

DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser

Procuradora de Justiça / Ministério Público do Estado de São Paulo, e associada do Movimento do Ministério Público Democrático

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput* estatui que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Já no inciso I do referido dispositivo consta que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

O artigo 23, inciso II da Carta Magna estatui “é 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”. De outra parte, o artigo 24, inciso XIV da Carta da República diz que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”.

O artigo 227, parágrafo 2º da Constituição Federal estabelece 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. Por sua vez, o artigo 244 da Carta Magna estatui 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”. Ainda, o artigo 280 da Constituição do Estado de São Paulo dispõe que “é assegurado, na forma da lei, aos portadores de deficiências e aos idosos, acesso adequado aos logradouros e edifícios de uso público, bem como aos veículos de transporte coletivo urbano”.

Esta obrigação também foi regulamentada pelo legislador infraconstitucional. Neste sentido, a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 veio garantir o “pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social”, determinando ao Poder Público a obrigatoriedade de adotar as medidas efetivas de execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas (artigo 2º, inciso V¹).

¹Artigo 2º da Lei nº 7.853/89: Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. Parágrafo único: Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta Lei,

Por sua vez, a Lei nº 10.098/2000 estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação, ressaltando-se o artigo 53, o qual estatui que “a acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”.

O Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que regulamentou a Lei nº 10.098/2000, fixou prazo para a execução de obras visando assegurar a acessibilidade dos portadores de necessidades especiais em todos os ambientes existentes nas escolas públicas, bibliotecas, auditórios, ginásios, sanitários etc. Ademais, regulamentou a prioridade de atendimento e normas para promoção de acessibilidade amplamente, em seu artigo 14, estabelecendo que “na promoção da acessibilidade, serão observadas as regras gerais previstas neste Decreto, complementadas pelas normas técnicas de acessibilidade da ABNT e pelas disposições contidas na legislação dos Estados, Municípios e Distrito Federal”.

Ainda, a Lei nº 10.172/2001, ao instituir o Plano Nacional de Educação, fixou prazo para o cumprimento de certas implantações, como a adaptação dos edifícios escolares. Além disso, a Lei nº 12.587/2012 instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Do mesmo modo, temos a Lei nº 13.146/2015², que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Cabe colacionar trecho do julgamento da ADI nº 5.357 MC-REF, com voto de Relatoria do eminente Ministro Edson Fachin, ao explicar sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência:

“A Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II e § 2º e 244.

Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão

tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: ...V – na área das edificações: a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios e logradouros e a meios de transporte”.

²O artigo 8º da Lei nº 13.146/2015 estatui: É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam o seu bem-estar pessoal, social e econômico.

somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio.

Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º).

A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere status equivalente ao de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio”.

É dever dos órgãos governamentais a realização de políticas públicas no sentido de garantir a inclusão de pessoas especiais na sociedade, capacitando-as para o exercício da cidadania, além de minimizar as dificuldades oriundas de eventuais problemas, físicos ou psíquicos, cumprindo, assim, um dos postulados fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no inciso II do artigo 1º da Carta da República, que serve de inspiração a todo o ordenamento constitucional. Trata-se do princípio da dignidade humana.

JOSÉ AFONSO DA SILVA³ ensina:

“Proteção constitucional da dignidade humana. Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos “a priori”, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.

Apesar da multiplicidade de regramento disciplinador da matéria, o Poder Público não tem agido de forma eficaz na consecução de suas obrigações, permitindo o decurso de prazos assinalados na legislação infraconstitucional, sem a necessária realização de obras de adaptação com o objetivo de assegurar aos portadores de

³Comentário contextual à Constituição. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 38.

necessidades especiais mobilidade ampla, irrestrita e com segurança em suas dependências, como ocorre na situação dos autos.

Assim, a atuação do Poder Judiciário decorre de livre provocação da parte interessada na busca do pleno exercício de direitos e garantias constitucionais que são obstados por quem deveria, constitucionalmente, assegurar os meios necessários ao seu gozo. Cumpre anotar, também, que não há ofensa a princípios orçamentários na gestão de recursos públicos, cuja matéria é totalmente irrelevante frente ao ordenamento constitucional e o bem jurídico tutelado.

Quanto à indevida intervenção do Poder Judiciário ressalte-se que a formulação das políticas públicas é de responsabilidade do Poder Executivo, cujo mandato decorre da vontade popular, dentro dos contornos estabelecidos pelo Poder Legislativo. No entanto, o papel do Poder Judiciário não é substituir a função executiva, mas intervir para corrigir as deficiências quando a Administração estiver omissa ou quando não esteja cumprindo de forma eficiente seus deveres previstos no texto constitucional.

ADA PELLEGRINI GRINOVER⁴ ressalta que todos os poderes são responsáveis pelas políticas públicas. O Legislativo tem como função a formulação das leis e outros atos normativos e o Executivo, do correto planejamento e execução destas. No entanto, havendo omissão ou incorreção de qualquer um deles, deve o Judiciário atuar, desde que provocado, já que a inexistência de uma política pública adequada viola, em última análise, a própria Constituição.

Cumpre assinalar que o controle jurisdicional de políticas públicas não viola o princípio da separação de poderes, já que o Judiciário apenas cumpre as suas funções institucionais constitucionalmente previstas, tanto de controle da legalidade e da constitucionalidade das medidas adotadas, quanto da compatibilidade desses atos com os objetivos previstos no texto constitucional.

O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário é plenamente admitido pela doutrina e jurisprudência, sendo considerada como paradigmática a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, na ADPF 45-9. Nesta decisão, o Relator discorre sobre os direitos sociais, afirmando que o desrespeito à Constituição Federal pode ocorrer tanto mediante ação estatal quanto por inércia governamental. A omissão do Estado, que deixa de cumprir a imposição constitucional qualifica-se como um comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, já que desrespeita a Constituição Federal e os direitos que nela se fundem. O Relator concorda que a implementação das políticas públicas não está nas atribuições institucionais do Poder Judiciário, sendo responsabilidade do Legislativo e do Executivo. No entanto, ao Poder Público não é permitida a indevida manipulação de sua

⁴Ensaio sobre a Processualidade. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016, p. 43.

atividade, criando obstáculos artificiais para inviabilizar as condições mínimas aos cidadãos. O Judiciário é inerte, mas tem o dever de agir quando há um descumprimento das regras legais.

Outrossim, não se pode alegar que a imposição das obrigações de fazer implica em afronta ao princípio da separação dos poderes e à reserva do possível, pois a inércia desarrazoada do Poder Executivo no cumprimento de seus deveres – no caso, proteção a direitos fundamentais (segurança pública e das edificações, fiscalização e ordenação do solo urbano) – autoriza o Poder Judiciário, de forma excepcional, a atuar para compelir aquele à obrigação de fazer para que seja dada efetividade aos direitos assegurados na Constituição Federal, sob pena inclusive de violação ao princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Carta Magna e art. 3º do CPC).

O Judiciário não é um apêndice do Executivo, um departamento jurídico destinado a fazer a defesa de interesses fazendários de gestores insensíveis com suas responsabilidades constitucionais, como, aliás, sinaliza o STJ:

*“[...] A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana **não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional.**”⁵*

Ademais, as obrigações impostas à Municipalidade não invadem atribuição exclusiva e discricionária do Executivo, pois, além de destinadas a reparar a ilicitude, não definem a técnica ou o modo de cumprimento.

Nem mesmo eventual discricionariedade administrativa, faz do administrador, o imperador absoluto da coisa pública, pois “a competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela”⁶.

Cumprido destacar o voto do Magistrado Diomar Ackel Filho:

“A necessidade de atendimento dos direitos coletivos e difusos exigiu a criação de novos instrumentos afeiçãoados à nova realidade, o que tem sido objeto do Direito Comparado e especialmente da ação civil pública, no direito brasileiro, como remédio específico para a hipótese, sem prejuízo de outras medidas eventualmente aplicáveis, como as cominatórias e a ação popular.”

⁵ REsp 1.041.197-MS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, 25.08.2009, DJe 16.09.2009.

⁶ RDA 14/52.

A ação civil pública, também chamada ideológica, se presta, entre mais, a compelir a Administração a fazer ou não fazer, diante do elenco de direitos que visa tutelar (art. 1º da Lei 7.347/85).

A discricionariedade administrativa não constitui óbice para a decisão judicial no caso da obrigação de fazer ou não fazer, fundada em interesse do bem comum, porque a definição do que seja este não é exclusiva do Executivo, mas objetivo fundamental da República e de seus Poderes.

A discricionariedade também deve ser considerada em seus exatos limites, pois não se pode subtrair à legalidade e a princípios básicos que, modernamente, a condicionam no rumo do fim do interesse público, entre os quais a racionalidade, justiça, igualdade e proporcionalidade. Por isso, também fica legitimada a intervenção jurisdicional em atos dessa natureza.

A evolução dinâmica do Direito faz com que o Judiciário assumam um papel importante participando ativamente, na medida em que for provocado, da interpretação dos objetivos do bem comum, corrigindo os desvios e omissões da Administração e dos agentes públicos no mister que lhes impõem o múnus público”⁷.

Desse modo, cabe ao Poder Público assegurar às pessoas portadoras de deficiência os seus direitos básicos previstos na Constituição da República e das leis infraconstitucionais, de modo que possam desfrutar a plenitude de seu bem-estar pessoal, social e econômico.

BIBLIOGRAFIA

GRINOVER, Ada Pellegrini – *Ensaio sobre a Processualidade*. Gazeta Jurídica. Brasília, 2016

SILVA, José Afonso da - *Comentário contextual à Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

⁷ RT 657/59.