
A PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*Luiz Alberto David Araujo**

1. Introdução

A Constituição de 1988 é objeto de crítica de muitos, que afirmam, entre outros argumentos, que o texto é prolixo, que é repetitivo, que cuida de temas que não deveriam ser tratados por uma Constituição. Esses críticos citam como exemplos textos de outros países, como se a adoção simples de um modelo estrangeiro fosse a solução para os problemas peculiares de nosso povo. Esquecem da nossa própria realidade, de nossos próprios problemas, e acabam afirmando que a Constituição é depositária de normas que não deveriam estar lá, pois o texto deveria ser enxuto e conciso, sem trazer os desdobramentos que nosso texto apresenta. Deixam de atentar, tais críticos, que o papel relevante que é ocupado pela Constituição não permite que se deixem assuntos de fora. Por isso, permitir que o texto constitucional seja depositário dos valores constitucionais (mesmo que sejam muitos) é abrir o terreno da Constituição para a visita de todos. Dentro dessa estrutura, onde há assuntos que, em princípio, não precisariam estar no texto constitucional, surgem os princípios, que fornecerão guias para a interpretação do texto constitucional. Os princípios terão a função de permitir que sejam aplicados os valores escolhidos pelo povo brasileiro. E tais princípios aparecem fortemente na questão das pessoas com deficiência.

Ao tratar do tema das pessoas com deficiência, estaremos, todo tempo, lidando com os princípios constitucionais, trazendo os princípios para o ato de interpretação, procurando entender o sistema a partir da valoração que foi apresentada pelo constituinte. A questão das pessoas com deficiência é um dos mais propícios temas para demonstrarmos a função dos princípios constitucionais.

Vamos procurar demonstrar que o temário dos princípios não é algo vazio, mas comandos de valoração de grande importância na análise constitucional. Trabalharemos com

* **Luiz Alberto David Araujo** é Livre-Docente em Direito Constitucional. É Advogado, Professor universitário e Procurador Regional da República aposentado.

o grupo das pessoas com deficiência. É um grupo vulnerável, multifacetado, porque os problemas de uma deficiência não são os mesmos de outra, o que torna o grupo mais disperso, se visto sob a ótica das prestações do Estado, ou seja, problemas de um surdo não são problemas de um cadeirante, se vista a questão por uma ótica menos generalista e envolvente.

Vamos tentar envolver os direitos das pessoas com deficiência com os princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos, sem preconceito. Vamos procurar demonstrar a necessária conexão entre os princípios e a análise da questão das pessoas com deficiência.

2. O restabelecimento do Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 cuidou de restabelecer o Estado Democrático de Direito, trazendo texto fruto de trabalho constituinte em que houve participação da sociedade brasileira. Apesar das críticas quanto à origem da Assembleia Nacional Constituinte, o conjunto revelou uma experiência democrática muito gratificante para todos. Havia os que criticavam a permanência de um grupo de Senadores não eleitos para tal tarefa (o terço do Senado Federal que já estava compondo o Congresso Nacional quando da instalação da Assembleia Nacional Constituinte) ou a função congressual da Constituinte, permitindo que os parlamentares permanecessem em seus mandatos após a promulgação da Constituição. Com as ressalvas apontadas, o trabalho envolveu os mais variados setores do país, sensibilizando vários grupos que participaram ativamente da elaboração do texto.

O resultado foi um texto minucioso, longo, com muitas repetições e realces, que retoma ideias, tornando-as explícitas, revelando preocupação com o seu cumprimento. Se, de um lado, em termos de técnica, tal comportamento de repetição poderia significar um defeito, há que reconhecer a preocupação (aliás, muito válida) dos constituintes de deixar claros os bens que estavam sendo garantidos. Como prova de tal situação, temos o princípio da igualdade, que vem repetido em vários tópicos, apesar da garantia genérica do art. 5º. Além, portanto, da regra geral do art. 5º, onde a igualdade surge como um bem a ser preservado na forma dos incisos do art. 5º, temos a mesma igualdade já repetida no inciso 1º do mesmo artigo, repetida no art. 19, inciso III, quando proíbe a discriminação entre brasileiros, repetida no âmbito das regras tributárias (art. 150, II), quando impede a diferenciação de situações entre contribuintes na mesma situação, tudo sem falar das proteções específicas, como aquela garantida às pessoas com deficiência na contratação, por exemplo, como determina o art. 7º, inciso XXXI.

O novo texto trouxe instrumentos como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, revelando preocupação com a proteção do cidadão.

3. O papel dos princípios

O texto tem sua abertura com o anúncio dos princípios fundamentais. Tais princípios, que na Constituição de 1967 estavam espalhados ou, muitas vezes, implícitos, surgem na abertura do documento, em seu Título I: Dos Princípios Fundamentais. O constituinte, portanto, fez questão de inaugurar a Constituição com o anúncio, solene, inequívoco e irrefutável de que os bens anunciados devem ter prestígio e devem ter função específica dentro do texto. E, para garantir o fundamento do sistema, tratou de anunciá-lo no início. Assim, os arts. 1º a 4º cuidam de anunciar os fundamentos do sistema, que serão utilizados posteriormente. Assim, a forma federativa, anunciada com o Município compondo o pacto, os fundamentos do Estado Brasileiro, os objetivos fundamentais e os limites e guias para o nosso relacionamento com outros Estados surgem no Título I.

A preocupação do constituinte de elencar os princípios logo no início foi, entre outras, a de mostrar a sua importância e permitir que eles sejam guias de toda a interpretação dos demais dispositivos. A partir da leitura desses vetores de interpretação, chegaremos a uma interpretação adequada das regras que se seguem. Portanto, os princípios vão ocupar um papel fundamental na interpretação dos demais dispositivos. Não se pode interpretar, por exemplo, regras de competência, sem ter presente que o pacto federativo e suas características estão presentes no Título I. Da mesma forma, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, entre outros, serão valores presentes e necessários na interpretação do texto constitucional. O papel didático é claro e bem mencionado no novo texto, inaugurando as demais normas. Passa-se, portanto, na leitura, obrigatoriamente, pelos arts. 1º a 4º para se poder chegar aos demais dispositivos constitucionais. Essa passagem necessária, que funciona como a entrada oficial do documento, exige a reflexão do conteúdo desses bens e como eles podem influenciar os demais dispositivos da Constituição. Como se fosse um portal para a entrada na Constituição, o leitor encontra passagem obrigatória pelos princípios fundamentais.

Vamos retirar do Título I alguns princípios que serão utilizados na análise da proteção das pessoas com deficiência. Quando a Constituição Federal trata dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, menciona a “cidadania” e “a dignidade da pessoa humana”. Esses vetores serão de utilização obrigatória para a análise da situação desse grupo vulnerável,

denominado pessoas com deficiência¹. Além dessa valoração, importante entender que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil encontramos, no art. 3º, inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e, no inciso III, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Portanto, quando formos apresentar, mesmo que em linhas gerais, como demanda o objeto deste pequeno trabalho, a questão dos direitos das pessoas com deficiência, não podemos nos furtar a voltar ao tema para dar a dimensão necessária do dispositivo, iluminado pela principiologia fundamental do art. 1º.

4. As pessoas com deficiência e a proteção na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 12, de 1978

O texto anterior, além da regra genérica da igualdade, cuidava do tema das pessoas com deficiência pela Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978. Referida emenda, que não foi incorporada ao texto constitucional, permanecendo ao final do corpo constitucional, tratava de garantir aos deficientes² a igualdade, a acessibilidade, além da integração social. Cuidava de eliminar barreiras arquitetônicas e de determinar a eliminação do preconceito. A efetividade da norma foi pouco discutida perante os Tribunais. No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a emenda, na questão da acessibilidade, tinha eficácia plena e determinou que a Companhia do Metrô (Apelação Cível nº 189.449-5/7-00) construísse rampa de acesso a três pessoas com deficiência que ajuizaram uma demanda de rito sumário (processo original nº 835-87, que tramitou perante a MM. 2a. Vara da Fazenda Pública do Fórum Central da Capital). A própria emenda constitucional não foi integrada ao texto, revelando, por um gesto simbólico, a dificuldade de inclusão desse grupo de pessoas. Seria como se o texto constitucional não tivesse encontrado lugar para a tutela das pessoas com deficiência e, assim, o texto ficou ao final, discriminado e marginalizado, como uma emenda sem incorporação. No entanto, apesar da segregação da própria emenda, que garantia direitos revelando a dificuldade de inclusão, não podemos deixar de considerar que houve um grande avanço.

¹ Estamos utilizando a expressão mais moderna “pessoas com deficiência”, deixando de utilizar a expressão “pessoas portadoras de deficiência” constante do texto. Apesar de trabalharmos com o texto positivado, a ideia constitucional, como será visto no trabalho, falava de pessoa portadora de deficiência, termo empregado de forma adequada para os valores da época. Em 1988, portanto, a terminologia era moderna e atual. Nos dias de hoje, o tratamento merece pequeno ajuste, passando o grupo a ser denominado como “pessoas com deficiência” e não mais “portadoras de deficiência”. O termo, inclusive, é o utilizado na Convenção patrocinada pela Organização das Nações Unidas que foi ratificada pelo Brasil.

² A expressão “deficiente” era a utilizada à época e traduzia a cultura reinante. O termo, como já visto, vem sendo alterado.

5. A regra matriz: a igualdade

O texto constitucional de 1988, de seu lado, trata a questão da deficiência centralizando o tema no princípio da igualdade. Essa igualdade vem traduzida em diversos dispositivos, além da regra genérica da igualdade, presente no art. 5º da Constituição. Bastaria a regra para a garantia da igualdade formal, ou seja, a igualdade perante a lei. No entanto, o constituinte preferiu deixar claro, evidenciar a regra da igualdade das pessoas com deficiência. Nesse passo, tratou de, no inciso XXXI do art. 7º, garantir “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. A regra, que poderia ser dispensada – pois poderia ser extraída, claramente, do princípio do art. 5º –, foi motivo de reforço do constituinte, que estava preocupado com o caráter didático da Constituição. Já se poderia antever a proibição de discriminação no art. 5º. No entanto, preferiu deixar claro e mencionar de forma explícita a proibição de discriminação. Nesse ponto, é importante deixar desde logo consignado que não é toda pessoa com deficiência que está habilitada a qualquer cargo. O exercício profissional deve estar permitido pela sua deficiência. Assim, tarefas onde a visão é indispensável e insubstituível não podem ser exercidas por pessoa com deficiência visual. Desta forma, deve haver, para aplicação correta da regra, compatibilidade entre a função pretendida e a deficiência do indivíduo. Haverá, no entanto, casos onde pode haver dúvida se a pessoa com deficiência poderia ou não desempenhar a tarefa objeto do concurso. A deficiência poderia ser impeditiva ou não do exercício profissional. Nesse caso, abre-se a entrada para a aplicação dos princípios. Em caso de dúvida, deve-se permitir a inclusão social do indivíduo, com a abertura da possibilidade. Ultrapassada a fase de experiência, a pessoa teria seu contrato prorrogado; no entanto, se durante o contrato de experiência, o empregado não conseguir desenvolver suas atividades a contento, o empregador teria o direito de dispensá-lo, diante da falta de condições para desenvolvimento das tarefas. A aplicação do princípio inclusivo (promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, inciso IV) determina que o empregador tem o dever de permitir, em caso de dúvida, que a pessoa seja incluída. E, constatada a impossibilidade, há o direito de demitir. Impedir, em caso de dúvida, excluindo, a pessoa de tentar desempenhar as tarefas é discriminar e não cumprir o comando constitucional da inclusão, garantido na principiologia fundamental do texto. Esse mesmo exemplo poderá ser aplicado em caso das vagas reservadas, que será tratado adiante. Ou seja, o Poder Público, em caso de dúvida, tem o dever de incluir e permitir que o indivíduo demonstre suas habilidades diante do caso concreto, diante do dia-a-dia,

diante da realidade. Se conseguir desempenhar a contento suas tarefas, está efetivado; se não conseguir, o estágio probatório deve ser interrompido com a dispensa do funcionário. Só assim estaremos cumprindo o papel constitucional da inclusão. Ou seja, estaremos aplicando o princípio da inclusão previsto nos comandos dos arts. 1º a 4º da Constituição Federal.

Além da regra matriz da igualdade formal, ou seja, todos são iguais perante a lei, encontraremos a regra da igualdade material, ou seja, o suporte dado pelo Estado, reconhecendo situação de vulnerabilidade de determinados grupos. Em alguns casos, o Estado determina um benefício que, na realidade, é o meio encontrado para dar suporte a certos grupos que necessitam de amparo para poder chegar à situação de igualdade. O Estado brasileiro reconheceu, implicitamente, que deixou de apoiar como deveria as pessoas com deficiência. Há inegável falta de locais acessíveis, transporte acessível, não há campanhas para eliminação e prevenção ao preconceito; em resumo, o Estado brasileiro pouco fez para cuidar da inclusão desse grupo de pessoas. Em contrapartida, quando da Constituição de 1988, houve – reconhecendo tal falta de amparo – a instituição das vagas reservadas em concursos públicos, como determinado pelo art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal.

Reza o inciso VIII do art. 37: “VIII – A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.” No caso, como se percebe, trata-se de verdadeira ação afirmativa, reservando vagas a esse grupo vulnerável. Ou seja, a pessoa com deficiência poderá se inscrever para a vaga reservada, juntando atestado médico onde haja reconhecimento da deficiência. É claro que se exige a nota mínima para aprovação no concurso. Não se pretende, com o inciso VIII do art. 37, um passe livre para entrada de todas as pessoas com deficiência no serviço público. O candidato deve ter condições mínimas de ocupar o cargo, ou seja, deve ter sido, primeiro, aprovado no concurso (por tal razão, a partir de 1988, os concursos públicos devem ter nota mínima, sob pena de impedir que a regra do art. 37, inciso VIII, se efetive). A pessoa com deficiência deve, primeiramente, estar habilitada ao cargo, o que se verá pela ultrapassagem do critério mínimo exigido para todos pela Administração Pública. Ou seja, só serão aprovados, por exemplo, os candidatos com média igual ou superior a 7. Ora, a pessoa com deficiência que tiver condições de concorrer ao cargo (pode haver deficiência, como vimos, que impeça a sua pretensão) deve obter no concurso nota igual ou superior a 7. Sendo ou não pessoa com deficiência, a nota mínima, portanto, é 7. Superada essa fase, surge a questão da classificação. O Estado Brasileiro decidiu que um percentual pode – desde que tenha condições de desempenhar as funções e ter nota de aprovação superior ao mínimo exigido – ser beneficiado na classificação. Desta forma, a Administração Pública pode reservar um percentual, por exemplo, de 10 vagas (num total de

100) para as pessoas com deficiência. Assim, é feita uma lista com os 90 primeiros colocados, que devem ser aprovados. Pode, nesta lista, haver pessoas com deficiência, inclusive, pessoas que se inscreveram para a vaga reservada. Não importa, habilitaram-se ao concurso e foram aprovados com notas dentro da primeira lista. Portanto, não precisam da vaga reservada (só se sabe disso após o resultado do concurso). Quem serão, portanto, os dez ocupantes das vagas reservadas? Aqueles que foram classificados em primeiro lugar na lista da vaga reservada e desde que não tenham ocupado a primeira lista geral de aprovados, ou seja, se já foram aprovados sem necessitar da vaga reservada, não ocupam a vaga especial, liberando seu lugar para alguém que necessite da classificação especial. Desta forma, dez pessoas ocuparão (seguindo nosso exemplo) o cargo, mesmo não tendo as melhores classificações. Poderia haver, entre o 91º candidato e o centésimo colocado, candidatos com notas superiores aos da vaga reservada, o que poderia, em princípio, apresentar uma ideia de injustiça. No entanto, o Estado Brasileiro reservou para esse grupo o espaço, mesmo não sendo melhores em notas. Trata-se de igualdade material, garantida pelo inciso VIII do art. 37. A não-utilização da vaga reservada para a pessoa com deficiência, mesmo a inscrita em tal condição (vaga reservada), obedece ao princípio da inclusão social e da dignidade da pessoa humana. Não é toda pessoa com deficiência que necessita da vaga reservada. Imaginar que todos precisassem seria ferir o princípio anunciado. A pessoa com deficiência pode ou não necessitar da vaga reservada, pode ou não necessitar do amparo do Estado. Se não precisar, não há qualquer razão para mantê-lo dependente de tal benefício. Ao contrário, estará tirando a vaga de alguém que, também com deficiência, do apoio necessita. Portanto, entender a questão da vaga reservada é aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana, que permite ver o indivíduo (com necessidade ou não de apoio do Estado), deixando a quem precisa a vaga reservada.

Importante mencionar que, com fundamento no dispositivo constitucional de inclusão, a legislação ordinária trata de também criar vagas reservadas nas empresas privadas. Portanto, o benefício foi alongado, por força de lei (Lei Federal nº 8.213/91, art. 93), para os trabalhadores com deficiência que trabalham nas empresas privadas, que devem cumprir rigorosamente a escala de proporção prevista em lei, sob pena de sofrer a atuação do Ministério Público do Trabalho, entre outros interessados.

Assim, além do comando constitucional, que é aplicado diretamente sobre a Administração Pública, encontramos o dispositivo infraconstitucional, consubstanciado em lei, que obriga que as empresas contratem um percentual de pessoas com deficiência ou reabilitadas. O Poder Legislativo, ao elaborar a lei, cuidou de cumprir o papel da inclusão e determinou que as empresas contratassem pessoas com deficiência ou reabilitadas.

6. O direito à acessibilidade das pessoas com deficiência: um direito instrumental

A pessoa portadora de deficiência tem direito ao acesso aos espaços urbanos e rurais. O direito de ir e vir, assegurado a qualquer um, também deve ser aplicado às pessoas com deficiência. Desta forma, não se pode imaginar que as pessoas com deficiência encontrem barreiras arquitetônicas para circular. O dia-a-dia das pessoas com deficiência, no entanto, encontra obstáculos de origem mais variada. Prédios sem acesso (rampa), falta de sinalização no solo (para as pessoas com deficiência visual) e de avisos próprios para as pessoas com deficiência auditiva, entre outros problemas, são comuns. Não há necessidade de se fazer grande esforço para encontrarmos um espaço não-acessível. Isso sem falar dos meios de transporte, que servem de condutor da pessoa com deficiência para o trabalho, o lazer, para a escola, para o tratamento de reabilitação. A pessoa com deficiência vai encontrar inúmeros obstáculos, obstáculos estes que impedirão sua inclusão social. A locomoção acessível exige rampas, ajudas técnicas, elevadores preparados para isso, e o constituinte, preocupado com o cumprimento de tal tarefa, cuidou de garantir o acesso a edifícios e logradouros públicos, assim como aos meios de transporte. Inegável que a acessibilidade é direito instrumental de tantos outros como o direito ao trabalho, direito à participação política, direito à educação, direito à saúde, direito ao lazer. Como pode alguém exercer seu direito de voto se não há uma urna acessível? Se a urna está localizada no segundo andar de um edifício sem rampa, como pode um cadeirante exercer seu direito de voto, como forma de exteriorizar sua cidadania? Ela não conseguirá chegar ao seu local de trabalho e não conseguirá chegar ao seu espaço de lazer. Enfim, nem sequer chegará ao seu tratamento médico, se for necessário. Verifica-se, portanto, que a acessibilidade é um direito fundamental e tem caráter instrumental, porque dele dependem os exercícios de outros tantos direitos, como vimos. A acessibilidade recebeu cuidado especial do constituinte de 1988. O § 2º do inciso II do art. 227 deixa claro 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”. Portanto, confiando na atividade do Poder Legislativo, o constituinte determinou que a lei fosse elaborada. E não foi só nesse ponto. Adiantando-se à discussão sobre eventual direito adquirido de manter imóveis ou meios de transporte sem acessibilidade, tratou de deixar claro que haverá adaptações nos existentes no dia 5 de outubro de 1988. Assim mencionou em suas disposições constitucionais gerais, art. 244:

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Portanto, além de garantir o que será construído, por lei, o próprio texto deixou claro que os bens já existentes deverão ser adaptados, procurando impedir qualquer alegação de situação já constituída.

A questão da acessibilidade é ponto básico e necessário para a inclusão desse grupo de pessoas. Houve demora na elaboração do texto da lei ordinária, que só surgiu em 2000 (Lei nº 10.098), doze anos após a promulgação da Constituição. O decreto regulamentar, que também demorou, é de 2004 (Decreto nº 5.296), especialmente diante da urgência do reconhecimento do direito que, como vimos, tem caráter instrumental para o exercício de tantos outros direitos. Os últimos prazos para cumprimento das adaptações estão se vencendo, entregando às associações, ao Ministério Público e às próprias pessoas com deficiência um quadro de medidas judiciais pelo qual poderão garantir o cumprimento das regras de acessibilidade.

Nem se fale em revogação de qualquer das normas, inclusive do Decreto regulamentar ou de ampliação dos generosos prazos que foram concedidos. Qualquer matéria nesse sentido seria configurada como retrocesso democrático, o que é vedado pelo sistema. A vedação do retrocesso exige que o país cumpra a tarefa de efetivar direitos constitucionais e siga no sentido do seu cumprimento. Regredir na tarefa de implementação da democracia é descumprir os princípios constitucionais.

7. A educação inclusiva como direito fundamental

Inegavelmente, o país vem crescendo na tutela das pessoas com deficiência. Estamos, é verdade, longe de atingir a proteção de países que tratam do assunto com maior efetividade e tradição. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que o tema vem sendo objeto de preocupação da sociedade brasileira, que hoje está mais consciente e atenta ao problema. Prova disso é a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, primeiro texto a integrar a legislação brasileira com *status* de norma constitucional, na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, que aguarda a promulgação do Presidente da República. O Estado Brasileiro, portanto, vem cuidando das tarefas de implementação dos direitos assegurados na Constituição. Talvez longe da velocidade esperada por esse grupo vulnerável, a sociedade brasileira, pelos poderes constituídos, vem tratando da tarefa da inclusão social. A questão da escola inclusiva é pedra de toque do processo de inclusão. E a questão deve ser vista por dois ângulos. O primeiro, evidente e sem qualquer contestação, é o direito de as pessoas com deficiência cursarem escolas regulares, repartindo espaço com colegas sem deficiência,

integrando-se e permitindo a elas, pessoas com deficiência, um convívio sadio e inclusivo. A segregação, com escolas especializadas, separando pessoas com deficiência e sem deficiência, permite a criação de grupos de pessoas, como os surdos, os cegos, os paraplégicos, os que têm deficiência mental leve. O isolamento não permite o exercício da inclusão. A pessoa com deficiência não consegue conviver com colegas sem deficiência, e todas as atividades serão feitas com colegas do mesmo grupo, criando uma situação de uniformidade, mantendo a segregação. Em casa, a pessoa com deficiência terá colegas de classe também com deficiência e todos os problemas serão vistos pela ótica da pessoa com deficiência. A segregação, portanto, não permite a inclusão social do grupo, tarefa que é assegurada pela Constituição. É o comando do art. 208, inciso III, que afirma, como dever do Estado: atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Ora, se for possível, a pessoa com deficiência deve ter atendimento especializado, mas na rede regular. Ou seja, convivendo com outros colegas, dentro da mesma realidade. Não pode ser segregado. O Estado não pode alegar que faltam professores especializados, pois esse é um dever que já deveria ter sido cumprido pela Administração Pública, com o aparelhamento da escola. Mesmo que assim fosse, a escola deve dar sinais claros de evolução no aparelhamento para receber crianças com deficiência. A escola – a partir de 1988 – deveria estar se preparando para cumprir o comando inclusivo. Qualquer demora na implementação do comando constitucional consignará responsabilidade daqueles que deveriam aparelhar a escola e pleitear tal aparelhamento. Portanto, o ensino inclusivo é comando constitucional e o Estado, passados 20 anos, não pode afirmar que foi colhido de surpresa. O processo, portanto, de inclusão deve estar em movimento, exigindo da escola e de seus dirigentes o cumprimento do princípio constitucional da promoção do bem comum.

Ao lado desse direito, aloca-se outro, que não é direito da minoria, mas da maioria. Estima-se que as pessoas com deficiência representem de 10% a 15% da população brasileira. O direito alardeado agora não é do grupo vulnerável, mas é direito dos outros, das pessoas sem deficiência. Ou seja, falaremos de um direito da maioria. As pessoas que não apresentam deficiência não tiveram a oportunidade de conviver com colegas de classe com deficiência. O direito ao convívio com a diferença é necessário ao aperfeiçoamento das qualidades do ser humano. A alteridade, o olhar para o outro, ajusta a nossa localização no mundo e permite o desenvolvimento da tolerância, do entendimento de outros padrões, de outro patamar de dificuldade, ou seja, farão de nós pessoas melhores. Uma escola sem diferenças (ou com diferenças pequenas) não será tão benéfica como uma escola com muita gente diferente,

problemas diferentes, problemas de fala, de locomoção, problemas de compreensão, enfim. Todos saberiam como ajudar um colega com dificuldade de locomoção, quer empurrando a cadeira de rodas, quer servindo de guia para um colega cego ou ajudando a repetir uma lição para um colega com mais dificuldade de compreensão. Na verdade, não tivemos essa oportunidade e poderíamos pleitear o direito a ela. Nós poderíamos ser mais sensíveis, mais tolerantes, porque traríamos em nossa bagagem o trato com colegas de classe, nossos amiguinhos da escola primária, da pré-escola, que tinham alguma dificuldade e que nós ajudamos no decorrer da vida escolar. O convívio com a diferença seria algo incorporado a nossas vidas (algo já vivido e com experiências já incorporadas, formando uma base cultural sólida), não algo que vem sendo apresentado à medida que temos um novo operário na fábrica com alguma deficiência ou um colega no escritório que apresenta alguma dificuldade. Nós, muitas vezes, não sabemos como lidar com isso ou temos alguma dificuldade para nos adaptar. Se tivéssemos tido uma educação inclusiva, com colegas com diferenças em sala de aula, partilhando o dia-a-dia, trocando experiências e permitindo que a solidariedade se desenvolvesse, talvez hoje fôssemos mais tolerantes, mais preparados para o convívio, mais flexíveis. E talvez fôssemos melhores pais, melhores filhos, melhores profissionais, professores mais completos, gente melhor. O sistema, no entanto, não nos permitiu tal possibilidade, porque era a época das escolas segregadas. E, em nossa formação, poucas oportunidades tivemos de conviver com colegas com alguma dificuldade. E não aprendemos onde deveríamos aprender: no convívio dos primeiros anos da escola. Não nos foi dada a oportunidade de poder participar do processo de inclusão desses colegas, como partes ativas, colaborando efetivamente para que o convívio com a diferença gerasse benefício para ambas as partes. Ao contrário, com a escola segregada, não tivemos tal oportunidade, que nos ajudaria hoje a entender melhor a sociedade.

8. O benefício assistencial: nova aplicação dos princípios constitucionais

Certamente, outro ponto que necessitará do socorro dos princípios constitucionais será o da interpretação do benefício assistencial. Reconhecendo que certas pessoas necessitam da assistência do Estado, por apresentar situação financeira de incapacidade, a Constituição Federal, em gesto louvável, tratou de garantir à pessoa com deficiência e ao idoso que não tiverem condições de prover o seu sustento e nem de tê-lo provido por sua família, o direito a um salário mínimo, nos termos da lei. A regra consta do inciso V do art. 203, que assim disciplina:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

.....
V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a sua subsistência e nem de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Desde logo, verifica-se que o dispositivo tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Imaginemos uma pessoa com deficiência, sem condições de manter o seu sustento. E, agravada a situação, sem condições de ser mantida por sua família. Evidente que o Estado tem o dever de garantir, minimamente, a existência desse indivíduo. A ideia do pagamento de um salário mínimo vem fincada no princípio da dignidade da pessoa humana. Não se pode imaginar alguém sem condições de ter provido o seu sustento. Assim, idosos e pessoas com deficiência, nos termos da lei, receberão um salário mínimo de benefício.

A atribuição do salário, nos dizeres da Constituição, depende da existência da lei. Quando tal medida legal chegou, o benefício legal foi entendido de forma equivocada, sendo deferido valor muito pequeno, que inviabilizava a ideia constitucional. O § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, rezava que:

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Verifica-se, desde logo, que a legislação tratou de reduzir o comando constitucional, entregando benefício menor do que o vetor da dignidade da pessoa humana levava a conceder. Vejamos. Não há dúvida de que a redação veio apequenar o comando constitucional. Imaginemos uma família com duas crianças com deficiência. Se o pai receber um salário mínimo, eles não estariam enquadrados no benefício. O texto da lei, certamente, não fez jus ao comando constitucional, que foi assistencialista, preocupado com as pessoas que necessitavam do benefício.

Diante da descrição tão reducionista, foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade, que recebeu o número 1232-1. O Procurador-Geral da República pretendia ver reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo, pela falta de sintonia com o vetor constitucional e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A ação direta de inconstitucionalidade, no entanto, teve seu pedido rejeitado, mantendo-se a norma no sistema. O argumento era de que a lei poderia disciplinar o tema livremente, como determinou a Constituição Federal. Seria como se a Constituição Federal tivesse dado um cheque em branco para ser preenchido pelo Congresso Nacional, que exerceria a função

de legislador ordinário. Foram desprezados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana. A maioria da Corte decidiu pela manutenção da lei, reconhecendo que a Constituição havia deixado à lei a disciplina do benefício e que a lei poderia (como o fez) disciplinar da forma que bem entendesse. A decisão, no entanto, não foi unânime. O Min. Ilmar Galvão, que foi voto vencido, entendeu perfeitamente a questão e tratou de aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana, em voto perspicaz e perfeitamente alinhado com o referido princípio. Afirmou o Ministro Ilmar Galvão que a definição legal era um dos meios possíveis para definir-se pessoa com deficiência carente. Porém, poderia haver outros, inclusive, na via judicial, onde a pessoa poderia comprovar seu estado de necessidade. Desta forma, fazendo interpretação conforme à Constituição, o Min. Ilmar Galvão tratou de dar o enquadramento que permitia maior flexibilidade aqueles que necessitam do benefício. Se se enquadrarem perfeitamente no dispositivo legal, estão acobertados pelo benefício. No entanto, se não se enquadrarem, podem, quer perante a Administração Pública, quer ainda perante o Poder Judiciário, apresentar o seu caso e requerer o enquadramento como pessoa com deficiência carente e receber o almejado salário mínimo assistencial. Infelizmente, o voto do Ministro Ilmar Galvão não prevaleceu. O acórdão foi lavrado pelo Ministro Jobim, que conduziu o voto em sentido contrário, que foi assim ementado:

ADI 1232/DF – DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM

Julgamento: 27/08/1998 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Ao entender que o benefício só poderia ser definido pela lei, o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana, adotando a regra proposta pelo voto vencido, que abria um horizonte probatório fora da norma impugnada. Preferiu adotar uma posição em que os direitos fundamentais ficam ultrajados, onde a miséria prevalece, onde a situação de penúria dos mais necessitados fica acentuada. Deixou de acolher a tese vencida. Na hora de aplicar o texto constitucional, infelizmente, não cuidou da aplicação da principiologia, aplicando a norma como poderia ser aplicada, ou seja, nos termos

do voto vencido do Min. Ilmar Galvão. Preferiu fechar a interpretação, dando à lei um poder que ela não tem, ou seja, dando à lei o poder de dizer o que a Constituição pensa. Na verdade, havia duas interpretações. A primeira, vencedora, que trata da questão de forma técnica, sem atentar à principiologia constitucional; a segunda, como vimos, infelizmente, derrotada, trata da questão trazendo para o debate o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, interpretando conforme os valores constitucionais.

9. Conclusões

Pode-se afirmar que Estado Brasileiro está cumprindo o seu papel de incluir, conforme determinou a Constituição Federal. Talvez a velocidade desse cumprimento seja ainda insuficiente. Não encontramos em muitas Administrações ventos favoráveis para a inclusão das pessoas. E o processo de educação inclusiva está ainda no começo, permitindo que as próximas gerações cuidem de crescer entendendo melhor a alteridade, relacionando-se com o outro, sendo mais tolerantes e sendo mais sensíveis aos problemas dos colegas de classe. Mas não se pode negar que estamos evoluindo e hoje estamos melhores do que ontem; e amanhã estaremos melhores do que hoje. Mas precisamos estar atentos, como catalisadores do processo, para ocuparmos a função de apressar o cumprimento de metas, para que possamos ter uma sociedade mais inclusiva, onde haja mais solidariedade, como determinou o constituinte de 1988.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David (org.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *A proteção das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: Corde, 2001. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/corde/protacao_const1.asp>.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa portadora de deficiência, direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005.

BAUMANN, Sigmund. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direito das pessoas com deficiência, garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (orgs.). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

NEME, Eliana Franco (org.). *Ações afirmativas e inclusão social*. Bauru: Edite, 2005.

ROTHENBOURG, Walter. *Princípios constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2003.

USERA, Raúl Canosa. *El derecho a la integridad personal*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2006.