição de 1988, a sociedade ainda tem uma visão deturpada e discriminatória, inclusive, no que concerne às políticas de inclusão social das pessoas com deficiência.

Um exemplo do entendimento equivocado dos direitos e garantias das pessoas com deficiência ocorreu recentemente na capital paranaense, quando uma ação de marketing do Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa com Deficiência, vinculado à Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa com Deficiência, da prefeitura de Curitiba veiculou, por meio de *outdoor*, a mensagem “Pelo fim dos privilégios das pessoas com deficiências”. Tal ato provocou inúmeros protestos ensejando, inclusive, nota de repúdio da OAB/PR¹. Posteriormente, o órgão municipal esclareceu publicamente que se tratava de uma campanha de conscientização sobre os direitos das pessoas com deficiência física e veiculou novo *outdoor* com os dizeres “Se tantos se revoltaram, porque tantos ainda desrespeitam” e “Não é privilégio. É direito”².

A inusitada campanha provocou reações positivas, representadas por manifestações em defesa das pessoas com deficiência, mas também ensejou diversas expressões discriminatórias, que evidenciaram que a sociedade ainda exclui, e muito, as pessoas com deficiência. Desta feita, o presente trabalho pautado nos princípios da dignidade humana e da igualdade, procurou demonstrar que as inovações legislativas trazidas pela Convenção representam um grande avanço ao tratamento dado a este grupo pela sociedade e pelo Direito.

O primeiro capítulo da pesquisa versa sobre a problemática da conceituação de deficiência, sua evolução do modelo biomédico, que trata a deficiência como mera decorrência de lesão corporal, para o modelo biossocial, que adota uma visão sociológica da deficiência visualizando-a como fator de exclusão social. Trata ainda da proteção jurídica das pessoas com deficiência presente nas constituições brasileiras, demonstrando como a atual Carta Magna evoluiu nesta questão, principalmente após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com *status* de norma constitucional, por força do art. 5º, §3º, da Lei Fundamental.

¹ NEITSCH, Joana. Outdoor contra direitos dos deficientes é mais uma criação da 'prefs'. **Gazeta do Povo**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/outdoor-contra-direitos-dos-deficientes-gera-polemica-em-curitiba-1y7mjlb81lfwjdhq8q7py8a9u>> Acesso em: 14 jan. 2016.

² Placa contra 'privilégio' de deficientes é ação da prefeitura de Curitiba. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/12/outdoor-contra-privilegios-de-deficientes-e-acao-da-prefeitura.html>> Acesso em: 14 jan. 2016.

Em seu segundo capítulo, o estudo abordará os direitos fundamentais no contexto histórico, bem como os direitos fundamentais promovidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade material. No terceiro capítulo buscará tecer considerações acerca da inovação trazida pelo Estatuto para o instituto da capacidade civil, destacando as alterações que introduziu no Código Civil e as implicações no Código de Processo Civil de 2015. Por fim, enfrentará a questão da contribuição das decisões judiciais na promoção dos direitos das pessoas com deficiência, analisará na jurisprudência se os tribunais têm aplicado o novo conceito social trazido pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e quais os reflexos da inobservância deste novel conceito, bem como analisará como estão aplicando as alterações trazidas pelo Estatuto nas ações de interdição.

1 A EVOLUÇÃO DA CONCEITUAÇÃO E DA PROTEÇÃO JURÍDICA EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Embora a existência da deficiência na sociedade emane de épocas remotas, a preocupação da sociedade e, conseqüentemente, do legislador com a proteção das pessoas com deficiência, não apenas no Brasil, mas em toda a comunidade internacional, é fato recente na história. Luiz Alberto David ARAÚJO esclarece que o marco histórico para o estudo da proteção das pessoas com deficiência foi o advento das duas guerras mundiais, uma vez ocorreu um acréscimo do número de pessoas com deficiência de locomoção, de audição e de visão³.

O autor explica que no Brasil, diversamente do que ocorreu na Europa e nos Estados Unidos, o grande número de pessoas com deficiência não provém das guerras mundiais. Elucida, ainda, que:

(...) nosso índice assustador se deve aos acidentes de trânsito, à carência alimentar e à falta de condições de higiene. Essa taxa da deficiência no Brasil, que atinge dez por cento da população, fato reconhecido pela Organização das Nações Unidas, só recentemente resultou em preocupação constitucional.⁴

Para introduzir o leitor ao tema em análise faz-se necessário tecer consideração sobre “o que é deficiência?”. Para tanto, recorre-se às três concepções levantadas por Julio Pinheiro FARO⁵, ao promover uma leitura sobre o que é deficiência o autor retrata-as como modelos, são eles:

a) Modelo biomédico: a deficiência resulta de uma lesão corporal (perdas ou anormalidades estruturais ou funcionais psicológicas, fisiológicas ou anatômicas), portanto, a pessoa com deficiência deve ser submetida a cuidados biomédicos específicos;

b) Modelo social: visualiza a deficiência não mais como resultado de lesões corporais, mas proveniente da existência de situações de opressão social, ou seja, a deficiência não é intrínseca ao indivíduo, uma vez que se projeta para a

³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4ª edição. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. 2011. p. 8.

⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁵ FARO, Julio Pinheiro. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a abordagem seniana das capacidades: uma leitura sobre a concepção de deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.22, n.88, p. 143-160, jul./set. 2014. p. 146-149.

incapacidade da sociedade em promover justiça social e políticas de bem-estar para pessoas com deficiência;

c) Modelo biopsicossocial ou biossocial: adota a visão sociológica da deficiência, mas sem excluir a perspectiva biomédica.

Partindo das referidas concepções é possível constatar que a visão essencialmente individualista, que entendia que a deficiência diz respeito única e exclusivamente à pessoa, foi substituída pela sociológica, para a qual a deficiência é uma forma de exclusão social.

Julio Pinheiro FARO destaca que para o modelo biomédico “a segregação social, o desemprego, a baixa escolaridade e outros tipos de opressão à pessoa com deficiência decorrem da inabilidade do corpo lesado em realizar um trabalho produtivo”⁶. Enquanto que o modelo social transferiu “a responsabilidade pelas desvantagens das limitações corporais do indivíduo para a incapacidade da sociedade em prever e se ajustar à diversidade”⁷. Frisa ainda que no modelo biossocial “deixou-se de enquadrar a deficiência como questão de anormalidade e passou-se a vislumbrá-la como falta de participação ou de inserção social, promovida por uma lesão corporal (corpo deficiente) ou por barreiras sociais (sociedade deficiente)”⁸.

Conforme será analisado oportunamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU adotou o modelo biossocial, com isso, esta concepção também é, atualmente, a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, antes da Convenção o modelo vigente no país era o biomédico em observância ao disposto no Decreto 3.298/1999, que trazia o conceito de pessoa com deficiência e vinculava os aplicadores do direito e a Administração Pública.

Esta mudança de paradigma, introduzida no texto constitucional pátrio pela Convenção, não foi adotada de imediato pelos aplicadores do direito, os quais continuaram e, ainda continuam, usando o modelo biomédico para fundamentar suas decisões⁹. Espera-se que gradativamente esta realidade mude, uma vez que a

⁶ FARO, Julio Pinheiro, op. cit., p. 146.

⁷ Ibidem, p. 147.

⁸ Ibidem, p. 148.

⁹ STF – AI nº 833462, Relator: Ministro Dias Toffoli, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 19/08/2013 PUBLIC 20/08/2013. STJ – RMS: 37092 DF 2012/0026101-9, Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 13/10/2014. Veja-se que estas decisões versam sobre a reserva de vaga em concurso público para pessoa com deficiência e – mesmo que proferidas muito tempo após o ingresso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) no

concepção biossocial promove maior efetividade ao pleno exercício dos direitos e liberdades das pessoas com deficiência. Julio Pinheiro FARO nos esclarece que o referido modelo:

(...) não fixa a deficiência como resultado de perdas ou anormalidades, que geram incapacidades, e sim na existência de impedimentos de longo prazo, de natureza física mental, intelectual ou sensorial, que interagindo com diferentes barreiras ambientais, impeçam ou dificultem a participação social em igualdade de condições com as demais pessoas.¹⁰

Certamente o Brasil demorou a preocupar-se com o direito desse grupo vulnerável, tanto que as pessoas com deficiência somente tiveram espaço na Constituição brasileira com a Emenda Constitucional nº 12 de 1978 da Constituição de 1969. Por esta razão, não causa surpresa o fato da própria Corte Suprema, guardiã primeira da Constituição da República, ainda tratar os direitos dos deficientes de forma destoada da nova concepção trazida pela Convenção da ONU. Como bem frisam Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO, em suas palavras introdutórias à obra *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo*:

Vivenciamos o momento do interregno, na mais pura acepção romanista da palavra: é um período de transição entre uma concepção patrimonialista, pela qual a pessoa com deficiência era vista como incapaz, um fardo social, repartido entre família e Estado; e um novo tempo, no qual há uma verdadeira emancipação de direitos existenciais das pessoas com deficiências. Direitos, não favores.¹¹

Na sequência, será pontuado como as constituições nacionais trataram a temática dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência e como isso refletiu no ordenamento infraconstitucional.

1.1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

É cediço que nem sempre a pessoa com deficiência teve o tratamento que hoje lhe é atribuído pelo direito, nas últimas décadas o rol de direitos desses

ordenamento jurídico brasileiro, ocorrido por meio do Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008 – ignoram por completo o modelo biossocial, restringindo-se a aplicação do modelo biomédico.

¹⁰ FARO, Julio Pinheiro, op. cit., p. 145.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.14.

indivíduos foi ampliado consideravelmente, embora ainda esteja longe do adequado. Para análise desta questão faz-se imprescindível destacar a evolução da proteção jurídica das pessoas com deficiência nos textos das constituições brasileiras. Em que pese a sua relevância, o tema “deficiência” não foi enfrentado pelas primeiras constituições nacionais.

Inicialmente as constituições pátrias não dedicavam qualquer atenção às pessoas com deficiência, limitavam-se apenas em regular questões atinentes à invalidez do trabalhador, isso ocorreu nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 até a Constituição de 1967. A Emenda Constitucional de 1969, que alterou o texto da Constituição de 1967, pela primeira vez na norma constitucional brasileira, mencionou a expressão “excepcionais”, para referir-se às pessoas com deficiência¹².

A Emenda Constitucional 12 de 1978, da Constituição de 1969, introduziu no ordenamento constitucional nacional uma normativa de suma importância na seara de proteção aos indivíduos com deficiências. Em artigo único¹³ a referida emenda assegurou aos “deficientes” a melhoria de sua condição econômica e social. Como bem destaca Luiz Alberto David ARAÚJO:

(...) sem dúvida, a Emenda n.º 12 representou grande avanço na proteção das pessoas com deficiência. Serviu de base para uma série de medidas judiciais (a ação de três pessoas com deficiência de locomoção que requereram acesso às rampas de embarque do metrô de São Paulo, por exemplo)¹⁴.

Luiz Alberto David ARAÚJO e Mauricio MAIA observam que “antes da atual Constituição, o direito brasileiro utilizou-se das expressões ‘desvalidos’, ‘inválidos’, ‘excepcionais’ e ‘deficientes’ para referir-se ao grupo de pessoas com deficiência”¹⁵,

¹² Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. (...)§ 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais. (BRASIL, **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 19 set 2016).

¹³Artigo 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, **Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm> Acesso em: 19 set 2016).

¹⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 168.

¹⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v.22, n.86, p. 165-181, jan./mar. 2014. p. 170.

seguem explicando que as referidas expressões não possuíam o caráter pejorativo que hoje se associa a elas, mas, tão somente, se coadunavam com o momento histórico.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 adotou-se a expressão “pessoas portadoras de deficiência”, considerada a mais adequada à época, bem como estava sendo adotada pelo direito internacional. A Carta Magna trouxe importantes normas de proteção e inclusão social das pessoas com deficiência, dentre elas destacando-se a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, inciso XXXI). Tal dispositivo, alçado como direito fundamental, denota a preocupação do constituinte com a inclusão social das pessoas com deficiência por meio do trabalho.

Elegeu como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, inciso II), restringindo a competência de legislar sobre a “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência” apenas à União e aos Estados (24, inciso XIV).

A Constituição de 1988 preocupou-se ainda em estabelecer reserva de vagas em concurso público (art. 37, inciso VIII), bem como em fixar critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (arts. 40, § 4º, inciso I e 201, § 1º). Elencou como objetivos da assistência social “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (art. 203, inciso IV) e “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (art. 203, inciso V)¹⁶.

Além disso, declarou ser dever do Estado garantir “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 208, inciso III), assim como estabeleceu como sendo de responsabilidade do Estado e da sociedade a implementação da acessibilidade (arts. 227, § 2º e 244)¹⁷.

¹⁶ BRASIL, **Lei 8742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm> Acesso em: 19 set. 2016.

¹⁷ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 19 set. 2016.

Estes direitos e garantias às pessoas com deficiência são corolários da nova fase inaugurada pelo constitucionalismo brasileiro, baseado no Estado Democrático de Direito e tendo como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Como bem salienta Álvaro Ricardo de Souza CRUZ:

O paradigma do Estado Democrático de Direito não apenas incorporou no rol de direitos fundamentais novas relações jurídicas, como aquelas atinentes a direitos difusos, mas também renovou a concepção de outros tantos direitos. Assim, a semiótica jurídica do direito à igualdade, ampliando seu campo de incidência e sua plurissignificação são indispensáveis sob a ótica da dignidade humana. Uma sociedade calcada em tais princípios é, necessariamente, pluralista e inclusiva, pois deve garantir/estimular a participação de todos, aproveitando as diferentes cosmovisões e experiências humanas, reconhecendo/desenvolvendo o potencial de cada cidadão.¹⁸

O autor defende que a sociedade deve promover oportunidades para que todos os cidadãos sejam respeitados, com a disposição de mecanismos para que consigam “autonomia, autodeterminada e participativa” e acrescenta que

(...) nesta concepção, a perspectiva inclusiva para a sociedade é absolutamente indispensável para a pessoa portadora de deficiência [...] precisa de uma atenção especial para a fim de que possa se realizar no campo da locomoção, coordenação de movimentos, compreensão da linguagem falada ou escrita, ou no relacionamento com outras pessoas¹⁹.

Embora a Constituição de 1988 tenha representado importante avanço com relação à proteção das pessoas com deficiência, o constituinte, inicialmente não se preocupou em determinar quem fazia parte deste grupo vulnerável. Todavia, com a alteração promovida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2008, essa lacuna foi resolvida, conforme se observará em tópico específico.

Entretanto, se por um lado a Convenção trouxe o conceito de pessoa com deficiência para dentro da Constituição da República, por outro, tornou mais aberta a aplicação deste conceito, uma vez que não traz o rol taxativo de situações em que um indivíduo possa se enquadrar como pessoa com deficiência.

¹⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009. p.102.

¹⁹ Idem.

Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA²⁰ afirmam que era mais fácil para a Administração e para os aplicadores do direito a utilização de um rol taxativo, embora o rol trazido pelo Decreto 3.298/1999 fosse incompleto e extravagante era prático.

1.2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Existe uma série de normativas que disciplinam, em sua integralidade ou de forma pontual, direitos e garantias das pessoas com deficiência. Sem a pretensão de esgotar o rol legislativo que trata desta temática, elencam-se a seguir são elencadas algumas das principais leis de acordo com os objetivos do legislador.

1.2.1 Conceituação de pessoa com deficiência

Conforme mencionado alhures, o Decreto 3.298/1999, que regulamenta a Lei 7.853/1989 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção, traz a conceituação de pessoa portadora de deficiência em seu art. 4º, com redação dada pelo Decreto 5.296/2004²¹.

Evidentemente a referida norma infraconstitucional adotou o modelo biomédico, uma vez que visualiza a deficiência como uma lesão individual, que gera incapacidade da pessoa para realizar funções cotidianas, nada versando acerca da

²⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, op. cit., p. 173.

²¹ Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências. (BRASIL, **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm> acesso em: 01 out. 2016.)

deficiência social. Além disso, traz um conceito fechado para enquadramento de pessoas com deficiência, elenca taxativamente os impedimentos de ordem física, mental e sensorial que levam o indivíduo a ser considerado “portador de deficiência”.

Outras normas infraconstitucionais preocuparam-se em definir pessoa com deficiência com finalidades específicas, como exemplo, cita-se a Lei 8.989/1995, a qual dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produto Industrializado – IPI na aquisição de automóveis por pessoas com deficiência, a qual em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, alterados pela Lei 10.690/2003, descreve o que considera pessoa com deficiência²².

Destaca-se ainda a Convenção 159 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 59/1989 e promulgada pelo Decreto 129/1991, a qual dispõe: “Para efeitos desta Convenção, entende-se por ‘pessoa deficiente’ todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada” (artigo 1).

Por fim, vale citar a Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (Convenção da Guatelmala), aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 198/2001 e promulgada pelo Decreto 3956/2001. A referida convenção entende que “O termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais

²² Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por: (...) IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal; § 1º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. § 2º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20°, ou ocorrência simultânea de ambas as situações. (BRASIL, **Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2003/L10.690.htm Acesso em: 01 out. 2016).

atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social” (artigo I).

Frisa-se que ambas as Convenções, por versarem sobre direitos humanos, possuem *status* de norma supralegal de acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 466.343/SP²³). Ressalta-se que este posicionamento não é unânime na doutrina e na jurisprudência, pois há quem defenda que todos os tratados sobre direitos humanos, mesmo que aprovados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, têm *status* de emenda constitucional. Sobre esta questão Paulo Gustavo Gonet BRANCO tece as seguintes considerações:

Uma importante corrente doutrinária sustentou que os direitos humanos previstos em tratados internacionais configurariam não apenas normas de valor constitucional, como também cláusulas pétreas. A tese não obteve a adesão do Supremo Tribunal Federal, que, antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, diversas vezes recusou o *status* constitucional aos direitos individuais previstos em tratados como o Pacto de San José. [...] Vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC 45/2004, atribuindo *status* normativo supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos.²⁴

Flávia PIOVESAN defende que os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional, veja-se:

Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional.

O conceito vigente no ordenamento jurídico nacional é aquele incorporado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que Promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo

²³ Nessa decisão, o Supremo convergiu em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Divergiu, todavia, no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, sendo a primeira tese a majoritária, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que conferiam aos tratados de direitos humanos *status* constitucional (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34).

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302-303.

Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Tal normativa será tratada em tópico específico, tendo em vista que ensejou mudanças significativas não só no conceito de pessoa com deficiência, como também na proteção estendida a esses vulneráveis.

1.2.2 Formas de comunicação

Álvaro Ricardo de Souza CRUZ²⁵ aponta que de acordo com dados do Censo 2000 do IBGE, 24,5 milhões de pessoas, cerca de 14,5% (quatorze e meio por cento) da população brasileira, possuíam, naquele período, algum tipo de deficiência, afirma que:

(...) uma sociedade plural e inclusiva definitivamente haverá de incorporar essa enorme coletividade de pessoas com deficiências no seio de sua cidadania (...) ao invés de realçarmos a deficiência do cego, devemos valorizar sua audição, sua voz e os demais sentidos que certamente serão mais apurados do que daquelas pessoas consideradas “normais”²⁶.

Partindo desta premissa, é de suma importância a garantia do direito à comunicação para as pessoas com deficiência. Acerca desta temática, cita-se a Lei 4.169/1962 que oficializou as convenções Braille para uso na escrita e leitura dos cegos e o Código de Contrações e Abreviaturas Braille, bem como a lei 10.346/2002 a qual versa sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras e, ainda, a Lei 12.319/2010 que regulamenta a profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS. Tais normativas garantem um respaldo legal para que os deficientes visuais e auditivos não sejam excluídos da sociedade em razão da sua diferença e possam desenvolver suas habilidades/qualidades como todos os demais indivíduos considerados “normais”.

1.2.3 Acessibilidade

Conforme mencionado anteriormente, desde a Emenda Constitucional nº 12 de 1978, já era garantido o direito às pessoas com deficiência ao acesso a edifícios e logradouros públicos e ao meio de transporte coletivo. O §2º do art. 227 da

²⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p.104-105.

²⁶ Ibidem, p. 105.

Constituição Cidadã de 1988 prevê que “a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”, tal dispositivo é complementado pelo art. 244, o qual determina que:

A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.²⁷

A Lei 10.098/2000 veio regulamentar os dispositivos constitucionais supracitados, estabelecendo normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Luiz Alberto David de ARAÚJO faz uma crítica contumaz sobre a mora do Poder Público em dar efetividade ao mandamento constitucional de acessibilidade da pessoa com deficiência em voga desde 1978:

A Constituição é de 1988. A lei (lei federal n. 10.098-00) é do ano 2000. Portanto, o Estado Brasileiro levou doze anos para preparar uma lei básica, indispensável e de caráter instrumental para o exercício de outros direitos das pessoas com deficiência. E, pasmem, o Poder Executivo demorou 4 anos (o decreto regulamentar é de 2004), para fixar prazos que a lei, depois de doze anos, não fixou: foi muito generoso com os proprietários de imóveis de uso público, mais generoso ainda com as concessionárias de transporte coletivo, especialmente os ônibus urbanos. E foi muito cruel com as pessoas com deficiência, uma equação estranha para um Estado Democrático que começa a se orgulhar de ser uma das maiores economias do mundo: generoso com quem não precisa (porque todos já conheciam a Constituição e o dever de tornar acessíveis os imóveis e serviços) e cruel para os que dependem da acessibilidade e contam com isso como um direito fundamental instrumental.²⁸

Além da legislação mencionada, outras desempenham importante papel na promoção da acessibilidade, como exemplo, cita-se a Lei 7.405/1985 que tornou obrigatória a colocação do “Símbolo Internacional de Acesso” em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiência, a Lei 10.226/2001 que trata da acessibilidade do portador de transtorno mental e, ainda, a Lei 12.587/2012 que institui as diretrizes da política nacional de mobilidade urbana.

²⁷ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 19 set. 2016.

²⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Barrados Pessoa com Deficiência sem Acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar**. 1ª ed. Petrópolis/RJ: KBR, 2011. p. 12.

1.2.4 Políticas públicas / Ações afirmativas

As ações afirmativas são instrumentos que contribuem para a construção do Estado Democrático de Direito, como acentua Álvaro Ricardo de Souza CRUZ²⁹, entretanto, o autor aponta dois riscos na aplicação destas políticas, o primeiro deles é o paternalismo do Estado Social, ressalta que são:

(...) Medidas afirmativas que se iniciam “apenas” para atender ao “politicamente correto” ou de cunho meramente eleitoreiro. Incluem-se aqui, também, medidas sem qualquer planejamento, ou seja, que não tenham perspectiva da provisoriedade das mesmas ou que não construam de fato a autonomia, gerando uma massa de manobra permanente em favor do governo.³⁰

Um segundo risco, na visão do autor, é que as políticas afirmativas se transformem em alibi para a inexistência de uma solução definitiva para o problema, afirma que “as políticas afirmativas jamais poderão servir de discurso que justifique orçamentos públicos insuficientes para a educação ou para a saúde”³¹. O Brasil possui diversas leis que legitimam as ações afirmativas, na sequência discorre-se sobre algumas delas.

A Lei 7.853/1989 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 e define crimes.

A lei 7.853/1999, regulamentada pelo Decreto 3.298/1999, instituem a Política Nacional para integração da pessoa com deficiência. A Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) trata em seu art. 2º sobre o benefício assistencial para pessoas com deficiência³², previsto no art. 203, inciso V, da Constituição

²⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 160.

³⁰ Ibidem, p. 159.

³¹ Ibidem, p. 160.

³² Art. 2º. A assistência social tem por objetivos: I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: (...) d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. (BRASIL, **Lei 8742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm> Acesso em: 19 set. 2016).

Federal de 1988. A respeito da efetividade desta normativa, Álvaro Ricardo de Souza CRUZ³³ tece críticas acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade interposta contra o § 3º do art. 20 do referido diploma legal, que exige que a pessoa com deficiência demonstre renda igual ou inferior a ¼ do salário mínimo para que possa perceber o benefício previsto na Carta da República. Ao tratar do papel do julgador o autor argumenta:

Dos operadores do Direito, espera-se uma mudança significativa especialmente em razão das exigências do novo paradigma constitucional, posto que um enorme cabedal de leis deixa de ser executado por falta de regulamentação. Sob o argumento de que tais normas não possuíam eficácia plena, e, sim, diferida, um rol considerável de direitos das pessoas portadoras de deficiência não é implementado.³⁴

A Lei de Cotas, como é conhecido o art. 93 da Lei 8.213/1991³⁵, determina números percentuais mínimos de pessoas com deficiência que as empresas estão obrigadas a contratar. Conforme destacado por Ana Silvia Marcatto BEGALLI:

É a ação afirmativa mais simbólica já realizada no Brasil, no sentido de se promover a integração da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Os valores que lastreiam a medida em questão estão contidos nos artigos 1º, 3º, 5º e 6º da Constituição brasileira. Asseguram tais normas os princípios da dignidade e cidadania, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, e o da igualdade real de todos perante a lei.³⁶

É certo que a implementação da referida ação afirmativa depende das empresas, todavia cabe ao Estado e a sociedade a fiscalização do cumprimento da lei, para sua eficácia plena. Ressalta-se que todas as empresas estão obrigadas ao

³³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 105.

³⁴ Ibidem, p. 106.

³⁵ 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%. (BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm > Acesso em: 02 out. 2016).

³⁶ BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. **A efetivação do Direito ao Trabalho das pessoas com deficiências no Brasil: o papel do Estado e das Empresas**. Pouso Alegre, 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. p. 85. Disponível em: < <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/09.pdf>> Acesso em: 12 out. 2016.

cumprimento da Lei de Cotas, inclusive, àquelas sem fins lucrativos de acordo com o manual do MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO “essa obrigação atinge a todas as pessoas jurídicas de direito privado como sociedades empresariais, associações, sociedades e fundações que admitem trabalhadores como empregados (art. 2º, § 1º, da CLT)”³⁷. Portanto, todas essas pessoas jurídicas que possuam mais de 100 (cem) empregados estão obrigadas a cumprir os percentuais mínimos de contratação de pessoas com deficiência previstos na lei.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (art. 37, inciso VIII). O art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990 – dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis federais – assegura às pessoas com deficiência o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras e determina que, para tais pessoas, serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

O direito de reserva de vagas em concursos público para pessoas com deficiência foi regulamentado pelo Decreto 3.298/1999³⁸, o qual determina que o número de vagas reservadas às pessoas com deficiência será de “no mínimo” 5% (cinco por cento) e que números fracionados deverão ser elevados até o número inteiro subsequente.

Como bem elucidam Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MARIA, ao tratarem das vagas reservadas:

Tal ação afirmativa não pretende admitir ao serviço público pessoas inabilitadas fisicamente para o desempenho de determinadas funções, mas pretende incluir as pessoas com deficiência na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.³⁹

³⁷ BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. 2. ed. Brasília: MTE, 2007., p. 25.

³⁸ 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.

³⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, op. cit., p. 178.

Ressalta-se que a reserva de vaga para as pessoas com deficiência não afasta a exigibilidade dessas se submeterem à aprovação em concurso público, uma vez que a Constituição determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público (art. 37, inciso II), não excepcionando, em momento algum, tal regra para pessoas com deficiência.

1.3 O NOVO CONCEITO TRAZIDO PELA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ONU

O expressão “pessoas com deficiência”, denominação hoje usada para referir-se aos indivíduos que possuem algum tipo de limitação, seja física, intelectual ou sensorial, é deveras recente, tendo em vista que passou a ser utilizado após o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado em Nova York/EUA, em 30 de março de 2007. Tal documento, como amplamente conhecido na comunidade jurídica, foi o primeiro Tratado Internacional aprovado na forma do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal⁴⁰. De acordo com a Convenção da ONU:

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 (art. 1º, 2ª parte).

Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA argumentam que:

O conceito trazido pela Convenção apresenta claramente um modelo social da deficiência, reconhecendo que a deficiência não está nas pessoas que têm algum impedimento de ordem física, mental, intelectual ou sensorial, mas na sociedade que apresenta barreiras das mais variadas ordens (como arquitetônicas ou as atitudinais, por exemplo) que obstruem a participação plena e efetiva de tais pessoas na sociedade, em igualdade de condições com as demais. A deficiência resulta da interação dos impedimentos com as barreiras existentes na sociedade, de forma a provocar a exclusão, ou ao menos, a impedir a inclusão.⁴¹

⁴⁰ § 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, op. cit., p. 168.

De fato, a Convenção preocupou-se em reconhecer que a deficiência não está somente na limitação individual da pessoa com deficiência, mas também na inadequação da sociedade em promover mudanças efetivas que possibilitem a inserção desse grupo em condições de igualdade com os demais indivíduos. Em análise ao texto da Convenção é possível vislumbrar uma latente preocupação com a inclusão social das pessoas com deficiência uma vez que elenca como propósitos: “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” (art. 1º, 1ª parte).

Nesta seara, o texto normativo internacional dá ênfase aos princípios da igualdade e da não discriminação, atribuindo aos Estados Partes a responsabilidade de adotar as medidas apropriadas para garantir a adaptação razoável para promover a igualdade e proibir qualquer discriminação às pessoas com deficiência. Ao tecer considerações sobre a questão da igualdade prevista na Convenção, Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA fazem relevante ponderação, cujo teor segue transcrito:

A implementação da igualdade, no entanto, implica necessariamente no reconhecimento da diferença. Somente poderá ser efetivada a igualdade se as pessoas receberem o tratamento jurídico adequado à diversidade de suas condições. Tratar igualmente aqueles que se encontrem em situações jurídicas distintas é medida que, ao invés de promover a igualdade, acentua as desigualdades. A diversidade é intrínseca à natureza humana e, dessa forma, o ordenamento jurídico deve reconhecê-la e atuar para possibilitar a todos que tenham as mesmas oportunidades de desenvolvimento pessoal e inclusão social.⁴²

Partindo das elucidações dos referidos autores, tem-se que a igualdade que se almeja promover não é a igualdade formal, mas sim a igualdade material. Isso porque, embora a Convenção destaque ao longo de seu texto normativo, em diversas oportunidades, que a pessoa com deficiência deve ser tratada “em igualdade de condições com as demais pessoas”, por certo, essa igualdade não se restringe à igualdade perante a lei (formal). Evidentemente, as pessoas com deficiência, por fazerem parte de um grupo vulnerável, carecem do Estado uma maior proteção e, portanto, nem sempre podem ser tratadas de forma igual à pessoa que não possui deficiência.

⁴² ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, op. cit., p. 166.

1.4 CONCEITO FECHADO OU CONCEITO ABERTO

De acordo com o exposto até o momento, resta evidente que é difícil garantir a proteção ao direito das pessoas com deficiência, quando há dificuldade até mesmo em conceituar pessoas com deficiência. Tal conceituação é de suma importância para delimitar o indivíduo que faz parte desse grupo que carece de proteção especial da legislação e da sociedade. Conforme destacam Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA:

Cumpra aos operadores do sistema jurídico, entretanto, delimitar qual é esse grupo, ou seja, definir qual são os integrantes de tal grupo reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro como merecedor de especial proteção. A definição de quem são essas pessoas com deficiência, nesse sentido, interfere no reconhecimento da titularidade de uma série de direitos específicos deferidos a tal grupo. Se temos uma política pública, temos que ter claro quem serão os beneficiários desta política (...)⁴³.

Partindo desse pressuposto Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA apresentam discussão acerca do conceito fechado ou aberto para identificação da pessoa com deficiência, a qual se mostra extremamente relevante para a aplicação das normas de proteção e garantia de direitos desse grupo vulnerável. Para os referidos autores “o estabelecimento de um critério fechado tem a grande desvantagem de excluir da proteção pessoas que possivelmente dela necessitassem, já que um rol fechado impede a avaliação de situações individuais com maior precisão”⁴⁴.

Um conceito fechado pode, em um primeiro momento, parecer favorável diante da segurança jurídica que proporciona, uma vez que o aplicador do direito estará vinculado a critérios previamente estabelecidos, portanto, sem espaço para subjetividade. Por outro lado, como bem destacam Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA, se não permitir a inserção de determinada pessoa na categoria de pessoa com deficiência, pelo fato dela não se enquadrar no conceito fechado – em que pese haja limitação que a torna vulnerável e necessitada da proteção especial – a norma poderia excluir quando seu objetivo primordial é a inclusão.

⁴³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, op. cit., p. 166-167.

⁴⁴ Idem.

Os autores defendem que o conceito deve ser exatamente aquele previsto na Constituição Federal após a alteração promovida pela Convenção da ONU (Dec. 6.949, de 25.08.2009), ou seja, aberto e social, devendo ser interpretado:

(...) como um rol meramente exemplificativo, como uma espécie de zona de certeza em que o administrador (e o aplicador do direito em geral) já pode entender que muito provavelmente estará presente a deficiência sem que, no entanto, possa ser excluída *prima facie* nenhuma situação, tudo a depender do grau e da dificuldade de inclusão da pessoa em questão⁴⁵.

Diante do exposto, resta evidente que a opção pelo conceito aberto de pessoa com deficiência se mostra a mais adequada, devendo ser analisada diante do caso concreto as peculiaridades apresentadas pelo potencial detentor da proteção especial, como destaca Luiz Alberto David ARAÚJO⁴⁶, e deve ser considerado não apenas os impedimentos individuais, mas a interação da pessoa com as barreiras que possam resultar prejuízo à sua inclusão. Para tanto cita um excelente exemplo que merece ser colacionado para elucidar essa questão:

Imaginemos um operário que tenha um dedo amputado. Conforme o ofício por ele desenvolvido, encontrará sérias dificuldades para conseguir outro emprego na mesma atividade, até então desenvolvida. Na mesma hipótese, um trabalhador intelectual poderá sofrer muito menos diante da mesma perda. Ambos têm uma deficiência, ou seja, uma perda ou uma falha. No entanto, os resultados práticos são completamente distintos. No primeiro caso, estaríamos diante de pessoa com deficiência, enquanto, no segundo, por não haver qualquer dificuldade de inclusão social, já que o trabalho intelectual desenvolvido é o mesmo, permanecendo o indivíduo no mesmo patamar profissional e integrativo social, não estaríamos diante de pessoa que necessitasse qualquer cuidado especial. No primeiro caso, constata-se uma inferioridade (além de uma deficiência); no segundo, apenas deficiência.⁴⁷

Assim como esse caso hipotético, muitos outros poderão exigir dos aplicadores do direito um maior grau de zelo no momento da aplicação do conceito de pessoa com deficiência, uma vez que casos de deficiências idênticas podem levar a conclusões distintas. O que deve ser levado em consideração é o grau de dificuldade de inclusão social do indivíduo que detém a limitação (deficiência) e não somente o déficit.

⁴⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, p. 174.

⁴⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David, **A proteção...**, op. cit., p. 20.

⁴⁷ Idem.

2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Lei 13.146/2015 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e tem por base a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Conforme expresso por Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO o Estatuto, por ser fortemente influenciado pela Convenção da ONU, possui *status* de emenda constitucional⁴⁸. O Estatuto assegura em seu artigo 8º diversos direitos às pessoas com deficiência, visando o bem-estar pessoal, social e econômico desse grupo vulnerável. Os autores supracitados pontuam que:

(...) uma síntese desses direitos permite identificar a *ratio legis*, consistente em propiciar, ao deficiente, uma proteção quanto aos seus bens mais fundamentais (vida, saúde, trabalho, previdência social, etc.), à sua autodeterminação (sexualidade, paternidade e maternidade), e à sua integração na sociedade (cultura, esporte, turismo, lazer, etc.)⁴⁹.

Destarte, o novel diploma legislativo, ora estudado, veio para promover uma série de direitos fundamentais, já consagrados na Constituição Cidadã de 1988, contudo, com desdobramentos peculiares a esta coletividade de pessoas historicamente segregadas pela sociedade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência dedica um capítulo exclusivamente para tratar dos direitos fundamentais (Título II – Capítulo I: arts. 10 a 52). Discorrer-se-á em seguida sobre direitos fundamentais de forma geral e as especificidades daqueles previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.1 CONCEITOS E PECULIARIDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A conceituação dos chamados direitos fundamentais é mais complexa do que parece, uma vez que sua abrangência é tão ampla que não pode se resumir apenas

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p.18.

⁴⁹ Ibidem, p.50.

ao significado linguístico. Segundo Fábio Konder COMPARATO “os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais”.⁵⁰ No entanto, apesar de vinculada às constituições, a noção de direitos fundamentais precede o surgimento da ideia de constitucionalismo.

Seguindo esse mesmo preceito, Oscar Vilhena VIEIRA⁵¹ destaca que a denominação “direitos fundamentais” é comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma ordem constitucional. A Constituição Federal de 1988 utiliza-se desta terminologia para se referir a este rol de direitos.

Muitos doutrinadores se debruçaram sobre o tema, tecendo relevantes teses sobre a importância dos direitos fundamentais do homem. Norberto BOBBIO tratou do assunto na sua célebre obra “A era dos direitos”:

[...] nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos, efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”).⁵²

Norberto BOBBIO⁵³ considera que o reconhecimento e a proteção dos “direitos do homem” estão na base das Constituições democráticas modernas, visto que a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais. Estes “direitos do homem” citados pelo filósofo nada mais são do que os denominados, na atualidade, direitos fundamentais.

Certamente, a ideia de direito fundamental já existia em épocas remotas, uma vez que ao pensar o jusnaturalismo, há que se considerar uma certa similitude deste com aqueles direitos defendidos pela corrente jusnaturalista. Entretanto, os direitos fundamentais, na concepção atual, foram consagrados somente na idade moderna. Nesse sentido preceitua Ingo Wolfgang SARLET:

⁵⁰ COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 46.

⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.36.

⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 170.

⁵³ Idem.

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo Francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direito de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.⁵⁴

Os direitos fundamentais emanaram, inicialmente, para proteger o cidadão contra o poder do Estado, por isso que historicamente surgiu no mesmo compasso do moderno Estado Constitucional. De certa forma, a positivação dos direitos do homem, foi como um contrato, por meio do qual se limitou o poder estatal. Conforme destaca Alexandre Guimarães Gavião PINTO, "os direitos fundamentais, que, em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito".⁵⁵

Marco Antônio César VILLATORE e Leila Andressa DISSENHA afirmam que "o reconhecimento dos direitos fundamentais é, sem dúvida, uma das maiores conquistas do homem ao longo dos séculos. Porém mais que seu reconhecimento, hoje, faz-se necessária a convergência de esforços para sua efetivação".⁵⁶

A positivação dos direitos fundamentais evoluiu no decorrer da história, a doutrina costuma enfatizar três gerações de direitos fundamentais, uma vez que eles foram se alterando conforme cada momento histórico. Ingo Wolfgang SARLET⁵⁷ defende que não há que se falar em gerações, mas sim em "dimensões", visto que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância. Sendo assim, os direitos fundamentais foram se formando historicamente, de modo que se somaram ao longo de sua evolução, não havendo, portanto, uma ruptura de uma geração para dar início à outra.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 46-47.

⁵⁵ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. **Revista de Direito** nº 79-2009. p. 1. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197>. Acesso em: 18 out. 2016.

⁵⁶ VILLATORE, Marco Antônio César; DISSENHA, Leila Andressa. Análise econômica e social da efetividade do direito fundamental ao trabalho como elemento propulsor da democracia e dignidade humana. **Ius Gentium: Revista Jurídica**, Curitiba, v.2, n.3, p.149-166, jan/jun 2008. p. 151.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 45.

Explicitar-se-á no tópico seguinte as particularidades de cada uma dessas chamadas “dimensões” dos direitos fundamentais, preferível utilizar-se deste termo, vez que parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais não expressam a substituição de uma dimensão por outra, mas sim a adição de uma às outras.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com os ensinamentos de Alexandre de MORAES⁵⁸ os direitos individuais do homem possivelmente originaram-se no antigo Egito e na Mesopotâmia, onde já estavam previstos alguns mecanismos de proteção individual contra o Estado. Elenca o Código de Hamurabi como sendo a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade e a família. Todavia, destaca o direito romano como sendo aquele que estabeleceu um mecanismo complexo de interditos, visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios do Estado, tendo em vista que a Lei das doze tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos que consagram a liberdade, a propriedade e a proteção dos direitos do cidadão.

No entanto, o reconhecimento dos direitos fundamentais, transpareceu somente nas primeiras constituições, tendo passado ao longo do tempo por diversas transformações, tanto no seu conteúdo, como na sua titularidade, eficácia e efetivação. Passa-se a seguir a relatar sua trajetória.

2.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram positivados com o advento das primeiras constituições escritas, possuem primordialmente um cunho individualista. Pedro LENZA⁵⁹ explica que eles “marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal”.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 24-32.

⁵⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 958.

Na primeira dimensão compreendem-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Ingo Wolfgang SARLET⁶⁰ destaca que eles são posteriormente complementados por outras liberdades, dentre elas, as denominadas liberdades de expressão coletivas (imprensa, reunião, associação etc.) e direitos de participação política (direito de voto, capacidade eleitoral passiva).

De acordo com o entendimento de Eurico Zecchin MAIOLINO⁶¹ a concepção de direitos humanos de primeira dimensão liga-se à ideia de direitos oponíveis ao soberano como forma de contenção do poder do Estado, então absolutista, vale dizer, refere-se ao surgimento de direitos de liberdades que preservava a esfera individual. Por este motivo apresentam-se como direitos de caráter negativo, uma vez que implicam uma inação por parte do Estado, mantendo e preservando o âmbito individual.

A pretensão dos direitos fundamentais de primeira dimensão era limitar o poder estatal na vida privada do indivíduo. Estes direitos continuam latentes até os dias atuais, visto que são inerentes à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Ingo Wolfgang SARLET deduz:

[...] alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.⁶²

Esta concepção vem para confirmar a visão de que não se trata de “gerações” de direitos fundamentais, uma vez que a dinamicidade jurídica faz com que mesmo os direitos positivados há tanto tempo como direitos fundamentais do homem, sofram limitações e exijam que sejam ampliados e adaptados, para se concatenarem com a realidade permeada por inovações sociológicas e tecnológicas.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 47.

⁶¹ MAIOLINO, Eurico Zecchin. Desafios à efetividade dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.99, n.893, p.47-61, mar. 2010. p.50.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit. p. 53.

2.2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Os direitos fundamentais de segunda dimensão abrangem os chamados “direitos sociais”, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., bem como, os direitos econômicos e culturais. De acordo com Ingo Wolfgang SARLET diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, “não se cuida mais de liberdade do e perante o Estado, mas sim de liberdade por intermédio do Estado”⁶³.

Estes direitos fundamentais estavam presentes nas Constituições Francesas de 1793 e 1848 e na Constituição Brasileira de 1824. Entretanto, somente no século XX, nas Constituições do segundo Pós Guerra, ocorreu desses direitos se consagrarem, além de fazerem parte de vários pactos internacionais.

Sobre os direitos de segunda dimensão esclarece ainda Ingo Wolfgang SARLET:

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.⁶⁴

Neste sentido, a segunda dimensão dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que apesar de grande parte da sociedade tenha conquistado diversos direitos e liberdades individuais não dispõem dessas garantias em decorrência do fato de não possuir meios materiais para sua fruição. Por esta e outras razões, surgiram os chamados movimentos reivindicatórios daqueles excluídos, para participarem do chamado “bem-estar social” e, conseqüentemente, constituem direitos eminentemente positivos, uma vez que são implementados e efetivados mediante prestações materiais do Estado.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 47.

⁶⁴ Ibidem, p. 48.

2.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

As duas primeiras dimensões de direitos fundamentais supracitadas têm como titular o indivíduo singular, e, posteriormente, compreendem o indivíduo como membro de um dado grupo, cuja nota de desigualdade demanda promoção social. Já a terceira dimensão, a qual segundo Eurico Zecchin MAIOLINO⁶⁵ pode ser denominada de direitos de solidariedade na ordem internacional, tem como propriedade essencial o fato de apresentarem uma titularidade coletiva.

Os direitos da solidariedade e da fraternidade são os denominados direitos de terceira dimensão, sendo que estes direitos não estão de forma expressa nas legislações positivas, nesse contexto pontua Ingo Wolfgang SARLET “a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão (inobstante cada vez mais) ainda não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional”.⁶⁶

Os direitos fundamentais de terceira dimensão mais citados pelos doutrinadores, são os direitos à paz (para Paulo Bonavides o direito à paz faz parte de uma dimensão nova e autônoma⁶⁷), à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, dentre outros. Conforme esclarecido anteriormente, estes direitos, em sua grande maioria, ainda não encontraram reconhecimento no direito constitucional, mas basta verificar tratados internacionais para constatar que estes direitos estão sendo cada vez mais consagrados no campo do direito internacional, um exemplo disso é constatado na Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, que aborda diversos direitos fundamentais de todas as dimensões, incluindo, os de terceira dimensão, conforme será demonstrado oportunamente.

2.2.4 A possibilidade de uma quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais

A doutrina tece argumentações sobre o reconhecimento de uma possível quarta dimensão de direitos fundamentais, que no entendimento de Ingo Wolfgang

⁶⁵ MAIOLINO, Eurico Zecchin, op. cit. p. 52.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 49.

⁶⁷ Ibidem, p. 51.

SARLET “ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas⁶⁸.” Diante da dinamicidade do direito, sobretudo das relações sociais não é de se estranhar a possibilidade de mais uma dimensão de direitos fundamentais. Todavia, Ingo Wolfgang SARLET pondera:

(...) não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana.⁶⁹

Certamente os direitos citados pelo autor estão relacionados com todas as discussões que possam ser traçadas na esfera dos direitos fundamentais. Isso leva a uma concepção de que não há necessidade de se pensar em uma nova dimensão de direitos fundamentais, visto que a mesma estará impreterivelmente relacionada com os valores perenes já consagrados nas dimensões anteriores e tendo por arcabouço o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, Ingo Wolfgang SARLET descreve como notável o posicionamento do Prof. Paulo Bonavides, o qual se mostra favorável ao reconhecimento de uma quarta dimensão, como resultado da globalização dos direitos fundamentais⁷⁰. Para Paulo Bonavides esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo. Essa proposta do Prof. Bonavides constitui-se, segundo Ingo Wolfgang SARLET, de fato, uma nova fase de reconhecimento de direitos fundamentais, já que não se limita a vestir com nova roupagem reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

O autor segue ressaltando que o Prof. Paulo Bonavides, defende uma quinta geração/dimensão de direitos fundamentais, representada pelo direito à paz. O direito à paz é defendido pelo jurista Karel Vasak, como sendo integrante da terceira dimensão de direitos fundamentais, mas para Bonavides a paz deve ser classificada em uma nova e autônoma dimensão⁷¹.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 50.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibidem, p.50-51.

⁷¹ Ibidem, 51.

2.3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia horizontal (denominada ainda de privada ou externa) dos direitos fundamentais constitui-se de acordo com Pedro LENZA em um contraponto à ideia de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Destaca o autor que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o Estado não se discute, mas por outro lado quando se trata da relação entre dois particulares a questão é um pouco mais complexa⁷².

Daniel SARMENTO pontua que a doutrina liberal clássica argumenta que os direitos fundamentais limitar-se-iam à regência das relações públicas, visto que são limites ao exercício do poder estatal, e que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas⁷³. Porém, se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas dos particulares, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas se torna um imperativo incontestável. Para verificar como se dá essa incidência criou-se uma discussão em torno da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da projeção deles para as relações entre particulares, situados numa relação de hipotética igualdade jurídica.

Para melhor delinear o embate da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, quando envolve a relação entre particulares, Pedro LENZA⁷⁴ destaca duas teorias:

1) Eficácia indireta ou mediata: os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se as relações privadas.

2) Eficácia direta ou imediata: alguns direitos fundamentais podem ser aplicados as relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para sua concretização.

⁷² LENZA, Pedro, op. cit., p. 966.

⁷³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 193-194.

⁷⁴ LENZA, Pedro, op. cit., p. 967.

Daniel SARMENTO explica que a primeira teoria “trata-se de uma construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta desses direitos na esfera privada”. Assim, “os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos”, uma vez que a autonomia privada dispõe de proteção constitucional o que permite que “os indivíduos renunciem os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público”⁷⁵. Destaca ainda o referido autor:

Os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais vão sustentar que tais direitos são protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, e sim através de mecanismos típicos do Direito Privado. A força jurídica dos preceitos fundamentais estender-se-ia aos particulares apenas de forma mediata, através da atuação do legislador privado.⁷⁶

Desta feita, para os defensores da eficácia indireta, caberia ao legislador privado, ou seja, aquele que edita normas reguladoras das relações entre particulares, tornar a legislação privada compatível com os valores constitucionais. Assim, não seria desrespeitado o princípio da autonomia da vontade, valor essencial entre as relações privadas.

Daniel SARMENTO explica que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, considera que é necessário ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos em cada caso concreto. “Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado.”⁷⁷ Sobre essa questão o autor traz o seguinte exemplo:

[...] não é razoável exigir, com base na isonomia, que um indivíduo trate de forma igual todos os seus vizinhos, pois ele tem o direito de gostar mais de alguns do que de outros, de convidar alguns para sua casa e outros não, e seria totalitária a ordem jurídica que pretendesse imiscuir-se nessa questão. [...] Temos, como seres humanos, o direito inalienável de agir com base em nossos sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo, e até

⁷⁵ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 210-211.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibidem, p. 221.

caprichos, e esta faculdade as autoridades públicas, num Estado de Direito, não podem possuir.⁷⁸

Por todo o exposto, verifica-se que é necessária uma ponderação com a autonomia privada para se fixar limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Daniel SARMENTO afirma que um dos requisitos que devem ser levados em conta no momento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é o grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Assim, quanto maior for a desigualdade mais intensa será a proteção do direito fundamental e menor será a tutela da autonomia privada. Ao contrário, quando houver igualdade entre as partes, a autonomia privada receberá uma proteção mais intensa. É certo que quando há pessoa com deficiência na relação privada, há uma premissa de desigualdade fática entre as partes, desta forma, “a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica”⁷⁹.

2.4 A EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel SARMENTO⁸⁰ na obra intitulada *Direitos fundamentais e relações privadas* trata da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. O autor afirma que os valores que dão lastro a estes direitos penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulso e diretrizes para a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste sentido, ocorre a “humanização” da ordem jurídica, tendo em vista que no momento da aplicação, exige-se o reexame de todas as normas por parte do operador do direito, com intuito de observar a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a justiça social, impressas no texto constitucional.

Destarte, entende-se que a eficácia irradiante está inserida no fato dos direitos fundamentais atuarem como norteadores do direito positivo, e não apenas como meros limitadores da aplicação da lei. Ora, estes direitos devem ser observados sempre, mesmo que não haja crise no ordenamento, ou seja, conflitos

⁷⁸ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 270.

⁷⁹ Ibidem, p. 272-274.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumis Juris, 2006. p. 124 -129.

entre normas. O operador do direito, precisa ser irradiado pelos direitos fundamentais, para fazer incidir seus valores sobre os casos concretos.

A teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais desenvolveu-se com a necessidade de interpretar as chamadas cláusulas gerais, bem como os conceitos jurídicos indeterminados. Elementos valorativos, tais como boa fé, interesse público, bons costumes e ordem pública, necessitam que o aplicador da lei, geralmente na figura do juiz, faça um trabalho de racionalização destes conceitos. Isso se deve ao fato de que as cláusulas gerais e critérios jurídicos, como a proporcionalidade e a razoabilidade, por configurarem elementos que podem ser moldados, tendem a abrir caminho para a arbitrariedade de quem aplica a lei, o que não ocorrerá se a interpretação for edificada à luz dos direitos fundamentais.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EXPRESSOS NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência elenca além dos direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal de 1988 alguns direitos fundamentais que estão implícitos na Carta Magna, como exemplo, o direito à habilitação e reabilitação profissional (art. 36) e o direito à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho (art. 34 e seguintes).

O Estatuto enfatiza o direito fundamental ao trabalho, tendo em vista que a pessoa com deficiência quando exerce atividade laboral participa ativamente da sociedade, adquire renda e auxilia na produção de bens e serviços. Assim, ao oportunizar o acesso ao trabalho e emprego possibilita-se também a inclusão social dos indivíduos com deficiência. Por essa razão, tem sido uma das políticas públicas de maior eficácia implantadas pelo Estado para promoção e garantia dos direitos das pessoas com deficiência.

O trabalho, além dos benefícios sociais anteriormente citados, promove também o bem-estar social das pessoas com deficiência, uma vez que podem superar a sua condição de excluídos por meio do empoderamento. Julio Pinheiro FARO explica que:

“(...) empoderar é um processo social pelo qual as pessoas adquirem ou aumentam seu poder em nível pessoal, interpessoal, político e econômico, podendo fazer escolhas racionais (orientadas para uma finalidade) para

conquistar maior controle sobre suas vidas e sobre seu modo de estar no mundo.⁸¹

O Estatuto defende que o ambiente de trabalho deve ser aberto inclusivo e acessível à pessoa com deficiência, visando sempre a promoção da igualdade. Resta evidente pelas disposições contidas na norma em comento, que se buscou concretizar, por meio do acesso ao trabalho, o bem-estar social das pessoas com deficiência concedendo-lhes, por meio da efetividade do direito de trabalhar, a autonomia para tomarem decisões e participarem ativamente da sociedade.

Importante destacar, que o Estatuto, embora trate de direitos já consagrados como cláusulas pétreas na Carta Magna, traz uma série de desdobramentos específicos voltados para a proteção do grupo de vulneráveis identificados como pessoas com deficiência.

O direito fundamental à vida (arts. 10 a 13) está intimamente relacionado ao direito à autonomia conferida pelo Estatuto à pessoa com deficiência, considerando que na parte em que trata do direito fundamental à vida ressalta que qualquer “tratamento, procedimento ou pesquisa científica” que envolva este indivíduo deve ser precedido de “consentimento prévio, livre e esclarecido” da própria pessoa com deficiência (art. 12). Sobre essa questão Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO explicam:

É certo e incontroverso que ninguém pode ser compelido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica de risco, como dispõe o art. 15 do Código Civil. Consagra-se, dessa maneira, o princípio bioético da autonomia do paciente (também chamado de livre consentimento informado), impondo aos profissionais da saúde que não atuem sem anterior autorização do próprio interessado. Trata-se, sem dúvida, de projeção da própria dignidade humana para a proteção da integridade física.⁸²

Já o direito fundamental à saúde (arts. 18 a 26), possui relação intrínseca com o direito fundamental à habilitação e à reabilitação (arts. 14 a 17). Enquanto os direitos fundamentais à educação (arts. 27 a 30) e ao trabalho (arts. 34 a 38), estão indissociados da ideia de inclusão social da pessoa com deficiência. Além desses direitos fundamentais, o Estatuto ainda enfatiza o direito fundamental à moradia (arts. 31 a 33), à assistência social (arts. 39 a 40), à previdência social (art. 41), à

⁸¹ FARO, Julio Pinheiro, op. cit., p. 151.

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p.68.

cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer (arts. 42 à 45), ao transporte público e a mobilidade (arts. 46 à 52).

Resta evidente, não somente na parte que versa sobre os direitos fundamentais, mas em todo o texto do Estatuto, a preocupação com a promoção da dignidade da pessoa e da igualdade material das pessoas com deficiência, valores estes essenciais para a inclusão desses indivíduos na sociedade, conforme será abordado na sequência.

2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ingo Wolfgang SARLET conceitua a dignidade da pessoa humana como:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos,⁸³ mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O princípio da dignidade da pessoa humana está consolidado em diversos momentos na Constituição Federal. De forma clara, o seu artigo 1º, inciso III, fundamentou o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, dentre outros (como os valores sociais do trabalho), na dignidade da pessoa humana, a qual também foi evidenciada no capítulo da ordem econômica e da ordem social como base do planejamento familiar (artigo 226, §7º) e dever de garantir existência digna a todos (artigo 170, caput), sobretudo às crianças, aos adolescentes e aos idosos (artigos 226, §7º; 227, caput; e 230, caput).

Observa-se assim, que o legislador constituinte preocupou-se em positivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Felizmente, conforme relata Ingo Wolfgang SARLET⁸⁴, a doutrina e a jurisprudência brasileira tem dado especial

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

⁸⁴ Ibidem, p. 274.

destaque a este assunto, tendo em vista tratar-se do princípio constitucional que se perfaz em norma fundamental cuja proteção e promoção pressupõem a efetivação dos direitos fundamentais (de todas as dimensões) à liberdade (direito ao livre desenvolvimento de personalidade), à igualdade (vedação de tratamento discriminatório e arbitrário), ao respeito à integridade física e psíquica, à propriedade (direito ao mínimo existencial ou patrimônio mínimo), aos direitos sociais, econômicos e culturais, dentre outros.

De acordo com Alexandre de MORAES⁸⁵ o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal, apresenta-se em dupla concepção – primeiramente, como um direito individual protetivo, tanto em relação ao Estado quanto aos demais indivíduos; em segundo lugar, estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Partindo desse preceito, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de um direito individual, também se constitui em um dever, configurado pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante.

A dignidade humana além de princípio constitucional é um valor vinculado a todos os direitos fundamentais. Luís Roberto BARROSO esclarece que “ao longo do século XX, principalmente no período após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade humana foi incorporada ao discurso político das potências que venceram o conflito e se tornou uma *meta política* um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais”⁸⁶. Luís Roberto BARROSO sustenta que:

(...) a melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico, com *status* constitucional [...] como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais⁸⁷.

Como não podia deixar de ser o Estatuto da Pessoa com Deficiência enfatiza sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana em diversas passagens, principalmente quando trata dos direitos fundamentais nos artigos 10 ao 52. Ao tratar do Capítulo dos direitos fundamentais Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério

⁸⁵ MORAES, Alexandre de op. cit., p. 60-61.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 1º reimpressão.** Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 61.

⁸⁷ Ibidem, p. 64.

Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO, dão especial destaque ao princípio da dignidade humana, veja-se:

Encartada na esfera da dignidade humana, a proteção da pessoa com deficiência (física, mental ou intelectual), precisa estar atenta nesse objetivo constitucional de garantir a todos uma vida digna, através das suas eficácias positivas e negativas. Assim o reconhecimento da fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura do sistema jurídico como um todo, bem assim como o próprio jurista, que deve na interpretação e na aplicação das normas e na formulação de conceitos jurídicos, assegurar a dignidade da pessoa humana.⁸⁸

Concernente à eficácia positiva e negativa da dignidade humana, os referidos autores explicam que a primeira impõe obrigações aos particulares e ao Estado para afirmação da dignidade, enquanto a segunda, serve como restrição ao Poder Público e às pessoas como um todo ao exercício de determinados direitos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trata a dignidade humana de forma indissociada do direito fundamental à vida ao dispor que “compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida” (art. 10). Desta feita, como bem preconizam Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO:

(...) Durante toda a vida a pessoa com deficiência merece tratamento diferenciado, tendente a garantir a sua dignidade. Do nascimento até os dezoito anos de idade, a sua proteção se baseia no Estatuto da Pessoa com Deficiência; dos dezoito aos vinte e cinco anos de idade incidem as regras do Estatuto da Juventude; e, finalmente, a partir dos sessenta anos de idade, a sua proteção advém do Estatuto do Idoso. Em todas essas fases, os seus direitos e garantias assegurados no Estatuto da Pessoa com Deficiência têm de ser respeitados e em combinação com as regras estatutárias especiais.⁸⁹

Evidentemente, todos os direitos e garantias estendidos as pessoas em razão de sua faixa etária, devem ser estendidos às pessoas com deficiência, uma vez que o tratamento dado pelo Estatuto as esses vulneráveis não excluem aquele concedido pelas demais leis especiais.

Nessa senda de respeito à dignidade humana o Estatuto prioriza o livre consentimento da pessoa com deficiência ao determinar que a mesma “não poderá

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 60-61.

⁸⁹ Ibidem, p. 61.

ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada” (art. 11) e ainda exige o “consentimento prévio, livre e esclarecido para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica” (art. 12), salvo “em casos de risco de morte e de emergências em saúde” (art. 13). Surge com estes dispositivos um questionamento, e quando a pessoa com deficiência restar interditada? Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO elucidam essa questão:

Ainda que interditado, é possível que o deficiente seja capaz de exprimir validamente sua vontade, o que ocorrerá quase sempre nas hipóteses de interdição parcial, quando então se deverá considerar sua opinião. Sendo, porém, impossível de se obter esta manifestação de vontade, por conta da total incapacidade do deficiente, cumpre a seu curador, caso interditado, fazê-lo.⁹⁰

Sobre a questão da incapacidade e interdição das pessoas com deficiência, em razão das inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para o ordenamento jurídico brasileiro, será dedicado um capítulo específico ao estudo desta temática ao final do presente trabalho monográfico.

2.4 A IGUALDADE MATERIAL NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Constitui-se em finalidade precípua do Estatuto da Pessoa com Deficiência “assegurar e promover, em condição de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, visando a sua inclusão social e cidadania” (art. 1º).

O Estatuto dedica um capítulo para tratar “da igualdade e da não discriminação” (Título I Capítulo II arts. 4º a 8º). Relaciona a plena capacidade civil da pessoa para praticar atos da vida civil, como por exemplo, casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, conservar a fertilidade, ter filho, enfim, constituir uma família, como precípuos para a promoção da igualdade.

A Carta da República estabelece em seu art. 5º, *caput*, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Como bem coloca Celso Antônio Bandeira de MELLO “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 69.

desconformidade com a isonomia”⁹¹. Assim, o princípio da igualdade deve nortear não somente o aplicador da lei, mas o próprio legislador. Partindo deste pressuposto Luiz Alberto David ARAÚJO destaca que “toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade”⁹².

A igualdade muitas vezes é tomada como sinônimo de justiça, mas nem sempre é possível tratar a todos com a mesma igualdade, frequentemente, é necessário discriminar para igualar, isso ocorre quando se está diante de direitos de grupos vulneráveis, como é o caso dos trabalhadores, bem como das pessoas com deficiência.

Destarte, a igualdade que se almeja no Estatuto da Pessoa com Deficiência, para a garantia do direito à inclusão social e da cidadania é a igualdade material (igualdade na lei), diversa da igualdade formal (perante a lei). Luiz Alberto David ARAÚJO explica com clareza essa distinção, ao tratar do duplo enfoque do princípio da igualdade:

Do princípio da igualdade constante do artigo quinto verifica-se uma preocupação do constituinte de tratar as pessoas igualmente, sem qualquer distinção. A regra isonômica não admite qualquer privilégio, tratando igualmente as pessoas. Isto é o que se denomina igualdade formal ou igualdade perante a lei. Ao mesmo tempo, a Lei Maior cuida de realçar certos valores, direitos de pessoas ou grupos, que necessitam de proteção especial, especificando ou distinguindo tais situações (tal discrimen, no entanto, é perfeitamente aceito, já que tem perfeita adequação à realidade vivida por tais grupos). Além disso, tratando-se de poder constituinte originário, não se cogitaria de limitação alguma. Tem-se, no caso, a igualdade material ou igualdade na lei.⁹³

Luiz Alberto David ARAÚJO ressalta ainda que “o princípio da igualdade formal cuida, apenas e tão-somente, da aplicação do direito, que é feita pelo julgador e pelo intérprete, seja ele o administrador público ou qualquer particular. Deve ele aplicar de forma igual o direito, sem distinção.”⁹⁴

Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO também tratam da questão da igualdade material:

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2002. p. 9.

⁹² ARAUJO, Luiz Alberto David, **A proteção...**, op. cit., p. 49.

⁹³ Ibidem, p. 80-81.

⁹⁴ Ibidem, p. 84

(...) Não basta uma igualdade formal, isto é, prescrita na lei maior, mas que se restrinja a letra morta da norma, sem aplicação na prática. Por vezes, a implantação do princípio da isonomia ou igualdade exigirá, dos entes legitimados para tanto, a adoção de medidas que visem à efetivação dos direitos assegurados na Constituição. A isto dá-se o nome de ações afirmativas, isto é, quando o Estado, objetivando compensar desequilíbrios, cria mecanismos em prol de um grupo de pessoas, visando compensar desigualdades históricas, ainda que conferindo um tratamento diferenciado a eles, quando comparados aos demais.⁹⁵

A Constituição Federal de 1988 ao determinar que certas pessoas ou grupos necessitam de proteção especial, uma vez que estão em posição de vulnerabilidade perante os demais, autoriza “desigualar na lei”. Assim ocorre, por exemplo, com o empregado perante o empregador, com o consumidor perante o fornecedor, com a criança e o adolescente perante o adulto, com a pessoa com deficiência em relação à sociedade.

Todavia, como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de MELLO:

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada⁹⁶.

O que o autor enfatiza é que deve estar presente um fator de desigualação, como é o caso da fragilidade da condição econômica do empregado em face do empregador, sendo racional, por exemplo, que o empregado seja protegido contra a despedida arbitrária e sem justa causa, fazendo jus ao recebimento de indenização compensatória na forma da lei (art. 7º, inciso I, CF) – mas, a *contrário sensu*, o empregador não poderá exigir indenização em caso de rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregado.

Celso Antônio Bandeira de MELLO elenca quatro elementos concomitantes para tornar possível desigualar ou tratar desigualmente situações, a priori, isonômicas:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços,

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 35.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 39.

nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa — ao lume do texto constitucional — para o bem público.⁹⁷

Em suma, a igualdade material é a que garante a proteção de grupos vulneráveis, uma vez que a igualdade formal, por si só, é insuficiente para promover os direitos e eliminar, ou ao menos minimizar, as desigualdades sociais.

⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 45.

3 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, AUTONOMIA E PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 DA AUTONOMIA

Em diversas passagens o Estatuto da Pessoa com Deficiência enfatiza a importância da autonomia para a promoção da igualdade e da dignidade da pessoa com deficiência. Por esta razão, é possível afirmar que um dos objetivos primordiais da lei é possibilitar que esse grupo de indivíduos sejam aptos a gerir suas próprias vidas, que possam manifestar sua vontade, seu livre convencimento, enfim, realizar as escolhas que, ao seu entender, será melhor para si.

Para atingir esse objetivo denota que é fundamental a garantia dos direitos à acessibilidade, à habilitação/reabilitação para o trabalho, à saúde, à educação, à assistência social e o acesso às tecnologias assistivas⁹⁸, bem como a plena capacidade civil da pessoa com deficiência (art. 6º).

Acerca da capacidade civil desse grupo, Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO defendem:

Na grande maioria dos casos, a pessoa, conquanto com uma deficiência física, tem plenamente preservada sua capacidade de entendimento e, bem por isso, pode livremente manifestar sua vontade. Sendo assim, não tem qualquer impedimento para o casamento ou para constituir união estável. E mesmo o interdito, em inovação inaugurada por este estatuto, tem preservada sua capacidade para contrair matrimônio, nos termos do art. 85 § 1º, deste diploma. Reforça esta tese a revogação do art. 3º, inc. II, do código Civil, promovida pelo estatuto (art. 114), que considerava absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática destes atos”.⁹⁹

De fato, como bem pontuam os autores, o Estatuto trouxe uma grande inovação para o instituto da capacidade civil, uma vez que revogou o dispositivo do Código Civil de 2002 que considerava absolutamente incapazes aqueles considerados deficientes mentais sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

⁹⁸Art. 3º. (...) III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social;

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 43.

Maurício REQUIÃO acentua que “a retirada da condição de incapaz, embora seja um avanço, não garante por si só a autonomia do sujeito”¹⁰⁰, esclarece que a autonomia perpassa por duas facetas no direito civil, qual seja, a “autonomia privada” e a “autonomia existencial”, sendo que a primeira é comumente relacionada com questões negociais, enquanto a segunda “se identifica com a liberdade do sujeito gerir a sua vida, sua personalidade, de forma digna”¹⁰¹.

Certamente, por tudo o que foi estudado até o momento, evidencia-se que a intenção do Estatuto ao revogar o dispositivo da incapacidade civil absoluta da pessoa com deficiência mental, permeia a esfera da autonomia existencial, tendo em vista que objetiva dar subsídios à pessoa com deficiência para que esta possa viver de forma digna na sociedade em que está inserida.

3.2 DA CAPACIDADE

O Código Civil brasileiro, em sua redação original, trata da capacidade logo no seu primeiro artigo ao dispor “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, na sequência, no art. 3º, define quem são os absolutamente incapazes para prática dos atos da vida civil, nomeadamente: os menores de 16 anos; os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento e aqueles que por causa transitória não puderem exprimir sua vontade. Em seguida, no art. 4º, relaciona as pessoas relativamente incapazes, quais sejam: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e por fim, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência restaram revogados os dispositivos que versam sobre a incapacidade absoluta das pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento e os dispositivos que versam sobre a incapacidade relativa das pessoas que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Assim como, tornou relativamente incapazes as

¹⁰⁰ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. Coord. Prof. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 25.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 31.

pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade.

Paulo LÔBO¹⁰² elucida que esta derrogação já havia ocorrido após o início vigência da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2009, a qual estabeleceu no art. 12 que as pessoas com deficiência “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. Afirma que a Lei 13.146/2015 apenas tornou explícita esta derrogação ao estabelecer nova redação para o art. 3º do Código Civil.

Com essa mudança, tem-se que a pessoa com deficiência somente poderá ser relativamente incapaz se não puder exprimir sua vontade, jamais será absolutamente incapaz.

O art. 6º e o art. 84 do Estatuto discorrem que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, não havendo impedimento para que esses indivíduos se casem ou constituam união estável, tenham filhos e exerçam o direito à guarda, tutela, curatela e à adoção. Sendo facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada e a submissão à curatela será medida adotada apenas em casos extraordinários. Sobre essa questão, Pablo ESTOLZE explica “ainda que para atuar no cenário social precise se valer de institutos assistenciais e protetivos como a tomada de decisão apoiada ou a curatela a pessoa deve ser tratada, em perspectiva isonômica, como legalmente capaz”¹⁰³. O autor expõe ainda a real intenção do novel Estatuto:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, 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 da vida civil.¹⁰⁴

¹⁰² LÔBO, Paulo. Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> >. Acesso em 19 out. 2016.

¹⁰³ STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 19 out. 2016.

¹⁰⁴ Idem.

Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO¹⁰⁵ tratam a tomada de decisão apoiada como um procedimento especial de jurisdição voluntária, pelo qual serão nomeados dois apoiadores que se obrigam à auxiliar a pessoa com deficiência em seu cotidiano, sendo que este instituto não se confunde com a curatela. Estes apoiadores, como bem explica Pablo STOLZE¹⁰⁶, devem ser pessoas idôneas, com as quais a pessoa com deficiência mantenha vínculos e que gozem de sua confiança.

O art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que a curatela afetará, tão somente, os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

No tocante à curatela, Cristiano Chaves de FARIAS, Rogério Sanches CUNHA e Ronaldo Batista PINTO¹⁰⁷ defendem que é necessário o reconhecimento judicial, assim como na tomada de decisão apoiada, dar-se-á por meio de um procedimento especial de jurisdição voluntária, chamado de ação de curatela e não mais de ação de interdição.

Paulo Lôbo qualifica as medidas previstas no art. 84 do Estatuto (tomada de decisão apoiada e curatela) como sendo “de natureza protetiva e não de interdição de exercício de direitos”. Com isso afirma que:

(...) não há que se falar mais em ‘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, de tutela específica, para determinados atos¹⁰⁸.

Pablo STOLZE posiciona-se no sentido de que o procedimento de interdição continuará existindo, porém, sob uma nova perspectiva que se limita ao conteúdo econômico ou patrimonial. Explica o autor:

Com efeito, estando em curso um procedimento de interdição - ou mesmo findo - o interditando (ou interditado) passa a ser considerado, a partir da entrada em vigor do Estatuto, pessoa legalmente capaz. [...] a interdição e a curatela enquanto “procedimento” e “instituto assistencial”, respectivamente

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, op. cit., p. 243-244.

¹⁰⁶ STOLZE, Pablo, op. cit.

¹⁰⁷ FARIAS; CUNHA; PINTO, op. cit., p. 243.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo, op. cit.

- não desaparecem, havendo, em verdade, experimentado uma flexibilização. Vale dizer, não sendo o caso de se converter o procedimento de interdição em rito de tomada de decisão apoiada, a interdição em curso poderá seguir o seu caminho, observados os limites impostos pelo Estatuto, especialmente no que toca o termo de curatela, que deverá expressamente consignar os limites de atuação do curador, o qual auxiliará a pessoa com deficiência apenas no que toca à prática de atos com conteúdo negocial e econômico.¹⁰⁹

Na visão do autor seria temerário e atentatório à segurança jurídica considerar que todos os termos de interdição existentes no Brasil foram automaticamente invalidados com o advento do Estatuto. Na sequência serão tecidas considerações acerca do procedimento da interdição (ou curatela).

3.3 O ATUAL PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 ignorou por completo o disposto na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e no projeto de lei convertido no Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regular o procedimento da interdição (arts. 747 a 758) e revogar os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, que trata dos legitimados à propor a ação de interdição e do processo de curatela e do procedimento a ser adotado pelo julgador.

Paulo LÔBO explica que o Estatuto da Pessoa com Deficiência restaura os referidos artigos do Código Civil. Em razão disso, alega que o fato de tanto o Estatuto quanto o CPC de 2015, estabelecerem diferentes tempos para *Vacatio Legis* – Estatuto entrou em vigor no dia 03/01/2016 (180 dias) e o CPC de 2015 em 18/03/2016 (um ano), fez brotar uma aparente reprivatização, pois os artigos 1.768 a 1.773, com a nova redação dada pelo Estatuto, apenas produziram efeitos durante dois meses e quatorze dias, sendo revogados com a entrada em vigor do CPC/2015. O referido autor pontua:

As regras do novo CPC deverão ser interpretadas em conformidade com as da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pois esta tem a força normativa superior àquele, relativamente à curatela especial, como medida protetiva e temporária, não sendo cabível a interpretação que retome o modelo superado de interdição, apesar da terminologia inadequada utilizada pela lei processual¹¹⁰.

¹⁰⁹ STOLZE, Pablo, op. cit.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo, op. cit.

Ao tecer considerações sobre a questão pontuada acima, Fredie DIDIER JR defende que pelo fato do Estatuto da Pessoa com Deficiência ter alterado os artigos do Código Civil que havia sido revogado pelo CPC de 2015 é necessário fazer uma compatibilização entre ambas as leis. Com isso, propõe que o novo inciso acrescentado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao art. 1.768 do Código Civil, (inciso IV - que permite a promoção do processo que define os termos da curatela pela própria pessoa curatelada) não deve ser considerado na revogação promovida pelo CPC/2015, pois este não poderia revogar o que não estava previsto. Com isso afirma que “será preciso considerar que há um novo inciso ao rol do art. 747 do CPC, que permite a promoção da interdição pela ‘própria pessoa’”¹¹¹.

Com relação à alteração dada pelo Estatuto ao art. 1.769 do Código Civil, que trata da legitimidade do Ministério Público para propor o processo que define os termos da curatela, Fredie DIDIER JR é da seguinte opinião:

A Lei n. 13.146/2015, nesse ponto, não percebeu a mudança promovida pelo CPC-2015 e manteve a estrutura do Código Civil, alterando apenas a redação do inciso I do art. 1.769: em vez de “doença mental grave”, “deficiência mental ou intelectual”. A diferença é evidente e, nesse caso, parece mais adequado considerar que houve revogação tácita do CPC-2015, no ponto, pela Lei n. 13.146/2015. A legitimidade do Ministério Público para a ação de interdição deve observar o comando do Estatuto da Pessoa com Deficiência.¹¹²

Embora tenha divergência doutrinária acerca da manutenção ou não da derrogação dos arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, levadas a efeito pelo Código de Processo Civil de 2015. Não se pode olvidar do *status* de emenda constitucional do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo em vista que regulamenta a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 09.07.2008 e por sua promulgação pelo Decreto Executivo 6.949, de 25.8.2009, portanto, se o Código de Processo Civil de 2015 ou qualquer outra lei dispuser de forma contrária ao Estatuto, não passará pelo crivo da inconstitucionalidade.

¹¹¹ DIDIER JR, Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão.** Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

¹¹² Idem.

4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Os juristas de uma maneira geral, sejam eles, advogados, promotores ou juízes, possuem papel fundamental na proteção dos direitos dos grupos vulneráveis, à exemplo das pessoas com deficiência, uma vez que são eles que cobram do Estado e da sociedade a efetivação dos direitos e garantias definidos na Constituição e na lei infraconstitucional. Não há que se olvidar que, na maioria das vezes, esta “luta” é travada perante o Poder Judiciário, incumbindo ao julgador dar concretude às normas protetivas e, acima de tudo, observar as mudanças legislativas que ampliam os direitos dessas minorias.

Como bem observa Lenio Luiz STRECK “direitos transindividuais não têm recebido o devido albergamento no plano da hermenêutica praticada pelos juízes e pelos tribunais; continuamos a utilizar Códigos (e códigos) velhos sem a devida filtragem constitucional”¹¹³. De fato, por meio de breve pesquisa na jurisprudência é possível constatar que os tribunais continuam utilizando a legislação infraconstitucional descontextualizada do novo tratamento dado a pessoa com deficiência pela Constituição Federal, desde a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovada, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição.

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº Lei 13.146/2015), que regulamenta a Convenção, observou-se que os direitos previstos na Convenção ganharam maior aplicabilidade perante os tribunais, principalmente no que concerne a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, conforme será analisado na sequência.

4.1 A INAPLICABILIDADE DO NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA

Conforme observado alhures, o Poder Judiciário brasileiro exerce papel primordial na garantia dos direitos das pessoas com deficiência, entretanto, nem sempre se mostra sensível para com as questões da inclusão social e com o atual

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 935.

estágio de proteção constitucional destinado a esse grupo vulnerável. Ao tratarem desta questão Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA levantam um ponto de suma importância:

A ausência de menção ao novo conceito de pessoas com deficiência nas decisões judiciais, bem como a inexistência de fundamentação no sentido do caráter social que hoje é atribuído à deficiência, com a conseqüente preocupação com a inclusão social das pessoas com deficiência que decorre do sistema constitucional brasileiro, especialmente após a incorporação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, deve ser objeto de preocupação da sociedade e da comunidade jurídica, já que aponta para a não efetivação dos mandamentos da Lei Maior.¹¹⁴

O problema mencionado pelo autor é uma realidade nas decisões judiciais. Veja-se a questão da *anacusia unilateral* (ou surdez unilateral) e a reserva de vagas para concursos públicos. Diversas decisões emanaram dos tribunais de todo o país acerca do tema: *anacusia unilateral* confere à pessoa o direito de disputar, em concurso público, as vagas destinadas as pessoas com deficiência? Mesmo diante do novo conceito social de pessoa com deficiência, introduzido na Constituição pela Convenção da ONU, há decisões conflitantes, algumas conferem o direito do candidato, com a referida deficiência auditiva, concorrer às vagas reservadas, já outras tantas negam esse direito.

A título de exemplo cita-se à seguir algumas decisões, dentre as várias disponíveis na jurisprudência das cortes superiores e dos tribunais regionais e estaduais. O Tribunal Superior do Trabalho assim se manifestou:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO INSCRITO COMO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS (PNE). ANACUSIA. CONCESSÃO DE SEGURANÇA. Esta Corte tem se posicionado no sentido de que a deficiência auditiva unilateral (anacusia) é suficiente para assegurar ao candidato o direito de concorrer em certame público em vaga destinada aos portadores de necessidades especiais, não sendo exigível a bilateralidade da deficiência auditiva para enquadramento do candidato como portador de necessidade especial. Precedentes. Reexame necessário conhecido e não provido. (TST - ReeNec: 53122920135090000, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 04/05/2015, Órgão Especial, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015)

Ao analisar o voto do relator, Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, constata-se que este seguiu entendimento jurisprudencial da Corte Superior do

¹¹⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, op. cit., p. 179.

Trabalho para não prover o recurso da União, no sentido de que não há impedimento para que o cidadão que sofre de perda auditiva unilateral seja reconhecido como pessoa com deficiência. Contudo, o referido voto sequer faz menção à nova concepção social de pessoa com deficiência, limitando-se a citar a legislação infraconstitucional (Decreto nº 3.298/99 com as alterações promovidas pelo Decreto 5.296/2004). Assim, embora tenha mantido a decisão que concedeu a segurança ao impetrante, a decisão do TST peca em sua fundamentação, ao não considerar como fator primordial o fato de que a deficiência auditiva, mesmo que unilateral, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (art. 1º, da Convenção da ONU).

Em julgamento contrário ao supramencionado a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão agravada que negou a segurança ao impetrante sob o fundamento de inexistência de direito líquido e certo:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. ANACUSIA UNILATERAL. RESERVA DE VAGA NEGADA PELA ADMINISTRAÇÃO EM VIRTUDE DE COMPROVAÇÃO DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se a anacusia unilateral confere à pessoa o direito de disputar, em concurso público, as vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais. 2. A Corte Especial do STJ, no julgamento do MS 18.966/DF, em voto vencedor de relatoria do Ministro Humberto Martins, decidiu que a surdez unilateral não possibilita a seu portador concorrer a vaga de concurso público destinada a portadores de deficiência (MS 18.966/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 20.3.2014). Precedentes atuais no mesmo sentido: AgRg no AREsp 510.378/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.8.2014; AgRg no AgRg no AREsp 484.787/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 25.6.2014. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no RMS: 43230 SP 2013/0209602-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 23/10/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2014)

Conforme resta evidenciado na ementa o relator, Ministro Herman Benjamin, seguiu entendimento da Corte Especial do STJ, que decidiu que a *anacusia unilateral* não possibilita que a pessoa acometida desta deficiência concorra à vaga reservada em concursos públicos para pessoas com deficiência. Ressaltou o relator que a deficiência auditiva unilateral não é condição suficiente, do ponto de vista legal, médico ou social, para a caracterização do candidato como pessoa com deficiência. Frisou que mudou seu posicionamento (anteriormente favorável à

inclusão das pessoas com *anacusia unilateral* nas cotas reservadas às pessoas com deficiência), após detida reflexão e análise de pareceres de órgãos governamentais. Ainda destacou no voto:

Cumpra ressaltar que as pessoas com *anacusia unilateral*, se entendidas como aquelas portadoras de deficiência, passarão a desfrutar da condição de primazia em relação aos candidatos com deficiência (deficientes auditivos bilaterais), os quais, verdadeiramente, enfrentam obstáculos para sua inserção social. É necessário reconhecer que, na prática, as pessoas que verdadeiramente necessitam da tutela legal são aquelas cujas dificuldades de interação com o meio social são tão significativas que merecem ser tratadas com maior atenção pela lei. (...) Não se pode negar que exista deficiência no caso de *anacusia unilateral*. No entanto, conforme delineado no Parecer 123/2003 da Câmara Técnica de Otorrinolaringologia, do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, a deficiência em questão não é suficiente para merecer proteção legal.

Verifica-se que o relator utilizou-se de um parecer administrativo para afastar a aplicação da garantia constitucional. Além disso, fundamentou que uma pessoa com “deficiência menor” – surdez unilateral não enfrenta “verdadeiramente” os obstáculos que enfrentam as pessoas com “deficiência maior” – surdez bilateral. Tal posicionamento não se coaduna com a atual realidade de proteção constitucional destinada as pessoas com deficiência, veja-se o que dizem Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA sobre essa questão:

No modelo social adotado pela Convenção da ONU, qualquer impedimento poderá ensejar o reconhecimento de que alguém é pessoa com deficiência, desde que sua interação com barreiras existentes na sociedade ocasionem a obstrução plena e efetiva da participação dessa pessoa na sociedade em igualdade de oportunidade para com as demais pessoas. O impedimento, qualquer que seja ele, é necessário para o enquadramento no grupo de pessoas com deficiência, mas não é suficiente por si.¹¹⁵

A análise para inserção de alguém no grupo de proteção especial não deve ser feita a partir da comparação entre pessoas com maior ou menor deficiência, uma vez que a norma constitucional não diz que uma pessoa merece mais ou menos proteção que a outra em virtude de seu grau de deficiência. Deve ser considerado em cada caso concreto, para cada indivíduo, se as barreiras existentes na comunidade em que está inserido são empecilhos para sua participação plena e efetiva na sociedade. Em outras palavras, como bem salienta Clèmerson Merlin

¹¹⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, op. cit., p. 169.

CLÈVE, “é necessária a ‘concretização’ do direito aplicável à luz da Constituição e com o compromisso de realizá-la (torná-la efetiva)”¹¹⁶.

Destaca-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para ilustrar o tema em debate:

DECISÃO: Acordam os Desembargadores do 4ª Câmara Cível em Composição Integral do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de apelação e manter a sentença em sede de reexame necessário. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - EDITAL PREVENDO RESERVA DE VAGAS PARA CANDIDATOS DEFICIENTES - CANDIDATO COM PERDA AUDITIVA UNILATERAL - PREVISÃO DA DEFICIÊNCIA NA LEI ESTADUAL Nº 15.139/2006 - AUSÊNCIA EXPRESSA DA APLICAÇÃO DO DECRETO FEDERAL Nº 3.298/199 NO EDITAL - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO DESPROVIDO, SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 4ª C.Cível - ACR - 1390116-7 - Curitiba - Rel.: Regina Afonso Portes - Unânime - - J. 27.10.2015) (TJ-PR - REEX: 13901167 PR 1390116-7 (Acórdão), Relator: Regina Afonso Portes, Data de Julgamento: 27/10/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1694 20/11/2015)

A relatora, Desembargadora Regina Afonso Portes, manteve a decisão favorável concedida em primeiro grau para o candidato com deficiência auditiva unilateral, entretanto, na fundamentação de seu voto nada menciona sobre o modelo social de deficiência, limitou-se a amparar sua decisão nas Leis Estaduais nº 15.139/2006 e nº 16.945/2011, bem como no edital do certame. Embora tenha feito menção ao art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, nada versou acerca da questão social que envolve a pessoa com deficiência, utilizando-se apenas do conceito estritamente médico previsto Lei nº. 15.139/2006, em seu artigo 4º, inciso II¹¹⁷, para constituir o direito da pessoa com deficiência.

Por todo o exposto é possível verificar que o Poder Judiciário ainda não está aplicando o novo conceito de pessoa com deficiência, constante no art. 1º da Convenção da ONU e inserido na Constituição Federal de 1988, como Emenda Constitucional, por força do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Os magistrados

¹¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 49.

¹¹⁷ Art. 4º. É considerada pessoa portadora de necessidades especiais a que se enquadra nas seguintes categorias: [...] II - deficiência auditiva - perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte: a) de 25 a 40 decibéis - db - surdez leve; b) de 41 a 55 - db - surdez moderada; c) de 56 a 70 - db - surdez acentuada; d) de 71 a 90 - db - surdez severa; e) acima de 91 - db - surdez profunda; e f) anacusia

para efetivar o direito da pessoa com deficiência à inclusão social devem fundamentar suas decisões nos preceitos constitucionais e não apenas na legislação infraconstitucional, pois esta encontra-se dissociada do novo conceito social de pessoa com deficiência. Como bem destaca Lenio Luiz STRECK:

Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão se constitui em direito fundamental¹¹⁸.

Os juízes, como intérpretes e aplicadores do direito, têm o dever de interpretar o ordenamento jurídico sistematicamente sempre em conformidade com a Constituição, por essa razão, devem entender, assim como entendem Luiz Alberto David ARAÚJO e Maurício MAIA, que “a legislação infraconstitucional anterior que contrarie o novo conceito de pessoas com deficiência deve ser tida como revogada caso não haja possibilidade de interpretação consentânea com as novas diretrizes”¹¹⁹. Somente com a observação do novo conceito de pessoas com deficiência, que entende que a deficiência não provém apenas de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, mas também das barreiras sociais que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, é que o judiciário vai cumprir seu papel de promover a efetivação da inclusão social dos indivíduos pertencentes ao grupo vulnerável.

4.2 O NOVO REGRAMENTO DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A INTERDIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

Basta uma breve pesquisa nas decisões recentes dos tribunais do país para constatar a aplicação do novo regramento trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para a capacidade civil da pessoa com deficiência. A título de exemplo, destaca-se julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CURATELA PROVISÓRIA. URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. EXIGÊNCIA LEGAL

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 931.

¹¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício, op. cit., p. 175.

INDISPENSÁVEL. ART. 749, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. EXATO ALCANCE DO COMPROMETIMENTO PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL INDEFINIDO, ATÉ O MOMENTO. **REQUISITOS DE URGÊNCIA E RELEVÂNCIA NÃO PREENCHIDOS SATISFATORIAMENTE. MEDIDA GRAVE QUE DEMANDA EXTREMA CAUTELA E SEGURANÇA JURÍDICA. ATUAL ENFOQUE DA INTERDIÇÃO, COMO MEDIDA PROTETIVA EXTRAORDINÁRIA, DO QUAL NÃO SE PODE AFASTAR.** RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 12ª C.Cível - AI - 1528977-5 - Ponta Grossa - Rel.: Mário Helton Jorge - Unânime - - J. 21.09.2016) (grifos nossos)

O caso relatado trata-se de uma ação de interdição em curso, proposta em março de 2016, ou seja, após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Constata-se assim, que a tendência é que o instituto da interdição, como bem sustenta Pablo STOLZE¹²⁰, subsista no cenário jurídico brasileiro com essa denominação. A autora/agravante, que pretende a interdição de pessoa com Alzheimer, teve o pleito de curatela provisória indeferido em primeiro grau e interpôs agravo de instrumento para tentar reverter a negativa, contudo, o tribunal paranaense manteve o indeferimento da tutela de urgência.

Para fundamentar a decisão o relator fez menção ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispondo que “com a promulgação do Estatuto do Deficiente são absolutamente incapazes tão somente os menores de dezesseis anos, ou seja, não há mais em nosso sistema pessoas maiores absolutamente incapazes; a incapacidade do maior de idade é sempre relativa”. Justificou que após o advento do Estatuto, o pedido de curatela provisória tem que ser analisado com mais cautela pelo julgador, tendo em vista que não “se pode deixar de levar em conta o atual enfoque da interdição, como medida protetiva extraordinária, proporcional às circunstâncias de cada caso”.

Observa-se que embora o julgador refira-se à excepcionalidade da medida, denomina-a de “interdição” e não “curatela”, conforme exposto no art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O próximo julgado proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul refere-se a uma ação de interdição em curso, na qual se discute o levantamento da interdição com a mudança na capacidade civil levada a efeito pelo Estatuto.

APELAÇÃO CÍVEL. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. DESCABIMENTO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA, E NÃO MAIS

¹²⁰ STOLZE, Pablo, op. cit.

ABSOLUTA, DO APELANTE. LIMITES DA CURATELA. Diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. **A sua patologia psiquiátrica - CID 10 F20.0, Esquizofrenia - configura hipótese de incapacidade relativa (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), não sendo caso de curatela ilimitada.** Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde. **DERAM PARCIAL PROVIMENTO.** (Apelação Cível Nº 70069713683, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 15/09/2016). (TJ-RS - AC: 70069713683 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 15/09/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/09/2016) (grifos nossos)

No caso em análise o interditado, pessoa com deficiência mental (esquizofrenia), ajuizou demanda pleiteando o levantamento da interdição, sob o fundamento de que possui plena capacidade para os atos da vida civil. Em primeira instância teve sua pretensão julgada improcedente diante da comprovada patologia do interditado. O relator ao fundamentar a decisão fez menção à nova redação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Justificou que com a nova legislação a deficiência não afeta mais a plena capacidade civil da pessoa e, em casos excepcionais, é possível que seja submetida à curatela, a qual afeta apenas os aspectos patrimoniais, “mantendo o incapaz o controle dos aspectos existenciais de sua vida”.

Por entender que o apelante é pessoa relativamente incapaz, o relator concedeu parcial provimento ao recurso do interditado determinando que a curatela estenda-se “apenas à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde”.

Constata-se que o relator, em que pese tenha aplicado o novo regramento trazido pela Lei nº 13.146/2015, não cogitou a hipótese da adoção do processo de tomada de decisão apoiada, previsto como medida mais benéfica do que a curatela.

Para ilustrar a questão em análise, cabe destacar mais um julgado do tribunal gaúcho, também da relatoria do Desembargador Rui Portanova, que versa sobre a autorização para o casamento de pessoa com deficiência:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA CASAMENTO. REQUERENTE QUE TEVE RECONHECIDA LIMITAÇÃO MENTAL EM ANTERIOR SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. DEFERIMENTO DO PEDIDO. Sentença recorrida que foi proferida quando já estava em vigência a Lei nº

13.146/15, que revogou a hipótese de nulidade do casamento de pessoa com deficiência mental, até então prevista no artigo 1.548, I do Código Civil e incluiu expressamente a possibilidade de casamento na hipótese em comento, nos termos do § 2º do 1.550. Caso em que é de rigor o deferimento da autorização para o casamento. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70070435912, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/10/2016). Data de Julgamento: 13/10/2016. Publicação: Diário da Justiça do dia 18/10/2016. (grifos nossos).

Embora sob a égide da nova lei, o juiz singular julgou improcedente o pedido do interditado por entender que o mesmo não possui capacidade civil para o casamento, por ser pessoa interditada. Verifica-se, com isso, que apesar do apelante já ter o direito garantido pela legislação vigente, teve que recorrer à instância superior para ter respeitado um direito existencial (habilitação para o casamento), que sequer deveria depender de uma ação judicial para o deferimento.

Por fim, destaca-se uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que faz uma crítica ao novo regramento por entender que a Lei 13.146/2015 desconsidera situações em que é imprescindível a interdição como forma de proteção à pessoa com deficiência.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO E CURATELA. INCAPACIDADE PARCIAL. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. APLICAÇÃO IMEDIATA. PESSOA RELATIVAMENTE INCAPAZ POR ANALOGIA. DOENÇA MENTAL INCURÁVEL. INCLUSÃO SOCIAL E PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Por tratar de alterações alusivas ao estado de pessoa, enquanto sujeito de direito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem aplicação imediata, mesmo aos processos em curso. 2. No caso da curatela, em hipóteses de doenças mentais graves e realmente incuráveis, como a esquizofrenia paranóide, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, apesar de privilegiar a inclusão social dessas pessoas, acabou por desconsiderar situações que revelam nítido interesse público na interdição, ainda que parcial, até mesmo como forma de proteção dos que padecem de enfermidade mental, como seria o caso de se evitar a incidência de prescrição e decadência sobre seus direitos (artigo 198, inciso I, e 208 do Código Civil). 3. No caso dos autos, justifica-se uma interdição parcial porquanto a Ré não pode ficar a mercê de sua vontade viciada em razão de sua própria doença, que lhe provoca "manifestações delirantes de natureza persecutória" e "comprometimento do juízo crítico". Assim, justamente visando a proteção da interditanda e de sua dignidade enquanto pessoa humana, deve esta ser enquadrada, por analogia, como relativamente incapaz no inciso III do artigo 4º do Código Civil, pelo fato de que em razão da doença que a acomete (esquizofrenia paranóide), a Requerida não é capaz de exprimir sua vontade sem vício capaz de anulá-la. 4. **Como forma de preservação de sua autonomia e de manutenção da vida ativa da interditada, é recomendável o estabelecimento de um percentual dos seus rendimentos para que seja de sua livre utilização, isento de prestação de contas, máxime quando esta se mostra capaz de administrar certo montante como lhe aprouver.** 5. Recurso parcialmente provido. Sentença reformada. (TJ-DF 20130110979607 - Segredo de Justiça 0026092-

44.2013.8.07.0016, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 29/09/2016, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/10/2016 . Pág.: 339/361) (grifos nossos).

O relator fundamentou a decisão no mesmo sentido da primeira decisão do TJ/RS supramencionada, isto é, deu parcial provimento ao recurso reconhecendo a incapacidade relativa da interditanda. A crítica consubstanciada na desconsideração de situações em que é necessária a interdição para a proteção dos direitos do interditando, ao menos sob uma análise detida da Lei 13.146/2015, não tem razão de ser, pois o Estatuto estabelece hipóteses (extraordinárias) em que é possível que a pessoa com deficiência seja submetida à curatela (e não à interdição) para preservar seus interesses (arts. 84 a 87).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A deficiência não é um problema social recente na história da humanidade, todavia, a preocupação do Estado e da sociedade com a proteção jurídica das pessoas com deficiência remete a um período contemporâneo, especificamente, há meados do Século XX. Tanto que as Constituições brasileiras somente vieram a tratar da questão dos direitos deste grupo vulnerável a partir da Emenda Constitucional de 1969, a qual alterou o texto da Constituição de 1967.

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, novos valores foram consagrados, bem como outros já existentes foram reforçados, uma vez que o Brasil passou de Estado autoritário, governado pela ditadura militar, para Estado Democrático de Direito, fundado na justiça social. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana a Carta Magna constitucionalizou diversos direitos e garantias das minorias, dentre elas as pessoas com deficiência. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU veio para clarear e dar mais efetividade aos direitos já garantidos pela Constituição.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) emanou para regulamentar e dar efetividade aos direitos e garantias previstos na Convenção, inclusive, alterando o regramento da capacidade civil da pessoa com deficiência, concedendo-lhe autonomia para gerir sua vida, tomar decisões que afetam diretamente sua existência e dignidade. Todavia, como não podia deixar de ser, como forma de proteção à pessoa com deficiência, manteve o instituto da curatela para casos excepcionais, nos quais a pessoa não possui a plena capacidade para gerir seu patrimônio, firmar contrato, etc.

Infelizmente não é possível apenas com a promulgação do Estatuto erradicar a discriminação perene na sociedade na qual as pessoas com deficiência estão inseridas. Embora a população brasileira conviva diariamente com a diversidade de raça, de cultura e de religião, tendo em vista a miscigenação da qual se origina, o preconceito e a discriminação estão arraigados na sociedade. A diferença é vista como anormalidade, o que acaba por acarretar na segregação social das pessoas com deficiência. Com isso a concepção de que a deficiência não está no indivíduo, mas sim na sociedade torna-se palpável, pois lhe falta a empatia,

a solidariedade e a capacidade de acolher a diferença e conviver com ela pacificamente.

Diante da evidente dificuldade de inclusão social, de forma natural e espontânea, das pessoas com deficiência na sociedade, pois esta não é naturalmente inclusiva, faz-se necessário que o Estado promova políticas públicas que favoreçam a inclusão social e a participação cidadã das pessoas com deficiência, conferindo-lhe igualdade de oportunidades com as demais pessoas (sem deficiência) por meio de garantias de direitos à educação, trabalho, saúde, transporte, lazer etc.

Ainda que as alterações trazidas pela Convenção e regulamentadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não suscitem o milagre de acabar com a discriminação e o preconceito que recai sobre esses vulneráveis, todos os aplicadores do direito devem, de forma eloquente, reverenciá-los! Pois é fato certo que a mudança promovida no ordenamento jurídico brasileiro tende a trazer maior dignidade à vida das pessoas com deficiência, principalmente por desatrelar a ideia de deficiência com a de incapacidade. A pessoa com deficiência adquiriu, por meio da legislação, um respaldo para poder gerir sua vida com autonomia.

O presente estudo não teve o intuito de esgotar o tema apresentado, tampouco, teve a pretensão de abordar todas as questões que permeiam a inclusão social das pessoas com deficiência na sociedade. Evidente que a plena capacidade, por si só, não é suficiente para promover a autonomia e a inclusão social desse grupo de indivíduos. Outros direitos, tais como, o direito à acessibilidade, o direito à educação, o direito à saúde, etc., também possuem esse condão. Devem-se estabelecer políticas públicas que somadas promovam todos esses direitos fundamentais para atingir o ideal da inclusão social, mas como é de conhecimento geral os recursos materiais do Estado são escassos, esbarrando na famigerada “reserva do possível”.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011.

_____, Luiz Alberto David. **Barrados Pessoa com Deficiência sem Acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar**. 1ª ed. Petrópolis/RJ: KBR, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v.22, n.86, p. 165-181, jan./mar. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. Tradução Humberto Laport de Mello. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. **A efetivação do Direito ao Trabalho das pessoas com deficiências no Brasil: o papel do Estado e das Empresas**. Pouso Alegre, 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/09.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Daniela Silva. Reserva de vagas aos portadores de deficiência nos concursos públicos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 4017, 1 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29900>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 19 set. 2016.

_____, **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm> acesso em: 01 out. 2016.

_____, **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 19 set 2016.

_____, **Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm> Acesso em: 19 set 2016

_____, **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 02 out. 2016

_____, **Lei 8742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm> Acesso em: 19 set. 2016.

_____, **Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2003/L10.690.htm Acesso em: 01 out. 2016).

_____, Ministério do Trabalho e Emprego. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. 2. ed. Brasília: MTE, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão**. Disponível em; <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FARO, Julio Pinheiro. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a abordagem seniana das capacidades: uma leitura sobre a concepção de

deficiência. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.22, n.88, p. 143-160, jul./set. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 19 out. 2016.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Desafios à efetividade dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.99, n.893, p.47-61, mar. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEITSCH, Joana. Outdoor contra direitos dos deficientes é mais uma criação da 'prefs'. **Gazeta do Povo**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/outdoor-contra-direitos-dos-deficientes-gera-polemica-em-curitiba-1y7mjlb81lfwjdhq8q7py8a9u>> Acesso em: 14 jan. 2016.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais – legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. **Revista de Direito** nº 79-2009. p. 1. Disponível em:<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197>. Acesso em: 18 out. 2016

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. Coord. Prof. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumis Juris, 2006.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 19 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. Reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLATORE, Marco Antônio César; DISSENHA, Leila Andressa. Análise econômica e social da efetividade do direito fundamental ao trabalho como elemento propulsor da democracia e dignidade humana. **Ius Gentium: Revista Jurídica**, Curitiba, v.2, n.3, p.149-166, jan/jun. 2008.