

Volumen 1 - Número 3 - Julio/Septiembre 2014

REVISTA INCLUSIONES

REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

ISSN 0719-4706

Homenaje a
**Miguel Ángel
Verdugo**

Portada: Kevin Andrés Gamboa Cáceres



UNIVERSIDAD DE LOS LAGOS
CAMPUS SANTIAGO

CUERPO DIRECTIVO

Directora

Mg. Viviana Vrsalovic Henríquez
Universidad de Los Lagos, Chile

Subdirectora

Lic. Débora Gálvez Fuentes
Universidad de Los Lagos, Chile

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda
Universidad de Los Lagos, Chile

Secretario Ejecutivo y Enlace Investigativo

Héctor Garate Wamparo
Universidad de Los Lagos, Chile

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés – Francés

Lic. Ilia Zamora Peña
Asesorías 221 B, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón
Asesorías 221 B, Chile

Diagramación / Documentación

Lic. Carolina Cabezas Cáceres
Asesorías 221 B, Chile

Portada

Sr. Kevin Andrés Gamboa Cáceres
Asesorías 221 B, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Mg. Carolina Aroca Toloza

*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,
Chile*

Dr. Jaime Bassa Mercado

Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto

Universidad de San Pablo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Dra. Nidia Burgos

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos

*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Pablo Guadarrama González

Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy

Universidad de La Serena, Chile

Mg. Mauricio Jara Fernández

Centro de Estudios Hemisféricos y Polares, Chile

Mg. Cecilia Jofré Muñoz

Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes
*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,
Chile*

Dr. Werner Mackenbach
*Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica*

Mg. Pablo Mancilla González
Universidad Santo Tomás, Chile

Ph. D. Natalia Milanesio
Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer
*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,
Chile*

Ph. D. Maritza Montero
Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Mg. Julieta Ogaz Sotomayor
Universidad de Los Andes, Chile

Mg. Liliana Patiño
Archiveros Red Social, Argentina

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira
Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga
Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Efraín Sánchez Cabra
Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz
Universidad del Salvador, Argentina

Lic. Rebeca Yáñez Fuentes
*Universidad de la Santísima Concepción,
Chile*

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas
*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Dr. Horacio Capel Sáez
Universidad de Barcelona, España

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar
Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Adolfo Omar Cueto
Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg
*Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia
Universidad de California Los Ángeles,
Estados Unidos*

Dra. Antonia Heredia Herrera
Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Miguel León-Portilla
*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Dr. Miguel Rojas Mix
*Coordinador de la Cumbre de Rectores de
Universidades Estatales de América Latina y
el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero
*CONICET / Universidad de Buenos Aires,
Argentina*

Dr. Adalberto Santana Hernández
*Universidad Nacional Autónoma de México,
México
Director Revista Cuadernos Americanos,
México*

Dr. Juan Antonio Seda
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso
Universidad de Salamanca, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Comité Científico Internacional

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Universidad Católica de San Pablo, Brasil

Mg. Elian Araujo
Universidad de Mackenzie, Brasil

Dr. Miguel Ángel Barrios
*Instituto de Servicio Exterior Ministerio
Relaciones Exteriores, Argentina*

Dra. Ana Bénard da Costa
*Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal*

Dra. Noemí Brenta
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca
Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel
Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik
Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros
Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dr. Miguel Ángel de Marco
*Universidad de Buenos Aires, Argentina
Universidad del Salvador, Argentina*

Dr. Andrés Di Masso Tarditti
Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant
Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro
Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca
Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Patricia Galeana
*Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Mg. Francisco Luis Giraldo Gutiérrez
*Instituto Tecnológico Metropolitano,
Colombia*

Dra. Andrea Minte Münzenmayer
Universidad de Bio Bio, Chile

Mg. Luis Oporto Ordóñez
Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dra. María Laura Salinas
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dra. Emilce Sena Correa
Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

Dra. Jaqueline Vassallo
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques
Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Asesoría Ciencia Aplicada y Tecnológica:
CEPU – ICAT
Centro de Estudios y Perfeccionamiento
Universitario en Investigación
de Ciencia Aplicada y Tecnológica
Santiago – Chile

Indización

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:



Information Matrix for the Analysis of Journals



UM BREVE QUADRO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL. LEGISLAÇÃO BASTA? UMA TENTATIVA DE DIAGNÓSTICO

BRIEF CHART OF CONSTITUTIONAL PROTECTION OF DISABLED PEOPLE IN BRAZIL ONLY THE LAW? A DIAGNOSIS ATTEMPT

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
lada10@terra.com.br

Fecha de Recepción: 13 de mayo 2014 – **Fecha de Aceptación:** 09 de junio de 2014

Resumen

¿Un tratamiento constitucional adecuado es suficiente para efectivizar los derechos de la persona con deficiencia? Además de la garantía de la igualdad (formal y material), de la accesibilidad, del derecho a la inclusión, del derecho a la habilitación y a la rehabilitación, hay necesidad de otros elementos para dar efectividad a la normatividad aseguradora? La norma por si sola es el inicio, pero no garantiza el proceso completo. Hay la necesidad de una práctica de ciudadanía, que se puede obtener con una escuela inclusiva e consciencia de que la convivencia con la diferencia será un bien para todos. Por lo tanto, el diagnóstico lleva al entendimiento de que no basta una buena legislación, hay que aplicar democráticamente los principios, especialmente, en el convivio saludable entre las diferencias.

Palabras Claves

Persona con deficiencia – Inclusión – Obstáculos – Escuela inclusiva – Derechos de minorías – Derecho de mayorías

Abstract

Is an adequate constitutional treatment sufficient to carry out the handicapped people's rights? In addition to the equality's guaranty (formal and material), accessibility, inclusion's right, qualification and rehabilitation's right, are there other elements necessary to give effectiveness to what the law has assured? The law by itself is just the commencement, however it does not guarantee the entire process. There is the necessity of the citizenship ideals' practice, which could be obtained by means of an inclusive school and of a conscience that the familiarity with the differences could be positive to everyone. Conclusively, the diagnosis leads us to the understanding that a complete legislation is not enough: the democratic application of the principles, especially concerning the healthy living with the differences, is necessary.

Keywords

handicapped people – Inclusion – Obstacles – Inclusive school – Minority's right – Majority's right

Um breve quadro da proteção constitucional das pessoas com deficiência no Brasil. Legislação basta? Uma tentativa de diagnóstico pág. 20

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

**BRIEF CHART OF CONSTITUTIONAL PROTECTION OF DISABLED PEOPLE IN BRAZIL ONLY THE LAW?
A DIAGNOSIS ATTEMPT**

**UM BREVE QUADRO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL.
LEGISLAÇÃO BASTA? UMA TENTATIVA DE DIAGNÓSTICO**

**TABLEAU DE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES PERSONNES HANDICAPÉES AU BRÉSIL.
SEULEMENT LA LOI? UN ESSAI DE DIAGNOSTIC**

Abstract

Is an adequate constitutional treatment sufficient to carry out the handicapped people's rights? In addition to the equality's guaranty (formal and material), accessibility, inclusion's right, qualification and rehabilitation's right, are there other elements necessary to give effectiveness to what the law has assured? The law by itself is just the commencement, however it does not guarantee the entire process. There is the necessity of the citizenship ideals' practice, which could be obtained by means of an inclusive school and of a conscience that the familiarity with the differences could be positive to everyone. Conclusively, the diagnosis leads us to the understanding that a complete legislation is not enough: the democratic application of the principles, especially concerning the healthy living with the differences, is necessary.

Resumo

Um tratamento constitucional adequado é suficiente para efetivar direitos das pessoas com deficiência? Além da garantia de igualdade (formal e material), de acessibilidade, direito à inclusão, direito à habilitação e reabilitação, há necessidade de outros elementos para dar efetividade ao normativo assegurado? A norma por si só é o início, mas não garante o processo completo. Há necessidade de prática de cidadania, o que se pode obter com uma escola inclusiva e consciência de que o convívio com a diferença será bom para todos. Portanto, o diagnóstico leva ao entendimento de que não basta uma boa legislação: há que ter aplicação democrática dos princípios, especialmente, no convívio saudável entre diferenças.

Résumé

Est-ce- que un traitement constitutionnel approprié c'est suffisant pour mettre à effect les droits de la personne handicapée?. En plus de la garantie de l'égalité (formelle et matérielle), de l'accessibilité, du droit à l'inclusion, du droit à l'habilitation et à la réhabilitation, il y a de la nécessité d'autres éléments pour faire effectif la réglementation d'assurance?. La règle par soi même est le début, mais elle n'assure pas le processus en entier. Il existe la nécessité d'une pratique de citoyenneté, que l'on peut obtenir avec une école inclusive et consciente de la coexistence avec la diversité sera bonne pour tous. Par conséquent, le diagnostic a comme résultat la compréhension; et ça veut dire qu'il ne s'agit pas seulement d'une bonne législation, mais on doit appliquer démocratiquement les principes, particulièrement, dans la coexistence saine avec la diversité.

Keywords

handicapped people – Inclusion – Obstacles – Inclusive school – Minority's right – Majority's right

Palavras-Chaves

Pessoa com deficiência – Inclusão – Obstáculos – Escola inclusiva – Direito da minoria – Direito da maioria

Des mots clés

Personne handicapée – Inclusion – Obstacles – École inclusive – Droits de minorités – Droits de majorités

Um breve quadro da proteção constitucional das pessoas com deficiência no Brasil. Legislação basta? Uma tentativa de diagnóstico pág. 21

Introdução

Muito se tem falado sobre a inclusão das pessoas com deficiência, especialmente no Brasil, que traz um índice alarmante de 23,9% segundo o Censo Brasileiro de 2010¹.

Há um conjunto normativo constitucional, no Brasil, adequado à proteção desse grupo vulnerável? Pode-se falar que a garantia constitucional, apesar de pródiga, meticulosa, é suficiente para efetivação dos direitos? Podemos afirmar que há um conjunto uniforme de vontades no Brasil zelando e se dedicando à aprovação de normas para implementar tais direitos? A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência resolveu os temas que ainda apresentavam problemas?

Procuraremos, nesse breve trabalho, demonstrar se apenas o enunciado constitucional e, em seguida, a inclusão da Convenção foram suficientes para garantir a efetividade desses direitos.

1.- O quadro anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1.988. Antes disso, no entanto, havia já uma proteção dentro do próprio texto constitucional referente à tutela das pessoas com deficiência. Não tratava do assunto de forma direta. A Constituição de 1946, por exemplo, mencionava direito à previdência ao inválido. Eram previsões genéricas, sem um caráter específico.

A Constituição de 1.967, com a Emenda Constitucional n. 1, tratou de afirmar que era assegurado aos “excepcionais” direito à educação especial, em seu artigo 175, parágrafo quarto, conforme dispusesse a lei.

Em 1.978, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 12, que tratava da inclusão das pessoas com deficiência. A terminologia utilizada na época para designar o grupo vulnerável foi “deficiente”. O texto tinha uma particularidade. Aprovado como emenda constitucional, acabou ficando ao final da parte principal, segregado. Os dispositivos aprovados não foram diluídos, mas permaneceram sem “inclusão”, ao final, revelando a simbologia da segregação. Havia, portanto, o texto da Constituição, modificado pelas Emendas já aprovadas e o texto separado da Emenda n. 12, que trazia direitos desse grupo. Não houve como esconder a falta de inclusão simbolicamente revelada pela não distribuição dos direitos dentro do texto constitucional permanente.

2.- A proteção das pessoas com deficiência na Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988

Fruto da redemocratização, o Estado Brasileiro decide elaborar uma nova Constituição, que atendesse aos ideais novos que grassavam no país. Uma Assembléia

¹ Segundo o Censo Demográfico de 2010, 23,9% da população brasileira declarou que apresentava alguma deficiência. Conferir em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000008473104122012315727483985.pdf>

Um breve quadro da proteção constitucional das pessoas com deficiência no Brasil. Legislação basta? Uma tentativa de diagnóstico pág. 22

Nacional Constituinte foi convocada que terminou por aprovar o texto de 05 de outubro de 1.988, hoje já com 78 emendas.²

Em relação às pessoas com deficiência, já podemos apontar a importância dos valores constitucionais, que vêm arrolados no Título Primeiro, “Dos Princípios Fundamentais”. Por aí, em seu artigo primeiro, verifica-se que a “dignidade da pessoa humana” é um dos fundamentos desse Estado Democrático de Direito que se estabelecia.

Outros pontos também, ainda nesta fase introdutória, mereceriam destaque como, por exemplo, os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, insculpido no artigo terceiro, inciso IV, que menciona: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo cor e idade quaisquer outras formas de discriminação”.

O texto traz uma proteção à nível constitucional bem detalhada, revelando uma de suas características, qual seja, a prolixidade e o detalhamento.³

Não vamos nos alongar sobre pontos representativos desse avanço, procurando nos limitar aos temas ligados às pessoas com deficiência.

Primeiramente, houve uma mudança na terminologia. Deixamos a expressão “deficiente” e passamos a adotar “pessoa portadora de deficiência”, revelando a preocupação do legislador da época. Estávamos em 1988 e a expressão mais adequada era mesmo “pessoa portadora de deficiência”, que tinha a palavra “pessoa” como núcleo, diferentemente de “deficiente” que trazia a idéia de defeito ou incompletude.

O tema da deficiência vem assegurado quando o direito à habilitação e reabilitação na vida social vem garantido como parte da Assistência Social, no artigo 203. Independentemente, portanto de contribuição para o sistema previdenciário, tal direito está assegurado aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

Não bastasse o princípio do direito à inclusão, constante do artigo terceiro, da idéia de que todos têm direito à habilitação ou reabilitação (artigo 203, inciso IV), há presença forte da igualdade formal. Ou seja, ninguém poderá ser discriminado em virtude de sua deficiência. Não haveria necessidade de tal comando, pois a regra da igualdade já está presente no “caput” do artigo quinto. De toda forma, entendeu o constituinte de proteger especifica e expressamente esse grupo vulnerável, mesmo já tendo a igualdade sido garantida e explicitada em outro dispositivo.

O artigo sétimo, em seu inciso XXXI garante a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Instalada a igualdade, proibida a discriminação, assegurado o direito à habilitação e a reabilitação, foi necessário que se garantisse outro direito, qual seja, a igualdade

² Conferir o texto integral atualizado e as emendas no endereço:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm

³ Em outros trabalhos, já mencionamos que o texto é detalhado e repetitivo, revelando o cuidado de seus autores com a clareza, tudo para evitar que os bens assegurados não fossem reconhecidos pelas autoridades e pelo Poder Judiciário, temor que, em certa medida, se justificava e se justifica.

material. O Estado brasileiro tratou de garantir, por dispositivo específico, uma ação afirmativa, de nível constitucional, quando assegurou às pessoas com deficiência o direito de competir para vagas reservadas em concursos e empregos públicos, conforme disporia a lei. Ou seja, o direito já estava assegurado. A forma de viabilizar tal direito estaria garantida por lei. Assim, o artigo 37, inciso VIII, garantiu vagas reservadas às pessoas com deficiência que pretendessem se candidatar a concursos de cargos ou empregos públicos.

O dispositivo, em um primeiro momento, provocou alguma discussão. Primeiramente, quais seriam os percentuais que ficariam reservados. Entendeu, a lei 8.112-90, de deixar um teto a ser definido pelo Administrador Público quando da elaboração do Edital de Concurso, ou seja, o máximo de vinte por cento. Ele, administrador, afere, caso a caso, a necessidade de percentuais menores.

A lei dispôs também, de forma adequada, sobre a necessidade de duas listas. A primeira, de mérito, que deveria conter a classificação sem considerar as inscrições em vagas reservadas, de maneira que todos concorrerem às mesmas vagas. E uma segunda lista, aqui apenas com os candidatos que -não tendo sido aprovados e classificados para o número de vagas oferecidas- foram aprovados, atendendo à nota mínima do concurso.

Terminada a classificação das vagas do concurso, passamos a contemplar aqueles candidatos que foram aprovados (obtiveram a nota mínima), inscreveram-se para as vagas reservadas e não obtiveram a classificação regular. Desta forma, imaginemos que das 100 vagas, 95 sejam regulares e 05 reservadas. Os melhores candidatos (quer tenham feito a inscrição para as vagas reservadas ou não) são chamados; e, a partir do número 96, chamamos os primeiros cinco candidatos que se inscreveram para a vaga reservada, não estão dentre os 95 da primeira lista e foram os primeiros classificados na segunda lista.

Tal critério é aquele que contempla a igualdade material garantida pela Constituição.

Em um primeiro momento, diversos concursos entenderam de não reservar vagas ou, mesmo reservando, já deixaram claro que tipo de deficiência não seria compatível com a função.

O Poder Judiciário tratou de determinar, por decisão do Supremo Tribunal Federal, que o edital de concurso não pode dizer, “a priori”, quem está ou não habilitado para o concurso. Apenas depois dos exames médico e ambiental é que se pode afirmar que a pessoa tem ou não condições de exercer o cargo. E, ainda assim, em caso de dúvida, a decisão da Administração Pública deve ser pela inclusão. E o estágio probatório (fase necessária para verificar se todos os candidatos aprovados se adaptam às regras do cargo) dirá se a pessoa com deficiência pode ou não continuar no cargo, em caso de dúvida. Ou seja, em caso de dúvida, incluir (e não excluir). Devemos dar a chance ao candidato aprovado de demonstrar que tem condições de ocupar o cargo (e não vetar sem lhe dar essa oportunidade, em caso de dúvida).

Os juízes, em um primeiro momento, também entenderam que a norma não lhes seria aplicável. O Conselho Nacional de Justiça baixou uma regulamentação dizendo que eles também deveriam, nos concursos para provimento ao cargo de juiz, abrir vagas reservadas para as pessoas com deficiência, ou seja, não estariam excepcionados da

regra da igualdade material. Alegavam, em linhas gerais, que o regime da magistratura era diferente do funcionalismo geral. Esse entendimento foi, felizmente, corrigido. Hoje todos os concursos públicos para juiz devem oferecer vagas reservadas às pessoas com deficiência.

Na esteira da norma constitucional e dos vetores de inclusão, leis ordinárias determinaram que fossem reservadas, nas empresas com mais de cem empregados, um determinado percentual, progressivo, de empregados com deficiência. Apesar de não ter tido fundamento constitucional exposto, a regra do artigo 37, inciso VIII, deixou claro que o vetor deveria se estender às empresas privadas.⁴

Outro ponto importante foi o salário mínimo existencial, ou seja, a regra constante no artigo 203, inciso V, que determina que a pessoa com deficiência (e o idoso) que não tiveram, nos termos da lei, condições de se manter e nem de ser mantidos por suas famílias, tem direito a um salário mínimo.⁵ Foi uma política clara assistencialista. A lei ordinária, no entanto, amesquinhou o benefício, reduzindo de forma sensível o universo dos beneficiários. O tema não será tratado aqui.⁶

No entanto, talvez a regra de maior importância no contexto constitucional, foi a do artigo 227, parágrafo segundo que, combinada com o artigo 244, da Constituição, garantiu o direito à acessibilidade.

Referido parágrafo segundo, garante, nos termos da Lei, o direito à acessibilidade ao transporte público⁷. Trata-se de importante dispositivo que garantiu a instrumentalidade dos direitos à saúde, ao lazer, ao trabalho, à inclusão. Não se pode imaginar que o direito à saúde esteja garantido no texto, se a pessoa com deficiência não tenha assegurado o direito à acessibilidade. A acessibilidade, portanto, é direito fundamental instrumental, quer dizer, por meio dela, acessibilidade, será possível exercer outros direitos como o direito à educação, ao trabalho, à saúde, ao lazer. Como pensar, por exemplo, no direito à educação, se a pessoa com deficiência não consegue chegar à escola; e chegando à escola, como nela conviver, se não é acessível. Como podemos imaginar que o direito ao trabalho está garantido se o trabalhador com deficiência não consegue, por falta de acessibilidade, chegar ao seu posto de trabalho; e lá estando, se locomover dentro da empresa, exercendo seu direito à inclusão.

Mas a Constituição foi cuidadosa. Além de assegurar a acessibilidade para o futuro (desde que elaborada a lei, nos termos do parágrafo segundo, do artigo 227), era necessário que não se alegasse qualquer defesa que inviabilizasse a acessibilidade. Assim, surgiu o artigo 244, que tratou de disciplinar regra idêntica para os imóveis e veículos já existentes em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição.

⁴ Conferir a Lei 8213/91, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm

⁵ Apenas como referência, em maio de 2014, o salário mínimo no Brasil equivale a R\$724,00 (setecentos e vinte e quatro reais) correspondente a aproximadamente 320 dólares.

⁶ O tema foi tratado em A proteção constitucional das pessoas com deficiência, Brasília, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, 4^a. Edição, 2011.

⁷ Artigo 227, parágrafo segundo: “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”.

Artigo 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 artigo 227, parágrafo segundo.”

Assim, novos imóveis de uso público e veículos coletivos e imóveis e veículos coletivos já existentes deveriam ter acessibilidade. Os novos já deveriam ser concebidos assim, acessíveis; os já existentes deveriam ser adaptar, tudo nos termos da lei.

Voltaremos ao tema da lei, seu tempo de elaboração e sua execução, em breve, quando iniciarmos um breve diagnóstico sobre as dificuldades do tema.

3.- A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Constituição de 1.988 não previa que os Tratados Internacionais tivessem um tratamento especial pelo ordenamento jurídico interno. Isso provocou uma discussão doutrinária que terminou, em parte, com a edição da Emenda Constitucional n. 45, que adicionou o parágrafo terceiro, ao artigo quinto, determinando que um tratado internacional de direitos humanos, se respeitado um rito especialíssimo e mais difícil, seria internalizado como uma emenda constitucional (a palavra utilizada foi “equivalente”). Assim, a partir de 2004, o Brasil pode ter a possibilidade jurídica clara de ingresso de tratados internacionais com equivalência de emenda, ou seja, com a possibilidade, portanto, de revogação tácita de todos os dispositivos ordinários que contrariassem os dispositivos do referido Tratado. E, sendo de Direitos Humanos, estaria protegida pela impossibilidade de mudança (artigo 60, parágrafo quarto).

Em 2009, o Brasil ratificou internamente a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o que provocou seu ingresso. E, em termos de hierarquia, com um elevado estado. Desde logo, portanto, devemos ler a Constituição brasileira com a expressão “pessoas com deficiência” e não mais “pessoas portadoras de deficiência” por ter sido essa a expressão adotada pela referida Convenção.

A Convenção trouxe avanços em diversos temas. Vamos aqui nos ater ao conceito de pessoa com deficiência, que trata desse ponto a partir de um novo conceito, ambiental, social, deixando o critério médico (apenas e tão somente) de lado. Essa inovação, por si só, já produziria uma alteração sensível na ordem jurídica brasileira, que trabalhava com um conceito médico. Os decretos regulamentares que definiam quem era pessoa com deficiência cuidavam de atrelar o conceito a um aspecto médico.⁸

Desta forma, com a aprovação, já não podemos mais aplicar o decreto que, inegavelmente, trazia um critério seguro para o Administrador Público, para o empregador (quando cumpria ou não cumpria as quotas de vagas reservadas para pessoas com deficiência) ou quando, por exemplo, o Estado brasileiro assegurava o salário mínimo existencial (artigo 203, V). A aplicação pura e simples do decreto regulamentar, que definia quem era enquadrado no conceito de pessoa com deficiência deixou de ser aplicado, diante dos termos modificativos da Convenção, especialmente, em seu artigo primeiro. Voltaremos, adiante, a tratar do assunto. O fato de ter sido um critério razoavelmente seguro (pois dependia de um atestado médico e o administrador se louvava em tal laudo) causa alguma dificuldade, pois agora temos um exame ambiental e social da deficiência e da pessoa com deficiência.

⁸ Conferir texto integral do Decreto 5296-04 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm

Um breve quadro da proteção constitucional das pessoas com deficiência no Brasil. Legislação basta? Uma tentativa de diagnóstico pág. 26

Dentre outros comandos, há a regra do não retrocesso, ou seja, impossibilidade de aplicação da Convenção, quando há, na legislação interna, regra mais benéfica. Esse tema também poderá ser cotejado com a questão acima. Ou seja, pessoas que já tinham o benefício deixarão de ter, com a aplicação da Convenção? Mas esse também será um tema deixado de lado, apesar de sua importância, porque escapa do objetivo deste trabalho.

4.- Comportamentos que revelam atenção (ou desatenção) ao tema

Vamos procurar aqui demonstrar alguns obstáculos para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, apesar do bom arcabouço constitucional apresentado. E, para tanto, vamos procurar demonstrar alguns pontos que são revelados por comportamentos dos três Poderes e da mídia.

Começamos com o Poder Legislativo. Já vimos que o direito à acessibilidade é um direito fundamental instrumental e que ele é vital para a inclusão social das pessoas com deficiência.

Também já vimos que o artigo 227, parágrafo segundo, determinou que a lei disciplinasse a acessibilidade. A Constituição, como sabemos, é de 1.988. Pois a lei foi feita pelo Congresso Nacional apenas no ano 2000! Quer dizer, o Congresso Nacional ficou 12 anos para elaborar uma lei de grande importância para esse grupo vulnerável. Imaginemos que fossemos legisladores. Não teríamos qualquer dúvida em colocar na pauta os temas indispensáveis como esse. Mas o Congresso levou 12 anos para aprovar a lei da acessibilidade. E, ao final, não fixou prazo para a adaptação dos veículos de transporte coletivo e nem dos imóveis de uso público que já existiam quando da vigência da Constituição (artigo 244). Isso só ocorreu quando o Poder Executivo, em 2004, fixou tais prazos por meio do Decreto Regulamentar. Ou seja, o Poder Legislativo levou doze anos para regulamentar a lei; o Poder Executivo levou 4 anos para regulamentar. E, ao regulamentar, concedeu prazos generosos para os proprietários, de maneira que todos não fossem colhidos de surpresa.⁹

Assim, verificamos que o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ao menos nesse episódio, não entenderam a gravidade da situação, deixando de dar o valor devido ao tema.

O Poder Judiciário não tem sido diferente. Primeiramente, já mencionamos a dificuldade de aceitar a vaga reservada para o concurso, afirmando que a regra era de aplicação para a Administração Pública em geral, mas não para o Poder Judiciário. Tal entendimento mudou com a edição de determinação do Conselho Nacional de Justiça, que obrigou aos Tribunais do país a seguir a vaga reservada para seus concursos. Não bastasse tal comportamento, as decisões dos Tribunais quando decidem questões relativas ao grupo vulnerável, em muitos casos, deixa de atentar a aspectos relevantes do

⁹ Como se houvesse surpresa. O parágrafo segundo, do artigo 227, já falava no tema (1.988); o mesmo tema era tratado pelo artigo 244 (1.988). A lei demorou 12 anos! E o decreto n. 5296-04 mais 4. E concedeu prazos muito generosos para a adaptação. Ninguém, certamente, foi surpreendido, salvo as pessoas com deficiência, que continuaram a aguardar a integração legislativa de um comando constitucional que, em princípio, lhes dava direito de acesso.

tema. Vejamos, por exemplo, a questão do conceito de pessoa com deficiência. O Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, debateu longamente se uma pessoa com audição unilateral seria considerada pessoa com deficiência. Ao verificar o debate constante no acórdão do Mandado de Segurança n. 18.966-DF, notamos que o novo critério da Convenção não foi abordado. A corte se limitou a tratar do ponto referente ao critério médico, ou seja, do enquadramento ou não no decreto regulamentar. Não há uma só palavra sobre o novo critério da Convenção, já incorporado há mais de cinco anos no sistema jurídico brasileiro, como visto.¹⁰ E, em alguns raros momentos dos votos, os Ministros Julgadores mencionam uma decisão do Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, tampouco mencionou o novo critério fixado pela Convenção.

Se o Poder Legislativo e o Poder Executivo foram demorados em disciplinar a norma, o Poder Judiciário tem dificuldade em entender os temas das pessoas com deficiência. Há, é verdade, decisões bastante avançadas. No entanto, como se vê, não é da maioria das Cortes. Apenas por curiosidade, vejamos, na decisão, a multiplicidade de termos usados para se referir às pessoas com deficiência. Claro que sabemos que a terminologia não dará o conteúdo do direito; tratar o grupo pela nomenclatura adequada não garante a efetividade; no entanto, pode revelar um certo descuido ou desconhecimento com o tema.¹¹

A mídia tampouco se comporta de forma adequada ao tratar do tema, especialmente em relação à nomenclatura. Os maiores jornais do país, ainda, utilizam-se da terminologia anterior, como pessoas portadoras de deficiência. Isso quando não usam “deficiente” ou “pessoas com necessidades especiais”, sendo que a Convenção foi internalizada em 2009. Já teríamos tempo suficiente para “decantar” os novos conceitos e implementar as novas terminologias.

5.- Uma tentativa de diagnóstico

Limitamos esse trabalho a esses pontos: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e mídia. Mas, certamente, poderíamos ampliar esse espectro, trazendo comportamentos quotidianos nas cidades, como ocupar a vaga reservada, destinada ao estacionamento de veículos das pessoas com deficiência, que são sinalizadas com o símbolo internacional, com o argumento “É só por um minuto. Vou ali e já volto”. Isso é muito comum. Portanto, o comportamento não é isolado dos poderes e da mídia. Há uma sensação de que há dois mundos: o mundo das pessoas com deficiência, daqueles que defendem direitos e buscam a sua efetividade e mundo dos outros. Mas por que esses outros, apesar do belíssimo arcabouço constitucional, têm dificuldade de entender a questão da pessoa com deficiência?

Aqui faz falta a escola inclusiva. Tivéssemos todos nós colegas de classe com alguma deficiência, partilhando nosso quotidiano, nossos problemas comuns de sala de aula, a nossa rotina, teríamos um grau de compreensão muito maior e teríamos hoje uma maior capacidade de entender as questões da inclusão. Os deveres de casa já

¹⁰ Conferir texto integral do julgado no endereço do Superior Tribunal de Justiça: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201625834&dt_publicacao=20/03/2014

¹¹ Encontramos na decisão já mencionada (mandado de segurança n. 18.966-DF), as seguintes expressões: “deficiente auditivo” “deficiente físico” ou “deficientes”, todas, como vimos, já superadas pela Constituição Federal e pela Convenção da ONU.

apresentariam dificuldades para os colegas com alguma deficiência; a acessibilidade já seria questionada a partir dos primeiros anos de escola, a tolerância e o acolhimento já seriam exercidos a partir da entrada na idade escolar. Enfim, a escola inclusiva permitiria a troca de experiências, a vivência das dificuldades e a proposta de soluções, que seriam incorporadas dia-a-dia na rotina das pessoas. Não sealaria em deficiência, como no caso dos parlamentares (que demoraram 12 anos para fazer uma lei fundamental) ou dos administradores públicos que deixam de zelar pela acessibilidade das pessoas com deficiências, em muitos casos, em hospitais, clínicas de reabilitação, para dizer o menos.

Enfim, o ensino inclusivo, que se implementa no Brasil -com alguma dificuldade- é verdade -ajudaria a eliminar a distância entre as pessoas com deficiência e pessoas sem deficiência. O convívio permitiria uma aplicação mais rápida e efetiva da Convenção, dos deveres mínimos do administrador público de zelar pela acessibilidade da repartição, do espaço público; dos deveres de incluir com linguagens próprias e acessíveis.

Ao lado dessa escola inclusiva, podemos sugerir uma forma catalizadora, que ajudaria no processo de efetivação dos direitos: a passagem de direitos da minoria para direitos da maioria.

Como desenvolver esse ponto? Ora, estamos todos dizendo que há um direito à inclusão social desse grupo vulnerável. E de outros tantos grupos vulneráveis. As pessoas com deficiência têm direito à inclusão, tem direito ao trabalho, à educação, ao convívio social. No entanto, tal afirmativa já é algo que, para certo grupo, banalizado (no plano teórico). Evidente que as pessoas com deficiência tem direito à inclusão social, com todas as derivações que tal termo poderia permitir. Disso não temos dúvida e a afirmativa é pedestre.

Vamos falar, agora, de uma mudança de eixo (sem, é evidente, deixar de celebrar o primeiro conceito). Mas o que se propõe aqui é uma virada conceitual. Falemos do direito da maioria em poder conviver com a minoria. Esse direito de conviver com a diferença, que não nos foi garantido na idade escolar. Esse direito de poder ter convivido com um coleguinha de classe que me ensinaria a ser mais tolerante ou mais acolhedor, que demoraria mais para aprender um pouco a lição, que tivesse dificuldade de fala, de audição, de visão, de locomoção. Falamos de convívio com as diferenças.

Vamos falar um pouco do direito de todos nós de podermos viver com gente com alguma diferença. Se há um direito aos grupos vulneráveis à inclusão social (e este direito parece bastante claro e evidente), há um outro direito: o da maioria, de poder conviver com a minoria ou com um grupo vulnerável. Esse direito da maioria, que muitas vezes não é reconhecido, poderá ajudar a dar uma nova propulsão ao primeiro direito (direito à inclusão social dos grupos vulneráveis). A partir do momento em que o direito ao convívio com a diferença passa a ser um direito de todos, para que possamos ser pessoas melhores, mais acolhedoras, mais solidárias, que lidem melhor com os fatos novos, com as pessoas novas, tal direito passa a ocupar uma cena também importante.

Ou seja, há direitos de ambos os lados. A maioria tem direito de poder conviver com a minoria. Esse convívio é que fará com que nossos filhos sejam melhores do que a nossa geração (partindo do pressuposto que não tivemos essa oportunidade). Hoje não se imagina um empregado de uma empresa sem flexibilidade, sem saber lidar com a diversidade. Nos questionários de emprego, os recrutadores procuram pessoas que saibam se enquadrar em ambientes os mais diversos, quer geográfica, quer

pessoalmente localizados. Ou seja, todos buscam o bom trato com a diversidade. Esse desenvolvimento da aptidão pela diversidade, esse preparo para conviver com o novo ou o diferente deveria ter sido adquirido na escola, nos primeiros passos da vida escolar. Com um coleguinha cadeirante, com um companheiro de classe cego ou surdo. Ou mesmo com alguém que apresentasse alguma dificuldade para entender a lição e demorasse mais para realizar a tarefa.

Nós teríamos a oportunidade de poder ajudar, interagir, reconhecer a diferença e saber lidar com ela. Muitos de nós tivemos essa oportunidade; outros não; outros ainda terão, porque já participarão de uma escola mais inclusiva.

O importante é que o direito deixou de ser apenas da minoria, do grupo vulnerável, para ser direito de todos, inclusive, da maioria, que tem o direito de poder conviver com a minoria, com os grupos vulneráveis, com pessoas que apresentam -de alguma forma- alguma diferença. Isso enriquecerá, aumentará seu grau de sociabilidade e tornará a pessoa mais propensa a viver bem em sociedade, lidando melhor com as diferenças.

Se a escola inclusiva é importante, a mudança do enfoque ajudará a implementar a primeira idéia. Assim, escola inclusiva e busca do convívio com a diferença, como um direito de todos, podendo lidar com outros grupos, podem ser as fórmulas para tornar mais efetiva uma legislação que, em princípio, parece adequada. Mas que sozinha, não se conseguirá efetivar no tempo esperado por todos nós.

Conclusão

Não basta uma normatividade adequada para a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Ela deve vir acompanhada de uma cultura que identifique a importância desse grupo vulnerável. Uma escola inclusiva formará cidadãos que saberão partilhar o espaço com esse grupo vulnerável, olhando o outro e exercitando a alteridade. Outro ponto é entender que é possível pensar o problema pelo ângulo da maioria (sem, é claro, descuidar do direito do grupo vulnerável). Visto por esse ângulo, será possível garantir e buscar o exercício do direito ao convívio com a diferença, que iria influenciar no projeto de cidadania, tornando-nos, a todos da maioria, pessoas com maior grau de acolhimento, com maior flexibilidade e mais propensas a lidar com as diferenças. Esse direito da maioria de poder conviver com a minoria pode ser outra faceta do tema, que funcionaria como um catalizador ao lado do direito evidente de inclusão desse grupo vulnerável.

Referências:

Araujo, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. Brasília, Corde, 4ª edição, 2011. Cópia gratuita no site: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/a-protacao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia>.

Araujo, Luiz Alberto David, Barrados. Pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar. Petrópolis: KBR, 2011.

Um breve quadro da proteção constitucional das pessoas com deficiência no Brasil. Legislação basta? Uma tentativa de diagnóstico pág. 30

Araujo, Luiz Alberto David, Em Busca de Um Conceito de Pessoas Com Deficiência. In Gugel, Maria Aparecida; Costa Filho, Waldir Macieira da; Ribeiro, Lauro Luiz Gomes (Org.). Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2007, p. 11-23.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo, Malheiros Editores, 3ª edição, 2011.

Favero, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência – Garantia de Igualdade na Diversidade. Rio de Janeiro, WVA Editora, 2007.

Fonseca, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito de Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem. In Ferraz, Carolina Valença et al. (Coord.). Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

Sítios consultados:

www.planalto.com.br

www.stj.jus.br

Para Citar este Artículo:

David Araujo, Luiz Alberto. Um breve quadro da protecao constitucional das pessoas con deficiencia no Brasil. Legislaao basta? Uma tentativa de disgnóstico. Rev. Incl. Vol. 1. Num. 3. Julio-Septiembre (2014), ISSN 0719-4706, pp. 19-30.

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.