Legislação Federal Aplicada às Pessoas Portadora de Deficiência

Comentários



calibre 0.8.28

Comentários À Legislação Aplicável Às Pessoas Portadoras de Deficiência
SUMÁRIO

Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior: "Prefácio" . . . . . VII Maria Paula Teperino: "Apresentação" IX

Regina Quaresma: "Comentários à Legislação Constitucional Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência" 1

Nagib Slaibi Filho:

"O Direito Civil e as Pessoas Portadoras de Deficiência" . . . 23.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Aspectos Administrativos da Proteção e Integração das Pessoas Portadoras de

Deficiência" . . . . . .

. .91

Jorge Franklin Alves Felipe: "Direito Previdenciário" 107

ArionSayãoRomita:

"Direito do Trabalho e a Pessoa Portadora de Deficiência" . . 137

Sacha Calmon: "Comentários à Legislação Tributária Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência" . . . . . .

161

João Mestieri: "Aspecto Penal da Lei n° 7.853/89". 209

PREFÁCIO

Ao introduzir o livro Comentários à Legislação Federal Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência, desejo ressaltar a importância desta obra que faltava na literatura especializada brasileira, visto que a análise escrita e o comentário apropriado, feito por quem entende mais, serão sempre os instrumentos impulsionadores das mudanças socioculturais.

Aqueles que participam do movimento social das pessoas portadoras de deficiência conhecem as conquistas coletivas do grupo, obtidas através de várias décadas, de idas e vindas e de momentos de aceleração: nos anos 40 e 50, quando profissionais e pais empunharam bandeiras para gerar iniciativas na saúde, reabilitação, educação especial, trabalho protegido e as bases de ações assistenciais; nos anos 70, quando as pessoas portadoras de deficiências despontaram como atores sociais emergentes e iniciaram uma nova onda progressista de conquistas de direitos, equiparação de oportunidades e autonomia. Assim, o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência, comemorado em 1981 foi o resultado das lutas anteriores e serviu de apoio para novas aquisições.

O processo histórico tem avançado no sentido da busca de igualdade e de eqüidade nas políticas públicas gerais e específicas para o segmento de pessoas portadoras de deficiência.

Com a Constituição da República de 1988 houve a consagração dos direitos de cidadania. Todavia, apesar dos avanços introduzidos na Carta Magna, continuamos perplexos com a sua pouca efetividade, visto que inúmeros dispositivos ainda aguardam regulamentação, implantação e implementação.

Esta obra, coordenada pela Doutora Maria Paula Teperino, representante das lideranças do movimento das pessoas portadoras de deficiência e membro da carreira jurídica, revela-se de grande valor e imensa responsabilidade. Os diversos capítulos, criteriosamente escolhidos, trazem a reflexão e os comentários de famosos autores e trabalhadores do direito no Brasil. Acredito que este livro disseminará a informação e tornar-se-á literatura de referência para os alunos das ciências jurídicas e para aqueles que estão à frente de causas envolvendo os direitos das pessoas portadoras de deficiência.

Se um tema permanece restrito aos interessados não há evolução e aprimoramento; cria-se um ciclo vicioso de descumprimento e descrédito para a própria ordem jurídica. Por outro lado, ao surgir uma obra capaz de suscitar o debate e ampliarem qualidade e quantidade os envolvidos com a mesma causa, passamos a dispor de respostas certas para os direitos das pessoas portadoras de deficiência em nosso país.

Para mim, é uma grande honra prefaciar trabalho tão denso, oriundo da dedicação e do compromisso já assumido de juristas de renome. Como os demais leitores desta obra, pretendo retirar da leitura atenta o melhor proveito para planejar políticas públicas, gerenciar projetos, fomentar ações envolvendo a área governamental e a sociedade, sabendo utilizar APRESENTAÇÃO

O conceito de deficiência se confunde com a história do próprio homem. Não da forma como passamos a enxergar os diversos tipos de deficiências, a partir da segunda metade do século XX, onde a tutela estatal sobre o tema começou a existir, mas com a conotação de menos valia, já descrita na Bíblia, onde termos como aleijado, surdo, cego, leproso aparecem de forma a denominar pessoas que necessitavam da piedade de outrem ou que precisavam "ser curados".

Por anos a fio esse foi o conceito de deficiência, algo a ser eliminado, a ser combatido, a ser excluído.

O progresso da ciência impediu que doenças e acidentes acabassem por tornar-se fatais, mas não conseguiu eliminar todas as seqüelas resultantes, fazendo, assim, com que pessoas que outrora morreriam, sobrevivam, portando alguma deficiência.

Com a 2" Grande Guerra, pela primeira vez, os países, principalmente os da Europa e os EUA, passaram a ter que responder de forma eficaz as demandas de um grande número de cidadãos com diferentes tipos de deficiências.

Acrescente-se, ainda, o fato de, em sua maioria, serem heróis de guerra, pessoas que perderam sua saúde e forma fisica defendendo a pátria. Além de todas as necessidades, inerentes às deficiências, tais como reabilitação, aposentadorias, tratamentos especializados, soma-se ainda a necessidade de continuar participando ativamente da sociedade. Sobreviver sempre é muito pouco, o homem necessita interagir, participar, dar sentido à própria vida, e dessa forma associar-se, criar núcleos etc.

Assim, os países considerados desenvolvidos, desde a segunda metade do século passado, passaram a investir de forma efetiva na qualidade de vida das pessoas portadoras de deficiência. Programas governamentais foram implementados, prédios de uso público adaptados, empresas apostaram na mão-de-obra dos portadores de deficiência, enfim, perceberam que, embora com suas

especificidades, é possível garantir a esse segmento o direito de uma vida plena e feliz.

O Brasil, como país em desenvolvimento, entrou (ou está entrando) tarde nessa corrida por tornar mais digna a vida de seus portadores de deficiência, que, segundo estatísticas da OMS, são em torno de 10% de sua população, ou seja, cerca de 1? milhões de habitantes.

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, muito se avançou no que tange à legislação aplicável aos portadores de deficiência, porém, o desrespeito a essas leis, por vezes, chega a ser vergonhoso.

Basta andar pelas principais capitais deste pais, para se ver que tudo ainda está por fazer, a começar por garantir que esses cidadãos possam sair às ruas. Não há ônibus adaptado, rampas nos principais prédios de uso público, sinalização em braile, enfim, cada portador de deficiência que sai às ruas, que trabalha, estuda, trava diariamente uma batalha solitária, contando apenas com sua força de vontade e com a ajuda de algumas pessoas bem intencionadas.

Temos consciência que uma nação não se constrói da noite para o dia, e que a questão dos portadores de deficiência está longe de ser prioritária em um país com tantas dificuldades e desigualdades sociais como o Brasil.

Porém, em algum momento tem que se começar. Sinceramente, achamos que já começou, pois a partir do momento que, com todas essas dificuldades, temos um número considerável de portadores de deficiência produzindo, estudando, participando socialmente, constatamos que o caminho não é outro senão o de continuar lutando por respeito, cidadania e principalmente dignidade.

Com esse intuito, resolvemos, sem nenhuma pretensão, mas com a certeza do ineditismo, levar os operadores do direito a se debruçarem sobre a matéria, juntando em uma única obra comentários sobre as principais leis federais aplicáveis ao tema, reunidas pelas diversas áreas do direito.

Podemos afirmar que, a partir dos anos 80, o Legislativo contribuiu de forma decisiva para a integração dos portadores de deficiência. Temos leis avançadas e modernas, que já estão acabando por virar letra morta, tal tem sido negligenciada sua aplicação, deixando se perder um trabalho de anos a fio das entidades de

luta, representativas desse segmento.

Entendemos que é chegada a hora de o Judiciário, uma vez provocado, garantir o cumprimento dessa legislação.

O intuito da presente obra não é outro, senão o de, por um lado, fomentar nos portadores de deficiência e/ou em seus familiares, elementos para buscarem no Poder Judiciário, uma forma de garantia desses direitos e, por outro, levar aos operadores do direito não só o manancial legislativo sobre a matéria, assim como mostrar de forma mais clara as reais necessidades do grupo, na garantia de seus direitos.

Aproveitamos, ainda, para agradecer a todos os ilustres autores, que tão gentilmente aceitaram o desafio e, como se verá a seguir, debruçaram-se com afinco nesse tema tão antigo, mas ao mesmo tempo tão atual.

Incluir os excluídos deve ser nosso lema para este milênio que se inicia, pois, afinal, somos diferentes, para podermos nos completar.

COMENTÁRIOS À LEGISLAÇÃO

CONSTITUCIONAL APLICÁVEL ÀS PESSOAS

PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

Regina Quaresma

Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional. Professora da Universidade Cândido Mendes e da PUC-RJ.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Igualdade como Princípio Fundamental. 3. A Igualdade na Constituição de 1988. 4. Aspectos Constitucionais Específicos.

4.1. Competência. 4.2. Educação. 4.3. Acesso. 4.4. Assistência Social. 4.5.

Trabalho e Integração. 5. Considerações sobre o Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999. 6. Conclusão. 7. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

"Um mapa do mundo que não inclua a Utopia, disse Oscar Wilde, não é digno de receber uma olhada, porque omite justamente o país em que a humanidade está sempre desembarcando. E quando a humanidade nele desembarca, vê mais longe um país melhor, para o qual se dirige. O progresso é a realização das Utopias."

Will Durant

Ao iniciarmos estes breves comentários sobre a legislação constitucional aplicável às pessoas portadoras de deficiência, devemos destacar a relevância de temas extraídos da Constituição, uma vez que estamos interpretando o texto que fundamenta a vida jurídica, em razão da supremacia hierárquica das normas ali estabelecidas.

A Constituição está no vértice do sistema jurídico do País, sendo a Lei Suprema do Estado, pois é nela que se encontram insculpidas sua estrutura e organização; é nela que encontramos as normas e princípios fundamentais do Estado.

Tomando como base a superioridade do elenco normativo constitucional estabelecido em 1988, optamos por desenvolver o trabalho desbastando os aspectos constitucionais específicos atinentes ao tema in examine. Para tanto, o estudo, mesmo que superficial, do princípio da igualdade foi necessário, na medida em que o tema tratado se baseia fundamentalmente na noção de igualdade e de dignidade da pessoa.

Serão analisadas normas constitucionais federais e estaduais a respeito do tema que tratam da matéria objeto de nossa temática, com a finalidade de buscar entender melhor quais os mecanismos jurídicos existentes para a efetivação da integração das pessoas portadoras de deficiência na sociedade brasileira.

2. A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

A idéia de igualdade se vincula intimamente com a de democracia. Não é possível falar de democracia sem que se aborde a complexa questão da igualdade. Trata-se de princípio que norteia a discussão de como se compreender o Estado Democrático de Direito.

Antes de adentrar com maior profundidade na temática, é necessário frisar a importância de se debater e de se defender a igualdade atualmente. A doutrina

neoliberal conquistou sua hegemonia ao longo das décadas de oitenta e noventa. Apesar de não ser mais enxergada como a única solução, continua obtendo conquistas notáveis nas áreas econômica e política. Tal doutrina prega abertamente a desigualdade como um valor em si mesmo; algo que era impensável no início do século, hoje é dito por Nozic, Hayek e Fukuyama com a maior tranqüilidade. Por esta razão devemos ressaltar qualquer iniciativa de defesa da igualdade como princípio indispensável para a estruturação da democracia.

O debate acerca da igualdade não é novidade; há alguns séculos já faz parte da agenda política. A título de exemplo, foi inspirado neste intrigante tema que Rousseau redigiu seu "Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens", publicado pela primeira vez em 1755. É um assunto que também inquietava a filosofia grega, além de estar presente nos fundamentos do cristianismo. Assim, percebe-se o quão relevante e complexa é a questão da igualdade.

Circunscrevendo-se esta noção no pensamento jurídico-político da modernidade européia, nota-se que foi a Revolução Francesa o grande fato político que primeiramente se orientou segundo o postulado da igualdade entre os homens. A liberdade, a igualdade e a fraternidade compunham o tripé sob o qual se fundou a ação revolucionária. Naquele momento, a intenção principal era a derrubada do Antigo Regime (Feudalismo) e de sua forma de enxergar o mundo. Os privilégios que a nobreza e o clero detinham eram o principal alvo daqueles que compunham o chamado Terceiro Estado. A igualdade perante a lei era de fundamental importância para a burguesia emergente, que visava a trazer para suas mãos o poder político, gerando o Novo Regime (Capitalismo).

O princípio da igualdade era visto sob uma perspectiva meramente formal à época da Revolução Francesa. Apenas se intentava alcançar igualdade perante a lei, isto é, que o ordenamento jurídico tratasse todos os cidadãos isonomicamente, sem quaisquer distinções, eliminando-se os privilégios da nobreza e do clero. Formalmente, portanto, a ordem jurídica terminou por reconhecer a igualdade de todos os cidadãos.

Esta concepção de igualdade não tardou para apresentar suas fissuras. O

simples reconhecimento legal de que todos eram iguais não foi suficiente para

eliminar as desigualdades fáticas. A concretude dos fatos expunha a ilusão da formalidade do direito. De que adiantava serem todos iguais perante a lei se, na realidade, esta igualdade inexistia? O surgimento de uma classe operária e o conseqüente inchaço dos grandes centros urbanos durante o século XIX

expôs uma contradição social violentíssima: a riqueza convivendo lado a lado com a pobreza; os operários livres e iguais juridicamente tendo de se submeter aos mandos e desmandos dos industriais; qualquer condição de trabalho por estes imposta era aceita de pronto pelos operários que "viviam da mão à boca."'

Os movimentos operários vão se estruturando, o pensamento comunista ganhando notoriedade, o que leva a burguesia ater de ceder às reivindicações do operariado, sob pena de ver ruir aquilo que havia construido. As conquistas do operariado visavam à estruturação de um Estado mais sensível às causas sociais, à desigualdade econômica. Era necessária uma nova concepção de igualdade.

Surge para o mundo do Direito o que se conhece por isonomia material. Não é mais suficiente considerar todos iguais perante a lei; agora é preciso tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na exata medida de sua desigualdade. Além disto, exige-se que o Estado institua políticas públicas orientadas à redução da desigualdade econômica. Surgem os direitos sociais, que passam a impor ao Estado uma diferente forma de agir. Não mais se admite a simples passividade do Estado frente às questões sociais. A educação, a saúde, o trabalho digno são assuntos da maior relevância, pelos quais deve o Estado zelar, permitindo o acesso por parte de todos a estes bens.

O Estado não é mais gestor de interesses; é um dos atores na promoção do bem comum, na constituição de uma sociedade igualitária.

Em que se constitui a igualdade, portanto? De onde provém esta noção? Se considerarmos que as sociedades do ocidente desenvolveram ao longo de sua história uma concepção de justiça, podemos notar que esta contém dentro de si a idéia de igualdade, de que os homens são iguais uns perante os outros. O

sentimento de igualdade está além da concepção hobbesiana de igualdade, segundo a qual os homens são iguais porque podem matar uns aos outros (isto é, até o mais fraco dos homens pode aniquilar com a vida do mais forte), que se baseia na observação pura e simples.

A igualdade não pode ser reduzida a um fato físico, por assim dizer, como o fez Hobbes. Trata-se de uma compreensão cultural do ocidente que se baseia na intuição de que todos os seres humanos têm uma condição em comum: todos são humanos, detêm certas potencialidades e devem ser tratados com dignidade e de maneira a estimular a expressão destas potencialidades.

A igualdade está fundada no altruísmo, e não no egoísmo. Neste sentido, a intuição de Rousseau é bem mais palatável. O autor, ao identificar o sentimento da piedade no interior de cada ser humano, verifica haver uma característica altruísta em cada um; mesmo percebendo que o egoísmo termina por dominar este traço de altruísmo na maioria dos casos, há altruísmo. Isto é, existe solidariedade, os seres humanos são capazes de enxergar o outro, a diferença.

O reconhecimento da necessidade da igualdade, portanto, passa pela solidariedade, pelo altruísmo. A igualdade, diferentemente da liberdade, é conceito eminentemente relativo. Uma pessoa só é igual (ou desigual) se houver outra a ser comparada com ela. Ninguém é absolutamente igual ou desigual, apenas relativamente. A igualdade pressupõe a existência do outro, o seu reconhecimento enquanto pessoa, enquanto ser humano. Podemos afirmar, portanto, que o princípio da igualdade está intimamente vinculado à idéia de solidariedade; exatamente neste sentido dispôs a Constituição Federal de 1988. Ao dizer, em seu art. 3°, I, que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, entende-se que na justiça e solidariedade se encontram os pressupostos para se efetivar a igualdade, que será mencionada no caput do art. 5°. Sem compreensão de justiça que carregue em si a necessidade da igualdade e sem solidariedade, não se estrutura uma sociedade igualitária.

A igualdade, na medida em que se funda na solidariedade, pressupõe a adoção de políticas inclusivas. Sem inclusão é impossível haver igualdade. Uma sociedade igualitária é aquela onde os seres humanos têm amplas possibilidades de desenvolver as suas potencialidades; não apenas todos os seres humanos individualmente, mas também os segmentos étnicos, sociais, culturais e de gênero que são excluídos de certos âmbitos de uma determinada sociedade (minorias) devem ser reconhecidos, incluídos, de modo a se preservarem estes grupos e sua originalidade, preservar a diversidade e as potencialidades de cada um destes segmentos, permitindo sua expressão.

Talvez por envolver tantas questões de dificil solução (exclusão social e econômica, discriminação etc.) seja de enorme complexidade e de dificil efetivação o princípio da igualdade. Uma sociedade igualitária é aquela onde não há qualquer tipo de dominação, sendo, por isto, seus cidadãos livres. Aqui está a questão fundamental: a igualdade real, concreta, é pressuposto para que exista liberdade. Não há como se considerar o pleno exercício das liberdades por todos os seres humanos se todos não se encontram incluídos socialmente, culturalmente, economicamente e politicamente.

O princípio da igualdade se choca frontalmente com a concepção de mundo individualista. De acordo com esta, os seres humanos agem e devem agir de acordo com seu interesse, pura e simplesmente. Não há espaço para o reconhecimento do outro. A perspectiva da condição humana é extremamente egoísta; não existe qualquer possibilidade de diálogo, na medida em que aquele que de fato dialoga parte do pressuposto do reconhecimento do interlocutor enquanto pessoa, enquanto ser humano, sendo necessário o respeito à sua dignidade para se estabelecer um vínculo comunicativo qualquer.

Sob esta ótica, portanto, é extremamente importante o estudo das situações de desigualdade existentes na sociedade brasileira atualmente e também dos mecanismos jurídicos a serem utilizados para se alcançar uma concreta e efetiva inclusão de todos. Neste sentido se orienta o presente trabalho, visando a verificar quais as posições tomadas pelo constituinte de 1988 na busca de possibilitar o máximo desenvolvimento das potencialidades das pessoas portadoras de deficiência, concretizando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e da justiça social. 3. A IGUALDADE

NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, fiel à sua missão de reencontro com as águas da democracia e pagando alto preço pelo longo atraso imposto à sociedade brasileira pelos intermináveis anos de chumbo, tão caros à sociedade, abarcou em seu texto importantes avanços no caminho pela concretização do postulado da igualdade, tão reclamado pelas democracias de massa contemporâneas, neste século findante.

Superando a declaração do princípio da igualdade meramente formal, conquista patrocinada pelo liberalismo clássico, que prega o tratamento igualitário a todos

perante a lei, como já demonstrado no item anterior, o legislador constituinte brasileiro de 1987-88 foi mais adiante e consagrou no Texto Maior também a igualdade material.

Esta cláusula supralegal, robustecida pela fusão dos seus aspectos formal e material, não apenas impede que seja conferido tratamento desigual aos iguais ou àqueles que se encontram em uma mesma circunstância fática, como também impõe sejam tomadas medidas reparadoras, a partir de um horizonte de isonomia real ou material, visando à redução das desigualdades de fato, através do tratamento diferenciado àqueles que se encontram em circunstâncias de desigualdade, tal como ordena a mais basilar das idéias de justiça.

Foi neste contexto que o legislador constituinte, impregnado pelo espírito de inegável inspiração isonômica e impulsionado pelos movimentos sociais, naquele momento razoavelmente bem articulados, reservou a devida atenção à questão relacionada aos direitos pertinentes às pessoas portadoras de deficiência, às quais dispensou um tratamento visivelmente protetivo ao estabelecer normas que não apenas previnem eventuais discriminações, como também determinam prestações de caráter positivo a serem realizadas pelo Poder Público, sempre visando à integração deste contingente de seres humanos à vida social. Por esta razão, houve por bem o legislador constituinte se desviar da declaração meramente formal do princípio da igualdade jurídica

- com efeito, de pouca valia à resolução do problema em comento - e, atingindo o âmago da questão, determinar a obrigação do Poder Público em conferir tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência, a partir de ações, direitos e deveres, bem como princípios e diretrizes, positivados em diversos dispositivos constitucionais.

As Constituições, ao longo do século XX abrigaram em seus textos novos direitos, de inspiração socialista, tais como o direito ao trabalho, à saúde e à educação. Entretanto, a mera declaração, ou até mesmo a efetivação destes direitos, ignorava os interesses das pessoas portadoras de deficiência. Embora assegurasse o direito à educação, dando maior ênfase ao aspecto da gratuidade do ensino, esqueceu-se, ao não abordar de forma específica, como seria efetivado este direito às pessoas portadoras de deficiência.

Desse modo, uma parcela da população praticamente não acompanhou a

transição do Estado liberal ao Estado social, permanecendo excluída do gozo dos predicados da cidadania, eis que a extensão do direito à educação e ao trabalho para as pessoas portadoras de qualquer tipo de deficiência exige do Poder Público uma prestação mais específica, escapando à sua mera declaração de indiscutível caráter genérico.

Por estas razões, é de grande importância não só a dilatação que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao princípio da isonomia, como também a proteção, de clareza solar, que conferiu às pessoas portadoras de deficiência.

4. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS

Neste item iremos efetuar uma abordagem, ainda que tênue, da legislação constitucional aplicável às pessoas portadoras de deficiência. Serão transcritas e brevemente comentadas as normas da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que asseguram educação, acesso, assistência social, trabalho e integração às pessoas portadoras de deficiência.'

4.1. Competência

Para o bom desenvolvimento deste trabalho, é necessário alertar à divisão de competências que o Estado Federal Brasileiro adota.

O pacto federativo brasileiro estabelece que as receitas arrecadadas pela União Federal serão devidamente distribuídas conforme as despesas necessárias nas demais entidades federadas. Isto aduz ao que denominamos divisão de competências - É este o sistema que divide entre os estados e municípios a renda que a União arrecada.

No que se refere ao tema aqui abordado, cabe asseverar que a Constituição Federal de 1988, ao determinar a competência comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conferiu merecido destaque à matéria referente à saúde e assistência pública, bem como à proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, conforme dispõe seu artigo 23, inciso II, in verbis:

"Art 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (..)"

Nesse mesmo sentido, estabeleceu a competência legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal para proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, como resta claro na leitura do artigo 24, inciso XIV:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV -proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; (...) "

Este dispositivo põe termo a qualquer dúvida quanto ao caráter integralizador das medidas adotadas pelo Poder Público em favor das pessoas portadoras de deficiência, afastando a equívoca interpretação de que o Estado, ao adotar prestações integradoras, estaria paternalizando ou privilegiando o cidadão portador de deficiência em detrimento dos demais, eis que esta interpretação enxerga o cidadão portador de deficiência tal como um objeto e não como um sujeito de direitos.

4.2. Educação

O caráter integralizador a que nos referimos é carecedor de um tempero fundamental em qualquer democracia. A ciência da cidadania é uma visão esclarecida da vida de direitos e deveres e depende, precipuamente, de educação. Este é o pressuposto básico para qualquer mudança.

O Texto Constitucional de 1988, sintonizado com esta necessidade, estabelece em seu artigo 208, inciso 111, como uma garantia à efetivação do dever do Estado de prestar educação:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Esclarece, ainda que:

"Art. 227. (..)

§ 1. ° O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: II-criação deprogramas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2. °A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, afim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. "

Atento a este dispositivo e, portanto, em consonância com a vocação que o constituinte imprimiu em 1988, o Ministério da Educação, houve por bem determinar, pela Portaria n° 1.679, de 2 de dezembro de 1999, que sejam incluídos nos instrumentos destinados a avaliar as condições de oferta de cursos superiores, para fins de sua autorização e reconhecimento e para fins de credenciamento de instituições de ensino superior, bem como para sua renovação, requisitos que garantam às pessoas portadoras de deficiência o essencial acesso à educação.

Diante da importância desta decisão ministerial, transcrevemos alguns de seus trechos:'

"Diário Oficial da União, 03 de dezembro de 1999: Dispõe sobre requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições.

O MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO, no uso de suas atribuições, considerando o disposto na Lei n° 9.131, de 24 de novembro de 1995, na Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e no Decreto n° 2.306, de 19 de agosto de 1997, e considerando ainda a necessidade de assegurar aos portadores de deficiência física e sensorial condições básicas de acesso ao ensino superior, de mobilidade e de utilização de equipamentos e instalações das instituições de

ensino, resolve:

Art. 1° Determinar que sejam incluídos nos instrumentos destinados a avaliar as condições de oferta de cursos superiores, para fins de sua autorização e reconhecimento e para fins de credenciamento de instituições de ensino superior, bem como para sua renovação, conforme as normas em vigor, requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais.

Art. 2° A Secretaria de Educação Superior deste Ministério, com o apoio técnico da Secretaria de Educação Especial, estabelecerá os requisitos, tendo como referência a Norma Brasil 9050, da Associação Brasileira de Normas Técnicas, que trata da Acessibilidade de Pessoas Portadoras de Deficiências e Edificações, Espaço, Mobiliário e Equipamentos Urbanos.

Art. 3° A observância dos requisitos estabelecidos na forma desta Portaria será verificada, a partir de 90 (noventa) dias de sua publicação, pelas comissões de especialistas de ensino, responsáveis pela avaliação a que se refere o art. 1°, quando da verificação das instalações físicas, equipamentos, laboratórios e bibliotecas dos cursos e instituições avaliados.

Art. 4° Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Consoante à dicção constitucional federal, o constituinte fluminense de 1989

declinou todo um capítulo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro à pessoa portadora de deficiência.

Nesse sentido, ordena a CERJ/89 sobre a educação:

"Art. 338-É dever do Estado assegurar às pessoas portadoras de qualquer deficiência a plena inserção na vida econômica e social e o total desenvolvimento de suas potenciafdades, obedecendo os seguintes princípios: I - assegurar às pessoas portadoras de deficiência o direito à assistência desde o nascimento, incluindo a estimulação precoce, a educação de primeiro e segundo graus e profissionalizante, obrigatórias e gratuitas, sem limite de idade;

II-assegurar a formação de recursos humanos, em todos os níveis, especializados no tratamento, na assistência e na educação dos portadores de deficiência;

Art. 340 - O Estado implantará sistemas de aprendizagem e comunicação para o deficiente visual e auditivo, de forma a atender às suas necessidades educacionais e sociais."

4.3. Acesso

O acesso adequado, leia-se adaptado, às pessoas portadoras de deficiência é básico. Cioso disso, o constituinte de 1988 determinou:

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

Assegurar a eliminação de obstáculos arquitetônicos e a obrigação da regulamentação acerca da construção dos logradouros e dos edifícios de uso público, bem como da fabricação de veículos de transporte coletivo, é matéria de fundamental importância para as pessoas portadoras de deficiência, eis que o acesso adequado é, após a preliminar conscientização, literalmente, o próximo passo para alcançar os demais direitos.

Como nos esclarece CRETELA JR.:

"Como toda pessoa, o portador de deficiência (a) transita por logradouros, ruas, jardins, parques e praças, (b) penetra em edifícios, bens públicos de uso especial, como escolas e hospitais públicos e, por fim, (c) utiliza veículos de transporte coletivo como ônibus e metrô. A fim de facilitar o acesso aos mencionados logradouros, edifícios e meios de transportes, serão editadas normas a respeito, sobre construção dos dois primeiros - logradouros e edificios - e de fabricação dos segundos -veículos de transporte, ou então, determinarão as normas editadas sobre a adaptação do que já existe para o acesso dos deficientes (art. 244).

A jurisprudência tem se manifestado de forma progressista com relação ao tema, entendendo, em muitos casos, que se deve prover acesso não apenas a logradouros públicos, mas também a condomínios privados, fundamentando-se na base principiológica da Constituição Federal de 1988: igualdade, livre locomoção, função social da propriedade, razoabilidade etc.

Como exemplo, citamos o lúcido voto do Juiz Renato Lima Charnaux Sertã, relator do recurso de apelação n.° 993518-4 da l.a Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de onde se exara a seguinte ementa:

"VOTO DO RELATOR: CONDOMÍNIO - DIREITO DE IR E VIR - OBRAS

PARA PROVER O ACESSO À PESSOA COM DIFICULDADE DE

LOCOMOÇÃO - OBRIGATORIEDADE -INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS

3. °E 10, INCISO IVDA LEI 4.591/64-INTERPRETAÇÃO

CONSENTÂNEA COM O ESPÍRITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SEUS ARTIGOS 5. °, INCISOS 1, XV E XXIII, 227, PARÁGRAFO 2. °, E 244, "CAPUT" CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE - RESGATE DA CIDADANIA SENTENÇA QUE SE REFORMA - HONORÁRIOS DE 10%

SOBRE O VALOR DA CAUSA, PELO RECORRENTE. VENCIDO. "

A Constituição Estadual do Rio de Janeiro estabelece com clareza solar as normas regionais pertinentes à acessibilidade. Neste sentido, podemos constatar:

"Art. 338 -

III -garantir às pessoas portadoras de deficiências o direito à habilitação e reabilitação com todos os equipamentos necessários; (...

V- elaborar lei que disponha sobre normas de construção dos logradouros e dos edifcios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, afim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência; VI- garantir às pessoas portadoras de deficiência física, pela forma que a lei estabelecer, a adoção de mecanismos capazes de assegurar o livre acesso aos veículos de transporte coletivo, bem assim, aos cinemas, teatros e demais casas de espetáculos públicos;

IX-garantir o direito à informação e à comunicação, considerando-se as adaptações necessárias às pessoas portadoras de deficiência; X -conceder gratuidade nos transportes coletivos de empresas públicas estaduais para as

pessoas portadoras de deficiência, com reconhecida dificuldade de locomoção, e seu acompanhante;

G)

Art. 342 - Cabe ao Poder Público celebrar os convênios necessários a garantir aos deficientes fisicos as condições ideais para o convívio social, o estudo, o trabalho e a locomoção, inclusive mediante reserva de vagas nos estacionamentos públicos.

Parágrafo único. A gratuidade nos gastos inerentes dar-se-á à vista de passes especiais expedidos por autoridade competente. "

4.4. Assistência Social

O artigo 203 da Constituição Federal de 1988 trata da assistência social -

direito do cidadão e dever do Estado - assegurando que ela será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e assinala como seus objetivos, dentre outros, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, bem como a garantia de um salário mínimo de beneficio mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, como se comprova, in verbis:

"Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de beneficio mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. "

Nesse sentido e no intuito de melhor atingir os objetivos supramencionados, a Lei n° 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) previu a adoção de ações descentralizadas, contando, destarte com a participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo cada ente federativo instituir os respectivos

conselhos de Assistência Social, com composição paritária entre governo e sociedade civil, cujo funcionamento é imprescindível para o repasse dos recursos previstos.

4.5. Trabalho e Integração

Este inventário de dispositivos constitucionais, bem demonstra a preocupação do legislador constituinte com este número significante de brasileiros desprovidos dos predicados da cidadania. Todavia, cabe ainda destacar os avanços consagrados pelo Texto Constitucional no que tange ao acesso das pessoas portadoras de deficiência ao mercado de trabalho, tormentosa questão, sobretudo em tempos em que o desemprego ocupa a ordem do dia nos Estados tomados pela onda do neoliberalismo.

Com efeito, a Constituição Federal dispensou proteção especial ao acesso das pessoas portadoras de deficiência ao mercado de trabalho, tanto em âmbito público como em nível de iniciativa privada. Conforme reza o artigo 7.°, XXXI, in verbis:

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

XXXI-proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; (..)"

Importante salientar que a pessoa portadora de defciência deve estar plenamente habilitada para o emprego ou função que pretenda exercer, pois, de outro modo, estará abandonando a esfera de proteção conferida pela norma constitucional. Nesse sentido, uma pessoa portadora de deficiência visual não pode se candidatar a um cargo de motorista, onde a habilidade visual é fundamental.

O dispositivo supramencionado, ao proibir expressamente a discriminação no tocante a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, impede que seja dado tratamento diferenciado em função de deficiência, quando esta não impedir o pleno exercício da função. Por exemplo, uma pessoa portadora de paraplegia não pode ser impedida de concorrer a um cargo de digitador, para o qual esteja habilitada.

Ainda na seara do acesso ao mercado de trabalho, a Constituição Federal de 1988 abarcou em seu texto a chamada "reserva de mercado de trabalho" às pessoas portadoras de defciência no âmbito da administração pública, ao elencar no art. 37, que trata dos princípios regentes da administração pública, o inciso VIII, que assim dispõe:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

G)

VIII- a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (..)"

Seguindo esta orientação, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União passou a prever percentual de vagas reservadas para pessoas portadoras de deficiência, quando da realização de concurso público. Da mesma forma, legislações estaduais e municipais têm tratado da matéria em seu âmbito de atribuição legislativa. A Lei Estadual n.° 7.875 fixou o percentual de 5%

(cinco por cento) do quadro da administração pública no Estado do Paraná, para pessoas portadoras de deficiência. Também a Lei Municipal n.° 7.600/91

reservou 5% (cinco por cento) dos cargos da administração municipal de Curitiba, às pessoas portadoras de deficiência.

Ainda, a Lei que trata dos Planos de Beneficios da Previdência Social, Lei n.°

8.213/91, obriga a empresa com até 200 empregados a empregar 2% (dois por cento) de pessoas portadoras de deficiência ou beneficiários da previdência reabilitados; as empresas com mais de 200 até 500 empregados, 3% (três por cento); mais de 500 até 1.000, 4% (quatro por cento); acima de 1.000, 5%

(cinco por cento).

Vale destacar que a previsão normativa da chamada reserva de mercado de trabalho apenas há de causar espécie aos espíritos que se encontram

desconectados dos movimentos em favor das minorias que têm tomado o mundo há algumas décadas, rompendo preconceitos e obrigando os Estados mais avançados a reverem seus ordenamentos jurídicos, dando, inclusive, o caminho a ser seguido na construção e solidificação institucional dos Blocos Econômicos Regionais.

Ressalte-se que esta idéia de reserva de mercado de trabalho encontra-se em consonância com uma nova concepção de igualdade, como bem asseveramos no início destas breves considerações. Esta nova vertente igualitária ganha impulso na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que ofereceu, pela via pretoriana, um novo paradigma de Estado, ao atribuir nova interpretação ao princípio da igualdade, conferindo ênfase à idéia das ações afirmativas e acelerando o processo de transição da igualdade formal à igualdade material, a partir de uma atuação positiva do Poder Público.

Este período, marcado pela superação da simples proibição de discriminação às minorias, a partir de uma visão mais dinâmica acerca do princípio da igualdade, impondo ao Estado exigências de ações positivas, tanto pelos particulares, quanto pelo próprio Poder Público, em favor destas mesmas minorias discriminadas, retrata o momento de transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Por oportuno, devemos salientar que o impacto desta nova corrente igualitária possui caráter indubitavelmente integrador, conferindo, no plano pragmático, a uma massa carente de meios dignos de vida, a possibilidade de exercer a cidadania plena, da qual já é titular no plano normativo.

Assim, podemos concluir este item do trabalho observando que a legislação pertinente às pessoas portadoras de deficiência, editada a partir da promulgação da Constituição de 1988, tem sido enfática a respeito do seu objetivo de integração social, não restando margem a interpretações que atribuam às medidas adotadas a partir de suas determinações qualquer caráter de cunho paternalista.

Em relação a normas referentes a trabalho e integração, cabe mencionar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro estabelece:

"Art. 338 - (..)

I -proibir a adoção de critérios diferentes para a admissão, a promoção, a remuneração e a dispensa no serviço público estadual garantindo-se a adaptação de provas, na forma de lei; G)

IV -com a participação estimulada de entidades não-governamentais, prover a criação de programas de prevenção de doenças ou condições que levem à deficiência, e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental; e de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho e a convivência; XI- regulamentar e organizar o trabalho das oficinas abrigadas para pessoas portadoras de deficiência, enquanto estas não possam integrar-se no mercado de trabalho competitivo;

5. CONSIDERAÇOES SOBRE O DECRETO N° 3.298, DE 20 DE

DEZEMBRO DE 1999

Merece destaque a festejada edição do decreto presidencial n.° 3.298, de 20.12.1999, que em boa hora adentrou no ordenamento jurídico pátrio, não apenas regulamentando a Lei n.° 7.853, de 24.10.1989, como também instituindo a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e, sobretudo, consolidando as normas para sua proteção. Com efeito, este Decreto compreende um verdadeiro compêndio sistematizado da legislação até então em vigor sobre o tema não se restringindo, todavia, à simples repetição dos diplomas legais vigentes, mas, antes, aperfeiçoando e adequando-os à realidade atual, abrigando, ainda, em seu texto, dispositivos oriundos de projetos de lei.' Entretanto, ainda devemos perguntar: será isso suficiente para garantir efetividade aos direitos legalmente reconhecidos?

O Decreto n.° 3.298 consagrou como princípios da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, in verbis:

"Art. S°. A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos, obedecerá aos seguintes princípios:

1- desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto

sócio-econômico e cultural;

11- estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciam o seu bem-estar pessoal, social e econômico;

111- respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos. " (grifo nosso!) Assegurou, ainda, como suas diretrizes:

"Art. 6°. São diretrizes da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência:

I- estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam a inclusão social da pessoa portadora de deficiência;

II - adotar estratégias de articulação com órgãos e entidades públicos eprivados, bem assim com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta Política;

Ill -incluir a pessoa portadora de deficiência, respeitadas as suas peculiaridades, em todas as iniciativas governamentais relacionadas à educação, à saúde, ao trabalho, à edificação pública, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à habitação, à cultura, ao esporte e ao lazer; IV- viabilizar a participação da pessoa portadora de deficiência em todas as fases de implementação dessa Política, por intermédio de suas entidades representativas;

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

VI-garantir o efetivo atendimento das necessidades da pessoa portadora de deficiência, sem o cunho assistencialista."

Impende assinalar que o inciso 1 do artigo acima transcrito alterou de forma sutil o que dispunha o Decreto n.° 914, de 6.09.1993, até então em vigor, que assim previa em seu art. 5.°, I, in verbis:

"Art. 5°

I - Estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam o desenvolvimento das pessoas portadoras de deficiência;" (grifo nosso!) Esta alteração, embora tênue, representa bem a orientação adotada pelo Decreto n.° 3.298, que externou de forma expressa seu manifesto obj etivo de integração social das pessoas portadoras de deficiência.

6. CONCLUSÃO

Ao concluirmos estes breves comentários sobre a legislação constitucional aplicável às pessoas portadoras de deficiência, devemos sintetizar o que aqui desbastamos. Na intenção fundamental de oferecer aos operadores do direito material para transmudar vigência em efetividade, traçamos a linha diferencial de temas relacionados à Constituição e sua supremacia diante dos demais. Em seguida demos ênfase ao princípio basilar que norteia o tema - a Igualdade -

verificando em que medida tal princípio se relaciona com a questão da integração social das pessoas portadoras de deficiência.

Com base na superioridade das normas constitucionais, optamos por sistematizar o trabalho enumerando e comentando, quando necessário, os aspectos constitucionais específicos, estampados na Constituição Federal de 1988 e na Constituição Estadual do Rio de Janeiro de 1989, observando quais os avanços obtidos pelos respectivos documentos. Foi também objeto de análise o decreto presidencial n°. 3298 que visou a especificar como se realizará a integração das pessoas portadoras de deficiência à sociedade brasileira.

O festejado decreto presidencial objetiva sistematizar as normas atinentes às pessoas portadoras de deficiência, para inclusive facilitar a operacionalidade e a efetivação de seus dispositivos. É instrumento importante aos operadores do direito. É inequívoco seu sentido de efetividade, mas é também transparente a existência, nos níveis da federação e em suas funções de estado (legislar, executar e julgar) a abundância de leis do Estado, legalizando o direito conquistado pelas pessoas portadoras de deficiência; entretanto, são leis que não se incorporaram à vida do Estado, em outras palavras não "colaram". Têm vigência, mas longo é o caminho à sua efetividade. Dizer o direito, para

acalentar movimentos sociais de parcelas hipossuficientes e inconformadas com o status quo e fazer leis retóricas para acalmar e até desarticular os detentores do direito é prática corriqueira na história legislada do homem.

Feitas as considerações que acima ficam, nos permitimos afirmar que não cansaremos de repetir, e neste trabalho, de maneira enfática e pertinente, que não bastam leis espetaculares, decretos esmiuçantes e encantadores, se forem apenas retóricas fabuladoras. Normas meramente formais e não materiais, como uma espécie de conquista "cala a boca", uma lei que amordace e desestimule a organização para a concretização dos direitos. É necessário dar um passo adiante.

Toda pessoa necessita de espaço, estímulo, saúde, trabalho, lazer. Ser cidadão é poder escolher a escola, o hospital, o médico, o espaço público ou privado que se deseja e prescisa ocupar. É poder ir, vir e permanecer, com integração, sem protecionismo, mas com Respeito e Dignidade.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

1. Artigo 7°, XXXI - Igualdade de direitos no trabalho; 2. Artigo 23, II - Competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne aos cuidados com a pessoa portadora de deficiência;

3. Artigo 24, XIV - Proteção e integração social: competência concorrente para legislar da União, Estados e Distrito Federal; 4. Artigo 37, VII - Admissão em cargo/emprego público; 5. Artigo 203, IV - Assistência Social: habilitação e reabilitação; 6. Artigo 203,V-BeneEcio mensal: garantia de um salário mínimo; 7. Artigo 208 - Ensino especializado;

8. Artigo 227, Inciso II - Criação de programa especializado e eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos;

9. Artigo 227, parágrafo 2° - Locomoção e acesso; 10. Artigo 244 - Adaptação de logradouro, edifícios e veículos para transporte coletivo.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DE 1989

1. Artigo 338, caput - Estabelece princípios para inserção na vida econômica e social;

2. Artigo 338, I - Isonomia para admissão no trabalho; 3. Artigo 338, II - Ampla educação;

4. Artigo 338, III - Habilitação e reabilitação, com equipamentos necessários; 5. Artigo 338, IV - Integração pelo treinamento para o trabalho e a convivência;

6. Artigo 338, V - Elaborar lei sobre acessibilidade coletiva; 7. Artigo 338, VI- Livre acesso ao transporte coletivo e locais de lazer; 8. Artigo 338, VIII- Formação de recursos humanos para tratamento, assistência e educação;

9. Artigo 338, IX - Direito à informação e comunicação adaptadas; 10. Artigo 338, X - Acesso gratuito a transportes coletivos; 11. Artigo 338, XI - Regulamenta e organiza o trabalho nas oficinas abrigadas; 12. Artigo 340 - Implementação de sistemas de aprendizagem e comunicação para o deficiente visual e auditivo;

13. Artigo 342, caput - Obriga o Poder Público a celebrar convênios para garantir a isonomia aos deficientes físicos;

14. Artigo 342, parágrafo único - Gratuidade de passes especiais.

1. CONTEÚDO DO DIREITO CIVIL

O Direito Civil é o Direito da Cidadania.

É na cives (latim: a cidade, a comuna, a comunidade onde vivem os cidadãos) que a pessoa vive, realiza os seus sonhos, satisfaz as suas peculiares necessidades, projeta o seu espírito na realização do seu trabalho, busca os bens essenciais à sua existência e ao seu desenvolvimento através do relacionamento com os demais seres viventes.

O Direito Civil é o ramo jurídico que regula os direitos e deveres concernentes a todas as pessoas, pretendendo impor-lhes as condutas através das quais elas atuam buscando os bens da vida que interessam a todos os membros da comunidade.

Daí a importância do Direito Civil quando se fala a respeito dos direitos do deficiente, pois este ramo do Direito, conforme o sistema jurídico que herdamos

da Europa Continental, é aquele que descreve a trajetória do indivíduo durante a sua peregrinação neste mundo.

O Direito Civil regula a vida do indivíduo, expressa a sua cidadania.

No aspecto de tentar regular toda a vida da pessoa, veja-se como o nosso velho Código Civil de 1916, inspirado no modelo francês de 1804, está organizado em suas diversas partes.

A Parte Geral, que incide genericamente, assim está dividida:

- o Livro 1 trata das pessoas, naturais e jurídicas, do sujeito do direito, daquele que tem poder de atuar no mundo jurídico, do domicílio (clomus, a casa, o lugar onde vive);

- o Livro II refere-se aos bens (ou tudo o que possa satisfazer uma necessidade), isto é, os objetos do direito, sobre o qual incide o poder do indivíduo, bens patrimoniais e bens extrapatrimoniais;

-o Livro 111 está dedicado aos fatos jurídicos, os eventos que interessam ao Direito, produzem efeitos jurídicos e, entre eles, os atos jurídicos, a constituir os meios de comunicação entre os sujeitos de direitos, os atos ilícitos2 e, finalmente, sobre a prescrição (aí incluída a decadência) ou a devastadora influência do tempo sobre os homens e os seus direitos.

A Parte Especial também está dividida em diversos Livros:

- o Livro I trata do Direito de Família (do latim famulus, que signifca o servo, o servidor), o núcleo básico ou o grupo social que se constitui em torno do indivíduo e que lhe fornece o atendimento às necessidades mais essenciais, desde a sua infância, formação e desenvolvimento, até a ancianidade;

o Livro II está dedicado ao Direito das Coisas (os bens tangíveis e mensuráveis) onde se destaca a situação fática da posse e os efeitos jurídicos do título de propriedade, instrumento jurídico a serviço do poder econômico do seu titular de excluir os restantes membros da comunidade do uso e gozo da coisa;

-o Livro III refere-se ao Direito das Obrigações, o vínculo jurídico a relacionar aquele que tem o poder (o credor) de exigir de outrem (o devedor) uma prestação

de dar coisa, fazer ou não fazer. Nesta parte está também o Direito dos Contratos, a se referir à constituição das obrigações que vinculam as partes através da manifestação de vontade; e, finalmente,

- o Livro IV diz respeito ao Direito das Sucessões, ou o complexo de relações jurídicas que devem ser reguladas em face do fato inexorável da morte do titular dos direitos.

2. O DIREITO CIVIL TRANSBORDA DOS LIMITES DO CÓDIGO CIVIL

Napoleão Bonaparte, Imperador dos franceses, pretendeu substituir por um único diploma legal, o Código Civil, todas as antigas normas das diversas regiões que regulavam a vida do cidadão francês.

Daí veio o Código Civil de 1804, ambicioso de nele se esgotar a previsão das condutas de todos os franceses, posto sobre o princípio filosófico individualista, politicamente liberal e economicamente do livre mercado, assim atendendo ao belo projeto de vida expresso no dístico "Liberté, Egalité e Fraternité" que motivou a Revolução Francesa de 1789.

Produto da lei, fundado na vontade da maioria parlamentar, o Código Civil tinha a grandiosa pretensão de tentar resumir na letra da lei toda a história do indivíduo; daí por que Portalis, célebre jurista francês do século XIX podia trombetear que não ensinava Direito Civil, mas o Código Civil ....

O nosso Código Civil tomou como paradigma o Código Civil francês de 1804, correspondendo aos princípio individualista (e, conseqüentemente, do ideário racional- iluminista) então em voga no final do século XIX e no princípio do século XX.

Também buscou nos postulados individualistas a afirmação da igualdade formal, regulando em suas normas o que até hoje os juristas mais conservadores gostam de designar como o padrão de conduta do homem médio, e considerando

todos aqueles que não se encontrassem em tal padrão como desvios da normalidade, a merecer, de um lado, a proteção do Direito e, de outro, a perda da capacidade de atuar dentro do próprio Direito.

É assim que se considerava, por exemplo, a mulher casada, considerada relativamente incapaz, tal como os índios, e que dependia da autorização marital para realizar os seus atos da vida civil. Aliás, em nosso país, somente em 1932 as mulheres ganharam em nível nacional o direito de voto e somente em 1961 é que veio a lume o Estatuto da Mulher Casada, que, alterando o Código Civil, lhes tirou a pecha infamante da incapacidade jurídica.

Até hoje, o nosso Código Civil não registra a palavra "deficiente", e somente uma vez a palavra "doença", embora conte quarenta vezes a palavra "incapaz"

e sete vezes a palavra "louco".

Ao surgir em 1916, o Código Civil aspirava a existência de um mundo em que imperava a igualdade formal, elemento necessário para a competição, mas que somente ensejava o sucesso a quem fosse o mais capaz, superior em armas de riqueza, inteligência e fulgor fisico...

Somente em 1923 é que veio a Lei Eloy Chaves, sob o paradigma britânico, com o embrião de seguridade social para os empregados das vias férreas; quanto aos outros assalariados, estavam condenados a se finar quando doentes ou velhos, pois o contrato de trabalho era aquele previsto no Código Civil em que imperava a autonomia da vontade e vicejava o patrão econômica e socialmente mais forte que o operário que a ele se curvava genuflexo.

Em 1934, mais um notável avanço agora em favor daqueles que o Decreto n°

24.559, de 3 de julho daquele ano, denominou de "psicopatas" e que compreendia os deficientes mentais e os toxicômanos. Este foi um momento em que se viu a impossibilidade do Código Civil de regular exaustivamente as situações que não fossem as consideradas típicas das pessoas "normais".

A História demonstrou a impossibilidade de regulação, através de leis -ainda que sistematizadas como são os Códigos-de todas as situações que podem ocorrer nos casos concretos: a vida é muito mais rica que nossas vãs previsões.

A lei produz comandos que somente atentam para as situações genéricas e hipotéticas, o administrador e o juiz estão sob os influxos das situações individuais e concretas que, não raras vezes, se mostram imprevisíveis para o legislador.

Assim, cada vez mais as leis se tornam declarações de princípios, com a afirmação dos valores que devem predominar nas soluções dos casos concretos.

Exemplo de tal postura é o que está no art. 1° da Lei n 7.853, de 24 de outubro de 1989, cujo § 1° proclama os valores predominantes e cujo § 2°

afirma os objetivos ou tarefas.

Cada vez mais o Código Civil se mostra insuficiente como repositório das leis que asseguram os direitos e deveres civis, bastando que tal se demonstre com o número crescente da chamada "legislação extravagante".

3. DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DO DIREITO

CIVIL

Há quinze séculos, desde a época do Imperador Justiniano, é que se começou a distinguir no Direito, ontologicamente uno como Ciência, Arte e Técnica, dois grandes ramos: o Direito Público, em que predomina o interesse da coletividade, e assim indisponível a cada um de seus integrantes, e o Direito Privado, em que predomina o interesse do indivíduo, que pode abdicar dos direitos ditos à sua disposição ou disponíveis.

No Direito Privado estaria o Direito Civil e o Direito Comercial, ficando para o Direito Público, como o Direito Administrativo e o Direito Tributário, o que interessa ao Estado.

Mas nem sempre as normas do Código Civil são meramente de direito privado e disponíveis para o interessado. Por exemplo, as regras sobre família e sucessão são claramente indisponíveis, simplesmente deixando aos interessados pequeno

campo de atuação da vontade, como, e. g., a escolha do regime de bens do casamento, se este está disponível pela lei para o nubente...

De qualquer forma, parece cruel para os românticos verificar que o casamento, como celebração solene descrita no Código Civil, está previsto em normas que, embora postas no Código Civil, têm conteúdo administrativo, e que a celebração do casamento é ato jurídico que não se restringe aos nubentes, mas exige necessariamente para a sua existência e validade a atuação do poder do Estado que se encarna na pessoa do ofciante.

Em conseqüência, mais uma dificuldade se apresenta ao estudioso do tema: estabelecer os limites do Direito Civil para verem que o mesmo dia. respeito ao portador de deficiência.

Aqui se optou por seguir, tanto quanto possível, os caminhos indicados pela Constituição e pelas leis, pois se percebe que é descabido limitar o que se mostra desde logo incomensurável na sua extensão: os direitos da pessoa não podem ser restringidos sob o fundamento de necessidades didáticas pois o universo individual é abrangente e ontologicamente ilimitado.

4. TENDÊNCIA ATUAL DO DIREITO DA CIDADANIA

Assim se constata a tendência atual do Direito Pátrio em tema da proteção dos direitos de cidadania do portador de deficiência:

- a insuficiência do Código Civil, como sistema de normas sistematizadas, para regular todas as situações individuais e concretas que mereçam proteção legislativa;

- a ampliação e o aprofundamento da denominada "legislação extravagante", isto é, as leis que regulam os direitos de cidadania do deficiente e que, embora aparentemente de conteúdo civil, não raras vezes transbordam para outros ramos do Direito; - a salutar convivência de normas dos mais variados ramos do Direito

- havendo tal divisão em ramos como meramente didática- em que os valores postos como essenciais são garantidos por normas não só civis, mas também processuais e administrativas e, até mesmo, penais.

5. A LEGISLAÇÃO DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

5.1. A Proteção Constitucional ao Portador de Deficiência

A Constituição democrática confere especial atenção aos portadores de deficiência.

Implementando os princípios fundamentais ou estruturantes da nossa organização social, e, entre eles principalmente o valor da dignidade humana, como declarado no art. 1°, III, e a tarefa de extinção das discriminações, como se vê no art. 3°, IV, dispõe a Constituição de 1988, em seu art. 23, ao tratar das competências comuns aos entes federativos (União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), que a estes compete, desde logo, no inciso I, zelar pela guarda da Constituição, das leis e do patrimônio público; e, no inciso seguinte, o II, que devem cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Nesta escala de prioridades, se vê que a Constituição erigiu a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência como um dos primeiros encargos da sociedade e do Estado.

Na verdade, ao conferir superioridade jurídica a quem se está em inferioridade social, a Constituição intenta simplesmente preservar o valor da dignidade humana.

É o valor da dignidade humana o fundamento da proteção jurídica ao portador de deficiência.

Tal valor está sob a garantia da sociedade e do Estado, que é a organização de

poder através do qual atua o grupo social.

Daí por que a Constituição erigiu em objetivo fundamental da sociedade brasileira (não só do Estado!) ou como tarefa social o que está no art. 3°, IV:

"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Como tarefa social é que se colocou em patamar constitucional (e assim imune às alterações legislativas procedidas por eventuais maiorias parlamentares) as disposições constitucionais do art. 7°, XXXI (na relação empregatícia, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência), do art. 24, XIV

(poder legiferante concorrente dos entes federativos quanto à proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência), do art. 37, VIII (dever da Administração Pública de qualquer dos Poderes das entidades federativas de reservar percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definição dos critérios de sua admissão), do art. 244, a repetir o que está na disposição permanente do art. 227, § 2°, quanto à adaptação dos logradouros, dos edificios de uso público e dos veículos de transporte público a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Mas a Constituição não pode conter todos os comandos necessários à sociedade e ao Estado para que se concretize a proteção dos valores que erigiu como essenciais à vida da sociedade organizada.

O conteúdo da Constituição e dos demais textos genéricos e abstratos está expresso em normas ou regras de conduta que se traduzem em comandos ou ordens em que o verbo é o núcleo, pois este é a expressão que indica a conduta.

Lei das Leis, ou norma geradora de todas as outras, a Constituição necessita de ser explicitada nos valores que protege, nas condutas que deseja imprimir à sociedade, nas tarefas que impõe para que se atenda aos seus fins legitimadores do uso da força do Poder. Não se diga que a norma constitucional só terá eficácia se e quando houver lei ou ato de vontade parlamentar que regulamente o que a Constituição declara.

O § 1 ° do art. 5° enuncia que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" e o § 2° que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Os direitos constitucionais, que decorrem da supremacia da Constituição, têm aplicabilidade imediata, ainda que não existam leis explicitadoras. É certo que elas podem contê-los, mas não podem escamoteá-los, nem inibir a sua força.

Mas a dispensabilidade das leis para a aplicabilidade dos direitos constitucionais exige que a atuação conjunta do Poder Público (através das entidades federativas ou esferas governamentais) e da sociedade se faça de forma consciente e integrada, em atenção a uma política que seja abrangente o suficiente para permitir que atenda à diversidade sociológica e à grandeza territorial do país e que seja concentrada o suficiente para não ensejar a dispersão dos esforços que integram a atividade de tantos agentes sociais.

Eis a importância da Lei federal n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, ora regulamentada pelo Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, pois estabelece a política que a sociedade e as diversas esferas governamentais devem cumprir em tema de tanta relevância.

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (CF, art. 24, XIV), limitando-se a competência da União a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1°), o que não exclui a competência legislativa supletiva dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, § 2°), respeitando estes, evidentemente, a orientação dada pelas normas gerais ditadas pela União. No mesmo diapasão, os Municípios, no âmbito da regulação dos interesses locais, têm o poder de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (CF, art. 30, II), assim vinculados à orientação ditada pelas leis federais e estaduais.

Compete, então, à lei federal estabelecer as normas gerais sobre a proteção e a integração social das pessoas portadoras de deficiência, jungindo aos seus comandos não só os órgãos federais, como os dos Estados, do Distrito Federal e dos 5.507 municípios, nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e, acima do próprio Poder Público, todos os agentes sociais. 5.2. Âmbito de Incidência da

Lei n° 7.853

Note-se que embora posicionada como lei ordinária, a Lei n. 7.853/89 tem conteúdo complementar às normas constitucionais. Tal conteúdo complementar também impregna as normas constantes do Decreto n. 3298, de 20 de dezembro de 1999, que o regulamenta, pois compete ao Chefe do Poder Executivo baixar decreto regulamentando as leis (Constituição, art. 84, IV).

Em face do conteúdo complementar à Constituição, a Lei n. 7.853 e o Decreto n. 3.298 constituem diplomas normativos que harmonicamente se integram ao sistema constitucional, sem que se possa vislumbrar a existência de separadores ou limites compartimentais entre as normas constitucionais, legais e regulamentares, pois a fonte normativa da proteção e da integração social do deficiente é - como tantas vezes j á referido - a Constituição.

Não se pense desta integração normativa entre a Constituição, a Lei n° 7.853

e o Decreto n. 3.298 que daí decorra o status de supremacia constitucional para os comandos legais e regulamentares. O que se deve pensar é que a lei e o decreto explicitam os comandos constitucionais, deles extraindo não só as opções que a Constituição permite às leis como a política de tratamento que se deve dar ao tema de deficientes no momento atual.

A Constituição tem sentido de perenidade, e por isso os seus comandos são genéricos o suficiente para permitir ao legislador as opções necessárias no sentido de se adaptar às mudanças sociais para, em cada momento histórico, dispor os comandos ao Estado e à sociedade no sentido de atender aos parâmetros constitucionais.

Mas também as leis, votadas pelo Poder Legislativo, necessitam de certa generalidade para que possam ser obedecidas pelos destinatários da norma, problema que em nosso país merece grande atenção em face da diversidade cultural e das múltiplas necessidades de nossa sociedade que se pretende abrangente dos interesses de milhões de brasileiros.

Daí se vê que o intérprete da Constituição, da lei e do decreto não pode limitar

a sua visão do campo de conhecimento que está a investigar, pois deve levar em consideração a integração normativa entre a Constituição, as leis federais, os decretos governamentais que as regulamentam e, até mesmo, eventuais atos administrativos que intentam atingir os objetivos visados pelas normas de maior densidade. 6. COMENTÁRIOS À LEI N° 7.853/89

6.1. A Ementa da Lei n° 7.853

A ementa é a parte do diploma legal que enuncia, logo antes dos comandos expressos nos dispositivos, os temas que são tratados no ato legislativo.

A ementa não integra os dispositivos das leis (os artigos e parágrafos) e visa, tão-somente, enunciar os temas para fins de classificação do ato e para permitir a quem consulte o texto legal um sumário de suas disposições.

Assim, a ementa não tem força normativa própria, mas normatividade decorrente das respectivas disposições e do sentido que delas se pode extrair:

"Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para integração da pessoa portadora de deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

Como adiante se verá, a longa ementa da Lei n. 7.853/89 se mostra compatível com as suas disposições pois no enunciado se encontram os temas tratados nos dispositivos.

A seguir da ementa, vêm as expressões que tradicionalmente abrem os atos normativos brasileiros, dizendo qual a Autoridade que introduz a norma no mundo jurídico (no caso, o Presidente da República), e a declaração dos

respectivos motivos, isto, do fato de que a norma decorreu da vontade do Congresso Nacional. 6.2. O Objetivo da Lei n° 7.853/89: Estabelecer Normas Gerais

O art. 1° compõe-se do caput e de dois parágrafos.

O caput enuncia a finalidade ou objetivo da Lei n. 7.853/89 que é o de estabelecer normas gerais que assegurem o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social.

Pelo caput, desde logo se vê que o objetivo' do diploma legislativo é o de cumprir o dever que a Constituição impõe à União, no seu art. 24, XIV, de estabelecer as normas gerais para o cumprimento da tarefa imposta no inciso 11, última parte, do art. 23, a todas as entidades federativas e a todos os Poderes da República.

Como antes referido, tais normas gerais são de observância obrigatória dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como, o que é óbvio, dos respectivos Poderes que os integram.

6.3. O Conteúdo da Lei n° 7.853: Assegurar o pleno Exercício dos Direitos Individuais e Sociais dos Portadores de Deficiência

Está no art. 1° da lei ora em comento que são estabelecidas normas gerais que asseguram "...o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência...".

Eis o objeto ou conteúdo da Lei n. 7.853: assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais dos portadores de deficiência.

Desde logo, é necessário afirmar, como já antes referido, que a fonte dos direitos dos portadores de deficiência é a Constituição da República, não as leis;

estas, simplesmente, explicitam tais direitos e o modo de seu exercício.

Nem se pretenda extrair da expressão "nos termos desta Lei " também encontrada no art. 1°, que os direitos dos portadores de deficiência necessitem da explicitação legal para a sua aplicabilidade e efetividade. Como já mencionado, os direitos constitucionais ou fundamentais declarados na Constituição somente podem ser restritos nos termos constantes da própria Constituição. Assim, a expressão "nos termos desta Lei" merece a denominada interpretação conforme a Constituição - isto é, uma interpretação que dê compatibilidade da lei com a Constituição e não no intento de colocar a lei em confronto com a Lei Maior - no sentido de que os meios previstos nos demais artigos da Lei n. 7.853/89 não excluem outros que visem assegurar o exercício dos referidos direitos.

6.4. Os Direitos Individuais e Sociais dos Portadores de Deficiência

Quais são os direitos dos portadores de deficiência?

O art. 1 ° enuncia que são os direitos individuais e sociais, cujo conteúdo seja a efetiva integração social da pessoa portadora de deficiência.

Necessário explicitar tais termos.

Os direitos podem ser vistos pelo prisma subjetivo, isto é, da pessoa que os titularizam: direito subjetivo é o poder atribuído à vontade para satisfação de interesse juridicamente protegido (Andreas von Thur); é o interesse juridicamente protegido, na expressão de von Ihering).

Também podem os direitos serem percebidos pelo prisma objetivo, ou de conteúdo: direito objetivo é a proteção que a ordem jurídica concede a determinado interesse.

O interesse é a relação entre o indivíduo e o bem que vai satisfazer a sua necessidade.

Os interesses dos portadores de deficiência estão protegidos de forma genérica em nível constitucional e legal; a tal proteção é que se denomina de direitos objetivos; com referência aos portadores de deficiência, e desde que se encontrem na situação prevista na ordem jurídica, se diz que são titulares de direitos subjetivos.

Direito subjetivo é, assim, a situação concreta e individual de determinada pessoa ou determinado grupo no sentido de alcançar um bem de vida que lhe seja necessário e que seja previsto pela Constituição e pelas leis.

Por exemplo, José, paraplégico, tem o direito de acesso aos ediflcios, aos logradouros e aos meios de transporte existentes em sua comuna.

Direito objetivo, em tal hipótese, é o direito declarado no art- 2°, parágrafo único, V, "a".

Como titular de direito subjetivo, na hipótese, José tem o direito potestativo (é a espécie de direito em que o titular tem o poder de influir na si

tuação jurídica de outrem, sem que este possa ou deva fazer algo, senão se sujeitar) de exigir da empresa de transportes coletivos ou do órgão estatal

de transportes públicos os meios para o exercício de seu direito. Diz-se em estado de sujeição aquele que se encontra na posição de devedor do direito potestativo. O direito subjetivo ou objetivo compreende diversas faculdades ou poderes, como, por exemplo, no art. 2°, parágrafo único, inciso 1, os diversos aspectos que compreendem o direito à educação do portador de deficiência.

O caput do art. 1° da Lei n° 7.853/89 refere-se aos direitos individuais e sociais.

Tal classificação de direitos é a mesma que está na Constituição, como se vê no art. 6°, a se referir aos direitos sociais, em antinomia aos direitos individuais.

Tal classificação se remete aos fins do Estado e à ideologia política que é expressa na Constituição e, por derivação desta, nas leis.

Neste sentido, os direitos individuais ou direitos liberais são aqueles cujo conteúdo é o de preservar a atuação da pessoa na busca dos bens necessários à sua existência e desenvolvimento, interditando ao Estado, e em menor grau também a sociedade, atuações que possam inibir o livre desenvolvimento individual.

Os direitos liberais também são denominados de direitos da 1' geração, na

classificação que Karal Vlasak anunciou em conferência que pronunciou em 1979 e que levou em conta o trinômio "Liberdade, Igualdade e Fraternidade"

que foi divulgado pela Revolução Francesa.'

Os direitos liberais ou direitos da la geração visam garantir ao indivíduo a liberdade de atuação e por isso também são chamados de liberdades públicas, como, por exemplo, o direito de ir e vir, de não Ter a correspondência censurada e outros. Todos eles têm conteúdo negativo, de não ingerência na liberdade individual.

Já os direitos sociais, ou direitos da 2' geração, ou "novos direitos" (na classificação de Pontes de Miranda), visam assegurar o atendimento às necessidades diárias e permanentes do indivíduo e correspondem a um programa para implementar e conservar a igualdade material entre os membros da sociedade política. Têm conteúdo positivo - direito à educação, saúde, justiça, lazer, trabalho etc., obrigando não só o Estado como a sociedade.

Os direitos da 3a geração têm por conteúdo a solidariedade ou fraternidade que deve unir todos os membros da comunidade, em defesa de valores que preponderam sobre os indivíduos e os grupos sociais determinados, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e à cultura.

6.5. Critérios de Interpretação Jurídica

Dispõe o § 1° do art. 1° da Lei n. 7.853/89:

"Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais do Direito ".

Aplicar a lei é fazer incidir os efeitos da norma a determinado caso concreto.

Interpretar é apreender o significado da norma.

A Hermenêutica é a ciência da interpretação.

Do § 1° extrai-se norma de conduta que impele o intérprete a não se restringir aos modos comuns de interpretação (literal ou gramatical, sistemática, histórica e finalista) e a levar em conta os valores protegidos pelas normas constitucionais e pela própria lei. Introduz, assim, a interpretação axiológica ou dos valores.

A interpretação literal ou gramatical ou filológica é a que leva em consideração os símbolos gráficos contidos na norma, como, por exemplo, a regra bíblica "não matarás".

Tal modalidade de interpretação é insuficiente pois, como se vê no exemplo acima, do significado lingüístico não se pode extrair a permissão da morte em legítima defesa.

A interpretação sistemática leva em consideração não só o significado lingüístico do dispositivo, mas também outros dispositivos que possam, de alguma forma, indicar o significado da norma que se pretende compreender.

Tal forma de interpretação parte do pressuposto de que as disposições legais estão inseridas em um sistema (a ordenação das partes no todo) que, no caso, seria o sistema nacional de proteção e de integração da pessoa portadora de deficiência.

Tal idéia, aliás, não escapou ao legislador da Lei n° 7.853, em cujo art. 1°' §

1°, parte final, não deixou de se socorrer do apelo aos "princípios gerais do Direito" sem que, no entanto, assim como o legislador do Código de Processo Civil, no art. 126, ousasse enunciar quais seriam tais princípios de tanta densidade .

A interpretação histórica é a que considera a necessidade de atualizar os comandos expressos nos dispositivos levando-se em conta as alterações sociais, como, por exemplo, o Código Civil, no art. 1081, ao dizer que se considera presente quem contrata por telefone, de onde se extrai o entendimento de que tal

também se aplica aos meios mais modernos, como, por exemplo, a comunicação através do correio eletrônico, o que seria impensável para o venerando Clóvis Bevilacqua.

A interpretação finalista, também chamada teleológica, é a que leva em conta os fins visados pela norma. Aliás, o § 2° da lei ora em comento é expressão de tal modo de interpretação, ao explicitar os fins visados pela Lei:

"As normas desta lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade."

6.6. Supremacia da Interpretação Axiológica: o Valor que Predomina na Questão da Pessoa Portadora de Deficiência

Mas a interpretação axiológica vai muito mais longe que a interpretação teleológica, atuando em uma dimensão que transcende os limites dos meios de interpretação literal, sistemático e histórico.

Há de se distinguir entre dispositivo, norma e valor.

O dispositivo é o conjunto gráfico ou texto da lei, como, por exemplo, no art.

121 do Código Penal, a expressão: "Matar alguém - pena de seis a vinte anos de reclusão", ou o símbolo gráfico com um cigarro, atravessado por uma faixa diagonal, dentro de um círculo. A norma é o comando que se extrai do dispositivo: do art. 121 do Código Penal se extrai o comando "não matar" e do antes mencionado símbolo gráfico o comando de "não fumar".

Ao proibir matar, o Código Penal protege o valor da vida humana; ao proibir fumar em determinado ambiente, pretende-se garantir o valor da saúde.

O valor protegido pela norma é o objeto da interpretação axiológica.

Os valores básicos que a Lei n. 7.853/89 destaca são:

- a igualdade de tratamento e oportunidade;

- a justiça social,

- o respeito à dignidade da pessoa humana;

- o bem-estar e

- outros indicados pela Constituição ou justificados pelos princípios gerais do Direito.

Os valores descritos no diploma legal em comento mostram-se compatíveis com as normas constitucionais e devem merecer a antes mencionada

"interpretação conforme a Constituição", de forma a garantir a supremacia da Lei das Leis.

Evidentemente, em determinado caso concreto (e nunca hipoteticamente, pois somente na verificação do fato concreto é que se pode selecionar o valor que vai predominar!), havendo conflito entre os valores antes mencionados, de forma tal que ao intérprete pareça que um valor exclua a precedência do outro, deve o mesmo se socorrer do critério de interpretação axiológica denominado de "teoria da proporcionalidade" ou "teoria da adequação dos meios".

Tal critério tem por conteúdo sopesar os valores em conflito em cada caso e fazer valer aquele que, motivadamente, deve predominar no caso em julgamento.

Entre tantos valores (os enunciados pela Lei n. 7.853/89, no art. 1°, § 1°, inclusive os indicados na Constituição e os justificados pelos princípios gerais do Direito) é natural que incorra o intérprete no risco de se perder entre tantos comandos legislativos e, ainda que busque amparo no critério hermenêutico da proporcionalidade, certamente irá sempre investigar qual o valor que predomina entre tantos outros.

O que predomina, em todos estes casos, é o critério do respeito à dignidade da

pessoa humana, não por que está declarado no art. 1°, § 1°, da Lei ora em comento, mas em face de sua sede e origem no art. 1°, 111, da Constituição de 1988, de conteúdo individualista, a fazer valer os direitos individuais em prol da realização de cada pessoa. O credo liberal é que posicionou a dignidade da pessoa humana como o valor que deve prevalecer sobre todos os demais.

6.7. O Núcleo dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência: o Direito à Integração Social

Qual é o núcleo dos direitos da pessoa portadora de deficiência, aquele que conduziu a Lei n. 7.853/89, no seu art. 2°, a longamente expor as diversas medidas que entendeu necessárias para o atendimento ao dever constitucional de proteção?

Ao dispor no art. 24, XIV, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, a Constituição percebeu o portador de deficiência como aquele que tem dificuldade de se relacionar, de se inserir no contexto social e econômico, de realizar os seus direitos de cidadania:

"O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência. "

Aliás, tal é o conceito e o valor posto como maior pela Lei n. 7.853/89, ao se referir no art. 1°, caput, à "integração social", no § 1° à "igualdade de tratamento e oportunidade," da justiça social,` do respeito à dignidade da pessoa humana, do

bem-estar;" no § 2° "afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie".

O Decreto n. 3.298/99, em seu art. 3°, inciso I, considerou a deficiência como

"... toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano " e a incapacidade como "... uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida ".

Daí se vê que o direito gerador do feixe dos direitos do portador de deficiência é o direito de se integrar à sociedade, vencendo os obstáculos e os entraves que inibem o seu poder, inerente a todo ser humano, de garantir a sua existência e de realizar o seu desenvolvimento pessoal e alcançar a felicidade.

Mas a extensão do direito de integração somente pode ser percebida no caso concreto, de acordo com as necessidades de cada um grupo de deficiências, ou mesmo levando em conta a situação individual da pessoa.

Assim, há uma contradição imanente ao tema da proteção e de integração social da pessoa portadora de deficiência.

Da Constituição e das leis podemos extrair normas que intentam tal desiderato, mas somente no caso concreto, pesquisando as condições sociais, econômicas, culturais - e tudo o que for relevante.`

Somente na percepção dos fatos, da própria História, no caso concreto, é que se pode afirmar se incidem os efeitos constitucionais e legais de proteção e de integração social ao portador de deficiência. 6.8. Tarefa do Estado e da Sociedade: a Integração Social da Pessoa Portadora de Deficiência

O § 2° do art. 1° da Lei n° 7.853/89 expressa os objetivos das normas baixadas pelo mesmo diploma legal:

Às normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade".

Ao dizer que as normas visam garantir ao portador de deficiência as ações governamentais, a disposição não pode ser interpretada no sentido de somente instituir dever aos órgãos governamentais, assim excluindo os demais agentes sociais.

É certo que somente a lei poderia se dirigir aos órgãos governamentais pois o Governo" é que impõe as condutas à sociedade, pois impor condutas é o ato próprio do poder.

Contudo, logo a seguir, o mesmo dispositivo enuncia: " ... entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade", assim instituindo dever jurídico de todos os agentes sociais e não somente ao Poder Público, em norma perfeitamente adequada às tarefas da sociedade ou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil enunciados no art. 3°, mormente o inciso IV, da Constituição de 1988.

7. COMENTÁRIOS AO ART. 2° DA LEI N° 7.853/89

7.1. Medidas de Implementação dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência

Do direito à integração social decorre o direito específico ao portador de

deficiência de obter os meios necessários para vencer os entraves decorrentes da própria deficiência. É o que está expresso no art. 2° da Lei n° 7.853/89, ao dispor sobre o que denomina "medidas", atividades ou condutas a cargo do Poder Público e da sociedade com o desiderato de alterar as condições vigentes em determinado momento histórico.

7.2. As Medidas Previstas no Art. 2° da Lei n° 7.853/89 Têm Caráter Exemplificativo e não Excluem outras Providências

No parágrafo único do art. 2° são estabelecidas diversas providências que não esgotam as medidas de proteção e integração do portador de deficiência menos por que está expresso no dispositivo a expressão "sem prejuízo de outras" como pela relevante circunstância de que tais medidas como antes reiteradamente mencionado - não têm fonte na lei mas na própria Constituição e, assim, imune às limitações legais.

7.3. As Medidas do Art. 2° São Tendentes a Viabilizar o Exercício dos Direitos do Portador de Deficiência nos seus Diversos Papéis Sociais

Enquanto no século XIX, com a predominância do ideal liberal clássico, poder-se-ia imaginar que o indivíduo exercitasse plenamente, em pé de igualdade absoluta com os demais integrantes da comunidade, os direitos econômicos e sociais, e assim prevalecendo o princípio da igualdade formal de todos perante a ordem jurídica, no século XX - e certamente muito mais neste século XXI que agora se inicia - a pessoa humana poderá ser percebida na imensidão de seu universo pessoal, que a faz absolutamente distinta dos outros seres humanos.

O universo que existe em cada um de nós é absolutamente individual, e todos nós temos o inalienável direito de resguardar a nossa personalidade, lutarmos pelos nossos sonhos, alcançar os bens da vida postos à disposição de toda a

comunidade, exercitarmos, com plenitude, a nossa cidadania.

E assim importa o indivíduo não pela hipócrita igualdade formal, mas pelos papéis que exerce nos diversos grupos sociais em que está inserido, daí advindo as conseqüências jurídicas do respectivo estatuto.

O Código Civil intentou regular a vida do indivíduo desde o nascimento até a morte; a legislação do século XXI cada vez mais atentará para as características da pessoa, para o seu status pessoal, considerando o seu específico papel de consumidor/fornecedor de serviços, de estudante/

professor, pai/filho, marido/mulher, companheiro/companheira etc.

E a legislação de proteção e de integração do portador de deficiência é, justamente, o exemplo de tal situação, pois regula o status daquele que, em face de determinada condição pessoal, ganha superioridade jurídica para compensar, tão-somente no que for necessário, a sua inferioridade social.

O disposto no art. 2° é expresso ao apontar os diversos papéis sociais da pessoa a ser favorecida para a sua plena inserção na sociedade:

"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."

Assim, o fato da deficiência pode conduzir à proteção jurídica específica em determinado papel social do indivíduo - como por exemplo, na educação - mas sem acarretar as mesmas conseqüências em face de outro papel social que pelas características dispense tal proteção - como, por exemplo, no trabalho.

O que a lei fala é em "direitos básicos, inclusive dos direitos à...", a indicar que, se o rol não é exaustivo, as medidas ali referidas também não dispensam outras, posto que a incidência da proteção somente pode ser apurada no caso concreto.

A incidência da proteção no caso concreto, ou aplicação tópicà dos direitos ora em comento, também não dispensa, antes exige, que não se perca de vista o

caráter multidisciplinar da proteção prometida pela ordem jurídica, pela óbvia impossibilidade de se retratar o indivíduo através de padrões ou conceitos que se mostram, na verdade, meramente pedagógicos. Por exemplo, não há como cindir de forma absoluta as medidas de proteção e de integração social referentes à educação e ao trabalho, posto que aquela, como conceituado no art. 205 da Constituição, intenta formar o indivíduo para o exercício de sua cidadania. 7.4. Caráter Personalíssimo dos Direitos de Proteção e de Integração Social dos Portadores de Deficiência

Note-se: os direitos do portador de deficiência são determinados pelos fatos que indiquem a necessidade de especial proteção visando à sua integração social.

São direitos topicamente determináveis, a depender da peculiar situação individual em determinado momento histórico.

Assim, têm natureza de direitos personalíssimos, oponíveis erga omnes, na classificação divulgada por Giuseppe Chiovenda,'9 que considera os direitos subjetivos como direitos relativos (direitos obrigacionais e direitos de família, pois somente são oponíveis a determinadas pessoas) e direitos absolutos (direitos reais e direitos personalíssimos, oponíveis contra todos).

De seu caráter personalíssimo, emerge o seu conteúdo indisponível, a significar que não admitem que o titular deles renuncie.

7.5. Inexistem Direitos Adquiridos na Relação Estatutária de Amparo ao Portador de Deficiência

É o fato da deficiência que deflagra os direitos do respectivo portador à proteção e à integração social.

Os efeitos que o Direito Constitucional e as leis prevêem para a incidência de tal fato são indisponíveis` para o beneficiado, pois dele não pode abdicar, posto que tais direitos não decorreram de sua autonomia privada mas sim lhe foram conferidos por normas constitucionais.

E caso se constate a deficiência quando já estabelecida determinada relação jurídica, como, por exemplo, um contrato de prestação de serviços pelo portador

da deficiência que se torna para ele extremamente dificultoso para o seu cumprimento?

Em tal caso, deve as condições do contrato serem revistas ou pela vontade das partes ou pela sentença judicial, pois, em contratos de trato sucessivo e dependência do futuro, as coisas devem ser entendidas se assim permanecerem. E se a deficiência já se constatara mas mesmo assim o portador da deficiência aceitou alugar um apartamento no 10° andar de um edificio cujo elevador antigo freqüentemente não funciona?

Poderia o locador, em tal caso, alegar o seu direito adquirido e exigir o cumprimento do contrato ou a indenização do inquilino pela extinção do mesmo antes do prazo estipulado?

É tema do direito intertemporal, tratado em grande parte nas disposições iniciais da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual, pode-se dizer, na realidade nada introduz ao Código Civil, porque verte, em suas diversas disposições, sobre os conflitos temporais e espaciais da aplicação da lei, incidindo, assim, em todas as relações jurídicas, não só as decorrentes da Lei Comum.

Ensina José da Silva Pacheco:

"Os contratos e os processos, como todo ato ou fato, ao se constituírem, atenderam às disposições da lei vigente na época de sua constituição, formação ou nascimento. Todos os efeitos verificados ou conseqüências produzidas, inclusive os direitos, pretensões e ações, deles decorrentes, durante o período de vigência dessa lei, a ela se sujeitam. Entretanto, quando os efeitos e conseqüências explendem, após a edição da nova lei, insta determinar se continuam adstritos à lei anterior, ou se passam a ser objeto da nova lei. Daí as normas de direito intertemporal, fixando os limites de cada uma das leis consecutivas, sobre a mesma matéria.

Para denominá-las, conceberam-se diversos nomes ligados aos títulos das obras dos autores que dela trataram, tais como teoria dos direitos adquiridos, teoria da retroatividade ou da irretroatividade das leis, direito transitório, conflito de leis no tempo, ou no direito intertemporal.

Tanto as teorias subjetivas como as objetivas, têm em comum o respeito pelos fatos e efeitos consumados, sob o regime da lei anterior, bem como o reconhecimento da lei nova para os fatos e efeitos futuros, que nascerem sob o seu agasalho. O problema é sobre os fatos, atos, contratos ou processos pendentes ou em curso. Enquanto as primeiras teorias enfocam os direitos subjetivos, as segundas colocam as câmaras sobre as situações, efeitos ou conseqüências. "

o princípio da irretroatividade das leis tem, em nosso país, sede constitucional, o que o torna intangível ao legislador comum (Constituição, art. 5°, XXXVI); em interpretação mais draconiana, em face do que está no art. 60, § 4°, da Constituição, há quem diga que nem a emenda constitucional poderia alcançar o direito adquirido, por ser cláusula pétrea, imune às reformas constitucionais.

As teorias subjetivistas enfatizam a manifestação de vontade das partes, tornando-a imune à influência da nova legislação; as teorias objetivistas enfocam as conseqüências fáticas e os efeitos da norma e, para muitos, poderia até mesmo parecer que ignoram o princípio da irretroatividade da lei.

No entanto, não se deve esquecer que o contrato de locação, firmado na época da legislação anterior, produz seus efeitos além da época de origem.

Seria demasiado simplista exigir que tais efeitos continuassem absolutamente imutáveis, alheios às novas situações fáticas.

Veja-se a lição de Pontes de Miranda

:`já no nosso século Léon Duguit e Gaston Jèze procuraram fri-

sar a distinção entre situações jurídicas subjetivas e situações

jurídicas objetivas, para que sobre ela pudesse repousar a

construção do direito intertemporal. Aquelas situações são

particulares; essas, gerais. A situação do proprietário, do homem casado, a do viúvo, são legais, portanto, gerais, pois a lei fixa a todas e só há um tipo de situação para qualquer dessas espécies de situações jurídicas. O legatário não está nas mesmas condições: o seu direito, a sua situação jurídica, depende do ato do testamento e da lei - não só da lei. A situação jurídica do locador é da mesma natureza: provém do ato jurídico (a locação) e da lei; não só, portanto, da lei. As situações jurídicas objetivas, legais, são permanentes; as situações jurídicas subjetivas - individuais, temporárias. A lei nova poderia sempre modificar aquelas; esbarra antes essas. Aquelas são irrenunciáveis; essas, suscetíveis de renúncia. Na esteira de Duguit e Jèze, embora sob o risco da acusação de excessiva simplicidade, podemos concluir que não há que se falar em direito adquirido sobre situação regida pelo império da lei, intangível à autonomia de vontade das partes.

Em conseqüência, só se buscará o amparo do princípio da irretroatividade da lei no direito material (com exceção da aplicação in bonam partem para a área penal e repressiva) quando fugiu, com liberdade, a vontade das partes, em situação que a ordem jurídica não limitou a autonomia das partes.

7.6. As Medidas Referidas no Art. 2° Atuam também em Face dos Particulares e não Somente Obrigam o Poder Público

Destinatário da norma que se extrai do disposto no art. 2° da lei ora em comento é o Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivos Poderes, inclusive autarquias, fundações, estatais e delegatários) pois a norma diretamente institui o Poder Público como garantidor das medidas ali estabelecidas.

Ocorre que as medidas ali descritas dizem respeito não somente às atividades do Poder Público, mas também das pessoas e entidades privadas, como se vê, por exemplo, no tema da educação, cujas medidas incidem não só nos estabelecimentos oficiais de ensino como nos particulares.

Repita-se: o Poder Público foi instituído como garantidor das medidas referidas, o que não significa que tais medidas somente tenham efeitos em face do próprio Poder Público, pois as pessoas e entidades privadas estão obrigadas a cumprir o que a lei determina em face do princípio da liberdade ou, como dizia Pontes de Miranda, o princípio da legalitariedade.

7.7. O Caráter Regulamentar do Decreto n° 3.298/99 não Confronta com a Lei n° 7.853/89 ao Inovar Algumas Medidas de Proteção e de Integração Social ao Portador de Deficiência

Adotando a República Federativa do Brasil o sistema presidencialista de governo, ao Presidente da República compete, como Chefe do Governo, nos termos do art. 84, IV, última parte, dispor em decretos para o cumprimento das leis pois em tal sistema o Presidente da República acumula as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo que no regime parlarnentarista são cindidas em órgãos diversos.

Não se vê na Lei n. 7.853/89 disposição expressa autorizando o Chefe de Governo a baixar decreto de regulamentação, mas tal não se mostra necessário em face da antes referida autorização constitucional.

Ocorre que o Decreto em comento, assim como todos os demais decretos regulamentares, não pode se limitar a simplesmente reproduzir as disposições

legais, pois, se assim fosse, nenhuma utilidade prática teria, posto que a força de seus comandos não têm fonte no próprio decreto, mas no caráter inovador da lei que pretende regulamentar.

Daí poderia parecer que o Decreto n° 3.298/99, justamente quando não reproduz os mesmos termos da Lei n. 7.853/89, investe em zona de ilegalidade ao transbordar de seus limites de inovação em face da regra constante do art.

5°, II, da Constituição, de que somente a lei formal (aprovada pelo órgão legislativo) tem a autoridade de jungir a sociedade aos seus comandos.

Contudo, mostra-se válida a legalidade do Decreto n° 3.298/99 que nada inova legislativamente mas simplesmente explicita as medidas de proteção e de integração social constantes da Lei n. 7.853/89 que, aliás, nada mais são que explicitações legais dos comandos genéricos e abstratos constantes da própria Constituição da República.

Aliás, veja-se a ementa do Decreto n. 3.298/99 para se descortinar o seu conteúdo normativo:

"Regulamenta a Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências."

Como ato do Chefe do Governo federal, o mencionado Decreto prescinde de arrimo em lei para dispor sobre o funcionamento dos órgãos federais,` pois ao Presidente da República compete dispor sobre a Administração Federal (Constituição, art, 84, II e IV).

Por outro lado, o conteúdo complementar material da Lei n. 7.853/89, explicitando comandos constitucionais genéricos, lhe concede caráter nacional isto é, de observância obrigatória não só pela União (que editou o ato) como pelos demais entes federativos (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) e respectivos Poderes, entidades da administração direta e indireta e até mesmo delegatários de serviço público.

Assim, o Decreto n. 3.298/99 apresenta multifárias funções que, de resto, se apresentam compatíveis com a ordem jurídico-constitucional:

- regulamenta a Lei n. 7.853/89, tendo nas disposições desta a fonte de suas disposições regulamentares;

- dispõe sobre política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, aí também se fundando na Constituição e na Lei n° 7.853/89;

- vincula os demais agentes sociais ao consolidar as normas de proteção postas na Constituição e na Lei n. 7.853/89.

- estrutura órgãos da administração pública federal, aí em caráter de decreto autônomo, em face da atribuição que a Constituição, no art. 84, IV, defere ao Presidente da República; e

- ao regular a atividade dos órgãos federais, sinaliza atuações simétricas aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios, pois assim permitem a Constituição e a Lei n° 7.853/89, esta com caráter complementar à Lei Maior nestes aspectos.

7.8. Os Caracteres Integrativo e Suplementar do Decreto 3.298/99 na Previsão das Atividades Governamentais e Sociais

As medidas de proteção constantes da Lei n. 7.853/89 são explicitadas no Decreto n. 3.298/99, mas não se esgotam nas disposições da lei e do decreto regulamentar, posto que não constituem numerus clausus e ali estão dispostas em mero caráter exemplificativo, o que permite aos agentes sociais e aos órgãos governamentais a atuação necessária para o eficiente cumprimento da tarefa constitucional que lhes foi imposta.

O caráter suplementar do Decreto n° 3.298/99 mais se destaca em considerar

que dispõe sobre temas que envolvem não só atividades de esferas governamentais que não a federal como atividades privadas - notadamente nas vitais áreas de saúde e educação - em atenção à situação fática existente no momento de sua edição.

Tal adequação - e conseqüente permeabilidade - da política nacional aos fatores sociais, culturais, econômicos, políticos e administrativos se torna evidente quando se compara a redação do art. 2° da Lei n° 7.853, editada no final da década de 80, com a redação do Decreto 3.298, este no final da década de 90.

7.9. Medidas Atinentes à Área de Edificações e Vias Públicas

A edição da Lei n. 10.048, de 8 de novembro de 2000, cuja ementa 21 diz qre dá prioridade de atendimento não só às pessoas portadoras de deficiência fisica, aos idosos com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo, no seu art. 4° determina que "os logradouros e sanitários públicos, bem como os edificios de uso público, terão normas de construção, para efeito de licenciamento da respetiva edificação, baixadas pela autoridade competente, destinadas a facilitar o acesso e uso desses locais pelas pessoas portadoras de deficiência" e no art. 5° que "os veículos de transporte coletivo a serem produzidos após doze meses da publicação serão planejados deforma a facilitar o acesso a seu interior das pessoas portadoras de deficiência ".

A Lei n. 10.048/00, assim como a Lei n° 7.853/89, de conteúdo complementar, tem força obrigatória não só para a. União como para os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, daí se verificando que a norma sobre acessibilidade de prédios e logradouros públicos, decorrente do disposto no art. 4° da Lei n. 10.048/00, é obrigatória para o Distrito Federal e os Municípios a quem compete o exercício da polícia edilícia sobre o licenciamento de construções e obras nos prédios.

Se o tema da acessibilidade, como previsto no Decreto n. 3.298/99, ali só incidia para os órgãos do Governo Federal, com a edição da Lei n. 10.048/00, os

Municípios e o Distrito Federal poderão incorporar ao seu sistema normativo - caso não disponham de outras previsões - do arcabouço de princípios estabelecidos no capítulo IX do Decreto n° 3.298/99, assim a demonstrar o caráter "nacional" e integrativo das disposições legais federais sobre o tema.

7.10. Medidas Atinentes à Educação

Em temas como saúde e educação, mais se avulta o caráter "nacional" do antes mencionado Decreto, pois a coordenação nacional das ações e o estabelecimento das respectivas políticas setoriais incumbe à União.

O inciso 1 do parágrafo único do art. 2° da Lei n° 7.853/89 dispõe, em diversas alíneas, as medidas atinentes à educação, o que é melhormente explicitado - sem nenhum confronto, como antes ressaltado -pelo Decreto n 3.298/99, especialmente nos arts. 24 a 29.

Entre os princípios ali estabelecidos, destaca-se o da Educação Especial, conceituada como "a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente Z' na rede regular de ensino para educando com necessidades educacionais especiais, entre eles o portador de deficiência" (art.

24, § 1 "), caracterizada "por constituir processo flexível, dinâmico e individualizado, oferecido principalmente nos níveis de ensino considerados obrigatórios" (art. 24, § 2°).

Dos mencionados parágrafos extraem-se normas que viabilizam o comando contido no art. 208,111, da Constituição, instituindo a garantia aos portadores de deficiência do atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, assim atendendo ao direito instituído pelo disposto no art. 205.

7.11. Medidas Atinentes à Saúde

É amplo o leque de atividades que se abre para o Estado e a sociedade em face do disposto no art. 196 da Constituição: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas qlie visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação ".

O inciso 11 do parágrafo único do art. 2° da Lei n. 7.853/89 enuncia em numerus apertus - diversas medidas na área da saúde que são repetidas, e rnuitas vezes ampliadas, nos arts. 16 a 23 do Decreto n. 3.298/99.

Entre tais medidas, que evidentemente somente se concretizam no atendimento individual, destacam-se a "garantia do atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado " (Lei n. 7.853/89, parágrafo único, V; Decreto n. 3.298/99, art. 16, V), o conceito de prevenção "prevenção compreende as ações e medidas orientadas a evitar as causas das deficiências que possam ocasionar incapacidade e as destinadas a evitar sua progressão ou derivação em outras incapacidades " (Decreto n. 3.298/99, art. 16, § 1°) e a explicitação do direito de "assistência integral à saúde e reabilitação da pessoa portadora de deficiência a concessão de órteses, próteses, bolsas coletoras e materiais auxiliares, dado que tais equipamentos complementam o atendimento aumentando as possibilidades de independência e inclusão da pessoa portadora de deficiência."

A sentença, a seguir transcrita, confirmada em reexame necessário pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apreciou o tema da responsabilidade civil do Estado em decorrência de imperfeita prestação de serviço de saúde, acarretando indenização, inclusive com medida cautelar, em favor de pessoa que demandou através da Defensoria Pública.

JUÍZO DE DIREITO DA

TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA

SENTENÇA

Processo n°95.001.089051-1 (5243)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

A: Antonia Nelma Costa Ferreira

Defensor Público: Doutora Cláudia Barroso

R: Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Doutor Jorge Luiz Ribeiro de Amorim

Ministério Público: Doutora Ana Cristina Filgueiras

"CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

Autora que restou paralítica após intervenção cirúrgica em hospital-escola estadual.

A Constituição de 1988 adota a responsabilidade objetiva do Estado pela teoria do risco administrativo, segundo a qual o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como conseqüência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau; importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público.

O dano é injusto, e como tal sujeito ao ressarcimento pela Fazenda, se tiver como causa exclusiva a atividade, ainda que regular, da Administração.

"É cumulável a indenização por danos materiais e morais, nestes compreendidos os estéticos, decorrentes do mesmo fato " (Súmula n ° 15 do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro).

Na ação de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é lícito ao juiz, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, providenciar desde já para a eficácia da tutela requerida, pois decorre do direito fundamental de acesso à Justiça o dever da função jurisdicional de garantir a efetividade de suas decisões.

Demanda procedente. "

Consta na petição inicial, ajuizada sob a gratuidade dos serviços judiciários em 17 de agosto de 1995, que a autora foi atendida no Hospital Universitário Pedro Ernesto, onde deu entrada para tratamento de pneumologia, sem possuir quaisquer outras complicações, sendo equivocadamente submetida a uma intervenção cirúrgica desnecessária, e face ao obrar imprudente dos prepostos da

ré, antes, durante e após o operatório, viu-se lesionada irreparavelmente em sua saúde, paralítica, em uma cadeira de rodas. Pede, a final, a reparação dos danos patrimoniais e morais.

Contestou a ré dizendo que a equipe médica atuou com dedicação profissional, procedendo da melhor forma possível no intuito de dispender à autora o melhor tratamento, visando a melhoria de sua saúde que já se encontrava debilitada quando lá chegou, ocorrendo complicação extremamente rara. Destacou que a cirurgia foi realizada por professor assistente da Faculdade de Ciências Médicas, mestre em Cirurgia Torácica pela UFRJ, especialista pela Sociedade Brasileira de Pneumologia, formado há 20 anos. Impugnou também, por excessivas, as verbas requeridas pela autora.

A réplica autoral destacou que a contestação não negou o nexo de causalidade, antes o afirmou. Realizou-se exame pericial pela Superintendência de Saúde Ocupacional da Secretaria de Estado de Administração, nos termos do art. 434 da lei processual civil (fls. 83 a 95).

Audiência a fls. 127/129, ouvindo-se duas testemunhas, e determinando-se, a requerimento da sempre diligente representante do Ministério público, novo exame pericial, designando-se a Clínica de Cirurgia Torácica da Santa Casa de Misericórdia. Contudo, a perícia acabou parcialmente prejudicada porque a autora evadiu-se da instituição (certamente levada pela família...) como se vê a fls. 136, dizendo que não queria ser submetida a nova cirurgia, o que, no caso, poderia parecer justificável em face de suas experiências anteriores.

As partes manifestaram-se sobre as peças, inclusive o Ministério Público, em parecer conclusivo.

É o relatório.

O minucioso e percuciente parecer do Ministério Público (fls. 149/152), de lavra da Titular da Curadoria da Fazenda perante este Juízo, a Promotora de Justiça Doutora Ana Cristina Filgueiras, afigura-se imune a quaisquer críticas ou aditamentos, e passa a integrar a presente sentença como a motivação a que se refere o disposto no art. 93, IX, da Constituição, como se aqui estivesse transcrito, para todos os fins de Direito.

Ressalte-se que os exames periciais foram realizados por duas instituições, designadas graciosamente na forma referida no art. 434 da lei processual, ambas adimplindo o dever coletivo expresso no art. 339 da mesma lei de ritos, pois ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade.

Na investigação da História da tragédia em que é centro a autora, nascida em 1955 (fls. 15), mãe de família, doméstica e agora paraplégica, poderia o Juízo até mesmo determinar novas perícias em amplo espectro, novamente requisitando o auxílio de órgãos públicos ou instituições médicas privadas.

Contudo, no caso, tal é absolutamente desnecessário, quer porque suficiente o que se contem nos autos, a demonstrar o nexo de causalidade, como porque, em tema de responsabilidade objetiva do Estado, não há que se perquirir a eventual culpa do seu agente.

Quaisquer atividades públicas, inclusive aquelas prestadas pelo Poder Público no exercício de sua relevante função de proteção da saúde individual, podem ensejar a responsabilidade civil do Estado:

"Tudo é serviço público: iluminara cidade, cuidar das árvores, varrer ruas, prender, soltar, legislar. Um varredor do Supremo é um elemento técnico, não jurídico do Estado. Se ele der uma vassourada na cabeça de um visitante, dará origem à obrigação de o Estado indenizar aquele em que foi produzido o dano.

O art. 15, do Código Civil, usando da expressão genérica de "representante", refere-se a todos os instrumentos jurídicos e técnicos das pessoas de Direito Público, e, a meu entendimento, não comporta distinções, que ele não fez.

A história do instituto da responsabilidade civil pode ser escrita como a história de sua contínua e progressiva ampliação, desde a responsabilidade pela culpa até a responsabilidade sem culpa, desde o princípio The King does not do wrong até a responsabilidade do Estado por todos os seus agentes. E, já em nossos dias, avança o assalto dessa melhoria ética e jurídica ao reduto mais defendido contra ela, a responsabilidade do Estado pelas leis injustamente danosas às situações individuais legítimas" (Aliomar Baleeiro, trecho de voto, transcrito por José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, Rio, Forense, t.

11, 1995, 10a ed., p. 647).

No princípio do século XX, já afirmava o Ministro Amaro Cavalcanti:

"... assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados.

Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, afim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: quod omnes tangit ab omnibus debet suportari" (Amaro Cavalcanti, Responsabilidade Civil do Estado, citado por José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, Rio, Forense, t. 11, 1995, 10' ed., p. 579).

Eminente magistrado, que hoje honra o Supremo Tribunal Federal, já afirmou, em síntese modelar:

"2. A evolução da responsabilidade civil do Estado passou por quatro fases distintas: da absoluta irresponsabilidade civil do Poder Público passou-se à fase de responsabilidade subjetiva, em que predominava o elemento culpa, por isso denominada de fase civilística; na 3°fase, tivemos a responsabilidade com base na idéia da faute du service, dos franceses, na qual se deu a publicização da culpa; finalmente, na 4°fàse, chegou-se à responsabilidade objetiva, em que pouco importa a culpa, exigindo-se, apenas, o fato do nexo causal entre o dano e o ato do agente.

3. A teoria do risco administrativo fez surgir a responsabilidade objetiva do Estado. Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como conseqüência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público.

4. No Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite

abrandamentos: a responsabilidade do Estado pode ser afastada se comprovada a culpa exclusiva da vítima, ou mitigada a reparação na hipótese de concorrência da culpa.

5. No Direito brasileiro, convive a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade civil subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não funcionou quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou funcionou tardiamente. "

(Carlos Mário da Silva Velloso, Temas de Direito Público, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 477.)

Necessário que se apure, em caso de responsabilidade civil do Estado, a ocorrência de seus pressupostos:

Àssentada tal premissa, cabe agora assinalar que a responsabilidade objetiva de natureza constitucional não prescinde da análise das circunstâncias que ocasionaram o dano. E aí incide a teoria da causalidade, segundo a qual: a) o dano é injusto, e como tal sujeito ao ressarcimento pela Fazenda, se tiver como causa exclusiva a atividade, ainda que regular, da Administração; b) o dano deixa de qualificar-se juridicamente como injusto, e como tal não autoriza a indenização, se tem como causa exclusiva o ,fato da natureza ou do próprio prejudicado; c) o dano é injusto, mas sujeito à responsabilidade atenuada, .se concorre com a atividade regular ou irregular da Administração, como causa, fato da natureza ou do próprio prejudicado ' (Yussef Said Cahali, Responsabilidade Civil do Estado in Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência).

Veja-se o que afirma o ilustre Desembargador, até recentemente Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo: ainda que regulares o~ procedimentos administrativos (no caso, tratamento médico e cirurgia), ocorrendo danos, há responsabilidade do Estado.

Não caberia, aqui, perquirir a culpa do ilustre cirurgião e professor que presidiu o procedimento médico: basta o dano e o nexo causal com à atividade estatal, porque tal é a ratio da norma decorrente do disposto no art. 37, § 6°, da Constituição, neste aspecto repristinando o que já se continha na Carta de 67/69.

Como disse Dworkm, o Direito, e desde logo o Direito Constitucional, não se inventa, descobre-se.

Não se estranhe a responsabilidade objetiva, como, por exemplo, m, caso do art. 1.529 do Código Civil, basta a demonstração do dano e do nexo causal também na condenação dos honorários em favor do advogado ver cedor, em que não há perquirição da culpa do autor.

Desnecessário assim que se fizessem novas perícias em busca de irlir til demonstração da culpa de cirurgião, mesmo porque os comemorativo, já se perderam no tempo e nos mecanismos burocráticos.

Além do dano, há que se perquirir o nexo de causalidade:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NEXO DE CA USALIDADE - EXEGESE.

A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art.

107 da EC 1/69- e atualmente no § 6°do art. 37 da CF-, não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Cód. Civ., a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equiva

lência das condições e a da causalidade adequada (STF-Ac. unân. da 1 ° T.

publ. no DJ de 7.8.92 - RE 130. 764-1-PR - Rel.

Min. Moreira Alves -Estado do Paraná e outro vs. H. Kaminski e Cia. Ltda. e outros - Advs.: Claudio Bonato Fruet e Hugo Mósca).

A lição do atual Secretário de Segurança Pública de São Paulo é im

"O terceiro prejudicado não tenz que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe ocorrer o direito ao ressar

cizzzento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este

tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações júncionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou

dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o

agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar" (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1992, 9' ed., p. 575).

Adite-se que, ao teor da expressiva dicção da vigente Carta da República, tem a autora o direito à seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência

social (art. 194). Por sua condição de deficiente fisico, ainda que abstraíssemos a causa da paraplegia, tem direito à assistência estatal (art. 203, V).

Há uma solidariedade social pela simples condição de deficiência física; nada mais justo que o ente estatal que causou a deficiência e a seqüela irreversível na saúde seja aquele que se encarregue de expressar tal solidariedade social.

Afirmada a relação de causalidade entre o fato estatal e o dano, procede a demanda, passando-se ao exame das verbas para a reparação.

O juiz está vinculado ao princípio da demanda (Código de Processo Civil, art.

2°) observando-se que a autora restringiu-se a pedir a reparação dos danos materiais e morais.

Em se tratando de doméstica, como se qualificou na inicial, a reparação do dano material submete-se á base de cálculo de um salário mínimo, pelo que deixou de ganhar como profissional que, no entanto, deve ser elevado de mais um salário pelas necessidades pessoais decorrentes de sua condição de paraplégica, além de outro salário para ressarcir o acompanhamento que necessitará durante o resto da existência.

A pensão mensal, ora calculada, decorrente de pedido posto em ter-mos amplos, remetendo o julgador ao poder de julgamento pela eqüidade, como está no art. 1.553 da Lei Comum, leva em conta as necessidades (da autora), a gravidade da doença e o seu estado de miserabilidade econômica.

Evidentemente, também a reparação patrimonial abrange as verbas que, apuradas em liquidação por arbitramento, sejam necessárias para custear, até o final de sua existência, caso o progresso da Medicina não permita encontrar meios de reabilitação, tratamento médico, transporte, remédios e aparelhos condizentes com a sua condição pessoal.

É reconhecido o dano moral e a sua reparação, esta com fulcro no dispositivo constitucional que assegura o direito fundamental da dignidade humana.

Civil-Ação de Indenização -Acidente ferroviário -Reparação por dano material e dano moral- Cumulabilidade -Responsabilidade contratual- Ato ilícito relativo -Juros moratórios -Incidência a partir da citação - CC, art.

1.536, § 2°.

I - O entendimento afirmado pela melhor doutrina e jurisprudência do STJé no sentido de admitir-se a indenização, cumulativamente, por dano moral e dano material, ainda que derivados do mesmo fato (Súmula n ° 37 - STJ).

II-Assentada, também, na jurisprudência da Corte, a orientação segundo a qual os juros moratórios, nas hipóteses de responsabilidade objetiva ou culpa contratual, serão devidos a partir da data da citação inicial, nos termos do art.

1.536, § 2 °, do Código Civil.

III - Recurso conhecido e provido, em parte.

(REsp. n° 23.386-4 - SP. Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER. Terceira Turma. Unânime. DJ30/11/92).

A proteção que a Constituição promete quanto à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5°, X) é explicitação de direito fundamental declarado no caput do art. 5°, pois 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... "

Homem ou mulher, idoso ou infante, rico ou pobre, empresário ou assalariado, milionário ou peão, cada um em sua individualidade, todos têm direito à dignidade da pessoa humana que a Carta Política, no seu art. 1°, pôs como fundamento da organização social.

No arbitramento da reparação, socorre-se o julgador da regra de eqüidade referida no art. 1.553 do Código Civil:

DANO MORAL - ARBITRAMENTO - CRITÉRIO. O arbitramento do valor do dano moral deve ficar a critério do Juiz, pois não há outro modo razoável de avaliá-lo (TJ-RJ-Ac. unân. da 1 °Câm. Cív. reg. em 17-4-91-Ap.

3.700/90 -Rel. Des. Renato Maneschy - Ultra Cred Serviço SIC Ltda. vs.

Maria José Martins Figueiredo). Extrai-se, ainda, do voto: "Dano moral, como se sabe, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade. Seu conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. É o que POLACCO

chama de lesão da personalidade moral. Não é possível negar que quem vê injustamente seu nome apontado nos tais Serviços de Proteção ao Crédito que se difundem por todo o comércio sofre um dano moral que requer reparação.

Mas a reparação do dano moral se há de fazer pelo prudente critério do Juiz, pois não há outro modo de avaliá-lo. Afixação do "quantum "ficará ao prudente arbítrio do Juiz, mas este arbítrio, como observa OROZIMBO

NONATO, é uma contingência inelutável, dadas a crescente complexidade do comércio jurídico e a impossibilidade de prever o legislador todos os casos que surgem daquele comércio. O fato de não se poder estabelecer rigorosa equivalência entre o dano moral e a indenização não pode ser motivo, como pondera o Des. AMILCAR DE CASTRO, de se deixar o direito sem sanção e sem tutela. Ou, como dizia o Ministro PEDRO DOS SANTOS, no Supremo Tribunal, o que não é possível é que o responsável por acidente daninho aos direitos e legítimos interesses de outrem possa subtrair-se às conseqüências de seu ato por não serem direta e exatamente reparáveis."

Limita-se a reparação ao dano moral a dois salários mínimos, pelo mesmo critério antes adotado no arbitramento da pensão.

Inclui-se a verba de danos estéticos nos danos morais, ao teor da Súmula n°

15, do Egrégio Tribunal de Alçada Cível deste Estado: "É cumulável a indenização por danos materiais e morais, nestes compreendidos os estéticos, decorrentes do mesmo fato." (Fonte: a Proposta de Súmula n° 15/96, julgada em 25 de março de 1996, vencidos os Juizes Spyrides, Pimentel Marques, Asclepíades, Dauro, Roldão, Paraguassú, Azevedo Pinto e Jayro). Tal enunciado, ao ver deste decisor, restringe o alcance da Súmula n° 37, do Superior Tribunal de Justiça: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato". De qualquer forma, são incontrovertidos os danos estéticos em mulher paralisada nos membros inferiores.

Embora posta sob o enfoque de condenação de dar dinheiro, na verdade a demanda objetiva condenação em prestação de fazer, porque, em se tratando a ré de pessoa jurídica de direito público, a reparação quanto às pensões vencidas será procedida através da inscrição da autora como pensionista para o recebimento das verbas, certamente através de procurador, em face da sua condição de paraplégica.

Incide, assim, o disposto no art. 461 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei n° 8.952, de 13 de dezembro de 1994, norma de evidente conteúdo processual e que deve ser aplicada ex officio.

Sobre a natureza jurídica da ação para cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, basta se remeter ao excelente trabalho de Ovídio A. Baptista da Silva

nos Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães (coordenação de José Carlos Barbosa Moreira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, pp. 261/268).

O provimento final desta ação está submetido ao reexame necessário porque a ré é fundação instituída pelo Poder Público, em face do disposto no art. 10

da Lei n° 9.469, de 10 de julho de 1997.

Incide, pois, o disposto no art. 461, § 3°, do Código de Processo Civil:

"Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminarpoderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada ".

A relevância do fundamento da demanda está na irreversibilidade do estado da autora.

É desinfluente que a autora não tenha requerido, através da diligente Defensoria Pública que a assiste, medida liminar para que, desde logo, passasse a receber os valores de reparação. O requerimento específico de liminar é exigido para os fins referidos no art. 273, do Código de Processo Civil, mas, em se tratando de ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, como no caso, permite-se ao juiz antecipar a eficácia de seu provimento final.

A autora é pobre, mãe de família, paralítica.

É possível e provável que alguns anos se passem antes que se chegue finalmente ao dia do trânsito em julgado desta sentença, caso confirmada nas instâncias revisionais. Contudo, a procedência aqui proclamada é suficiente elemento de plausibilidade em face do princípio geral de presunção dos atos estatais e pela carga de autoridade que orna os atos jurisdicionais em país que adotou a jurisdição universal ou judicial review.

O direito de acesso à Justiça, posto como direito fundamental da pessoa (art.

5°, XXXV, da Constituição), tem como corolário lógico a eficácia da decisão; a deficiência fisica e social da autora não pode vir em seu desfavor, nem é

suficiente a interpretação jurídica literal para a realização do Direito: a letra mata, o espírito vivifica, dizia outro magistrado há dois mil anos.

Daí porque necessário prover, desde já, pela assistência à autora, providência que se dá no dispositivo sentencial.

Pelo exposto, resolve-se

JULGARPROCEDENTEademandaparadeterminaràré que inscreva a autora na sua folha de pagamento, a título de pensão vitalícia, na verba equivalente a 5 (cinco) salários mínimos, condenando-a, ainda, ao pagamento das verbas apuradas em liquidação de sentença, para tratamento médico, transporte, remédios e aparelhos condizentes com a sua condição pessoal, como referido na motivação desta sentença.

C O N D E N A - S E também a ré a pagar à autora o que for apurado em liquidação quanto às pensões vencidas desde o fato e até a implantação do pagamento por folha, acrescidas de juros, estes desde a citação, e correção mensal à taxa legal, descontando-se o que a ela forneceu nos períodos de inernação, obedecido aí o limite pensionário.

Independemente da confirmação pela Instância Superior, da existência de recurso voluntário e do trânsito em julgado, determina-se à ré implantar, no prazo máximo de 30 dias a contar de notificação ao seu dirigente máximo, o Magnífico Reitor, pensão no eqüivalente a 3 (três) salários mínimos em favor da autora, estes referentes à reparação pelos danos materiais.

Sem ônus sucumbenciais, porque a autora nada adiantou a título de despesas processuais e a sua defesa foi procedida por órgão estatal prometido pelo art.

5°, LXXIV, da Constituição, como instrumento de realização da dignidade humana.

Submete-se a presente a reexame necessário por órgão fracionário do Egrégio Tribunal de Justiça.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1997.

Nagib Slaibi Filho

Juiz de Direito

PROCESSO N° 1998.001.13425

7.12. Medidas Atinentes à Área de Recursos Humanos

Nesta área, as medidas previstas no inciso IV do parágrafo único do art. 2° da Lei n° 7.853/99 foram explicitadas pelo disposto no art. 45 do Decreto n°

3.298/99, ao implementar programas de formação e qualificação profissional no âmbito do Plano Nacional de Formação Profissional PLANFOR.

8. A POLÍTICA PARA A INTEGRAÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE

DEFICIÊNCIA

8.1. O Caráter Nacional da Política para a Integração da Pessoa

Portadora de Deficiência

Estabelece o art. 9° da Lei n. 7.853/89 o tratamento prioritário e apropriado, por parte da Administração Pública Federal," aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.

No § 1 ° do mesmo dispositivo, além de dizer o óbvio29 - de que os assuntos serão objeto de ação coordenada e integrada pela Administração Pública Federal - diz, ainda, que tais assuntos se incluem em uma Política Nacional para integração da pessoa portadora de deficiência.

Tal norma - sobre a referida política nacional - é complementada pelo disposto no art. 10 da mesma lei, com a redação que ao caput foi dada pela Lei n. 8.028, de 12 de abril de 1990, ao atribuir a coordenação da atividade à Coordenadoria Nacional para a Pessoa Portadora de Deficiência, a que também incumbe, como é natural, formular a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Desde logo se verifica que do antes mencionado caráter nacional da Lei n°

7.853/89 - a despeito de não ser formalmente lei complementar- decorre do seu caráter material de complemento à Constituição e tal patamar "nacional"

(assim abrangente das esferas governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) não lhe dispensa, antes exige, que o conjunto das ações governamentais e da sociedade mereçam critérios ou pressupostos postos sobre o que usualmente o Direito pátrio considera como

"política".'°

9. COMENTÁRIOS AOS ARTS. 3° A 7° DA LEI N° 7.853/89 - AS AÇÕES

CIVIS PÚBLICAS COMO GARANTIA AOS DIREITOS DE PROTEÇÃO E

DE INTEGRAÇÃO SOCIAL AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

9.1. Distinção entre Ação Individual e Pública

Jurisdição é a atividade do poder destinada a resolver os conflitos de interesses. Processo é a relação jurídica que se estabelece entre o demandante, o demandado e o órgão do Estado encarregado de dirimir a lide.

Ação é o poder do indivíduo de deflagrar através do processo a atividade jurisdicional do Estado.

Tais são os conceitos básicos da Ciência Processual que o mestre italiano Redenti denominou de "trilogia estrutural do processo".

A Constituição de 1988 assegura, pelo que se extrai do disposto nc art. 5°, XXXV, o direito fundamental de acesso aos tribunais, pois "a lei; não excluirá da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito ".

Quem tem o poder de deflagrar a ação, ou quem está legitimado para instaurar o processo, é, ordinariamente, aquele que é o titular do interesse em disputa na demanda.

Excepcionalmente, em face da relevância do interesse, a ordem juridica

confere a quem não é o titular do direito o poder de atuar em sua defesa - é o que se denomina de legitimação extraordinária ou, como dizem o.

processualistas, de "substituição processual".

Daí a importância das disposições encontradas nos arts. 3° a 7° da lei n.

7.853/89, que trata das ações civis públicas destinadas à proteção dos interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência.

Através da ação civil pública, posta na defesa dos denominados interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência, a sociedade e os agentes estatais podem ser compelidos a atender as normas constitucionais que garantem os mencionados interesses, independentemente da atividade individual do portador de deficiência.

10. O INTERESSE COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

É o interesse o conceito básico do Direito porque dele é que decorren, os conceitos derivados de categorias jurídicas como direito subjetivo, pretensão, lide e outros.

Ao buscar assegurar sua existência e o desenvolvimento, o indivíduo volta seu interesse aos bens que possam suprir suas necessidades.

Bem é, assim, tudo aquilo que possa suprir uma necessidade e interesse, é a exigência que o indivíduo faz de determinado bem.

O interesse é a relação do indivíduo com o bem que vai satisfazer sua necessidade; no conceito de Groppali, interesse é a exigência de um bem que se considera útil, apto para satisfazer uma necessidade.

A maioria dos bens que o indivíduo busca não pode ser alcançada somente com a sua atividade. Volta-se, então, para o relacionamento com os outros indivíduos e, quanto mais suas necessidades aumentam de complexidade, mais intensifica o relacionamento social, buscando seus semelhantes para, com eles, em interação, solidarizar-se na satisfação de seus interesses.

A relação social é o meio que o indivíduo tem para alcançar os bens que sua própria atividade não pode alcançar.

Se a relação social é regulada pelo Direito, diz-se que é relação jurídica.

Os bens podem ser, quanto ao seu conteúdo, coisas (que são os bens tangíveis, mensuráveis, como, por exemplo, um lápis, um prédio) e serviços (que são as atividades que suprem tais necessidades, como, por exemplo, uma aula, o projeto de uma construção).

Quão mais complexas e sofisticadas as necessidades dos indivíduos, mais complexos se tornam os bens que possam supri-Ias e mais intensas as relações

sociais.

No dizer de Camelutti, o interesse é uma relação, como decorre da própria palavra - quod inter est.

Em toda sua existência, o ser humano busca prover os meios que possibilitem mantê-lo como indivíduo, isto é, sujeito de sua História e não mero objeto dos interesses dos outros indivíduos.

A busca dos bens que satisfaçam suas necessidades, morais ou patrimoniais, constitui a estrada pela qual passa a história de cada indivíduo. Sua peregrinação na satisfação de seus interesses, na busca da felicidade o estado ideal no qual verá supridas todas as suas carências - é a causa suficiente que o impele a querer e agir.

10.1. Modalidades do Interesse

O interesse pode apresentar diversas titularidades ou sujeitos, levando a sua classificação subjetiva.

10.1.1. Interesse individual, particular ou privado

Alguns interesses estão restritos às necessidades que não ultrapassam a esfera de cada pessoa- são os interesses individuais ou privados ou particulares.

O interesse individual é a relação entre o indivíduo e o bem que vai suprir sua necessidade, de forma direta ou imediata. O titular do interesse individual pode ser uma pessoa fisica ou natural, a pessoa jurídica ou moral e até mesmo órgãos despersonalizados, como o espólio, o condomínio de edificio, a herança jacente etc.

A capacidade de direito da pessoa fisica, antes de ser questão privada, é questão pública, constitucional, direito fundamental, personalíssimo, integrante de sua cidadania, no sentido sociológico (CC, art. 2°-todo hotnent é capaz de direito e obrigações na ordem civil; Constituição, art. 5°, capta -

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, nos termos seguintes:...) e não se confunde com sua capacidade de fato, dispondo o art. 7° do Código Civil que a capacidade, absoluta ou relativa, será suprida nos termos legais (cf. CC, arts. 379, 384 V, 496, 154 e 156, quanto aos menores; arts. 446 a 461, quanto aos loucos, surdo-mudos e pródigos; 463 a 468, sobre os ausentes; sobre psicopatas, toxicômanos e viciados em substâncias entorpecentes, ver o Decreto n° 24.559, de 03.07.34 e Decreto-Lei n° 891, de 25.11.38; sobre os silvícolas, o Estatuto do Índio - Lei n° 6.011, de 19.12.73 e 232, da Constituição).

A determinação da ordem jurídica no sentido de se integrar à vontade do incapaz a vontade do seu representante ou assistente, induz que não têm eles o poder pleno de manifestar a sua vontade na defesa dos próprios interesses, pelo que são representados (CC, art. 5°) ou assistidos (CC, art. 6°) ao atuarem no mundo jurídico. O representante e o assistente ao incapaz, ao integrarem e complementarem sua manifestação de vontade, fazem da própria consciência e vontade a vontade e consciência suficientes para que os incapazes atuem no mundo jurídico.

Daí se constata que, sem consciência e sem vontade dos titulares dos interesses, não há exercício de direitos.

Já as pessoas jurídicas ou morais, que se constituem ou passam a existir com a sua inscrição no registro público específico (CC, art. 18) são representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou não o designando, pelos seus diretores (CC, art. 17).

Diverso, assim, o modo de aceitação, pelo Direito, da atuação, em Juízo ou fora dele, das pessoas físicas e jurídicas: aquelas atuam independentemente de seu reconhecimento pelo Estado, pois o registro civil é meramente declaratório, enquanto as pessoas jurídicas só existem, com efeitos além daquelas pessoas que a constituem, quando o Estado lhe dá a existência, com os efeitos erga omnes do respectivo registro público. As pessoas fisicas nascem para o Direito no próprio momento em que nascem com vida (CC, art.

4°); as pessoas jurídicas têm no registro público o seu berço.

A própria pessoa fisica manifesta, por si ou seu representante, a vontade, enquanto a pessoa jurídica, por ser ideal, manifesta, ficticiamente, sua vontade através de seus órgãos de representação previstos no respectivo estatuto e, em falta de previsão, através de seus diretores, isto é, as pessoas cuja vontade individual as movimentam e direcionam a sua atuação na satisfação dos seus interesses.

O órgão da pessoa jurídica deve demonstrar sua legitimação para atuar em seu nome, em Juizo ou fora dele, devendo as pessoas que com eles se relacionam se precaver com a exigência da exibição dos comprovantes de seus poderes - o juiz deve, verificando a irregularidade de representação das partes, suspender o processo e marcar prazo razoável para ser sanado o defeito (CPC, art. 13).

O que impulsiona a criação da pessoa jurídica é a comunhão de interesses individuais que só encontram, nessa conjugação dos esforços, os meios para alcançar os seus fins. Dispõe o Código Civil, art. 1.363 que "celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns". Como o indivíduo é limitado, no tempo e no espaço, para certos empreendimentos que são exigidos pelas suas necessidades, busca outros seres que possam, com ele, trabalhar no mesmo sentido, pois "logram fins comuns" (affectio societatis).

Eis a diferença entre a comunhão de interesses e a sociedade - o fim comum ou a affectio societatis unem os esforços daqueles que comungam das mesmas necessidades, embora nem todos que tenham as mesmas necessidades estejam irmanados no fim de supri-Ias. O condômino é comunheiro (CC, art. 623 e ss.) mas não tem com os outros a affectio societatis, e tanto é assim que pode exigir a divisão da coisa comum, nem se pode pactuar a indivisão por mais de cinco anos (CC, art. 629), mesmo porque já diziam os antigos que o condomínio é a mãe da discórdia (condomminium mater discordarum) pela constante tensão entre os interesses individuais que sobre a coisa são exercidos.

Se a sociedade necessita de reconhecimento de sua existência, além do contrato entre os sócios, aí vem o Estado para constituir, com o registro público (ato administrativo), a pessoa jurídica ou moral.

Alguns centros de interesses, ou seja, interesses que transbordam os limites individuais mas que não constituem pessoas jurídicas, são reconhecidos pelo

Direito, que lhes dá capacidade de atuar em determinadas circunstâncias: são os órgãos despersonalizados. Representam tais órgãos comunhões de interesses que nem sempre chegam a se constituir em sociedade, como se vê, por exemplo, no art. 12, do CPC, com a massa falida (comunhão dos interesses dos credores sobre os bens do insolvente), o espólio, o condomínio, ou o cabecel, previsto no art. 690, do CC, quando o prédio submetido à enfiteuse pertencer a várias pessoas.

Observe-se que só o Estado (através do ato legislativo formal - Constituição, art. 5°, inciso lI, princípio da legalidade) é que pode obrigar o indivíduo a atuar em conjunto com os outros, salvo se a tal não se dispôs pela própria vontade.

10.1.2. Interesse público

O interesse público, de todo o povo, como fundamento de toda a organização social, é manifestado e defendido, ordinariamente, pelo Estado, de acordo com a previsão legal.

O conceito de interesse público só pode ser entendido após ser vislumbrada a idéia de bem comum.

São Tomás de Aquino, em célebre expressão, considerou o bem comum como "a soma do bem coletivo com cada bem individual.

A conceituação tomista foi difundida através da Igreja Católica, pelo que se diz hoje que a atuação do Estado, em um regime democrático, visa a atingir o bem comum, pois o poder é exercido visando à satisfação dos interesses que são reconhecidos como aqueles aspirados pelo povo, agente titular e nominal do poder.

Lembrando que o conceito de bem comum é próprio do pensamento político católico, como base do solidarismo, Niccola Mateucci fez o seguinte comentário no verbete que elaborou para o Dicionário de Política, coordenado por Norberto Bobbio: O bem comum se distingue do bem individual e do bem público. Enquanto o bem público é um bem de todos por estarem unidos, o bem comum é dos indivíduos por serem membros de um Estado; trata-se de valor comum que os indivíduos podem perseguir somente em conjunto, em concórdia. Além disso, com relação ao bem individual, o bem comum não é um simples somatório

destes bens; não c tampouco a negação deles; ele se coloca unicamente como sua própria verdade ou síntese harmoniosa, tendo como ponto de partida a distinção entre indivíduo, subordinado à comunidade, e à pessoa, que permanece o verdadeiro e último fim. Toda atividade do Estado, quer política, quer económica, deve ter como objetivo criar uma situação que possibilite aos cidadãos desenvolverem suas qualidades como pessoas; cabe aos indivíduos, singularmente impotentes, buscar solidariamente em conjunto este fim cornum.

O interesse público, do povo, tem fundamento, em um Estado Democrático, no próprio titular do poder (todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição -

art. 1 °, parágrafo único, da Constituição).

Os países ocidentais exigem que a atuação do Estado, na defesa ou persecução do interesse público, seja prevista em lei, obedecendo ao denominado princípio da legalidade, que decorre do princípio da liberdade, por entenderem, de acordo com a corrente liberal, que toda a atuação estatal só pode depender de previsão legislativa, porque o Estado, ao agir, sempre restringe a autonomia privada ou a conduta individual.

Diferente é a solução nos países socialistas, em que predomina o princípio da legalidade socialista, como se viu no art. 4° da Constituição da URSS de 7 de outubro de 1977: "O Estado soviético e todos os seus órgãos atuam na base da legalidade socialista, asseguram a proteção da ordem jurídica, dos interesses da sociedade e dos direitos e liberdades dos cidadãos. As organizações estatais e sociais e os funcionários públicos são obrigados a observar a Constituição da URSS e as leis soviéticas ".

Necessário fazer constar o que Habermas escreveu sobre a "contraditória institucionalização da esfera pública no Estado de Direito burguês", referindo-se à vinculação das funções estatais a normas gerais, isto é, a aplicação do princípio da legalidade: "As garantias jurídicas, ou seja, vincular as funções do Estado a normas gerais, protegem, junto com as liberdades codificadas no sistema de

Direito Privado burguês, a ordem dòmercado-livre'. Intervenções estatais sem autorização através de uma lei não são, da perspectiva de seu sentido sociológico, primariamente condenáveis por ferirem princípios de justiça estatuídos por direito natural, mas simplesmente porque seriam imprevisíveis e, por isso, quebrariam a espécie e a extensão de racionalidade que há no interesse das pessoas privadas operando capitalisticamente. Senão faltariam exatamente aquelas `garantias da previsibilidade' que já Max Weber descobriu no capitalismo industrial: o cálculo das chances de lucro exige um intercâmbio que transcorra de acordo com as expectativas de probabilidade. Por isso é que estar no âmbito da competência e de acordo com uma justiça formal se tornaram critérios do Estado de Direito burguês: administraçãòracional' e justiça ìndependente'

são, a nível da organização, os seus pressupostos. A própria lei, a que o Executivo e a Justiça precisam se ater, tem de ser igualmente obrigatória para todos: não deve, em principio, permitir nenhuma dispensa ou privilégio.""

Em decorrência do princípio da legalidade (aliás institucionalizado no art. 37

da Constituição, como princípio da Administração Pública, bem como no art.

5°, caput e inciso II, como fundamento dos direitos individuais), o Estado só pode ingressar em juízo para exercitar a pretensão de interesse previamente previsto em lei: por exemplo, a pretensão punitiva, nas ações penais públicas ou a pretensão para impedir a construção não legalizada, no art. 934, II, do Código de Processo Civil.

10.1.3. Distinção entre interesse público e interesse estatal

Não há identidade absoluta entre o interesse público (de toda a organização social, o bem comum) com o interesse estatal: a congruência entre o interesse estatal e o interesse público foi corolário necessário no Estado liberal, de democracia representativa ou indireta, em que o exercício do poder era privativo dos indivíduos escolhidos pelos cidadãos. Hoje, no entanto, não mais ocorre tal

identidade, a partir do momento em que se vê o Estado menos distante da própria sociedade.

Os países mais modernos adotam agora um sistema de organização política de democracia mista, também chamada participativa, combinando elementos da democracia indireta ou representativa (a decisão e a execução da atividade estatal por representantes do povo) com elementos da democracia direta (as decisões são tomadas pelo próprio corpo político).

A Constituição, em seu art. 1° parágrafo único, proclama que o poder é exercido pelo povo, através de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos da Lei Maior, a qual prevê, em diversos dispositivos, a atuação direta do cidadão (o titular do direito de participar do governo): plebiscito, referendo, iniciativa legislativa popular, ações populares (como o habeas corpus e a ação popular para anular atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente), o controle do Estado pelas entidades da sociedade civil (por exemplo, a titularidade da Ordem dos Advogados do Brasil, na ação de inconstitucionalidade), a participação dos empregados nos órgãos estatais onde se discutem seus interesses, etc.

O interesse estatal, no nosso regime federativo, tem como agentes a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, que são entes federativos (Constituição, art. 1° caput) dotados da capacidade política de decidir autonomamente, nos limites que lhes são dados pela Constituição, podendo mesmo elaborar normas genéricas e abstratas, obrigando toda a sociedade, quanto aos interesses que lhes são previstos na Constituição (autonomia legislativa). Através de ato legislativo, podem os entes federativos instituir outras pessoas secundárias, administrativas, para gerenciar, sob sua vinculação e controle, determinados interesses públicos específicos.

Tais pessoas administrativas podem ser pessoas jurídicas de direito público (usufruindo de tratamento preferencial perante as outras pessoas, como as autarquias) ou mesmo pessoas jurídicas de direito privado (como as empresas públicas e sociedades de economia mista), mas todas criadas por lei do ente federativo a que estão vinculadas (Constituição, art. 37, incisos XIX e XX, o qual exige lei específica inclusive para a criação de subsidiárias de qualquer delas, e até mesmo para que elas participem em empresa privada).

O interesse estatal é manifestado pelo órgão público a que a lei deferiu a

competência para tal - a competência é, assim, um trecho da atividade estatal que a lei imputa à determinada unidade estatal para a sua prosecussão.

Como instrumento da soberania popular, exercitando o controle externo sobre a atividade estatal, nem só aos órgãos públicos, com exclusividade, cabe atuar na busca da satisfação do interesse público.

O interesse público é defendido não só pelo Estado como também pelos cidadãos ou mesmo por entidades não-estatais. Em não poucos momentos, a própria Constituição, como instrumento de democracia participativa, confere legitimidade de atuação para a defesa do interesse público à pessoa fisica ou a entidade não-estatal: art. 5°, XXXIII (direito a receber dos órgãos públicos informações do interesse coletivo ou geral); LIX (admissibilidade de ação penal privada subsidiária da ação pública, se esta não for intentada no prazo legal); LXXI (mandado de injunção, para a defesa das prerrogativas inerentes à soberania popular); LXXI11(ação popular para a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente); art. 14, § 10 (ação de impugnação de mandato eletivo); art. 37, § 3° (reclamações relativas à prestação de serviços públicos); 58, § 2° (petições e reclamações contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas); 74, § 2° (denúncia por irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas) etc.

10.1.4. Interesses difusos e interesses coletivos

Já vimos que nem toda a comunhão de interesses significa a existência de uma sociedade e que nem toda sociedade induz a existência de uma pessoa jurídica para atuar na busca da satisfação desses interesses. Alguns interesses são comuns a mais de uma pessoa sem perderem, qualidade de serem interesses individuais compartilhados, corno se vê, por exemplo, no regime patrimonial existente entre os cônjuges ou entre condôminos de um prédio.

Outros interesses supra-individuais, afetando mais de uma pessas, mas que não chegam a alcançar o interesse público, ficam sob a tutela de determinados grupos sociais a que a lei expressamente confere tal legitimação: corporações profissionais como a Ordem dos Advogados do Brasil), sindicatos, federações e confederações profissionais (Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 513, alínea "a", embora tal legitimidade não ultrapasse a esfera trabalhista, segundo entendia a jurisprudência, antes da previsão do art. 8°, inciso III, da nova Constituição,

que simplesmente repete princípio do art. 5°, XXI), associações privadas constituídas há mais deu; _ ano quando do ajuizamento da ação, com finalidades institucionais especificas (Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985).

Tais entidades estão, extraordinariamente, legitimadas a defender em juizo o interesse do respectivo grupo. Observe-se que tais entidades atuam em nome próprio, mas na defesa dos interesses de seus associados.

É conhecido o conceito de Andreas von Thür de que os interesses di

fusos: "... são situações jurídicas protegidas sem que se chegue à subjetivação do direito na pessoa ou grupo de pessoas que, eventualmente, no plano processual, poderiam invocar a tutela jurisdicional".

Deve-se a Mauro Capeletti, a partir de meados da década de 70, a honra de ter iniciado a sistematização do estudo dos interesses em sede processual, mesmo porque, sem processo, não há como se garantir o interesse no Estado Democrático de Direito. 35

José Carlos Barbosa Moreira, em relatório nacional para o V11 Congresso Internacional de Direito Processual, em 1983, aponta que as denominações

"interesses difusos" e "interesses coletivos" são em regra usadas promiscuamente, embora alguns autores tentem distingui-los por critérios diversos, entre os quais o de considerar como interesses difusos aqueles que não tenham uma organização de interessados a defendê-los. Para esses autores, o interesse dos advogados quanto ao exercício da profissão seria interesse coletivo, porque há a Ordem dos Advogados do Brasil, enquanto que o interesse da comunidade quanto às condições ambientais da Baía da Guanabara seria interesse difuso, caso não haja uma associação cuja finalidade institucional seja, justamente, a proteção de tais condições ambientais.

Ada Pellegrim Grinover nos dá, também, a distinção: "Embora considerando ambos meta individuais, não referíveis a um determinado titular, a doutrina designa comòcoletivos' aqueles interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente, quando exista um vínculo jurídico entre os componentes do grupo: a sociedade mercantil, o condomínio, a família, os entes profissionais, o próprio sindicato, dão margem ao surgir de interesses comuns nascidos em

função de uma relação, base que une os membros das respectivas comunidades e que, não se confundindo com os interesses estritamente individuais de cada sz jeito, permite sua identificação. Por interesses propriamente difusos entendem-se aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, baseiam-se sobre dados de fatos genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: como habitar na mesma região, consumir iguais produtos, viver em determinadas circunstâncias sócio-econômicas, submeter-se a particulares empreendimentos."

Lúcia Valle Figueiredo coloca como características do interesse coletivo, em primeiro lugar, o que denomina despersonalização do interesse individual, isto é, após o agrupamento das pessoas na busca da satisfação do interesse coletivo, pode ocorrer que tal interesse coletivo nem mais corresponda, ao menos em parte, ao interesse individual; em segundo lugar, observa que tais interesses têm como característica a impossibilidade de serem fruídos individualmente, deforma exclusiva, o que lhes evidencia caráter indisponível, ao menos para cada integrante do grupo, embora tal indisponibilidade seja relativa, em face de potencial capacidade de ser transacionada, dependendo do caso concreto.

Quanto aos interesses difusos, a mesma Juíza e Professora da PUC-SP

observa que eles são indivisíveis, trazendo, em apoio, a pergunta que Mauro Cappeletti fez: de quem é o ar que respiro? A resposta, aí, só pode ser: de todos e de cada um, de cada um e de todos. Daí por que o direito decorrente do interesse difuso é indisponível, de forma absoluta, que é a sua segunda grande característica.

Tal diferenciação, entre interesse coletivo e difuso, se torna uma questão mais premente a partir do momento em que a sociedade moderna passa a exigir do Estado uma atuação mais transparente, com um controle mais efetivo, que não dispensa a tutela de interesses relevantes, como, por exemplo, o meio ambiente, que a Constituição de 1988, em seu art. 225, coloca em termos peremptórios: todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Na defesa de tais interesses, prevê a ordem jurídica não só ações deferidas às associações cuja destinação seja o fim específico (art. 5°, inciso XXI) como

também a ação popular, legitimando qualquer cidadão e, até mesmo, órgãos estatais como o Ministério Público, através de ação pública civil.

Poderia parecer tentadoramente mais simples fazer a seguinte distinção: interesse coletivo é aquele específico de determinado grupo, como, por exemplo, o interesse defendido por um sindicato ou uma associação de moradores de determinado bairro; já o interesse difuso seria aquele que transcendesse o interesse coletivo, como, por exemplo, os direitos do consumidor, ao meio ambiente, bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, como referido no art. 1° da Lei n° 7.347/85.

No entanto, quid finde, se se tratar de um interesse do meio ambiente que se inclua no interesse local de uma associação de ecologistas?

Haverá, aí, simultaneamente, interesse difuso, protegido pela ação civil pública (Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, arts. 1°, 5° e 6°); interesse coletivo, amparável via mandado de segurança coletivo e pelo poder da associação de, judicial e extrajudicialmente, persegui-lo (Constituição, art. 5°, inciso XXI); interesse público não estatizado, defensável por qualquer cidadão, através de ação popular constitucional (Constituição, art. 5°, LXXIII); interesse público estatizado no Ministério Público, a quem cabe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição, arts.

127 e 129, inciso III; Lei n° 7.347/85) e até mesmo interesse individual do morador que provasse ali residir e que demonstre o dano emergente ou potencial (Código Civil, art, 75, Código de Processo Civil, art, 3°).

Mais prudente que se aprecie, em cada caso em concreto, o âmbito do interesse colocado em questão, independentemente do remédio jurídico processual que o leva à cognição da função jurisdicional. Qualquer limitação apriorística poderá representar grave violação de direito fundamental previsto no art. 5° da nova Constituição, em seu inciso XXXV, assegurando o pleno acesso à Justiça.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), ao tratar no título III da defesa do consumidor em Juízo, se viu compelido, no art. 81, à perigosa tarefa de expor conceitos sobre tema que, ainda hoje, não merecem uniformidade de tratamento principalmente no próprio direito legislado:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poder ser exercida em juízo individualmente, 39 ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida guando se tratar de.

I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II-interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de persas ligadas entre si ou com aparte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. "

Adotando-se a classificação e conceituação legal, embora não infensa à crítica, daí extraímos que os interesses coletivos, em sentido amplo, compreendem os interesses e direitos;

- difusos, que são aqueles decorrentes de uma situação fática, como, por exemplo, os portadores de deficiência fisica de determinada comunidade que se vêm obstados em seu acesso a determinado prédio ou logradouro;

coletivos que são aqueles decorrentes de uma relação jurídica básica que liga entre si seus integrantes ou que os vincula à outra parte;

- individuais homogêneos, os que têm origem comum.

A dicotomia entre interesse individual e interesse público é imanente ao Estado liberal de democracia representativa e torna-se anacrônica em Estado intervencionista e de democracia participativa.

Veja-se, por exemplo, o disposto na Constituição, no art. 204, inciso 11, assegurando à participação popular, através de organizações representativas, um papel na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis de

assistência social. Da mesma forma, prevê o art. 29, X, a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, ou o mesmo artigo, no inciso seguinte, a iniciativa legislativa popular de interesse específico de bairros através de manifestação da vontade de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado. Como distinguir claramente, aí, entre interesse público, coletivo e difuso? O que a Constituição quis, nesses casos, foi desestatizar o interesse público, entregá-lo à sociedade civil, através de órgãos representativos que não podem ser ignorados em sua atuação, a qual, certamente, desaguará com o ingresso de medidas judiciais.

A Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, em seu art. 5°, na defesa de tais interesses, legitima o Ministério Público, autarquias, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público, sociedades de economia e associação privadas que atendam os requisitos ali previstos, que podem, inclusive, atuarem em litisconsórcio.

Em face da complexidade das relações sociais, econômicas e políticas hoje existentes em uma sociedade dinamizada pela tecnologia e pela carga imensa de informações, de forma avassaladora e quase mesmo intuitiva, o homem busca o relacionamento com seus semelhantes que estejam em situações idênticas, que comunguem do mesmo interesse ou que, mesmo eventualmente, também estejam tentando compreender a intensidade das relações sociais e jurídicas que se tornam necessárias para sua existência e desenvolvimento.

Daí por que as chamadas entidades da sociedade civil, grupos sociais com interesses comuns, ainda que eventuais, cada vez mais atuam não só intervindo nas relações de poder geradas pelo Estado mas, e principalmente, mobilizando grupos de pressão de dezenas de indivíduos ou até mesmo milhões de pessoas.

O desenvolvimento tecnológico nas comunicações e informações transformou o quadro social de pressão e de manipulação da opinião pública, a qual, em qualquer regime que se diga democrático, não pode ser desconsiderada nos atos governamentais.

Tais grupos ou entidades, pelo fenômeno da repetição e por ironia da História, ressuscitam a descentralização de poder que existia na Idade Média, com a

atuação de corporações profissionais, da Igreja, das cidades e feudos. Tal descentralização cessou com a formação dos grandes Estados nacionais, mas agora é vista como a fórmula de permitir que o Estado Leviatã moderno não sufoque, com seus tentáculos, o indivíduo.

A democracia, como processo de organização da sociedade brasileira, passa, necessariamente, pela atuação das entidades de sociedade civil, como os sindicatos, corporações profissionais, grupos confessionais, e até mesmo entidades com base territorial de atuação como as associações de moradores.

Integrar tais entidades no processo decisório estatal é uma premente necessidade para legitimar a própria atividade estatal, o que pode ter seu início com o reconhecimento de sua capacidade de ingresso em juízo.

O primeiro passo para a integração de tais entidades no processo judicial é reconhecer-lhes a legitimidade processual, jurisdicionalizando os conflitos de interesses. Distinguir entre interesse individual, coletivo, difuso, público e estatal passa a ser questão que exige a pesquisa do julgador, em cada caso concreto.

10.2. Impossibilidade do Interesse Ser Imparcial Não poucos julgadores deixam escapar, ao decidirem ações em que o cidadão ou a entidade privada atua no interesse público, que estão frustrados pelo que entendem ser a parcialidade do interesse - por exemplo, é muito comum que em ação popular seja o autor o desafeto político do agente público que teria cometido o ato lesivo.

Ora, o interesse é sempre parcial pois parte é aquele que tem participação no interesse. Não se pode confundir a motivação com o interesse embora toda a ação humana tenha um motivo. Não há tal imparcialidade pretendida no agir individual: "A satisfação que espera aquele que quer, é o fim de seu querer.

Nunca a ação em si mesma é um fim, mas simplesmente um meio de o atingir. Em verdade, aquele que bebe quer beber, mas só quer beber para alcançar o resultado que desse fato espera. Por outras palavras: em cada ação nós queremos, não essa mesma ação, mas somente o efeito que dela nos resulta. Isto equivale a dizer que em toda e qualquer ação nós apenas miramos a alcançar o fim dela."

Os limites entre Direito e Moral nem sempre são evidentes: "Para uma melhor compreensão da distinção entre Direito e Moral, interessa ter presente que na

racionalidade jurídica tem um lugar decisivo a tutela dos interesses, de resolução dos conflitos de interesses e de interesses juridicamente tutelados.

De modo que apenas será juridicamente relevante aquela conduta que afete os interesses (ou bens) juridicamente tutelados, os lese ou ponha em perigo. Para que uma conduta seja juridicamente censurável deve afetar um dos interesses tutelados e afetá-lo numa medida socialmente relevante. Donde decorre que, mesmo quando o Direito tutela os sentimentos do povo e a "moral pública"

(como freqüentemente acontece), estes valores éticos não são afinal protegidos por si mesmos, mas na medida em que a sua violação se converte numa perturbação prejudicial à sociedade como ordem de convivência. O que está em causa é mais o "dano social" que a defesa dos valores éticos por si mesmos. Por outro lado, uma excessiva tutela de normas éticas pelo Direito corre o risco de se converter numa tutela moral da Sociedade pelo Estado, numa "tutela " capaz de propiciar umà pedagogização " da mesma sociedade e de promover a intolerância geral. "

10.3. Conflito de interesses

Como titular do interesse, o indivíduo relaciona-se com os outros em busca desses bens e daí surge o conflito: o indivíduo necessita ser livre para garantir sua existência e alcançar o desenvolvimento e a plenitude que sua natureza humana e individual exige. Como é incapaz de alcançar todos os bens com a própria atividade, busca o relacionamento com outros seres, vivendo em sociedade. Porém, a vida em sociedade inibe sua conduta, forçando-o a adaptar-se ao relacionamento com os outros, restringindo sua liberdade.

Eis o conflito maior: indivíduo e sociedade relacionam-se de forma constante e instável. O interesse do indivíduo nem sempre é a antítese do interesse social

- ambos são prismas do mesmo conteúdo do interesse.

Em seu monopólio de organização da sociedade, o Estado criminaliza o exercício arbitrário das próprias razões, isto é, através da proibição pelo art.

345 do Código Penal, impede que o indivíduo solucione, por sua própria atividade, o conflito de interesses com outro indivíduo, sem que seja por

composição ou acordo entre os interessados.

O conflito de interesses, qualificado (ou adjetivado) por uma pretensão resistida ou insatisfeita, é o que se denomina de lide ou litígio.

10.4. Legitimação Ativa das Ações Civis Públicas Destinadas à Proteção de Interesses Coletivos ou Difusos das Pessoas Portadoras de Deficiência Em se tratando de ação civil comum, destinada à defesa de interesse individual do portador de deficiência, terá este a legitimação ad causam de demandar, ainda que no processo não tenha condições de atuarem face de eventual incapacidade, caso em que será representado pelo curador que o represente ou assista nos atos civis ou, não havendo, pelo curador que o j uiz da causa designar para o processo.

Em se tratando, no entanto, de interesses coletivos ou difusos, transcendam os interesses individuais do portador de deficiência, o art. 3° da Lei n. 7.853/89 enumera aqueles que, em legítimação extraordinária ou substituição processual, atuarão, em nome próprio, na defesa de tais interesses: o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como as associações constituídas há mais de um ano, e os entes estatais (autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista) que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

10.4.1. O Ministério Público como agente e interveniente Nas ações individuais, salvo quando incapaz uma das partes ou não se tratando de determinadas lides, tem considerado a jurisprudência que descabe a interveniência ou a custodia legis do órgão ministerial. Tal posicionamento, no entanto, parece se confrontar com o caráter da indisponibilidade de atuação do Ministério Público (Constituição, art. 127, caput) no que se refere aos interesses do portador de deficiência protegidos em normas constitucionais que impõem tarefas à sociedade e ao Poder Público.

Além do mais, se de um determinado fato, como, por exemplo, os óbices ao acesso a transporte público, pode ensejar a propositura de ação individual pelo interessado (e ai, pela orientação majoritária não haveria a interveniência ministerial) não se pode compreender o motivo pelo qual o mesmo tema, proposto agora em ação civil pública por um dos legitimados pelo caput do art. 3" ora em comento, seria obrigatória a intervenção ministerial, como, aliás, se vê

no art. 5° da Lei n° 7.853/89: "OILIinistério Público intervirá obrigatoriamente nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas.

A indisponibilidade dos direitos do portador de deficiência decorre dos vigorosos termos postos pela Constituição, mas não, simplesmente, da própria lei ordinária que ora se examina.

Se o Ministério Público demandou a ação civil pública, dela não poderá desistir, em face da obrigatoriedade de sua atuação, embora logo depois possa se manifestar pala improcedência da demanda ou por sua extinção, posto que tal decorre de sua autonomia funcional, prevista no art. 127 da Constituição.

Ao Ministério Público, quanto à propositura das ações cíveis e penais, impera o brocardo in dubio pro societate, pois sua atividade, de caráter administrativo, deve propiciar ao poder jurisdicional, de caráter político e assim com poder de decisão com definitividade, a apreciação dos temas. Se outro foi o demandante e caso este manifeste desistência ou entre em contumácia," o Ministério Público o substituirá no pólo ativo, anotando-se na distribuição e recebendo a causa no estado em que se encontrar, nos termos da Lei n. 7.347/85, art. 5°, §

3° ("em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a legitimidade ativa').

A ação civil pública a que se refere o disposto no art. 3° da Lei n 7.853/89

também admite, como nos demais casos de interesses difusos c coletivosà instauração do inquérito civil, meio de sindicância ou de apuração de fatos que visem instruir a ação a ser posta em Juizo em que o Parquet exerce os seus poderes de investigação que lhe foram deferidos pela Lei das Leis."

Dispõe o art. 6° da Lei n. 7.853/89 sobre o inquérito civil e sobre o poder ministerial de investigação sobre os fatos que poderão constituir o fundamento da ação civil pública. As disposições ali constantes, inclusive os respectivos parágrafos, mostram desnecessárias, pois o tema, no que couber, é regulado -

o que é enfatizado pelo art. 7° da mesma Lei n° 7.853/89 pela Lei n° 7.347/85

que, por sua vez, se remete, no art. 21, ao Código de Defesa do Consumidor.

10.4.2. A associação constituída há mais de um ano Na partilha da tutela em juizo dos interesses difusos e coletivos dos portadores de deficiência, cabe às entidades da sociedade civil ou "organismos não governamentais", juridicamente denominadas associações, o relevante papel de atuar como expressão da vontade da sociedade, assim desestatizando a garantia desses interesses de superlativa importância.

Na linha da tradição iniciada pela Lei n° 7.347/85, exige o art. 3° da Lei n.

7.853/89 da associação:

a) instituição regular, através do registro público competente, nos termos da lei (mas a associação está imune à interferência estatal em seu funcionamento, nos termos do art. 5°, XVIII, da Constituiçàò); b) constituição há pelo menos um ano antes do ajuizamento da demanda; c) inclusão, entre seus fins institucionais, do objetivo de defesa dos interesses e direitos da pessoa portadora de deficiência; d) prévia autorização em assembléia-geral para o ingresso em juizo, se não houver autorização genérica nos estatutos.

A associação defende, em juizo, não o interesse próprio, mas o interesse para o qual foi constituída, pois atua, como antes referido, em legitimação extraordinária ou "substituição processual".

Mas há que se distinguir se a atuação da associação é na defesa do interesse difuso ou no interesse coletivo.

Se o interesse a ser resguardado é o difuso, decorrente de determinada situação fática (como, por exemplo, determinada associação cujo fim institucional seja a proteção de interesses de não-associados, como a APAE, cujos beneficiados, aliás, não têm capacidade civil de se associar...) a sentença que conhecer do mérito (salvo a de improcedência por falta de provas - art. 4°

da Lei n° 7.853/89) terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes.

Se o interesse a ser resguardado é o coletivo, decorrente de uma relação jurídica básica que une os associados ou que vincula a associação à outra parte (como, por exemplo, associação dos deficientes fisicos do bairro X), a petição inicial

deverá obrigatoriamente ser instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços, pois a sentença alcançará apenas os substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

O deferimento da legitimação às associações é corolário lógico do disposto no art. 203, IV, última parte, da Constituição, que se remete ao art. 204, em cujo inciso II se garante a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. O controle que a população exercita enseja sua legitimação para as ações civis.`

Quanto ao poder da associação de requerer administrativamente, tal é conseqüência do disposto no art. 5°, incisos XXI e XXXIV, da Lei Maior.

10.4.3. As pessoas estatais

O caput do art. 3° da Lei n° 7.853/89 guarda estreita relação com o art. 5° da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985 (que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) e o art.

82 da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990 (cria o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, de forma a distribuir a legitimação, concorrentemente, entre o Poder Público (através das pessoas federativas), o Ministério Público (inclusive permitindo o litisconsórcio entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados, a despeito dos princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade - art. 127, § 1°) e a sociedade civil (através das associações).

A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista poderão ingressar em juizo para a defesa dos direitos mencionados nestes comentários.

Tais pessoas federativas têm previsão constitucional (Título III, Da organização do Estado, arts. 18 a 33), aurindo, do próprio art. 3° da Lei n.

7.853/89, pelo princípio da legalidade da Administração Pública (art. 37, da

Constituição) a força para irem juizo na defesa de tais interesses, ainda que não existam leis nos Estados, Municípios e Distrito Federal que autoarizem tal ingresso em juízo.

Quanto às autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, independentemente da respectiva esfera governamental, somente terão interesse processual para demandará' em Juizo quando houver pertinência subjetiva entre os seus fins institucionais (declarados, na lei que os criou ou em diploma legal posterior, em face do princípio da, especialização do serviço público que vincula a atuação dos entes da Administração Indireta) e os interesses e direitos dos portadores de deficiência.

Vale recordar que as entidades governamentais são criadas por lei específica (art. 37, XIX, da Constituição), a qual lhe atribuirá uma faixa determinada da atividade do ente federativo o que não exclui o poder legiferante de dispor ex novo sobre a mesma matéria.

10.5. Ações de Defesa dos Interesses do Portador de Deficiência A seguir, um pequeno rol, não exaustivo, das ações de defesa do inateresse do portador de deficiência, reiterando que não importa a "ação", mias o conteúdo do direito ou da res in judicio deducta:

a) habeas corpus (CF, art. 5°, LXVIII, CPP, art. 647 e segs.); b) habeas data (CF, art. 5°, LXXII, em que só há legitimação ordi:nária); c) mandado de segurança individual (CF, art. 5°, LXIX, Lei n° 1.533/51, só para a defesa do interesse individual);

d) mandado de segurança coletivo (CF, art. 5°, LXX, a despeito do nome, serve também para a defesa de interesses difusos, além dos coletivos, para o qual há a legitimação extraordinária da associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa dos interesses institucionais); e) mandado de injunção (CF, art. 5°, LXXI, tanto para a defesa dos interesses individuais, como coletivos ou difusos, desde que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania, esta, justamente, o conteúdo do direito do portador de deficiência); f) ação popular (CF, art. 5°, LXXIII, Lei n° 4.717/65, para a qual está legitimado extraordinariamente cidadão, isto é, o inscrito como eleitor, inclusive na defesa

do património público ou da moralidade administrativa); g) ação civil pública (Leis n° 7.347/85 e 7.853/89); h) ações de procedimento comum (ordinárias, sumárias e as sumaríssimas, ou reclamações individuais junto ao Juizado Especial (Constituição, art. 98, I, Lei n° 9.099/95);

i) ações especiais, tanto aquelas previstas no Código de Processo Civil (como a ação de consignação em pagamento) como na legislação extravagante, como, por exemplo, a ação mandamental do art. 212 § 2° do Estatuto da Criança e do Adolescente.

10.6. Direito de Informação do Interessado

Certamente não ignorando os padrões culturais nacionais, muitas vezes a emprestar o vezo de segredo a assuntos que exigem a mais ampla transparência, os §§ 1° a 4° do art. 3° da Lei n. 7.853/89 longamente dispõem sobre os meios de instrução dos processos de defesa dos interesses coletivos e difusos dos portadores de deficiência, onde se extraem normas que, pelo patamar legislativo, se mostram absolutamente desnecessárias em face dos vigorosos comandos constitucionais que se vêem no art. 5°: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

O § 3° declara que "somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação", hipótese em que, como está no parágrafo posterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los, como, aliás, está no art. 399 da lei processual civil.

O direito de informação tem, assim, limitações, tanto do ponto de vista da legitimação do requerente, quando do ponto de vista objetivo, pois seu conteúdo não abrange o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5°, XXXIII) e a intimidade, a vida privada e a honra de cada pessoa (CF, art.

5°, X).

10.7. Subsidiariedade do Código de Processo Civil Há uma gradação da subsidiariedade - sem, evidentemente, se desprezar a supremacia das normas constitucionais - em tema das ações de defesa dos interesses difusos e coletivos do portador de deficiência: a- em face da similaridade das disposições sobre as ações coletivas, socorra-se o intérprete, em primeiro lugar, das regras da Lei n° 7.347/85; b - a seguir, em face do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347/85, do contido no Título III da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor;

c - finalmente, em caso de lacuna, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil.

ASPECTOS ADMINISTRATIVOS DA PROTEÇÃO E

INTEGRAÇÃO DAS PESSOAS

PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular da Universidade Cândido Mendes.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

1.1. A Assistência Social como Atividade Administrativa Pública As sociedades humanas enfrentam imemorialmente os angustiantes problemas suscitados pelas desigualdades entre as pessoas, por vezes tão graves que incapacitam algumas de satisfazer, ainda que minimamente, suas necessidades vitais.

As soluções históricas variaram, distinguindo-se, simplificadamente, três etapas, nesse longo processo civilizatório.

A primeira caracterizou-se pela ação individual, que era casual, dispersa, de baixa eficiência e movida pela caridade dos indivíduos mais compadecidos.

Ainda assim, essa etapa levaria milênios de evolução para ser ultrapassada e a humanidade passar a uma segunda experiência, caracterizada pela ação coletiva, esta, já institucionalizada, permanente, com maior eficiência e movida pela solidariedade dos grupos mais conscientes e mais sensíveis, geralmente prestada através de instituições privadas, a maior parte delas, religiosas.

Mas essa nova etapa logo seria superada sob as pressões sociais geradas pela primeira Revolução Industrial, assomando a consciência de que a eficiência das ações conduzidas para eliminar ou reduzir as desigualdades iniciais e para combater velhos preconceitos, dependiam mais do que da solidariedade, demandando planejamento, coordenação e até uma certa dose de coerção, características da ação pública, próprias da instituição estatal.

Assim é que a passagem, da ainda limitada, embora meritória, fase da caridade solidária privada, à moderna atividade de assistência social, sistemicamente estruturada, como um dever do Estado compartilhado com a sociedade, foi a derradeira e auspiciosa etapa vencida no rumo do aperfeiçoamento moral e funcional das sociedades contemporâneas, dando surgimento a legislações e a atividades administrativas públicas voltadas ao atendimento das pessoas hipossuficientes.

Embora muito varie, de país a país e de época a época, o que se possa entender como o mínimo de amparo devido pelo Poder Público e de contrapartidas da sociedade, e quais as categorias de pessoas devam ser atendidas, há um nítido

núcleo de carências consideradas com certa regularidade, como as que se referem à peculiar situação dos seres humanos na infância, na adolescência, na maternidade, na velhice, no desemprego, na situação dos egressos de penitenciárias e, aqui chegamos ao tema central deste breve ensaio, das pessoas portadoras de deficiência.

1.2. O Estado Brasileiro e o Problema Assistencial O Estado brasileiro passou a incluir políticas públicas, editando normas sobre assistência social, como mandamentos constitucionais, a partir de 1934, época em que já se havia difundido a consciência da necessidade de conduzir-se uma atuação solidária, coordenada e racionalizada, do Estado e da sociedade, para minorar certas dificuldades extraordinárias, que impedem as pessoas de prover adequadamente a todas as suas normais necessidades convivenciais, notadamente as essenciais a uma existência digna e valiosa. Tornou-se, assim, a assistência social, de início, ainda integrada à previdência social, mas, a partir da Constituição de 1988, dela totalmente destacada, uma atividade administrativa pública, inserida na seguridade social, lado a lado às suas congêneres, a saúde e a, já referida, previdência social.

Coerentemente, a Constituição de 1988 tratou, assim, da assistência social, no Título VIII-Da Ordem Social, para o qual se propôs, como base, "o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193), em seu Capítulo II-Da Seguridade Social, entre "o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade" (art. 194), na sua Seção IV-Da Assistência Social, que abrange ações "de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice" (art. 203, 1); de amparo às crianças e adolescentes carentes (art. 201, II); de "promoção da integração ao mercado de trabalho" (art. 201, II); de "habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiências físicas e promoção de sua integração à vida comunitária" (art.

201, IV) e de "garantia de um salário mínimo de benefício à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei" (art. 201, V).

1.3. Princípios e Objetivos Constitucionais Atinentes à Atividade Administrativa Pública de Assistência Social das Pessoas Portadoras de Deficiência

O princípio fundamental, que norteia todas as atividades no campo do ordenamento social do Estado, é a igualdade, orientada a reduzir ou eliminar as diferenças de oportunidade entre as pessoas.

Todos os seres são diferentes, mas a vida em sociedade faz com que algumas diferenças negativas, porque são redutoras da capacidade física ou mental de quem as tem, dificultem ou impeçam que certas pessoas desfrutem uma existência condigna, ou, até mesmo, tenham acesso ao essencial para sobreviverem.

São essas as deficiências que devem ser compensadas por ações solidárias e acompanhadas de medidas destinadas a evitar que, ainda, sobre os agravos do infortúnio de seus portadores, somem-se as baldas do preconceito e da discriminação.

As pessoas portadoras de deficiências são, assim, beneficiárias da aplicação do princípio da igualdade, tomado em sua mais nobre expressão constitucional fundamental, que é o principio da dignidade humana (art. 1°, I1I), e, por isso, dos objetivos fundamentais, de construir uma sociedade solidária (art. 3°,1) e de promover o bem de todos sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3°, IV).

Sobre essa densa e dignificante principiologia fundamental, o legislador constitucional ergue os princípios gerais da seguridade social, dos quais se destacam: o princípio da generalidade (art. 194, parágrafo único, I) e o princípio da participação (art. 194, parágrafo único, VII).

Especificamente, quanto à assistência social devida a pessoas portadoras de defciência, destacam-se dois princípios setoriais: o princípio protetivo, voltado ao suprimento das carências dos assistidos, de modo a reequilibrar a igualdade de oportunidades, pela "habilitação e reabilitação" (art. 203, IV), e o princípio integrativo, dirigido à promoção da reincorporação dos assistidos à vida social plena, pela "integração à vida comunitária" (art. 203, IV, in fine); ambos inseridos entre outros princípios e objetivos correlatos, relativos a todos os demais beneficiários de ações assistenciais.

1.4. Preceitos Indicativos de Atividades Administrativas Públicas Referentes às Pessoas Portadoras de Deficiência

A Constituição, além desse denso travejamento da atividade de ordenamento social no campo da assistência social e, especificamente, da que é devida às pessoas portadoras de deficiência, não deixa apenas por conta do legislador ordinário a preceituação de ações administrativas públicas que, assim, por virem expressadas na mais alta hierarquia normativa, correspondem a direitos constitucionais em favor dos eventuais beneficiários.

Também aqui, pode-se distinguir os preceitos protetivos, ou predominantemente protetivos, dos preceitos integrativos, ou predominantemente integrativos.

1.4.1. Preceitos Protetivos

A proibição de discriminação no trabalho, no tocante a salários e critérios de admissão de pessoas portadoras de deficiência fisica (art. 7°, XXXI), é um preceito que gera não apenas um direito de natureza trabalhista, diretamente oponível ao empregador que o violar, mas de natureza administrativa, face à União, de manter a fiscalização do trabalho atenta e vigilante no tocante à sua observação.

Outra proteção, como direito das pessoas portadoras de deficiência, também se dirige à União, garantindo sua habilitação e reabilitação específica para superá-las, tanto quanto possível, segundo o estado de arte da medicina especializada (art. 203, IV).

Finalmente, ainda no nível constitucional, o preceito que determina ao Poder Público prestar atendimento educacional especializado a pessoas portadoras de defciência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208,111), atribuindo aos educandos nessa situação, um direito subjetivo público constitucional de exigi-los.

1.4.2. Preceitos Integrativos

A Constituição erige, também, a dever do Estado, a ser cumprido por ações administrativas, a serem desenvolvidas pelos três níveis federativos, a assistência integral à saúde da criança e do adolescente portador de deficiência fisica, sensorial ou mental, mediante programas de prevenção e de atendimento especializado; a assistência específica, dirigida à integração social do adolescente portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho e a

convivência, e a assistência genérica, consistente na facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetõnicos (art. 227, § 1°, II).

O dispositivo constitucional não deixa margem a dúvidas, a partir de sua densificação preceitual, quanto à sua eficácia plena e aplicabilidade imediata, oponível, portanto, às entidades públicas e seus delegados, conforme o caso, até mesmo pelos remédios constitucionais.

No mesmo dispositivo constitucional, há um comando, ao legislador federal para que, no uso de sua competência para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico (art. 24, I) e de competência privativa para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI), baixe normas sobre a construção dos logradouros e dos edificios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (art. 227, § 2°).

Esse preceito, que ficou deslocado, no Capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, se reitera, afinal, nas Disposições Constitucionais Gerais, com maior amplitude, pois determina a adaptação de logradouros, edifïcios e veículos de transporte coletivo (art. 244).

1.5. Os Preceitos Definitórios de Competências Referidas às Atividades Administrativas Públicas

As competências legislativas relativas às pessoas portadoras de deficiência são explícitas para a União: a competência é privativa, no que toca aos aspectos civis, penais, do trabalho (art. 22, I) e trânsito (art. 22, XI), e concorrente, para legislar sobre direito urbanístico (art. 24,1) e, especificamente, para dispor sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art.

24, XIV).

As competências administrativas são comuns, ou seja, todas as entidades estatais têm o dever de proteger e de garantir as pessoas portadoras de deficiência (art. 23,11, in fine).

Este preceito torna mandatório que os Poderes Públicos dêem cumprimento, no

que lhes couber, às normas preceituais de assistência, de caráter protetivo, constitucionais e infraconstitucionais.

2. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ASSISTENCIAL DIRIGIDA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

2.1. Resenha da Legislação Infraconstitucional

Toda legislação assistencial vigorante para a proteção e integração de pessoas portadoras de deficiência foi editada sob a vigência da Constituição de 1988.

São 3 leis específicas sobre as pessoas portadoras de deficiência e 3 leis gerais, em que são encontrados dispositivos de proteção ou de integração.

Em ordem cronológica, é a seguinte a legislação infraconstitucional relevante sobre a matéria: Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989; Lei n° 8.112, de 11

de dezembro de 1990; Lei n° 8.883, de 8 de junho de 1994; Lei n° 8.899, de 29 de junho de 1994; Lei n° 9.533, de 10 de dezembro de 1997 e Lei n° 9.867, de 10 de novembro de 1999.

Nessas seis leis, há um relativo equilíbrio entre normas de inspiração protetiva e normas de inspiração integrativa, sendo comum as de natureza mista, embora com prevalência de um ou do outro princípio informativo.

2.2. Apreciação Geral da Legislação Infraconstitucional

Segue-se, na ordem acima exposta.

1° - Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989

Trata-se de uma lei específica, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde; sobre a tutela jusrisdicional de interesses difusos dessas pessoas; sobre a atuação do Ministério Público; sobre crimes e sobre outras providências, todas, com ênfase no princípio integrativo, mas sem descurar de atendimento ao princípio protetivo.

Essa Lei havia sido regulamentada pelo Decreto n° 914, de 6 de setembro de 1993, veio a ser posteriormente revogado pelo Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que está atualmente em vigor.

Este Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999, define, entre outras providências, a nomenclatura especial para o setor, os princípios operativos, as diretrizes, os objetivos e os instrumentos administrativos da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, sendo dois, no campo do Fomento Público, um, no do Ordenamento Social, e um, no do Poder de Polícia (Dec. cit., art. 8°,11, 111, IV e V).

2° - Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990

Esta é uma lei geral, que dispõe sobre regime estatutário de servidores da União, na qual se encontram preceitos protetivos a pessoas portadoras de deficiência, assegurando o direito de inscrição em concurso público para provimento de cargo, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras tais pessoas, reservando-lhes até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas (art. 5°, § 2°).

3° - Lei n° 8.883, de 8 de junho de 1994

Outra lei geral, que altera a sistemática das licitações e contratações públicas, na qual há previsão de norma protetiva, pela dispensa de licitação para a contratação de associação de portadores de deficiência física, que não tenha fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (art. 1 ° da Lei citada, que altera o art. 24, XX da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993).

4° - Lei n° 8.899, de 29 de junho de 1994

Novamente, uma lei específica que, inspirada no princípio protetivo, concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual.

5° - Lei n° 9.533, de 10 de dezembro de 1997

Ainda uma lei geral, também com inspiração protetiva, que dispõe sobre o apoio financeiro a municípios que instituírem programas de renda mínima associados a ações socioeducativas (art. 1°), podendo ser computados, como participação do

Município e do Estado no financiamento do programa grama, os recursos municipais e estaduais destinados à assistência socioeducativa em horário complementar ao da freqüência no ensino fundamental, para os filhos e dependentes das famílias beneficiárias, inclusive portadores de deficiência (art. 3°), comprovadas, pelos responsáveis, a matrícula e a freqüência de todos os seus dependentes, entre sete e quatorze anos, em escola pública ou programas de educação especial (art. 5°,111).

Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto n° 3.117, de 13 de julho de 1999, disciplinando o seu instrumento de ação, que é o convênio, a ser firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação FNDE, autarquia vinculada ao Ministério da Educação, o Município interessado e, se o caso, o Estado de que faz parte.

6° - Lei n° 9.867, de 10 de novembro de 1999

Esta é uma lei específica, que trata do novo instituto das cooperativas sociais, visando à integração social das pessoas portadoras de deficiência, com a finalidade de inserir essas pessoas em desvantagem no mercado econômico, tratando-se, portanto, de lei de caráter integrativo.

A cooperativa social, embora um instrumento recente, é adequadamente talhado para proporcionar, simultaneamente, a auto-ajuda das pessoas portadoras de deficiência, que são estimuladas a se associar em cooperativas, e a inserção no mercado, em condições vantajosas, ainda porque o cooperativismo já goza de incentivos próprios, a começar da própria Constituição (art. 5°, XVIII e 174, § 2°).

2.3. Normas Específicas de Proteção

Além das indicações acima feitas, em nível constitucional (item 1) e infraconstitucional (item 2), devem ser destacadas, na legislação indicada, algumas normas protetivas, por sua importância para a plena realização dos princípios assistenciais examinados

Com a Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, que, como se expôs, é uma lei específica, destinada a dar apoio às pessoas portadoras de deficiência, bem como a atuar para sua integração social, objetiva-se garantir às pessoas portadoras de

deficiência as ações governamentais devidas (art. 1°, § 2°) em cinco áreas: na área da educação, na área da sáude, na área de formação profissional e do trabalho, na área de recursos humanos e na área das edificações.

Na área da educação, há quatro regras protetivas, que exigem ações administrativas públicas e geram correlatos direitos subjetivos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. a) a inclusão da modalidade educativa própria (art. 2°, parágrafo único, I, a);

b) a inserção de escolas especiais, que deverão ser públicas à falta de escolas privadas (art. 2°, parágrafo único, 1, b e c); e c) o oferecimento obrigatório de programas de educação especial em nível pré-escolar, em unidades hospitalares ou congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a um ano, educandos portadores de deficiência (art. 2°, parágrafo único,I, c).

Na área da saúde, há três regras protetivas:

a) o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado às suas vítimas (art. 2°, parágrafo único, II, b);

b) a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação (art. 2°, parágrafo único, II, c); e c) a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado (art. 2°, parágrafo único, II, b, e).

Na área da formação profissional e do trabalho, há duas regras protetivas sob forma de duas correlatas recomendações:

a de empenho do Poder Público para fomentar as oportunidades de emprego, mesmo de tempo parcial, adequado às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns (art. 2°, parágrafo único, III, b); e b) a de adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, em favor das pessoas portadoras de deficiência, e a regulamentação da organização de oficinas e congêneres, integradas ao mercado de trabalho, e a situação que nelas devem ter as pessoas portadoras de deficiência (art. 2°, parágrafo único, III, d).

Na área de recursos humanos, há três regras protetivas: a) a formação de

professores de ensino médio para a educação especial, de técnicos de ensino médio especializados na habilitação e reabilitação, e de instrutores para formação profissional (art. 2°, parágrafo único, IV, a); b) a formação e a qualificação de recursos humanos que, nas diversas áreas de conhecimento, inclusive de nível superior, atendam à demanda e às necessidades reais das pessoas portadoras de deficiência (art. 2°, parágrafo único, IV, b); e

c) o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, em todas as áreas do conhecimento, relacionadas às pessoas portadoras de deficiência (art. 2°, parágrafo único, IV, c).

2.4. Normas Específicas de Integração

Do mesmo modo, além das indicações acima feitas, em nível constitucional (item 1) e infraconstitucional (item 2), devem ser destacadas, por sua importância para a plena realização dos princípios assistenciais examinados, certas normas de natureza integrativa, na legislação arrolada.

Assim, na referida Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, que, como já se expôs, é uma lei específica, objetiva-se garantir às pessoas portadoras de deficiência, as ações governamentais devidas (art. 1°, § 2°), para que desfrutem, ao máximo, seus direitos básicos de cidadãos e de membros da comunidade, discriminando, também, importantes ações nas mesmas cinco áreas: na da educação, na da sáude, na da formação profissional e do trabalho, na de recursos humanos e na das edificações.

Na área da educação, há duas regras integrativas, que exigem ações administrativas públicas e geram correlatos direitos subjetivos públicos para as pessoas portadoras de deficiência:

a) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar. merenda escolar e bolsas de estudo (art. 2°,I, e) e

b) a matrícula compulsória, em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares, de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino (art. 2°, I,f).

Na área da saúde, há três regras integrativas: a) a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e do seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiências (art. 2°, II, a); b) a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde pública públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados (art.

2°, II, d); e

c) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, executados com a participação da sociedade, que lhes ensejem a integração social (art. 2°, II, f).

Na área da formação profissional e do trabalho, há duas regras integrativas, sob forma de duas recomendações:

a) o apoio governamental á formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional (art. 2°, III, a); e

b) a promoção de ações eficazes, que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência (art. 2°, III, c).

Finalmente, na área de edificações, há uma regra integrativa, que determina 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, e que permitam o acesso destas a edificios, a logradouros e a meios de transporte (art. 2°, V, a).

3.CONCLUSÕES

3•1. Princípios Instrumentais da Cidadania: Publicidade e Eficiência

É extremamente importante, para que todas essas normas logrem efetividade) que dois princípios instrumentais sejam, de um lado, rigorosamente mente observados pelo Poder Público, enquanto administrador e, portanto, executor

necessário das ações administrativas, de todos os tipos referidos e em todos os níveis federativos, por si sós ou com a participação da sociedade, e, de outro lado, sejam também permanentemente considerados pelas pessoas portadoras de deficiência, que são as beneficiárias e diretamente interessadas no cumprimento das normas de proteção e de integração: a publicidade e a eficiência.

Quanto à publicidade, se o Direito é, por definição, um sistema de normas de conduta social gerais, abstratas e previamente conhecidas, indica-se que a publicidade é, por extensão e do mesmo modo, um requisito lógico da atividade de administração pública, uma vez que ela é a execução de oficio do Direito pelo Estado, o que realiza praticando quaisquer outros atos, abstratos ou concretos.

Resta claro que, apenas contando-se com uma adequada divulgação de tais atos, se poderá deles ter ciência, como condição de se determinar se obedeceram ao que em abstrato para eles se prescreveu para, finalmente, submetê-los a controle.

Por isso, no Direito Público e no Administrativo, em particular, a publicidade assoma como o mais importante princípio instrumental, realmente indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência dos seus atos, ou, como mais adequadamente expressado, por sua visibilidade, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em conseqüência, serem exercidas as várias modalidades de controle nela previstos.

Sob outro aspecto, a publicidade, no Direito Público, constitui-se também como um direito fundamental do administrado, extensivo às entidades de sua criação, uma vez que, sem ela, tornar-se-ia impossível controlar a ação estatal, e, em última análise, seria uma falácia, a sustentação dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito.

Quanto à eficiência, recém introduzida por Emenda, como princípio da ação administrativa pública, em 1998, no texto da Constituição, acrescentado ao rol de princípios explícitos do art. 37, caput, este novo princípio substantivo resultou da convergência de duas linhas de desenvolvimento.

De um lado, o conceito de eficiência foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, quando começou a ser definido como a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível, com os meios empregados,

daí passando a Economia, onde se aproximou e, até certo ponto, se confundiu com o conceito de produtividade, ou seja, de uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos, daí chegando à sua aplicação à administração privada e à pública. De outro lado, destaca-se outra diferente origem nos estudos jurídicos doutrinários de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX por juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de poder-dever de administrar, como então era afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr a eficácia, para estabelecer, como um passo evolutivo adiante, o dever da boa administração, o que passou a ser respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltados à eficiência da ação administrativa pública.

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam, por sinal, grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante, a prática de atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia.

Exigiu-se mais, que esses atos deveriam ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitassem lograr o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.

Essas exigíveis qualidades intrínsecas de excelência haverão, por certo, de ser diversificadas e numerosas, tornando-se, assim, imprescindível, tê-las definidas através de parâmetros objetivos, previamente fixados, destinados à aferição dos resultados alcançados pela ação administrativa.

Esses parâmetros tanto poderão ser estabelecidos pela lei, como pelo ato administrativo, como pelo contrato administrativo ou como pelo ato administrativo complexo, tudo sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (f'eed-back), tendo, porém, sempre em linha de conta, que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, pois, de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle.

Entendida, assim, a eficiência, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados, com os menores custos para a sociedade, ela se apresentará, na ação administrativa pública, simultaneamente, de três modos: como um atributo técnico da gestão,

como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.

Mais importante, porém, para que as pessoas portadoras de deficiência o tenham sempre presente, é que, esse princípio, embora já conhecido e observado no âmbito privado, nas normas de proteção do consumidor, e doutrinariamente reconhecido nas obras dos administrativistas mais recentes, tes, é que, uma vez constitucionalmente consagrado, o dever de eficiência do setor público, como gestor de interesses da sociedade, sempre que possa ser objetivamente aferível, passou a ser um direito difuso da cidadania.

3.2. A Via Administrativa

Na linha dos princípios instrumentais acima expostos, a vigilância e a cobrança, por parte dos cidadãos e dos interessados em geral, passa a ser fundamental, para exigir dos Poderes Públicos as ações administrativas previstas.

Essa dúplice cobrança, de eficácia e de eficiência, tanto pode ser feita pela via administrativa como pela via judicial.

Na via administrativa, a Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, confere uma prioridade legal no tratamento dos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência (art. 9°, caput), para tanto existindo, no mais alto nível federal, um órgão de coordenação nacional, o Corde (arts. 10 e 11), embora, lamentavelmente, sua lei de criação não haja disposto sobre os instrumentos de participação do administrado portador de deficiência, nem de sua associações, para que lhe fossem levados os problemas, abstratos e concretos, decorrentes do cumprimento, do mal cumprimento ou do descumprimento da legislação.

Não obstante, essa carência pode e deve ser superada pela aplicação direta do direito constitucional de petição (art. 5°, XXXIV, a), sempre que houver ensejo ou necessidade de defender direitos, perante aquele órgão, como, de resto, perante qualquer outro ente, órgão ou agente público.

3.3. A Via Judiciária

Sem entrar em detalhes quanto ao acesso das pessoas portadoras de deficiência

ao Judiciário, que é também uma garantia constitucional permanente aberta às suas entidades associativas, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5°, XXXV), a Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, institui, em reforço, a legitimidade do Ministério Público para intervir em ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados às deficiências das pessoas (art. 5°), para instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, fisica ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exame ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a dez dias úteis (art. 6°), e propor ação civil pública, se estiver convencido de seu cabimento, aplicando-se, a essa modalidade, os dispositivos da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985 (art. 7°).

Destarte, além da existência de interesses individuais e de interesses coletivos, há, categorizadamente expressos pelo legislador, interesses difusos de proteção e de integração das pessoas portadoras de deficiência.

3.4. A Via da Consciência

Nenhuma via, porém, destinada à defesa dos direitos dos administrados portadores de deficiência, seja ela administrativa ou judicial, poderá ser útil, sem que exista a disposição de empregá-la.

Tudo, portanto, começa com o conhecimento dos direitos e, a partir daí, a disposição de reverter o quadro de apatia conformada, ainda hoje existente.

Esta é a via da consciência: pois é preciso conhecer para atuar, ainda porque o Estado é tão-somente um instrumento da vontade dos cidadãos, despido de vontade e de ética próprias que o mova.

Assim, essa vontade, que está latente nas leis, bem como o conteúdo moral que as legitima, são atributos do cidadão; e não apenas dos dez por cento portadores de deficiência, mas, igualmente, dos demais noventa por cento, que só se elevam e se enobrecem com o engrandecimento e a dignificação de todos.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Jorge Franklin Alves Felipe

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais.

1. SEGURIDADE, PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

Registramos em nossa PREVIDÊNCIA SOCIAL NA PRÁTICA FORENSE:

"A incerteza dos dias futuros, mesmo em face de todos os progressos da ciência, traz ao homem a preocupação de criar meios que possam vir a ampará-lo e à sua família, quando lhe ocorrerem certos infortúnios. Ninguém é imune à morte, à doença, à prisão e à velhice. E esses eventos impedem o homem de, através do trabalho próprio, prover a sua manutenção e a dos familiares. É imaginando esses acontecimentos que o homem reserva parte de seus bens e rendas para deles defender-se.

Uma das formas usuais de prevenção é o seguro, contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato. A princípio em forma de iniciativa privada, o seguro adquiriu aspecto predominantemente social e revestiu-se de caráter obrigatório, quando o Estado, reconhecendo a necessidade comum de todos os homens de garantir uma estabilidade para o futuro, instituiu o seguro social. Intervindo na ordem econômica e social, arrecada contribuições de seus participes e, por ocasião do infortúnio, os ampara.

O seguro social é realizado no Brasil pela autarquia federal Instituto Nacional do Seguro Social.

Ao lado do seguro social previdenciário, o Estado presta, também, assistência social em certas circunstâncias (velhice, doença, etc.), em caráter normalmente geral e de forma voluntária, posto que não retribuiu, nesses casos, contribuições vertidas.`

Falamos de previdência e assistência social. E o que seria a seguridade social?

A conceituação é complexa. Em vários países os conceitos de previdência e seguridade se identificam. Como anotou CELSO BARROSO LEITE:

"Recentemente participei no Uruguai de uma reunião latino-americana da Associação Internacional de Seguridade Social (AISS), de Genebra. O tema era previdência social, mas quase ninguém falava em "previsión", como seria mais exato, e sim em "seguridad". Talvez isso concorra um pouco para a

complexidade da matéria."

Assim, embora muitos se utilizem do conceito de seguridade como sinônimo de previdência social, a Carta Constitucional de 1988, em seu art. 194, caput, considerou a seguridade como o gênero e a previdência como uma de suas espécies, ao lado da assistência social e da saúde. Vejamos o dispositivo constitucional:

"A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

Não faz muito tempo, no entanto, a legislação previdenciária contemplava a assistência médica e a renda mensal vitalícia como prestações, as quais, hoje, fogem ao âmbito de seu sistema.

A previdência social, pública e obrigatória (salvo nos casos do segurado facultativo), não se confunde com a previdência privada, explorada pelas entidades abertas e fechadas de previdência e entregues à iniciativa particular.

Nestas, o indivíduo participa livremente dos planos previdenciários de acordo com a sua conveniência.

Dentro da previdência social destaca-se, com disciplina diferenciada, a previdência acidentária, que ampara os casos de acidente de trabalho e equiparados, e que perdeu substancialmente o interesse, em razão da uniformidade no tratamento dado, em inúmeras situações, aos trabalhadores acidentados no trabalho ou não. Assim é que, por exemplo, há tempos atrás, um trabalhador aposentado por invalidez, na previdência acidentária, recebia o beneficio de acordo com o salário-dia do acidente e ainda fazia jus a um pecúlio. Enquanto isso um outro segurado, não submetido às normas de acidente do trabalho, não recebia pecúlio e tinha sua renda mensal calculada de acordo com o salário-de-beneficio, menos vantajoso que o salário-dia do acidente. Após gradativa melhoria nos beneficios não acidentários e redução das vantagens antes concedidas ao trabalhador acidentado, a aposentadoria por invalidez , hoje, é igualem ambas as situações: 100% do salário-de-beneficio, sem direito a pecúlio. Não há falar-se em carência em nenhuma das duas modalidades de aposentadoria: previdenciária ou acidentária por invalidez.

Mas vamos à assistência social. Há décadas já pontificava ARMANDO DE

OLIVEIRA ASSIS:

"Por seguro social, ou previdência social, devemos entender um sistema de proteção mediante o qual as pessoas amparadas adquirem certos direitos (prestações ou beneficios) em troca de certos deveres (pagamento de contribuições). E por assistência social, também às vezes denominada assistência pública, devemos entender aquela série de medidas que os governos costumam adotar em favor dos necessitados, sem, porém, que haja da parte destes qualquer direito a exigir tais medidas; especificamente, nada pagam estes para usufruírem dos beneficios da assistência social, que só são outorgados pelos governos na medida dos recursos disponíveis."

A Lei n° 8.742/93(Lei Orgânica da Assistência Social), em seu art. 1°, define assistência social como sendo

"direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas". Do dispositivo legal extrai-se, sem maiores dificuldades, que a assistência social: 1 - Não é contributiva, como ocorre no regime previdenciário, que visa a retribuir, em beneficios, contribuições que o segurado verteu ao sistema; 2 - A assistência provê os mínimos sociais, como, na espécie, o amparo aos deficientes e idosos, a fim de que não vivam na mendicância; 3 - Objetiva atender a necessidades básicas, essenciais à existência digna.

Os princípios que orientam o aplicador da lei na previdência social não são, necessariamente, os mesmos a inspirá-lo nas normas relativas à assistência social. Não obstante tenha, a primeira, também o propósito de amparar, parte a previdência de um sistema contributivo, em que o efetivo pagamento das contribuições é imprescindível à sobrevivência do próprio regime. Daí, embora a lei previdenciária deva ser aplicada de acordo com os fins a que se dirige e, dentre eles, o de amparar, certo é que os recursos previdenciários são fruto do pagamento de inúmeras pessoas que, por certo, mais tarde também terão direitos a exercer. Na assistência social o Estado cumpre o seu dever de amparar os mais necessitados e, pois, a interpretação deve ser muito elástica ou liberal. Pensamos,

assim, que o princípio do in dúbio pro mísero deve ser invocado nos casos previstos na Lei de Assistência Social, tendo sua aplicação restrições na área previdenciária.

De qualquer forma, tanto para uma, quanto para outra, parece atual o prejulgado ministerial n° 1, baixado pela Portaria MPAS n° 3.286, de 27 de setembro de 1973:

"Constituindo uma das finalidades primordiais da previdência social assegurar os meios indispensáveis de manutenção do segurado, nos casos legalmente previstos, deve resultar, sempre que ele venha a implementar as condições para adquirir o direito a um ou outro beneficio, na aplicação do dispositivo mais benéfico e na obrigatoriedade de o instituto segurador orientá-lo, nesse sentido".

2. POLÍTICA NACIONAL DE AMPARO AO DEFICIENTE

A assistência social é dever do Estado.

O Estado, no exercício do seu poder de soberania, cobra impostos, institui taxas e exerce o seu poder de polícia, inclusive com a exigência de multas.

Impõe condutas aos cidadãos através das leis que edita.

Assume, em decorrência, também, o papel de intervir na ordem econômica e social, nesta última, para tutelar aqueles que carecem do seu amparo.

Voltar-se, assim, para a criança, os enfermos, os idosos, os deficientes, não é favor nenhum do ente estatal. É dever, previsto no texto constitucional e disciplinado a nível de legislação ordinária.

Reconheça-se, contudo, que muitos desses deveres não saem do campo filosófico, à falta de norma específica a regulamentá-los. São comuns os comandos ao legislador para que faça alguma coisa. O tempo passa e nada de concreto se realiza.

A Constituição Federal de 1988 assegura inúmeros direitos em prol dos deficientes fisicos e mentais, não apenas no objetivo de ampará-los, quando necessário, mas também no de permitir-lhes o pleno exercício de seus direitos e da cidadania. Assim é que, sinteticamente os deficientes: 1 - Não podem ser

discriminados no tocante a salário e critérios de admissão (C.F., art. 7°, inciso XXXI);

2 - Quando comprovem não possuir meios de prover a sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, têm a garantia de um salário mínimo mensal (art.

203,V);

3 - Têm direito a reserva de percentual de cargos e empregos (art. 37, VIII); 4 - Têm direito, na forma do que a lei dispuser, à adaptação de logradouros públicos e veículos de transporte coletivo (art. 244).

Dispõe o art. 2°, caput, da Lei n° 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 bem-estar pessoal, social e econômico. Recentemente foi editada a Lei n° 10.098, de 19 de dezembro de 2000, estabelecendo normas gerais e critérios básicos para a promoção de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Em seu art. 1°, caput, a referida lei bem define o que busca disciplinar:

"Esta Lei 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 edificios e nos meios de transporte e de comunicação."

3. AMPARO ASSISTENCIAL: O BENEFÍCIO MENSAL DE

PRESTAÇÃO CONTINUADA

3.1. Considerações Gerais

Aos deficientes devem ser dadas oportunidades de integração no trabalho, através de oportunidades de emprego. Quantas pessoas deficientes conquistam o merecido espaço à mercê de seu preparo, cultura e especialmente força interior e

vontade de vencer. Há até os que se destacam em caráter extraordinário. Muitos, no entanto, em razão do grau da deficiência, não podem exercer atividade produtiva, ao mesmo tempo em que não dispõem de outra forma de manutenção. A esses se destina uma renda mensal, paga pela União, objetivando preservar-lhes a existência digna, satisfazendo, no mínimo, as suas necessidades básicas. Nesse sentido, o art. 20 da Lei n° 8.742/93

assegura aos idosos e deficientes o beneficio mensal de prestação continuada, corresponde ao salário mínimo. É essa a disposição legal:

"O beneficio de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família."

O limite de idade foi reduzido para 67 anos.

O comentário ao dispositivo legal é feito desdobradamente, a seguir. Quanto ao valor do beneficio, que tem sede constitucional, a matéria dispensa maiores considerações ante a sua clareza.

3.2. A Extinta Renda Mensal Vitalícia

O amparo estatal às pessoas portadoras de deficiência não é recente. Antes mesmo da Constituição Federal e da Lei n° 8.742/93, o direito brasileiro conhecia o beneficio da renda mensal vitalícia, instituída pela Lei n° 6.179, de 11 de dezembro de 1974, e cujo art. 1° prescrevia:

"Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não aufiram rendimento, sob qualquer forma, superior ao da renda mensal fixada no artigo 2°, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que:

I-tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou

II - tenham exercido atividade remunerada atualmente incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos consecutivos ou não; ou, ainda III - tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade, sem direito aos benefícios regulamentares."

O valor do beneficio era, na época, de 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo (art. 2°, I). A Lei n° 8.213/91, em atendimento a preceito constitucional, segundo o qual nenhum beneficio pode ter valor inferior ao salário mínimo (art. 201, § 2°), elevou o valor da renda mensal vitalícia, inclusive aquelas concedidas antes de sua vigência, para 1 (um) salário mínimo (art. 139, §2°).

Vê-se, assim, que a antiga renda mensal vitalícia era um pouco diferente do atual beneficio de renda mensal de prestação continuada. Primeiro, porque, sem perder a sua natureza assistencial, tinha boa dose de caráter previdenciário, quando exigia contribuição por determinado tempo à previdência social ou filiação, ainda que sem ela, o que, para muitos autores, não lhe dava caráter oneroso, senão tornava um pouco menor o universo dos beneficiários. A atual Lei Orgânica da Assistência Social não cogita, no que faz bem numa lei assistencial, desse pressuposto. Segundo, porque não faz expressa referência ao deficiente, amparando, sim, o inválido, embora, como tal, deva ser considerado o deficiente incapacitado para o trabalho. Num particular nos parecia, no entanto, muito melhor a disciplina da renda mensal vitalícia do que a do atual beneficio mensal de prestação continuada. Para a concessão da renda mensal vitalícia o necessitado não poderia auferir rendimento superior ao valor dela e nem ter outra fonte de sustento. E inexistia o complicado critério da renda per capita de'/4 do salário minimo, previsto na atual lei de assistência social.

A renda mensal vitalícia foi extinta com a implantação do beneficio mensal de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei n° 8.742/93.

3.3. Conceito de Deficiente

Tecnicamente deficiente é toda pessoa portadora de determinada deficiência, fisica ou mental.

Para a Enciclopédia e Dicionário Ilustrado Koogan /Houaiss:

"Diz-se de uma pessoa que tem diminuídas as faculdades fisicas ou intelectuais."

Conceito muito bem lançado pode ser extraído da Enciclopédia Delta Universal:

"As pessoas com incapacidade fisica ou mental são chamadas deficientes.

Uma menina cega, um rapaz surdo, um homem que perdeu um braço, uma criança débil mental - são todos deficientes. Necessitam de ajuda especial para poderem levar uma vida produtiva, feliz.

Cerca de uma entre cada sete pessoas em todo o mundo sofre de algum tipo de incapacidade. É grande o número de deficientes, em nosso país. Mas dentre eles somente cerca de metade têm Incapacidades que podem impedi-los de levar uma vida normal e útil.

Com um treinamento especial, até as pessoas que sofrem de uma grave deficiência podem ter uma vida produtiva. Os cegos podem aprender a ler.

Pessoas sem pernas podem aprender a andar com membros artificiais.

Assim, a sociedade ganha muitos talentos e habilidades pessoais que de outra forma se perderiam.

Os diplomas legais procuram conceituar o deficiente: Art. 20, § 2°, Lei n° 8.742/93: "... a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho."

OS /INSS n° 562/97, item 1.2: "Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho".

Embora disciplinando a fiscalização de reserva de vagas, nas empresas, para o beneficiário reabilitado ou portador de deficiência habilitada, a Ordem de Serviço Conjunta n° 90, de 27 de outubro de 1998, expedida pelas Diretorias de Arrecadação e Fiscalização e do Seguro Social, do INSS, tece amplas considerações sobre a pessoa do deficiente. Considera a referida norma três formas de deficiência: Deficiência fisica, deficiência sensorial auditiva e visual e

deficiência mental, além das deficiências múltiplas. Nas deficiências fisicas estariam as alterações completas ou parciais de um ou mais segmentos do corpo humano, tendo como conseqüência o comprometimento da função motora. Exemplos: Paraplegia, perda total das funções motoras dos membros inferiores ou amputação, perda total de um determinado segmento de um membro superior ou inferior. Na deficiência sensorial auditiva e visual estariam os quadros de disacusia e perda ou redução da capacidade de visão de ambos os olhos, quando não se possa melhorar ou corrigir com uso de lentes ou tratamento clínico ou cirúrgico. Exemplo: portador de cegueira. A deficiência mental, segundo a mesma norma, refere-se a padrões intelectuais reduzidos, apresentando comprometimento de nível leve, moderado, severo ou profundo e inadequação no comportamento adaptativo, tanto maior quanto o grau do comprometimento (dificuldades cognitivas). E a deficiência múltipla consiste na concomitância de duas ou mais deficiências na mesma pessoa.

O conceito de deficiente, pois, é amplo. Toda pessoa que tem alguma forma de deficiência, fisica ou mental, é um deficiente. Nem só por isso, no entanto, será considerado deficiente para o efeito do beneficio da renda mensal de prestação continuada, pois terá que preencher os demais requisitos previstos em lei. O beneficio não é propriamente do deficiente, mas daquele quele incapacitado para a vida independente e para o trabalho. Afastam-se, pois, as situações de deficiência não incapacitante.

A avaliação da deficiência não é tarefa simples. Segundo o disposto no § 6° do art. 20 da Lei n° 8.742/93:

"A deficiência será comprovada através de avaliação e laudo expedido por serviço que conte com equipe multiprofissional do Sistema único de Saúde -

SUS - ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - credenciados para esse fim pelo Conselho Municipal de Assistência Social".

O Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei n°

7.853, de 24 de outubro de 1989, em seu art. 3°, defne deficiência, deficiência permanente e incapacidade. A deficiência consiste em toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatõmica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão

considerado normal para o ser humano. A incapacidade consiste numa redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. Assim, não é todo deficiente que a lei coloca sob sua tutela especial, mas só aqueles com incapacidade, requisito que, aliás, é expresso no beneficio da renda mensal de prestação continuada, em cuja área o Decreto não adentrou e no que fez bem. O conceito de deficiência traz implícita a concepção de incapacidade, no seu conceito regulamentar.

Segundo o disposto no art. 4° do mesmo Decreto a deficiência pode ser fisica (exemplo, amputação ou ausência de membro), auditiva (surdez), visual, mental e múltipla.

3.4. Incapacidade para o Trabalho

Às pessoas portadoras de deficiência devem ser dadas, em princípio, oportunidades de trabalho produtivo. Não tem sentido tolher com o beneficio assistencial, a liberdade de iniciativa dos que querem ser alguém, ocupar com merecimento um lugar ao sol.

O benefício assistencial previsto na Lei n° 8.742/93 se destina ao deficiente incapaz para o trabalho e enquanto nessa condição. Àquele que, pelo trabalho, não pode prover a própria subsistência. A avaliação da incapacidade é matéria técnica na área médica. Caberá à perícia administrativa verificar, ante o quadro de deficiência apresentado, a incapacidade laboral, isso é, se o deficiente faz jus ou não ao beneficio assistencial. É natural que tal perícia não seja definitiva. Em Juizo, em ação movida pelo deficiente, caberá ao Juiz nomear perito, que apresentará o seu laudo e suas conclusões. O Juiz, no entanto, não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos constantes dos autos (art. 436, CPC). Deve o Juiz, de modo expresso, justificar o não acolhimento da perícia, pois, não sendo técnico, em princípio deveria acolhê-la. Na esfera judicial não há que se cogitar de prevalência do laudo médico do INSS.

3.5. Inexistência de outros Meios de Manutenção Pretende a lei assistencial que o benefício mensal de prestação continuada seja concedido apenas às pessoas

que não disponham de outros meios de manutenção. É curial. Se o deficiente, embora impossibilitado para o trabalho, dispõe de bens e rendas, como por exemplo, percebe razoáveis aluguéis de imóvel que possua, não se justifica a concessão de auxílio pecuniário pelo Estado, o que não afasta a obrigação estatal, noutros aspectos, de promover a sua integração social.

Como ensina WLADIMIR NOVAES MARTINEZ:

"O necessitado, diferentemente do segurado, é incapaz de, em condições normais, prover a si próprio ou a sua família. Apela para a assistência social para subsistir e, principalmente, quando a capacidade mínima desfrutada é diminuída ou desaparece, ameaçando-o de perecimento."

Contudo, além de se aferir a ausência de condições do deficiente, o legislador recomenda também seja verificada a situação de sua família. A lei é expressa nesse sentido "nem de tê-la provida por sua família".

O benefício, nos termos da lei, será devido se a família (assim entendido o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei n° 8.213/91 e que vivam sob o mesmo teto), tiver renda mensal per capita inferior a '/4 (um quarto) do salário mínimo. Assim, à letra fria da lei, se a mãe tem em sua companhia um filho deficiente e recebe pensão igual ao salário mínimo, não poderá o filho postular o beneficio mensal de prestação continuada. Pelo critério legal é preciso que uma família, que viva com o salário mínimo, tenha pelo menos 5 (cinco) integrantes para que um deles possa perceber o amparo assistencial.

O critério legal é extremamente injusto, complexo e rigoroso, ainda que atenuado na prática, pelos meios de prova instituídos. Uma interpretação ção menos literal e mais social, no entanto, foi dada ao dispositivo pelo Superior Tribunal de Justiça. Ao que dela se infere a renda per capita inferior a'/4 do salário mínimo presume objetivamente a necessidade do beneficio, que pode ser demonstrada de outros modos. Merece ser transcrita a ementa da decisão:

"Previdenciário. Renda mensal vitalícia - CF, art. 203, V. Lei n° 8.742/93.

Legitimidade do INSS. Renda familiar inferior a'/4 do salário mínimo.

Interpretação conforme a Constituição.

1- Órgão responsável pela execução e manutenção dos beneficios de prestação continuada, é o INSS parte legítima para figurar no pólo passivo da ação buscando o recebimento da renda mensal vitalícia.

2 - A Lei n° 8.742/93, art. 20, § 3°, quis apenas definir que a renda familiar inferior a'/4 do salário mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência do idoso ou portador de deficiência; tal regra não afasta, no caso em concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado.

3 - Recurso não conhecido."

Não cogitou o legislador da hipótese do deficiente ter sua manutenção provida por membro de sua família, que lhe deve alimentos, nos termos da lei, mas que viva em outra residência. Seria a hipótese, por exemplo, de um deficiente viver com os pais, sem rendimentos, mas tendo o avô abastado, com condições suficientes de assistir-lhe. Esse eventual direito a alimentos afasta a pretensão ao beneficio mensal de prestação continuada? Duas interpretações se apresentam. Uma mais literal, apegada aos termos da Lei. Se o parente não vive sob o mesmo teto não pode ser tal circunstância levada em consideração.

Não obstante o propósito de amparar entendemos que, em tal caso, não há direito ao beneficio. Quem pode legitimamente pleitear alimentos de pessoa abastada, como, no exemplo, o avô, não é um necessitado. É preciso que o necessitado comprove não possuir meios de prover a sua manutenção e os alimentos prestados por quem os deve constituem meio de manter o necessitado.

Mais ou menos dentre dessa linha de entendimento a decisão, a seguir, do Superior Tribunal de Justiça:

"CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. RENDA MENSAL

VITALÍCIA. REQUISITOS LEGAIS.

- Ao miserável inválido, sem atividade remunerada e sem meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por família, é assegurado pela Previdência Social o pagamento de uma renda mensal vitalícia, nos termos do parágrafo único do 139, da Lei n° 8.213/.91, até a regulamentação do art. 203, V, da

Constituição Federal.

-Não tem direito ao mencionado beneficio quem é mantido sob dependência do filho e do marido, este beneficiário da Previdência Social.

- Recurso especial não conhecido."

A situação fática, no entanto, deve ser verificada no caso concreto. Com efeito, o simples fato de um dos cônjuges perceber modestos rendimentos de aposentadoria que, hoje, não podem ser inferior ao salário mínimo, não pode afastar, só por si, do outro, o direito ao beneficio, de que necessita para suprir suas necessidades básicas.

Decidiu a 2a Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

"Não constitui óbice à concessão do beneficio o fato de ser a autora casada, vez que o valor recebido por seu cônjuge a título de aposentadoria é insuficiente para a sua própria subsistência.""

Não obstante toda essa interpretação restritiva sustentada, é preciso mencionar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITU

CIONALIDADE. CONCEITO DE "FAMÍLIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU

IDOSA" DADO PELO § 3° DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LEI N° 8.742, DE 07.12.93). PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1 - Argüição de inconstitucionalidade do § 3° do art. 20 da Lei n°

8.742/93, que prevê o limite máximo de 1/4 do salário mínimo de renda mensal per capita da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente fisico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao beneficio de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição.

2 -A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

3 - O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico.

4 - Pedido cautelar indeferido.

3.6. Inaplicabilidade das Regras sobre Benefício O beneficio de prestação mensal continuada previsto na lei de assistência social não se confunde com os beneficios previdenciários. Assim, não se aplicam a eles as regras próprias do regime previdenciário. Daí se infere, por exemplo, que o beneficiário não faz jus ao abono anual (art. 17 do Decreto n°

1.744/95), somente devido aos segurados da previdência social. Como também não se cogita, para a sua concessão, de carência, pagamento ou qualquer outro requisito previsto na lei previdenciária. Não existe transformação do beneficio em pensão de dependentes, porque o beneficiário da Lei n° 8.742/93 não comporta dependentes. Há normas, no entanto, que, por sua natureza, podem ser invocadas, como as relativas a pagamento e garantia de beneficios.

3.7. Intransmissibilidade do Benefício

Essa questão é, na verdade, um simples desdobramento da tratada no item anterior. Se a relação assistencial não é previdenciária, daí conclui-se que o beneficio não se transfere, em forma de pensão, para eventuais dependentes.

Não há que se cogitar de dependentes na estrutura da Lei n° 8.742/93. O

beneficio é concedido ao deficiente e, com a sua morte, extinto. A lei é expressa nesse sentido (art. 21, § 1°).'3 Não se pode confundir, no entanto, o direito ao beneficio, com o direito às parcelas vencidas antes da morte do beneficiário. Se o beneficiário falece, por exemplo, no dia 20 de determinado mês, seus sucessores fazem jus ao recebimento da importância relativa ao mês em curso. Não há, a nosso ver, que se reverter o valor aos cofres da previdência, posto que, por força do direito sucessório, o numerário pertence aos herdeiros. Como

também não há, a nosso ver, que se efetuar o pagamento a dependentes, porque não há dependentes no regime da Lei n° 8.742/93. A lei foi omissa, nesse particular, mas o Decreto que a regulamentou é expresso no sentido de que "o beneficio é intransferível, não gerando direito a pensão ou pagamento de resíduo a herdeiro ou sucessor". A nosso ver é manifesta a ilegalidade da parte final do dispositivo. Se o direito ao resíduo resulta de normas legais de sucessão não pode ser afastado por dispositivo regulamentar.

3.8. Cumulação com outros Benefícios Previdenciários Esse requisito, na verdade, decorre da própria regra de que só faz jus à renda mensal assistencial os deficientes que não disponham de rendimentos próprios. Por isso é expresso o art. 21, § 4°, da Lei n° 8.742/93, no sentido de que o beneficio de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica. Desnecessária a referência à assistência médica, que não é considerada como beneficio, sendo hoje direito gratuito e universal de todos, no termos do que dispõe o art. 196, da Constituição Federal. Assim, se o deficiente vier a receber aposentadoria ou pensão, por exemplo, perderá o direito ao beneficio mensal de prestação continuada. A hipótese de aposentadoria é factível mas rara, mas a de pensão facilmente ocorrível.

3.9. O Deficiente Internado

Muitas vezes o deficiente, não tendo família que o acolha, ou, mesmo tendo, não sendo por essa acolhida, é entregue a estabelecimentos de internação (hospitais, asilos, sanatórios, etc.). Não são poucos os deficientes mentais nessa condição. Por isso, sabiamente, o legislador assegura o direito ao beneficio mesmo nos casos de estar internado o deficiente. Se a deficiência for física, sem incapacidade para os atos da vida civil, o próprio deficiente ou seu procurador receberá o beneficio. Em se tratando de deficiência mental incapacitante haverá necessidade de se nomear curador para representá-lo nos atos da vida civil. E esse curador deverá dar a efetiva assistência ao deficiente.

Aqui entra a necessidade de um criterioso exame do magistrado na nomeação do curador, evitando recaia o encargo em pessoas que, valendo-se da internação do curatelado, acabem por não administrar bem o seu dinheiro, tirando proveito da situação. Importante nesse particular é a atuação do serviço de assistência social dos hospitais, que, quando solicitado, pode levar aos Juizes ou aos representantes

do Ministério Público encarregados dos processos de curatela importantes informações relativas à atuação dos curadores.

3.10. O Menor Deficiente

Sendo a finalidade do beneficio amparar as pessoas que não podem prover a subsistência pelo trabalho seria de se indagar se o menor deficiente a ele faria jus. Não vemos razões para afastar do beneficio o menor deficiente, que carece da mesma assistência que o deficiente maior. No caso avalia-se potencialmente a sua capacidade para o trabalho. A OS/INSS n° 562/97 é expressa ao dispensar limite mínimo de idade (item 111, letra "b"). O art. 27

do Decreto n° 1.744 cuida da representação dos menores deficientes, logo, admitindo sejam titulares do beneficio. Portanto, atendidos os pressupostos legais, o recém-nascido deficiente, em tese, pode ser aquinhoado com o beneficio. Independentemente da orientação administrativa é preciso não se esquecer de consagrada regra de interpretação jurídica segundo a qual onde a lei não distinguiu o intérprete não deve fazer a distinção.

3.11. Revisão e Manutenção do Benefício

O beneficio, uma vez concedido está sujeito à permanente revisão e poderá cessar, segundo dispõe o art. 21, § 1°, da Lei n° 8.742/93, se superadas as condições para a sua concessão. Ou seja, houve recuperação da capacidade de trabalho do deficiente, passou ele a perceber beneficio previdenciário ou recebeu uma herança. Em tais casos, injustificável persistir o beneficio. De qualquer forma a lei recomenda avaliação do beneficio de dois em dois anos.

3.12. Outros Benefícios Assistenciais

Na verdade a Lei n° 8.742 /93 contém muitos princípios e recomendações, mas, no fundo, contempla, basicamente, o beneficio de renda mensal de prestação continuada que, de outro modo, já existia no direito brasileiro. Não evoluiu, assim, de forma substancial em relação ao direito anterior. Mais dois benefícios, no entanto, são contemplados por essa lei, mas seus destinatários não são os deficientes, nem os idosos, e, sim, famílias de pequena renda: o auxílio-funeral e o auxílio-natalidade. Esses beneficios não são concedidos pelo INSS e dependem dos Conselhos de Assistência Social dos Estados e Municípios.

Dispõe o art. 22, § 2°, da mesma Lei, ainda, que poderão ser estabelecidos outros beneEcios eventuais para atender necessidades advindas de situações de vulnerabilidade temporária, com prioridade para a criança, o idoso, a pessoa portadora de deficiência, a gestante, a nutriz e nos casos de calamidade pública.

3.13. Prova dos Requisitos Previstos na Lei

Quem vive o dia-a-dia da ciência jurídica sabe que uma coisa é ter o direito; outra, bem diversa, é possuir meios de comprovar os fatos para prova de suas alegações.

A pessoa deficiente amparada pela lei é, em princípio, uma pessoa simples. O

Decreto n° 1.744 criou, para comprovar a inexistência de atividade remunerada, uma declaração firmada pelos Conselhos de Assistência Social dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Admitiu, também a lei que, por atestado de autoridades locais, essa inexistência de atividade remunerada possa ser comprovada. Assim, declararão o fatos os Juízes, Promotores, etc.

Nenhuma dificuldade existe quando essas autoridades conhecem pessoalmente o interessado. Mas, e quando não o conhecem? A declaração deverá consignar essa circunstância. O que não é possível é que, por ausência do Conselho Local e por não conhecer as autoridades, a pessoa humilde e simples não possa perceber o beneficio a que tem direito nos termos da lei. O art. 13 do Decreto disciplina a comprovação da renda familiar, especificando os documentos necessários, mas abre alternativa a que, por declaração da mesma entidade e pessoas acima relacionadas, também se possa comprovar a renda mensal per capita da família. De certa forma os meios probatórios parecem favorecer mais as pessoas bem relacionadas e nem tanto as carentes.

Com a nova redação dada ao § 8° da Lei n° 8.742.93 pela Lei n° 9.720/98, "a renda familiar mensal a que se refere o § 3° deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido".

Andou bem o legislador, especialmente quando veio facilitar o exercício da prova por pessoas efetivamente carentes.

3.14. Pluralidade de Benefícios na mesma Família Cada ser humano é titular de direito próprio. Dentro de uma mesma unidade familiar podem existir várias pessoas portadoras de deficiência. Em tese, todas elas fazem jus ao beneficio. Surge, no entanto, o problema da necessidade.

Cada beneficiário leva para a unidade familiar a renda de 1(um) salário mínimo e, assim, acaba por dificultar a concessão do beneficio ao outro.

Dispõe sobre a matéria o art. 19 do Regulamento:

"O beneficio de prestação continuada será devido a mais de um membro da mesma família, enquanto for atendido o disposto no inciso 111 do art. 2° deste Regulamento, passando o valor do benefício a compor a renda familiar, para a concessão do segundo beneficio".

A regra é polêmica e é preciso interpretá-la com boa dose de interesse social, para não deixar de serem acolhidas legítimas pretensões.

4. AMPARO PREVIDENCIÁRIO

4.1. Auxílio-Doença, Auxílio-Acidente e Aposentadoria por Invalidez Faremos, nesse particular, apenas breves considerações, sob pena de transformar o trabalho num curso de direito previdenciário, desviando, assim, a finalidade da obra.

Há beneficios previdenciários que não se destinam de modo específico ao deficiente, mas podem, perfeitamente, tê-lo como beneficiário. São os beneficios por invalidez, que podem ser concedidos, pois, ao deficiente inválido, incapaz para o trabalho.

O auxílio-doença é concedido em razão de incapacidade total temporária para o trabalho, por mais de 15 dias, nos termos do que dispõe o art, 5 9 da Lei n°

8.213/91. Essa incapacidade é aferida por laudo médico da previdência social, que pode ser revisto em Juizo, em ação ajuizada pelo segurado contra a previdência.

Exige carência de 12 (doze) contribuições mensais, salvo se a doença for uma daquelas referidas no art. 151 da Lei n° 8.213/91 ou se a invalidez for resultante

de acidente. Nestes casos, a lei dispensa o cumprimento do período de carência, bastando que a doença tenha sido contraída quando o segurado ostentava essa condição. Não será devido o auxílio-doença se a pessoa já ingressa na previdência social portadora da enfermidade que vem a ser invocada como causa para a concessão do beneficio. Assim, um segurado portador da popular LER que ingressar na Previdência Social não pode, depois, pretender auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez com base nessa doença. O que se ressalva é a situação do que ingressa doente, mas com condições de trabalho e a incapacidade sobrevém do agravamento da doença.

O valor mensal do beneficio é igual a 91% do salário de beneficio (art. 61, Lei n° 8.213/91), calculado na forma da legislação previdenciária.

Assim, enquanto houver a incapacidade permanente e parcial será devido o auxílio-doença. Com o tempo a doença, se não houver cura total, evoluirá para uma incapacidade permanente, total ou parcial. Se total, o segurado fará jus à aposentadoria por invalidez, sujeita à mesma carência e a sua dispensa nos mesmos casos do auxílio-doença, com renda mensal igual a 100% do salário-de-beneficio, calculado na forma da legislação previdenciária (v. arts.

42 e segs. da Lei n° 8.213/91). Se a incapacidade for permanente, porém parcial, o beneficio cessará tão logo o segurado esteja em condições de exercer atividade que lhe garanta a subsistência. Não há, na previdência comum, nenhum beneficio que contemple a incapacidade parcial e permanente para o trabalho. Essa incapacidade parcial e permanente, contudo, se a situação houver sido decorrente de acidente do trabalho, doença do trabalho ou profissional, ensejará ao segurado o recebimento do auxílio-acidente, no valor de 50% do salário-de-beneficio (art. 86 da Lei n° 8.213/91), calculado na forma da legislação previdenciária.

O deficiente, se necessitar da assistência permanente de outra pessoa, terá o valor da aposentadoria por invalidez acrescido de 25% do salário-de-beneficio, nas condições previstas no art. 45 da Lei n° 8.213/91.

Não importa que a aposentadoria seja previdenciária ou acidentária.

4.2. Pensão ao Deficiente

O beneficio da pensão independe de carência, bastando, para tanto, a condição de segurado, por ocasião do evento morte (art. 26, 1, Lei n° 8.213/91).

O beneficio corresponde a 100% do valor da aposentadoria recebida pelo segurado na época do óbito ou da mais favorável (art. 75).

São dependentes do segurado e, pois, têm direito à pensão decorrente de sua morte os filhos menores de 21 anos ou inválidos (conceito em que se pode incluir o deficiente art. 16,1, Lei n° 8.213/91). Se não houver dependente preferencial, pode o irmão deficiente inválido receber a pensão, desde que comprovada a dependência econômica. Sendo, assim, o filho deficiente e inválido fará jus à pensão previdenciária pela morte do pai ou da mãe, independentemente de sua idade. Essa invalidez é aferida pela previdência social no momento do óbito (art. 108, Decreto n° 3.048/99 - Regulamento da Previdência Social).

Também na Lei do Regime Jurídico único (Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990), a aposentadoria por invalidez, a licença para tratamento de saúde e a licença por acidente de serviço são beneficies devidos ao funcionário e que pressupõem invalidez. Aos dependentes do servidor é devida a pensão, do valor correspondente ao da remuneração ou proventos. Dentre os dependentes há expressa previsão em prol do filho inválido, tal como no regime geral (art.

217,11, "a"), o que implica beneficiar o deficiente incapacitado.

No regime geral de previdência não existe mais lugar para a pessoa designada, que é aquele que vive às expensas do segurado, que lhe designa como dependente, por não ter dependente preferencial. No regime da Lei n°

8.112/90 ainda existe possibilidade de designação de dependente deficiente que viva sob a dependência econômica do funcionário, sem limite de idade (art. 217, "e").

4.3. Reabilitação Profissional

Reabilitação é "recuperação da capacidade fisica, intelectual, profissional ou material; recuperação do equilíbrio emocional, psicológico; recuperação de uma pessoa para o convívio social".'

Tão importante quanto a concessão de beneficio ao deficiente incapaz para o trabalho é a recuperação para a atividade laboral daqueles que, para tanto, têm condições, o que se faz através da reabilitação profissional. Com a reabilitação permite-se ao deficiente o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, estimulando-o a promover a melhoria das suas condições de vida. Do ponto de vista psicológico faz bem a auto-estima do deficiente como a de qualquer um saber que é útil à comunidade.

Dispõe o art. 89, caput, da Lei n° 8.213/91:

"A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a re (educação) e de (re) adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que se vive".

A reabilitação constitui condição para a revogação do auxílio-doença, nos termos do que dispõe o art. 62, da Lei n° 8.213/91:

"O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o beneficio até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez".

É profundamente lamentável o ato administrativo de baixa no beneficio previdenciário quando, não obstante cessada a doença, não se promoveu a habilitação do segurado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência.

O Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999, disciplina o direito à habilitação ou reabilitação profissional do deficiente, objetivando capacitá-lo, conservá-lo ou fazê-lo progredir no trabalho, independentemente de vínculo com a previdência social, inclusive com fornecimento de órteses, próteses, bolsas coletoras e materiais auxiliares.

4.4. Pensão Especial às Vítimas da Talidomida

A Lei n° 7.070, de 20 de dezembro de 1982, autorizou o Poder Executivo a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência fisica conhecida como "Síndrome da Talidomida". A pensão tem natureza indenizatória.

5. SAÚDE

Enquanto a Previdência Social se dirige aos segurados e a assistência social aos necessitados, a saúde é direito universal e gratuito de todos, nos termos do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

A Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, em seu art. 2°, caput, dispõe que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Não são apenas os hospitais próprios e convenentes que cumprem o dever Estatal de assistir à saúde.

Existem, ainda, as medidas preventivas, como as vacinações públicas, orientações sobre doenças, como ocorre com a AIDS e tantos outros aspectos relativos à política estatal na área da saúde.

Mas para ter direito ao atendimento, diretamente na rede hospitalar, não mais se cogita de contribuição como já ocorreu alhures. O acesso é gratuito e universal.

A saúde é prestada aos cidadãos, hoje, através do Sistema único de Saúde, o conhecido SUS, disciplinado pela Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Não existe, em princípio, restrição ao direito constitucional à saúde. Tudo quanto for indispensável à preservação da vida pode ser exigido do Estado.

Surge, aí, um contraste: enquanto alguns conseguem, judicialmente, até mesmo procedimentos cirúrgicos onerosos, quando não tratamento no exterior, a maioria esmagadora das pessoas não alcança sequer o essencial, caracterizado pelo atendimento ambulatorial e hospitalar. Crianças morrem, nos grandes centros, por falta de vaga na UTI infantil.

A responsabilidade na área da saúde constitui encargo não apenas da União, mas também dos Estados e Municípios, embora, esses últimos, não possam responder por encargos de outros municípios.

A questão relativa a tratamento no exterior é bastante complexa. Se, de um lado, a medida pode ser necessária para preservação da vida, em excepcionais situações, por outro parece conflitar com o tratamento igualitário que o sistema deve prestar a todos.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da apelação cível n°

115.501-9, Rel. Des. Páris Pena, em 18.08.98, desacolheu pedido de tratamento de doença no exterior, em ação movida contra o Estado de Minas Gerais. No caso, o Tribunal admitiu a legitimidade passiva do Estado de Minas Gerais e a auto-aplicabilidade da regra prevista no art. 196 da Constituição Federal, mas negou a pretensão do autor, especialmente em função da ausência de prognóstico efetivo favorável. Merece ser transcrita a ementa do acórdão:

"Ação ordinária-Menor portador de distrofia muscular de Duchenne - Custeio do tratamento pelo Poder Público - Direito fundamental à saúde -

Legitimidade passiva do Estado de Minas Gerais - SUS - Descentralização de atribuições e custeio - Acesso universal e integral à saúde - CF/88, arts. 196 e 227 - Leis n. S 8.069/90 e 8.080/90 - Transplante de mioblastos Inexistência de prognóstico científico favorável - Improcedência. Dispõem os cidadãos brasileiros, especialmente as crianças e adolescentes, de direito público subjetivo à promoção, proteção e recuperação da saúde, oponível ao Poder Público por força dos arts. 196 e 227 da Carta de 1988 e das Leis ris 8.080/90

e 8.069/90; isso não significa, contudo, deva o Estado arcar com custos do engajamento de enfermos em projetos experimentais estrangeiros, despidos de prognósticos científicos favoráveis."'S

Realmente, o pedido de tratamento no exterior, inclusive com pedido de liminar, deve ser criteriosamente avaliado, no caso concreto, porque, ao dispensar recursos, em geral significativos, para aquele que postula em Juízo, o sistema se desfalca do necessário ao atendimento de prioridades tão quanto urgentes, dentro

do território nacional.

Em análise crítica da concessão dessas liminares LOURDES FRAZãO, Assessora Jurídica do Ministério da Saúde, pondera:

"A Lei n° 8.080/90, regulamentando aquele preceito, usa o termo

"universalidade" para enfatizar a abrangência desse direito, em todos os níveis, dentro do território nacional, evidentemente, até porque não seria razoável pretender-se extrapolar as fronteiras do pais com esse escopo, por resultarem absoluta impossibilidade de planejamento e sustentação econômica do sistema. ,16

O mesmo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, noutra oportunidade, entendeu que não poderia impor ao Município de Belo Horizonte a obrigação de fornecer vagas em CTI infantil de alto risco, sob pena de arcar com a criação imediata de novos leitos ou com os custos de internamento, em clínica particular não conveniada ao SUS, de criança trazida de outros Municípios ou Estados, por extrapolar as obrigações previstas na Constituição Federal e na Lei Orçamentária Municipal."

Sendo a saúde um direito universal de todos, muito mais ênfase deve ser dado ao deficiente que, em princípio, carece não apenas de assistência médica, como de tratamento diferenciado.

A Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, em seu art. 2°, II, traça princípios de atuação do Poder Público, na área da saúde, em prol dos deficientes:

"a) a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, á imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras da deficiência;

b) o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidentes do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado a suas vítimas; c) a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação;

d) a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados; e) a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado;

f) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social".

O art. 16 do Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999, cuida da ação estatal na área da saúde em defesa dos deficientes, inclusive com relação à reabilitação, já vista em outra unidade. O art. 20 do mesmo Decreto faz referência ao fornecimento de medicamentos e o art. 16, V, fala de atendimento médico domiciliar ao portador de deficiência grave não internado.

Ao examinarmos o direito à saúde gostaríamos de fazer mais algumas considerações sobre o tema:

1. Fornecimento de Remédios

A Lei n° 9.313, de 13 de novembro de 1996, assegura aos portadores do HIV e aos doentes de AIDS o recebimento, gratuito, do sistema único de saúde, de toda a medicação necessária ao seu tratamento. O objetivo da lei é permitir a preservação da vida desses pacientes. Se o sistema não atender ao necessitado poderá esse acionar a União, o Município ou o Estado para tal fim, uma vez que o SUS não tem personalidade jurídica. Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"SAÚDE - Ação visando compelir o Estado a fornecer medicamento específico para tratamento de Síndrome de Imunodeficiência Adquirida AIDS.

O Estado do Rio de Janeiro é legitimado passivo uma vez que é integrante do SUS, com atribuições e competência reguladas por Lei n° 8.080/90. Direito à saúde. (CF, artigo 196, da CF/88). Lei n° 9.313/96, que assegurou aos portadores de HIV e doentes da AIDS o recebimento gratuito, do SUS, de medicamentos necessários ao tratamento. O bem jurídico a proteger é a vida."

No mesmo sentido despacho do Ministro JOSÉ DELGADO, no agravo de

instrumento n° 253846/RS, em 25.10.99:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROVIMENTO. FORNECIMENTO

GRATUITO DE MEDICAMENTOS. AIDS. RESPONSABILIDADE

SOLIDÁRIA DO ESTADO E MUNICÍPIO.

1 - São responsáveis, solidariamente, o Estado e o Município pelo fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento de doentes de AIDS

e portadores do vírus HIV.

2 - Agravo de instrumento improvido".

Consignou, em seu despacho, o eminente Ministro Relator:

"Portanto, ao acolher o pedido pleiteado, a v. decisão hostilizada, de acordo com seus fundamentos, não reconhece a desnecessidade de regulamentação, mas entende necessário o atendimento, por parte do Estado e do Município, das despesas decorrentes do fornecimento de medicamento aos carentes, em face das circunstâncias apresentadas. Tal atendimento se resume na assertiva posta por decisões a respeito proferidas por este Tribunal, no sentido de que

"não poderia previsão regulamentar restringir o âmbito de cobertura claramente posta na lei regulamentada".

No Supremo Tribunal Federal é a mesma a orientação. O direito à saúde não compreende, apenas, o fornecimento de médicos e hospitais, mas também os medicamentos necessários à preservação da vida. Merece serem transcritas a ementa de dois acórdãos da Corte Maior:

SAÚDE - PROMOÇÃO - MEDICAMENTOS - O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, de, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome de Imonodeficiência adquirida".

"MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO

ARTIGO 5°, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental -

direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5° da Constituição Federal.

SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS -

DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O

sistema único de saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios."

2. Cirurgia Decorrente de Câncer de Mama:

Recentemente a Lei n° 9.797, de 6 de maio de 1999, assegurou, através do SUS, às mulheres que sofrerem mutilação total ou parcial de mama, decorrente de técnica de tratamento de câncer, o direito à cirurgia plástica reconstrutiva. O mandamento legal autoriza o pleito de obrigação de fazer, contra as entidades do SUS, no caso de recusa ao atendimento.

3. Paciente do SUS. Atendimento Diferenciado:

Questão constantemente levantada no plano do direito à saúde diz respeito à possibilidade ou não dos estabelecimentos convenentes de darem tratamento diferenciado aos internados pelo SUS mediante sistema de complementação.

Há decisões do STJ admitindo esse procedimento." Existem argumentos contra e favor da medida, naturalmente. Os fundamentos favoráveis , colhidos das decisões do Superior Tribunal de Justiça, se assentam na idéia de que não há prejuízo para o SUS, nesses atendimentos que, por outro lado, buscam um melhor tratamento para a saúde dos pacientes. Há quem veja no tratamento diferenciado uma forma de discriminação aos demais pacientes do SUS. No julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE n° 226.835, não conhecido, ficou consignado na ementa do acórdão:

"... Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento

diferenciado, sem ampliar direito previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público..."

6. ASPECTOS PROCESSUAIS

A matéria diz respeito a processo civil e, de certa forma, fugiria ao âmbito do direito previdenciário. Vamos apresentar, a seguir, apenas breves considerações sobre o tema.

A ação do deficiente objetivando obter o beneficio mensal de presta ção continuada deve ser ajuizada segundo o rito ordinário, atendidos os requisitos constantes do art. 282, do CPC. Convém que o interessado formule previamente o pedido administrativo e ingresse em Juízo após o indeferi mento do pedido, embora não seja obrigado a esgotar as vias recursais administrativas. O pedido formulado na inicial será a concessão do beneficio, com o pagamento das parcelas devidas a partir do requerimento administrativo, quando formulado ou da citação,24 devidamente corrigidas.

Em se tratando de deficiente fisico deverá ele próprio outorgar procuração a advogado para figurar no pólo ativo da ação. Se a deficiência for mental e incapacitante para os atos da vida civil, o deficiente deverá ser representado por seu curador, nomeado em processo regular de interdição. O pagamento mensal do beneficio de prestação continuada vem sendo pago pelo INSS.

Portanto, contra ele a ação pode e deve ser ajuizada, como vem reiteradamente decidindo o Superior Tribunal de Justiça. Transcrevemos, a seguir, algumas decisões, dentre as muitas existentes:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIOS DE PRESTAÇÃO

CONTINUADA. ART. 203 DA CF/88. LEI 8.742/93.

1 - O INSS é parte legítima para figurar no pólo passivo, nas causas que visem ao beneficio de prestação continuada. 2 - Na dicção do art. 106, inciso 111, da Lei n° 8.213, a Declaração do Sindicado dos Trabalhadores Rurais, homologada pela Promotoria de Justiça, constitui início de prova do exercício de atividade rural.

3 - Recurso não conhecido."

"PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RENDA MENSAL

VITALÍCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. CF ART. 203. LEI N°

8.742/93.

- Embora o art. 12 da Lei n° 8.742/93 atribua à União o encargo de responder pelo pagamento dos benefícios de prestação continuada, à autarquia previdenciária continuou reservada a operacionalização dos mesmos, conforme reza o art. 32, § único, do Decreto n° 1.744/95.

- Descabida a alegação de ilegitimidade da autarquia previdenciária para figurar no pólo passivo da presente demanda.

- Embargos de divergência rejeitados."

Com efeito, embora não hajam dúvidas de que, tendo natureza assistencial o beneficio previsto na Lei n° 8.742/93, deveria ser pago pela União, certo é que toda a estrutura administrativa transferiu o pagamento do mesmo ao INSS, que concede e mantém o beneficio à conta do Tesouro Nacional.

Outra questão comumente colocada em debate diz respeito ao foro competente para as ações que objetivem a concessão do beneficio mensal de prestação continuada, previsto na Lei n° 8.742/93.

Poderia o autor se valer da regra constante do art. 109, § 3°, da Constituição Federal, ou seja, ajuizar a ação na Justiça Estadual do foro de sua residência, quando a Comarca não sediar Vara da Justiça Federal? Vejamos a disposição legal:

"Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a Comarca não seja sede de vara do juizo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça estadual". Não vislumbramos motivos para não aplicar o foro especial também para as ações da assistência social. Se o objetivo do legislador constitucional foi facilitar a ação do segurado da previdência social, muito mais razões existem para criar tal privilégio em prol dos pretendentes ao beneficio assistencial e que, por

presunção, gozam de carência material. Além disso, tal dispositivo já constava na Carta Constitucional de 1967, ocasião em que não se fazia a atual distinção entre assistência e previdência social. E lá já se achava a antiga renda mensal vitalícia.

Decidiu a 1' Turma do TRF da 3a Região, em acórdão cuja ementa parcial transcrevemos:

"... II - A ação visando à obtenção do beneficio previsto no art. 203, V, da Constituição Federal pode ser proposta na Justiça Estadual, no foro do domicílio do autor. Inteligência do art. 109, § 3°, da Carta Magna..."

Com a vigência da Lei n° 9.720/98, em seu art. 29, parágrafo único, parece não mais se poder cogitar da ilegitimidade do INSS, pois,

"Os recursos de responsabilidade da União destinados ao financiamento dos benefícios de prestação continuada, previstos no art. 20, poderão ser repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social diretamente ao INSS, órgão responsável pela sua execução e manutenção".

DIREITO DO TRABALHO E A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

Arion Sayão Romita

Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

Há personagens famosas, na mitologia e na história, portadoras de deficiências.

Na mitologia greco-romana, algumas personagens podem ser lembradas.

Vulcano (nome romano de Hefestos), um dos doze deuses do Olimpo, filho de Júpiter e Juno, personifica o brilho do raio e o fogo devorador e produtivo. Era disforme e coxo, o que não o impediu de desposar Vênus, deusa do amor e da beleza feminina.

Tirésias era um dos adivinhos mais famosos da antigüidade. Numa disputa entre Júpiter e Juno, Tirésias decidiu contrariamente à opinião de Juno, que o puniu tirando-lhe a visão. Júpiter, para compensá-lo do prejuízo da perda dos olhos, deu-lhe o dom da profecia.

Édipo, ao tomar conhecimento da tragédia que vitimara Jocasta e a ele próprio, vazou os próprios olhos e passou a viver em Colona, perto de Atenas, num bosque consagrado às Eumênides. Lá cumpriu o destino anunciado pelo oráculo: o povo que possuísse sua pessoa ou mesmo suas cinzas, teria assegurada a vitória sobre os inimigos.

Inúmeros estadistas, poetas, prosadores, compositores, pintores, foram portadores de deficiência. Uma casa patrícia da antiga Roma era a família Cláudia. O sabino Atta Clausus fixou-se em Roma e foi chamado Claudius, que significa coxo. Arrastar o pé ao andar, arrastar o pé como os velhos é claudicar.

Além dessa personagem da antigüidade, outros célebres deficientes fisicos apresentavam a mesma característica, como Byron (1788-1824), poeta inglês, que era clubfoot, isto é, portador de um pé deformado, torto. Toulouse-Lautrec (1865-1901), pintor francês, sofreu duas quedas de cavalo, o que o deixou anão e estropiado das pernas.

Milton (1608-1674), poeta e ensaísta inglês, compôs, entre outras obras, Paradise Lost (Paraíso Perdido, 1667) sendo deficiente visual, totalmente cego. Camões (1524-1580), o maior poeta lírico e épico da língua portuguesa, perdeu o olho direito numa batalha contra os mouros em Ceuta, em 1547.

Antonio Feliciano de Castilho (1800-1875), poeta, prosador, ensaísta e pedagogo português, padeceu de cegueira desde os seis anos.

Cervantes (1547-1616), o maior dos escritores espanhóis, autor entre outras obras de Dom Quixote, perdeu a mão esquerda na batalha de Lepanto (1571).

Antonio Francisco da Costa Lisboa (1730-1814), mais conhecido como o Aleijadinho, foi o maior escultor do período barroco brasileiro. Sofreu uma doença desconhecida, que lhe causou a perda dos dedos dos pés, ao mesmo tempo em que os dedos das mãos se atrofiaram, curvando-se.

Beethoven (1770-1827), compositor alemão, por muitos considerado o maior nome da historia da música, autor de nove sinfonias, uma ópera e outras magníficas obras instrumentais, era deficientes auditivo.

Se no conceito de defciência for incluída a redução ou perda das faculdades mentais, diversos pintores, escritores, filósofos, músicos, seriam considerados deficientes. Basta lembrar Benvenuto Cellini (1500-1571), joalheiro, cinzelador e escultor italiano; Francisco de Goya (1746-1828), pintor espanhol; Gérard de Nerval (1808-1855), poeta e prosador francês; Friedrich Nietzsche (1844-1900), filósofo alemão; Vincent Van Gogh (1853-1890), pintor holandês; Robert Schumann (1810 -1856), compositor alemão; Vaslav Nijinsky (1888-1950), bailarino russo.

Os deuses, heróis mitológicos e gênios certamente dispensam proteção. O

comum dos mortais, porém, necessita de providências legais que compensem a redução ou a perda de faculdades fisicas causadoras de desvantagens.

Medidas legislativas tornam-se indispensáveis para sanar as desigualdades geradas pela deficiência em cada caso, de tal modo que sejam restabelecidas as condições de primitiva igualdade, como se deficiência não houvera. 2.

DIREITO ESTRANGEIRO

A partir dos anos 70 e com intensidade crescente a partir dos anos 80, a legislação de diversos países passa a dispensar proteção especial ao trabalho de deficientes fisicos. Na maioria dos casos, o legislador se preocupa com o acesso ao emprego, vale dizer, assegura aos deficientes o direito a certo número de postos de trabalho nas empresas, quer do setor público quer do privado.

Às vezes, a lei tem por objeto garantir a igualdade de salários dos deficientes em relação aos dos trabalhadores válidos. É o caso, por exemplo, da lei belga de 11 de março de 1977, que torna obrigatória a convenção coletiva de trabalho n° 26, de 15 de outubro de 1975, cujo artigo 1° assegura aos trabalhadores deficientes remuneração que seja pelo menos equivalente aos salários convencionais mínimos fixados pelas comissões paritárias para os trabalhadores válidos.

Quase sempre, porém, a finalidade perseguida pelo legislador é de fato a garantia

de obtenção de emprego pelo deficiente. Cientes das dificuldades práticas de incrementar medidas impositivas dessa natureza, alguns países consagram a possibilidade para o empregador de substituir a oferta direta de vagas de deficiente pelo pagamento de contribuição em dinheiro, especificamente destinada a organismos de formação, readaptação e reeducação profissional dos deficientes.

Na Argentina, a Lei de emprego (Lei n° 24.013, de 17/12/1991) prevê, no art.

86, os programas para descapacitados (programas para deficientes), que deverão observar os tipos de atividades que as pessoas puderem desempenhar, segundo sua qualificação. Ditos programas deverão contemplar, ente outros aspectos, os seguintes: a) promoção de oficinas protegidas de produção e apoio ao trabalho dos deficientes mediante regime de trabalho no domicílio; b) determinar o cumprimento da obrigação de dar trabalho a pessoas deficientes que reunam condições de aptidão em uma proporção não inferior a 4% do pessoal nas entidades públicas nacionais, incluídas as empresas e sociedades do Estado; c) fomentar a inclusão nas convenções coletivas de cláusulas de reserva de postos de trabalho para deficientes no setor privado. Na Alemanha, segundo o art. 5° (§ 5°) da Schwbg (Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft, conhecida como Schwerbehindetengesetz, de 26/08/1986), ou seja da lei de garantia de integração do deficiente no trabalho, na profissão e na sociedade, as empresas com mais de dezesseis empregados são obrigadas a preencher pelo menos seis por cento dos postos de trabalho com a admissão de deficientes. Trata-se, porém, como observa Wilhelm Dütz, de uma obrigação assumida em face do Estado, a qual não confere ao deficiente o direito de pleitear um emprego em determinada empresa. O cumprimento dessa obrigação pode ser substituído pelo pagamento de módica quantia mensal, gerando fundos destinados a instituições de reabilitação de deficientes, o que leva Manfred Weise a tecer o seguinte comentário: "Esse regulamento ilustra bem o dilema: de um lado, há um interesse de se integrar o deficiente ao mercado de trabalho. Por outro lado, porém, essa integração pode gerar dificuldades econômicas. O temor resultante leva, pois, ao enfraquecimento das obrigações trabalhistas."

No Canadá, a legislação tendente a promover o acesso ao emprego consagra restrições à faculdade de não contratar, ou seja, impõe limites à recusa do empregador de admitir certas pessoas, que resultam, além das proibições

voltadas para este efeito (que no momento não interessam), da previsão de obrigações positivas, isto é, dar emprego a determinadas pessoas. Assim, a lei federal conhecida como Loi conccrnant l'équité en matière d'emploi (Lei concernente à eqüidade em tema de emprego), de 1984-1986, no art. 4°, promove a igualdade no ambiente de trabalho, de modo que (entre outras providências) sejam corrigidas as desvantagens sofridas pelos deficientes.

Para atingir este objetivo de igualdade, os empregadores que tenham a seu serviço pelo menos cem empregados são obrigados a determinar mediante consulta aos representantes dos trabalhadores regras específicas. A chamada Loi assurant 1 'exercice des droits des personnes handicapés (Lei de garantia do exercício dos direitos das pessoas portadoras de deficiência), de Quebec, no art. 63, impõe a todo empregador que tenha mais de cinqüenta empregados a obrigações de submeter à Repartição das pessoas deficientes de Quebec, em colaboração com o representante da associação dos empregados respectivos, um "plano destinado a garantir a admissão de pessoas deficientes". Observa Robert P. Gagnon que esta obrigação, embora provida de sanção penal, visa apenas à apresentação do plano à repartição. A lei não prevê pena alguma para o descumprimento das medidas planejadas.

O ordenamento jurídico espanhol consagra o instituto das reservas e preferências de emprego. Segundo o disposto no artigo 17.2 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, de 1980 (texto aprovado e refundido pelo Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março), podem ser estabelecidas

"reservas e preferências" para ser contratado como empregado. Como observa Antonio Martin Valverde, a garantia formal exigida para tornar efetiva essas medidas de "discriminação positiva" é a necessidade de regulação por leis Um caso de reserva é contemplado pelo artigo 38.1 da Lei 13/1982, de 13 de abril, de integração social de minusválidos: "As empresas públicas ou privadas que derem emprego a um número de trabalhadores fixos superior a cinqüenta são obrigadas a empregar um número de empregados deficientes (minusválidos) não inferior a dois por cento do pessoal."

A legislação francesa também reconhece há tempos as "prioridades de emprego". As normas que obrigam os empregadores a reservar, no pessoal das empresas, certo número de postos de trabalho a pessoas privilegiadas no tocante à admissão são tradicionais. No passado, visavam aos inválidos de guerra (lei de 1924), pais

de famílias numerosas (lei de 1940).

Hoje em dia, visam principalmente aos deficientes (handicapés). Uma lei de 1957 instituiu pela primeira vez uma prioridade de emprego em favor de pessoas reconhecidas como deficientes por uma comissão técnica de orientação e reclassificação profissional. Essa legislação foi alterada diversas vezes. Uma lei de 10 de julho de 1987 deu eficácia maior às medidas destinadas a conferir prioridade de emprego a certas categorias de pessoas.

Todo empregador que tiver a seu serviço pelo menos vinte empregados assume uma obrigação "de resultado": de acordo com o disposto no artigo L.

323-1, al. 1, do Código do Trabalho, é obrigado a empregarem tempo integral ou tempo parcial deficientes na proporção de seis por cento do efetivo total dos empregados.' Para cumprir esta obrigação, o empregador pode naturalmente admitir o número de deficientes previsto em lei. Mas ele pode também exonerar-se dessa obrigação mediante a celebração de contratos de sous-traitance (subempreitada) ou de prestação de serviços com empresas do

"setor protegido", isto é, empresas habilitadas que empregam deficientes (art.

L. 323-8). Pode ainda dar cumprimento à obrigação aplicando um acordo coletivo de ramo ou de empresa que estabeleça um programa em favor dos deficientes - plano de admissão, plano de inserção, e de formação, plano de adaptação às mudanças tecnológicas (art. L. 323-8-1 do Código do Trabalho).

Pode finalmente exonerar-se da obrigação mediante o pagamento, por emprego não preenchido, de uma contribuição para um fundo de desenvolvimento destinado à inserção profissional dos deficientes (art.

323-8-2 a L. 323-8-4 do Código do Trabalho).

Na Itália, ao lado do sistema de colocação ordinária, existe o de colocação obrigatória, regulado pela Lei n° 482, de 2 de abril de 1968. Esta lei com fins de solidariedade social e para ensejar a inserção na vida laborativa de algumas categorias especiais de pessoas, impõe aos empregadores a obrigação de admitir certo número de integrantes dessas categorias. As empresas que tiverem a seu serviço mais de 25 empregados são obrigadas a admitir, entre pessoas que

integram as "categorias protegidas", quinze por cento do pessoal, abrangidos operários a empregados de escritório e excluídos os aprendizes.'

No Peru, a Constituição de 1993 (art. 7°) declara que a pessoa incapacitada para velar por si própria por causa de uma deficiência física ou mental tem direito ao respeito de sua dignidade e a um regime legal de proteção, atenção, readaptação e seguridade. A Lei de trabalho para pessoas com limitações fisicas, sensoriais e intelectuais (Lei n° 23.285, de 15 de outubro de 1981) dispõe (art. 1°) que as entidades e empresas do setor público e não público que derem emprego a pessoas com limitações fisieas, sensoriais e intelectuais têm direito, para fim de dedução no pagamento de impostos, a uma bonificação contábil de 50 por cento sobre o montante integral da mão-de-obra que contratar com este grupo de pessoas. Acrescenta o art. 2° que o mínimo de trabalhadores a serem computados para a bonificação contábil não excederá 10 por cento dos servidores de cada empresa.

Em Portugal, a Lei de emprego protegido (Decreto-lei n° 40/83, de 25 de janeiro), no art. 1°, define emprego protegido como "toda a atividade útil e remunerada que integra no conjunto da atividade econômica nacional e beneficiando as medidas especiais de apoio por parte do Estado, visa assegurar a valorização pessoal e profissional das pessoas deficientes, facilitando a sua passagem, quando possível, para um emprego não protegido". O trabalho em regime de emprego protegido pode ser prestado em centros próprios, em meio normal de produção ou no domicílio do deficiente. A lei define "centro de emprego protegido": de acordo com o disposto no art. 4°, trata-se de unidade de produção, de caráter industrial, artesanal, agrícola, comercial ou de prestação de serviços, integrada na atividade econômica nacional, que vise assegurar aos deficientes o exercício de uma atividade remunerada, assim como a possibilidade de formação e ou aperfeiçoamento profissional que permitam, sempre que possível, a sua transferência para o mercado normal de trabalho.'

3. A AÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A OIT, desde os anos 50, preocupa-se com a grave questão do trabalho dos deficientes fisicos. Já aprovou uma Convenção (n° 159, de 1983) e três Recomendações (n°S 99, de 1955; 168, de 1983; e 169, de 1984), que tratam do assunto.

A Recomendação n° 99, sobre a adaptação e a readaptação profissional dos deficientes, de 1955, levou em conta que a adaptação e a readaptação das pessoas portadoras de deficiência são imprescindíveis para que possam recuperar sua capacidade fisica e mental e reintegrar-se à função social, profissional e econômica que puderem desempenhar. Considera deficiente qualquer pessoa cujas possibilidades de obter e conservar emprego adequado se acham realmente reduzidas em virtude de uma diminuição de sua capacidade fisica ou mental. Preconiza a consagração, nos ordenamentos jurídicos internos, de princípios e métodos relativos à orientação profissional, formação profissional e colocação dos deficientes, além de medidas para aumentar as oportunidades de emprego. Estas medidas deveriam observar as seguintes prescrições: a) os deficientes devem ter a mesma possibilidade que os trabalhadores não inválidos de ingressar nos empregos para os quais estejam qualificados; b) os deficientes devem ter plenas oportunidades de aceitar um emprego que lhes convenha com um empregador de sua escolha; c) deve dar-se mais atenção às aptidões e à capacidade de trabalho dos interessados do que à sua deficiência. As autoridades competentes devem adotar medidas, em colaboração com as organizações privadas interessadas, para criar e desenvolver meios de formação e de trabalho protegidos para os deficientes que não tenham capacidade para competir no mercado normal de emprego. Entre esses meios deve figurar a criação de "oficinas protegidas".

A Conferência Internacional do Trabalho realizada em Genebra em 1893 (69a reunião) aprovou a Convenção n° 159 e a Recomendação n° 168.

A Convenção n° 159 entrou em vigor no plano internacional em 20 de junho de 1985. No Brasil, seu texto foi aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n° 51, de 25 de agosto de 1989. Foi ratificada em 18 de maio de 1990, promulgada pelo Decreto n° 129, de 22 de maio de 1991 e entrou em vigorem 18 de maio do mesmo ano. Portanto, integra o ordenamento jurídico pátrio, ocupando a mesma posição de uma lei ordinária.

A Convenção n° 159, sobre reabilização e emprego de pessoas deficientes, define "pessoa inválida" (pessoa deficiente) como aquela cuja possibilidade de obter e conservar um emprego adequado e de nele progredir fiquem substancialmente reduzidas por causa de uma deficiência de caráter fisico ou mental devidamente reconhecida. A finalidade da readaptação profissional é permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego adequado e

nele progrida, promovendo-se desta maneira e a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade. O Estado-membro que ratificar a convenção (neste caso se encontra o Brasil) se obriga a formular, aplicar e revisar periodicamente a política nacional sobre a readaptação profissional e o emprego de deficientes. Tal política se baseia no princípio de igualdade de oportunidade entre os deficientes e os trabalhadores em geral, devendo ser respeitada a igualdade de oportunidade e de tratamento para os trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais adotadas com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidade e de tratamento entre os trabalhadores inválidos e os demais trabalhadores não devem ser consideradas discriminatórias com relação a estes últimos.

No mesmo ano de 1983, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Recomendação n° 168, sobre a readaptação profissional e o emprego das pessoas deficientes, que complementa a Convenção 159. A recomendação, como se sabe, não constitui objeto de ratificação e, em conseqüência, não integra o ordenamento interno, mas deve ser submetida ao Congresso Nacional, a fim de inspirar a legislação a ser votada sobre a matéria.

Segundo a Recomendação 168, os deficientes devem dispor de igualdade de oportunidade e de tratamento relativamente ao acesso, conserva ção e promoção em um emprego que, sendo possível, corresponda a sua escolha e as suas aptidões individuais. Entre a medidas destinadas a promover oportunidades de emprego para os deficientes, devem ser incluídas, além de outras medidas apropriadas para criar oportunidade de emprego no mercado regular, adotando-se incentivos econômicos que estimulem os empregados a proporcionar formação e emprego aos deficientes; ajuda governamental adequada para criar diversos tipos de emprego protegido; estímulo à cooperação entre oficinas protegidas e oficinas de produção; estímulo à criação e desenvolvimento de cooperativas integradas por deficientes, etc.

No ano seguinte (1984), a 70' Reunião da Organização Internacional do Trabalho aprovou a Recomendação n° 169, sobre política de emprego. Esta norma internacional reitera a recomendação no sentido de que os Paises-membros adotem medidas tendentes a satisfazer as necessidades de todas as categorias de pessoas que tenham freqüentemente dificuldades para encontrar emprego permanente, como (entre outras classes de trabalhadores) os deficientes.

4. NO BRASIL

A partir da promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, multiplicaram-se no Brasil as normas de proteção às pessoas portadoras de deficiência. Entre essas normas, não poderiam faltar as que têm por finalidade proteger o trabalho dos deficientes.

Os preceitos constitucionais não visam apenas à proteção do trabalho: cuidam também de outros aspectos da vida do deficiente.

É a seguinte a relação dos dispositivos da Constituição que se referem aos deficientes: art. 7°, XXXI: proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; 23, II: competência federativa comum para cuidar da "proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência"; 24, XIV: competência federativa concorrente para legislar sobre "proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência"; 37, VIII: a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; 203, IV: é objetivo da assistência social "a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; 208, III: garantia, através do Estado, da efetivação de seu dever com a educação de "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino"; 227, § 1°, II: promoção pelo Estado, de prograrnas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, com a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência fisica, sensorial ou material, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetõnicos"; 227, § 2°: previsão de disposição legal sobre normas de construção dos logradouros e dos edificios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, com garantia de acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência; 224: determina que a lei disponha sobre a adaptação dos logradouros, dos edificios de uso público e dos veículos de transporte coletivo existentes em 1988 a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

No que diz respeito especificamente ao trabalho, há dois grupos de normas: as que protegem o deficiente no âmbito do setor público e as que o protegem no setor privado.

Quanto ao primeiro aspecto - setor público - vale lembrar que o art. 37, inciso VIII, da Constituição determina a reserva de percentual de cargos e empregos públicos em favor dos deficientes abrangendo em seu campo de aplicação não só a administração direta como também a indireta. A Lei n° 8112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, dispõe no art. 5°, § 2°: "Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que sejam portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20 por cento das vagas oferecidas no concurso."

Duplo, portanto, é o alcance do disposto no art. 37, VITI da Constituição, explicitado pelo § 2° do art. 5° da lei de regime jurídico único: a) veda-se a discriminação no tocante a critérios de inscrição nos concursos públicos; b) reserva-se um percentual das vagas em favor dos deficientes.

O alcance dessa normatividade é explicado por Sérgio de Andréa Ferreira:

"Verifica-se que, quanto ao acesso aos cargos e empregos públicos (as funções estão incluídas), o deficiente poderá concorrer, em igualdade de condições -

como ocorre no setor privado - com as demais pessoas, e. nessa hipótese, deverá obter a pertinente habilitação isonomicamente com elas. Diversa é a situação no que concerne às vagas reservadas para os deficientes, a abranger, tão-somente, cargos e empregos (dada a natureza das funções). Essa reserva é exatamente para atender a deficientes que não lograriam êxito competindo, em igualdade de condições, com os demais canditados. É reserva que visa a ensejar o acesso, atendidas condições menos rígidas para atendimento a certas atividades que o permitam, excluídos os absolutamente incapacitados e os cargos e empregos que não ensejam essa seleção de atividades."

A Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, estabelecendo normas gerais que assegurem o pleno exercício dos direitos individuais e sociais naquelas,

consideradas, entre outros valores básicos, o da igualdade de tratamento e oportunidades. Entre as medidas impostas aos "órgãos e entidades da administração direta e indireta", situa-se, "na área da formação profissional e do trabalho", a da "adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho", isto "nas entidades da Administração Pública e do setor privado" (art. 2°, parágrafo único, III, "d").

Prevê o diploma normativo em tela ações civis públicas para a proteção de interesses coletivos ou difusos dos deficientes, as quais poderão ser propostas pelo Ministério Público e por entidades várias. É certo que o Ministério Público intervirá, obrigatoriamente, nos órgãos públicos, coletivos ou individuais, em que se discutem interesses relacionados à deficiência das pessoas (art. 5°). Constitui crime punível com reclusão de 1 a 4 anos e multa

"obstar, em justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência."

Prevê-se uma Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e foi reestruturada a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE.

No tocante ao segundo aspecto - setor privado - cabe observar que a proibição de discriminação entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (Constituição, art. 7°, XXXII) já era contemplada por constituições anteriores e promana da legislação infraconstitucional (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 3°, parágrafo único). A mesma regra de vedação de discriminação aplicável apenas aos deficientes (Constituição, art. 7°, XXXI) constitui, porém, novidade introduzida pelo Estatuto Básico de 1988.

No que tange à reserva de postos de trabalho em beneficio dos portadores de deficiência no setor privado, inexiste previsão constitucional. Todavia, a legislação infraconstitucional se ocupou do tema: o art. 93 da Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991 dispõe que a empresa com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de 2 por cento a 5 por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou portadores de deficiência, habilitados, na seguinte proporção: I - até 200 empregados, 2%; II - 201 a 500, 3 %;111- de 501 a 1.000, 4%; IV - de 1.001 em diante, 5%.

A vedação de discriminação abrange os portadores de deficiência relativamente ao exercício de diversos outros direitos trabalhistas. Assim, por exemplo, a eles se aplica o disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, que regula o instituto da equiparação salarial (para trabalho igual, salário igual): sendo idêntica a função, a trabalho de igual valor corresponderá igual salário, em nada importando se o reclamante for deficiente. A lei também dispensa proteção no que diz respeito à dispensa: de acordo com o disposto no § 1° do art. 93 da Lei n° 8.213, a dispensa de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, e a injustificada, no contrato por tempo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. O preceito é válido mesmo para o contrato por tempo determinado regulado pela Lei n° 9.601, de 28 de janeiro de 1998.

Há casos em que a pessoa portadora de deficiência trabalha, mas esta atividade não configura relação de emprego. Atendendo a esta circunstância, o Secretário Nacional do Trabalho baixou a Instrução Normativa n° 5. de 30 de agosto de 1991, com o seguinte teor: "Considerando que o processo de habilitação, de reabilitação e de integração no mercado de trabalho da pessoa portadora de deficiência deve ser uma preocupação do Estado e requer atendimento especializado nas áreas de educação e da formação profissional; considerando que, mesmo nos casos em que a deficiência seja irreversível, o trabalho poderá ter fins terapêuticos, devendo por isso ser facilitado ao deficiente; considerando a necessidade de orientar os agentes &. inspeção do trabalho quanto às situações em que o trabalho do deficiente não caracteriza vínculo de emprego, resolve: Art. 1°-O trabalho da pessoa portadora de deficiência não caracterizará relação de emprego quando atender aos seguintes requisitos: I-realizar-se sob assistência e orientação de entidade sem fins lucrativos, de natureza filantrópica, que tenha como, objetivo assistir o deficiente; II - destinar-se a fins terapêuticos ou de desenvolvimento da capacidade laborativa do deficiente. Parágrafo único- O trabalho referido neste artigo poderá ser realizado na própria entidade que prestar assistência ao deficiente ou no âmbito de empresa que, para o rnesmo fim, celebrar convênio com a entidade assistencial." Com a finalidade de proporcionar a integração social dos cidadões em desvantagens no mercado econômico por meio do trabalho, a Lei n° 9.867, de 10 de novembro de 1999 dispõe sobre a criação e o funcionamento das cooperativas sociais. Essas cooperativas fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos e incluem entre suas

atividades: I-a organização e gestão de serviços sócios sanitários e educativos; II - o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços. Ditas cooperativas organizarão seu trabalho, especialmente no que diz respeito a instalações, horários e jornadas de maneira a levar em conta e minimizar as dificuldades gerais e individuais das pessoas em desvantagem que nelas trabalharem. Entre as pessoas consideradas em desvantagem, para os efeitos da referida lei, incluem-se os deficientes fisicos e sensoriais (art. 3°, I).

Especialmente em relação ao adolescente portador de deficiência, o art. 66 da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que a ele é assegurado trabalho protegido.

O Decreto n° 3.298, de 20 de dezembro de 1999 regulamenta a Lei n° 7.853

(anteriormente citada), dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção.

A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência compreende o conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência.

O decreto em apreço define deficiência: toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. Quando a deficiência ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos, é considerada permanente. Define-se incapacidade como uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O conceito de deficiência abrange pessoas enquadradas nas seguintes categorias: I - deficiência fisica; II - deficiência auditiva; ITI - deficiência visual; IV - deficiência mental; V - deficiência múltipla.

É instituído o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência - CONADE, no âmbito do Ministério da Justiça, como órgão superior de deliberação colegiada. A este órgão incumbe, entre outras relevantes vantes funções, zelar pela efetiva implantação da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Ele é constituído, paritariamente, por representantes de instituições governamentais e da sociedade civil.

Cuida o decreto da equiparação de oportunidades, abrangendo os seguintes aspectos: 1- saúde; II - acesso à educação; III - habilitação e reabilitação profissional; IV - acesso ao trabalho; V - cultura, desporto, turismo e lazer.

No que diz respeito especificamente ao acesso ao trabalho, o decreto dispõe que é finalidade primordial da política de emprego a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho ou sua incorporação ao sistema produtivo mediante regime especial de trabalho protegido.

São modalidades de inserção laboral da pessoa portadora de deficiência: I -

colocação competitiva; II - colocação seletiva; III - oficina protegida de produção; IV - oficina protegida terapêutica.

O decreto regulamenta as disposições do Plano de Beneficios da Previdência Social (Lei n° 8.213) e da legislação pertinente ao regime jurídico dos servidores públicos civis no que refere ao acesso aos empregos no setor privado e cargos no setor público.

Determina ainda o decreto que sejam implementados programas de formação e qualificação profissional voltados para a pessoa portadora de deficiência no âmbito do Plano Nacional de Formação Profissional PLANFOR.

A legislação brasileira tem seguido à risca as recomendações da OIT e as ponderações da melhor doutrina. A propósito, valem citação as belas palavras de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca: "O repúdio preconceituoso ou a segregação caridosa, vem cedendo passo à compreensão de que a limitação para o trabalho não se constitui em estigma intransponível, mas, ao contrário, é um aspecto meramente instrumental, cuja superação é mister que se faça por meio da ação social e estatal. Deve a sociedade propiciar prioritariamente os meios aptos a inserir o portador de deficiência no convívio social, valorizando o seu trabalho e

as suas qualidades pessoais." 5. A PROTEÇÃO DO

TRABALHO DAS PESSOAS DEFICIENTES E O PRINCÍPIO DE

IGUALDADE

A palavra grega isos significa igual, mesmo, correspondente, justo. Portanto, a noção de igualdade abrange, desde a antigüidade clássica, a de justiça. Desta raiz (isos) derivam inúmeros vocábulos, como isonomia (igualdade perante a lei); isotimia (igual direito dos cidadãos de ocupar cargos públicos); isegoria (mesmos direitos em falar, igualdade judicial).Ìnteressam-nos, apenas, os aspectos relacionados com os dois primeiros tópicos: a igualdade perante a lei (a lei é igual para todos) e a igualdade dos cidadões de ocupar cargos públicos, ou privados.

O vocábulo igual difere de simile, pois enquanto este se refere às qualidades e aos atributos, o primeiro alude à quantidade e à grandeza." Esta distinção se refletirá na evolução histórica do conceito de igualdade.

Em As leis, Platão fala de duas igualdades: a que leva em conta a medida, o peso e o número, e a atribuída a desiguais tal como a exige a natureza.

Segundo o filósofo, para os que não têm os mesmos títulos, a igualdade pode tornar-se desigualdade, se faltar ajusta medida.Às duas igualdades são a igualdade aritmética e a igualdade geométrica: esta se funda na proporção, e não em o número, como a igualdade aritmética." A noção de medida é importante no pensamento platônico, se se der o que é grande demais ao que é pequeno, ultrapassando a medida, como velas para os navios, alimentos para o corpo ou autoridade para as almas, tudo se malogra, e pelo excesso uns sofrerão doenças e outros, a injustiça que nasce da falta de medida.`

Também na lição de Aristóteles a justiça está relacionada com a igualdade, havendo dois tipos de igualdade: a aritmética e a geométrica. O justo deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo. O justo é o proporcional e o injusto é o que viola a proporção." A igualdade admite que se trate desigualmente o desigual, na exata proporção da diferença. O princípio de igualdade não é um produto da razão, imutável no tempo e indiferente à lição da História. Pelo contrário, baseado essencialmente na afirmação da dignidade do homem, revela-

se no curso da história como uma idéia dinâmica, constantemente adaptada à exigência da evolução da sociedade.

Na Idade Média, solidificou-se o entendimento de que o princípio de igualdade, imposto pelo sentimento de justiça, deveria associar-se à idéia de generalidade inerente ao conceito de lei, apartado em conseqüência do privilégio, concessão de caráter pessoal e individual.

Após o surgimento do Estado Moderno, dá-se a constitucionalização do princípio de igualdade. A noção de igualdade perante a lei assumirá, no curso da evolução histórica, três diferentes feições, que se manifestarão em etapas distintas e aderentes a circunstâncias sociais mutantes: primeiro, o princípio de igualdade afirma-se como meramente formal; segundo, aspira a concretizar-se numa acepção material; terceiro, tende a converter-se em uma noção real.

O conceito formal de igualdade perante a lei é típico das constituições do século XIX, caracterizadas pelo liberalismo tendente a defender o cidadão burguês da prepotência do Estado, entendida como o único poder apto a ameaçar a liberdade do indivíduo. A lei deve ser igual para todos, sem qualquer tipo de distinção. Os privilégios são abolidos e são vedadas as discriminações baseadas no sexo, raça, religião etc.

A igualdade concebida como uma noção puramente formal não evitou as injustiças e sofreu o irônico ataque de Anatole France, que, em Le Lys rouge, a ela se referiu como "a majestosa igualdade da lei, que proíbe tanto aos ricos quanto aos pobres dormir debaixo das pontes, mendigar nas ruas e furtar um pão."" Não se podia mais falar de igualdade em termos de igualdade de tratamento: tornaram-se necessárias medidas de acomodação, como se expressa Juanita Westmoreland-Traore.

A idéia de igualdade deve converter-se em igualdade material. Deve inspirar medidas legislativas que reconheçam as situações concretas desse melhantes, a fim de lhes dispensar tratamento diferenciado. Esta é a noção consagrada pelo Estado Social de Direito, que assimila a possibilidade material da existência de desigualdades fáticas existentes na vida real. A igualdade permite o tratamento diferenciado de situações desiguais, a fim de restabelecer o equilíbrio rompido pela situação de inferioridade ou de debilidade de indivíduos econômicos socialmente desfavorecidos. Procura dispensar proteção a estes indivíduos, em

busca de um equilíbrio social.

A terceira etapa surge na seqüência histórica, acrescentando-se às duas anteriores, sem contudo substituí-Ias nem eliminá-las. Trata-se da igualdade real, que tende à abolição das desigualdades pela adoção de medidas corretivas mediante discriminações positivas. A eliminação da discriminação não resulta apenas na igualdade de tratamento, mas inspira medidas de acomodação, como por exemplo as que visam à integração das pessoas deficientes. Trata-se, como diz Guilherme Machado Dray, de conceber o princípio de igualdade "como uma concretização da idéia de justiça social, como um ponto de chegada e não como um ponto de partida".

Com fundamento nessas considerações, o princípio de igualdade prima sobre o caráter de generalidade das leis. O conceito de igualdade de oportunidades em sentido material assume nova feição quando necessário, por motivos de justiça social, regular determinados casos concretos em particular, e não conjunto indeterminado de situações abstratas. A recomendação do Estado de Direito, em sentido formal, de expedir normas dotadas de eficácia geral e abstrata cede ao imperativo de considerar hipóteses concretas, formando-se a consciência de que leis-providência, típicas do Estado Social ou Estado-Previdência, justificam-se para dispensar tratamento particular a determinadas situações, quando comparadas com outras. A lei específica deve orientar-se por um só critério: não ser arbitrariamente discriminatória. Os motivos que inspiram a edição desse tipo de normas só não podem criar diferenças discriminatórias injustificáveis à luz dos princípios de razoabilidade e de proporcionalidade. O princípio de igualdade passa a ser entendido como proibição de arbítrio. O fato de não ser a norma geral e abstrata não viola o princípio de igualdade. O princípio de igualdade passa a ser encarado em vertente negativa: o princípio da não-discriminação. A necessidade de consagrar diferenças de tratamento cria as chamadas "discriminações positivas com vistas a alcançar a igualdade substancial", como esclarece João Caupers.

O princípio de igualdade em sua nova versão, adaptada às exigências sociais do Welfare State, começou a ser instituído no início do século XX pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, mediante jurisprudência burilada e desenvolvida pela doutrina alemã do período weimariano, plenamente acolhida pelos tribunais.

Proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não for discriminatória, podendo mesmo ser fator de igualdade.

Para estabelecer as distinções justifcáveis, cabe atentar para as diferenças e semelhanças essenciais existentes na sociedade. Dois critérios são assentados pela doutrina: o primeiro manda atender "à existência de um fundamento razoável; de tal forma que é contrária à igualdade perante a lei a diferença ou identidade de tratamento que não se baseie num fundamento razoável o segundo critério é o que decorre de existência do arbítrio", como preleciona Guilherme Machado Dray.z'

O que ressalta nesta nova visão do princípio de igualdade é a vedação geral do arbítrio, isto é, a proibição de medidas legislativas arbitrárias. Entende-se por arbitrária a lei que trate desigualmente situação objetivamente iguais ou igualmente situações objetivamente desiguais, sem que haja uma razão que justifique a diferença ou a identidade de tratamento. Deve haver uma igualdade proporcional.

O princípio de proporcionalidade não se restringe ao terreno da aferição de compatibilidade das restrições estabelecidas por lei. O princípio da proporcionalidade foi invocado inicialmente para justificar a imposição de restrições a determinados direitos, hipótese em que se averiguava a adequação dos meios empregados para a consecução dos objetivos pretendidos.` Neste sentido, inspira o princípio da proibição do excesso, de que fala Canotilho.

Mais tarde, o princípio de proporcionalidade, em uma visão positiva, passa a justificar a necessidade de acomodação de diversos interesses existentes na sociedade. A distribuição dos deveres e ônus correlatos, como diz Willis Santiago Guerra Filho, "deve se dar obedecendo a igualdade relativa ou proporcionalidade" e surge como mais importante do que o princípio de isonomia, pois "enquanto este último determina, abstratamente, a extensão a todos dos direitos fundamentais, é aquele que permite, concretamente, a distribuição compatível dos mesmos."2" Sendo o direito ao trabalho um dos

"direitos fundamentais" (Constituição, art. 6°) - já que proclamado pelo Capítulo II (Dos direitos sociais) do Título II (Dos Direitos e garantias fundamentais) - a

"distribuição compatível" desse direito que contemple também os deficientes observará, obrigatoriamente, o princípio de proporcionalidade. A distribuição eqüitativa e proporcional dos cargos e empregos quer no setor público quer no privado reservará, em conseqüência, uma quota destinada aos deficientes. Cabe lembrar aqui as noções, acima expostas, de "medida igual" ou "justa medida", de Platão e Aristóteles.

Para alcançar o objetivo de proporcionar aos deficientes o acesso aos cargos e empregos públicos e privados, é necessário que o Estado-legislador adote medidas niveladoras, a fim de remover os obstáculos que as opções ao livre desenvolvimento da personalidade dessas pessoas, assim como dos demais membros das classes sociais desfavorecidas, não se cogita de colocar todas as pessoas nas mesmas "posições de partida": impende conceder aos que se encontram em posição desvantajosa meios para tentar compensar essa desvantagem.

Cabe reconhecer então, com John Rawls, os princípios de diferença e de compensação. Como expressão da tendência à igualdade, o princípio da compensação pressupõe o reconhecimento das diferenças e afirma que "as imerecidas desigualdades requerem uma compensação e, desde que as desigualdades de nascimento e dons naturais são imerecidas, terão de ser de algum modo compensadas. Assim, o princípio afirma que visando tratar igualmente todas as pessoas e cuidando de proporcionar uma autêntica igualdade de oportunidade, a sociedade terá de conceder maior atuação aos que tiverem menos dons naturais e aos que nasceram nas posições sociais menos favorecidas. A idéia é compensar as desvantagens contigentes rumo à igualdade."

Pode-se cogitar, então, de um princípio de equalização social, como versão do princípio de compensação das desigualdades sociais, no sentido de promover a promoção das pessoas socialmente desfavorecidas em confronto com outras pessoas de condição social mais favorável, o que importa a concessão aos deficientes de alguma vantagem positiva. Sob este aspecto, o princípio de equalização social seria, em face do princípio de igualdade perante a lei, como o que a outra face da mesma moeda, visto o que se tratar da mesma maneira os deficientes e as demais pessoas, o se resultado seria a transformação dos desfavorecidos sociais em desfavorecidos jurídicos, com desmentido da igualdade perante a lei.

(N. A. O vocábulo equalização não tem uso nos escritos jurídicos. Trata-se de um empréstimo à eletrônica. Diminuição da distorção de um sinal por meio de circuitos que compensem as deformações, reforçando a intensidade de algumas freqüências e diminuindo a de outras).

Cabe analisar agora a questão da aplicabilidade do princípio de igualdade no campo das relações entre particulares. Inicialmente concebido como afirmação de uma liberdade pública em defesa do cidadão contra a prepotência do Estado, o princípio de igualdade, na versão do princípio de não discriminação, quando aplicado no domínio interprivado, afeta as relações que se estabelecem na sociedade civil, entre os particulares. Nesta ocasião, acarreta limitações à autonomia da vontade quando da celebração de contratos individuais de trabalho.

Observa-se, desde logo, que a "igualdade" está mencionada no preâmbulo da Constituição da República como um dos "valores supremos" da sociedade, em que o Estado Democrático se funda para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. E o direito ao trabalho constitui um dos direitos sociais.

Logo, para assegurar o direito ao trabalho, o Estado Democrático brasileiro lastreia sua ação social, entre outros, no "valor supremo" da igualdade. A igualdade, no ordenamento constitucional brasileiro, não é apenas um direito fundamental (Constituição, art. 5°) mas também um critério orientador na aplicação dos direitos fundamentais. A norma que consagra o direito ao trabalho não pode desligar-se do princípio de igualdade, entendido como princípio estruturante e conformador dos direitos fundamentais.

A questão da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais sugere a indagação a respeito da possibilidade de "alargamento da eficácia desses direitos às relações cidadão-cidadão, indivíduo-indivíduo", como explica J. J. Gomes Canotilho. Inicialmente, essa questão era debatida pela doutrina alemã sob a rubrica Drittwirkung (eficácia externa ou eficácia em relação a terceiros) dos direitos, liberdades e garantias. Mais tarde, passou a reunir preferências a fórmula efeitos horizontais (Horizontalwirkung) ou eficácia dos direitos, liberdades a garantias na ordem jurídica privada (Geltung der Grundrechte in der Privatirechtsordnung)." Os direitos fundamentais não são oponíveis apenas em relação aos poderes do Estado, mas sua eficácia se estende ou dilata para alcançar também as relações entre particulares. A questão é relevante no que diz

respeito ao princípio de igualdade, pelas evidentes restrições ou limitações a serem impostas à autonomia da vontade ou à liberdade de contratar: em princípio, o empregador é livre de contratar ou não e, uma vez que se decida pela admissão de um empregado, é livre também para contratar quem quiser.

A necessidade de compensar a inferioridade da posição jurídica do deficiente (no confronto com as demais pessoas), no instante da celebração do contrato de trabalho, fala alto em favor do reconhecimento da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. As empresas privadas não podem deixar de vincular-se às normas que consagram esses direitos. Como sustenta João José Nunes Abrantes, os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores "são elementos fundamentais da ordem jurídico-constitucional, tendo por isso de valer em todos os ramos do direito", e não apenas contra os poderes do Estado. Por tal motivo, "a referida vinculação aos direitos fundamentais prevalece sobre a autonomia privada."

Não há dúvida de que - como quer Ana Prata - a oponibilidade interprivada do princípio da igualdade tem o seu âmbito circunscrito às situações em que a validade da manifestação de vontade privada esteja dependente de fundamentação ou aqueles em que, sendo discricionária, o seu autor tenha situado a sua motivação num fundamento contraditório com o princípio de igualdade. É claro que, em certas hipóteses, a extensão da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas pode conduzir ao aniquilamento da liberdade individual e à debilitação da autonomia privada.

Mas, no caso da admissão forçada de pessoas deficientes pelas empresas privadas - uma vez que sejam observadas as regras de razoabilidade e proporcionalidade - não se fazem presentes os resultados certamente indesejados pelos próprios defensores da teoria: inexiste cerceamento inadmissível da liberdade e da autonomia privada individual, ante o manifesto interesse social na adoção da medida. Não se rompe, assim, o necessário equilíbrio entre a liberdade negocial (corolário do princípio da autonomia privada) e a igualdade, entendida como imperativo e intenção de justiça.

Certa idéia de igualdade exige para sua realização uma disponibilidade ilimitada dos bens destinados a satisfazer as necessidades das pessoas. Basta que se pense na fórmula "a cada qual segundo suas necessidades". Projetada sobre o bem "trabalho", a igualdade, por essa ótica, só se realizaria em regime de pleno

emprego. O princípio de não discriminação, porém, autoriza a superação dessa idéia mesmo quando o trabalho é um "bem escasso", como sucede na atualidade. Todos gozam da garantia de acesso ao trabalho - direito de trabalho - mesmo quando ele não é suficiente para todos (deficientes ou não)."

O princípio de igualdade não atua apenas quando ocorrer disponibilidade integral dos bens sobre os quais recai a demanda, mas também em caso de penúria ou escassez. Nesta hipótese, dar-se-á ajusta e proporcional repartição dos bens existentes. Quanto mais grave for a falta de bens essenciais, tanto mais necessário se faz aplicar a igualdade de tratamento.

6. CONCLUSÃO

A legislação brasileira de proteção aos direitos das pessoas portadoras de deficiência inclui-se entre as melhores do mundo.

Não basta, contudo, legislar para obter os resultados socialmente desejáveis: é de rigor cumprir e fazer cumprir as leis. Em De l'esprit des lois ("O espírito das leis"), Montesquieu escreveu que, "quando vou a um país, não procuro saber se ele tem boas leis, mais se as leis existentes são executadas, porque boas leis existem em toda parte."

As leis brasileiras sobre a proteção dos direitos dos deficientes são boas, mas precisam ser cumpridas. De nada vale a excelência da lei quando sua execução é negligenciada.

Como em toda parte - para repetir Montesquieu - no Brasil existem boas leis, mas o problema não reside na busca da boa qualidade de legislação, e sim em sua eficácia. Lei eficaz é aquela que se cumpre espontaneamente.

Para ser executada, a legislação exige sintonia com o momento e o estágio de evolução em que se encontra a sociedade na qual ela pretende atuar. A sociedade brasileira está perfeitamente amadurecida para acatar cumprir e fazer cumprir - as leis de proteção aos direitos dos deficientes.

Em suas "Memórias", o Cardeal de Richelieu adverte que "fazer uma lei não fazê-la executar é autorizar aquilo que se quer proibir". Aí está o grande desafio: eliminar a discriminação que ronda o respeito aos direitos dos deficientes.

Pretende-se proibir a discriminação, mas ela será tacitamente autorizada se as leis não foram executadas.

COMENTÁRIOS À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

APLICÁVEL ÀS PESSOAS PORTADORAS

DE DEFICIÊNCIA

Sacha Calmon

Professor de Direito Tributário da UFMG. Diretor do Departamento de Direito Tributário do IAB - Seção Minas Gerais.

Colaboradoras:

Mariana Correia Pereira

Mariana Fernandes Gontijo

Taísa Oliveira Maciel

1. INTRODUÇÃO

Os deficientes fisicos e mentais são, muitas vezes, vítimas de preconceito, discriminação e até mesmo exclusão por parte da sociedade. Em decorrência de suas dificuldades não possuem acesso livre ao trabalho e são poucas as oportunidades de emprego, especialmente em um país como o nosso onde a taxa de desemprego já é bastante alta. Face a essas diferenças, as pessoas portadoras de deficiências acabam por se tornarem desiguais, não estão inseridas por completo na sociedade. Conseqüentemente, cabe ao ordenamento jurídico tornar-lhes possível uma maior integração social, diminuindo a desigualdade existente. A esse respeito, vale citar texto de RICARDO LOBO TORRES:

"O aspecto mais intrincado da igualdade se relaciona com a sua polaridade.

Enquanto nos outros valores (justiça, segurança, liberdade) a polaridade significa o momento da sua negação (injustiça, insegurança, falta de liberdade), na igualdade o seu oposto não a nega, senão que muitas vezes a afirma. Aí está o

paradoxo da igualdade. A desigualdade nem sempre é contrária à igualdade, como definiu brilhantemente Rui Barbosa: A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. "'

Concluímos, portanto, que o tratamento desigual dos deficientes Esicos e mentais nada mais é que uma forma de garantia do Princípio da Igualdade, consagrado no caput do artigo 5°, da Constituição Federal e tantas outras vezes por ela contemplado. Inclusive no inciso II do artigo 150, ao tratar das limitações ao poder de tributar, o Poder Constituinte Originário deixou bem claro que o princípio da igualdade deve ser observado também pelo Direito Tributário, sendo defeso o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Mais uma vez, fica claro que a igualdade de tratamento deverá ocorrer entre pessoas sujeitas a condições semelhantes, daí podermos concluir que a própria Constituição Federal estabelece que será possível instituirmos tratamentos desiguais para pessoas que estejam em situações desiguais. Posto que a exigência de tratamento igual, no âmbito de Direito Tributário, apenas é feita entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Pois bem, os deficientes fisicos e mentais, muitas vezes, não se encontram em situação equivalente a de pessoas que não possuem qualquer deficiência. No entanto, não é toda e qualquer situação vivida pelos deficientes que o tornam desiguais, até mesmo porque apesar de suas deficiências, muitos deles são absolutamente capazes para todos os atos civis e podem, inclusive, estar em situação equivalente ou melhor à de pessoas não possuidoras de deficiências.

Sendo assim, podemos observar pela leitura da legislação ora apresentada e discutida, que são estabelecidos certos requisitos para a concessão de beneficios fiscais aos deficientes, de forma a realmente beneficiar aqueles que se façam desiguais.

Pode-se comprovar tal exigência de desigualdade através da análise de legislação do Estado do Rio de Janeiro que estabelece o conceito de deficiente fisico, demonstrando que não basta possuir deficiência, é necessário que esta acarrete uma situação de desvantagem perante as pessoas ditas normais:

"Lei n ° 623/82

Art. 1 °- O deficiente físico a que se refere a alínea b do art. 147 da Constituição do Estado é toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, inteiramente ou em parte, às necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em conseqüência de uma deficiência, congênita ou não, seja de natureza física ou mental. "

No presente trabalho, abordaremos as exonerações objetivas e subjetivas conferidas às pessoas portadoras de deficiência. Ressaltamos que as exonerações objetivas são aquelas conferidas a determinadas instituições sob a forma de imunidades, tendo como fonte formal a Constituição Federal. As exonerações subjetivas aparecem sob a forma de isenções e são conferidas às pessoas fisicas dos beneficiários através de lei ordinária.

2. OS DEFICIENTES FÍSICOS E AS ENTIDADES BENEFICENTES

2.1. Introdução: Razão de Ser da Imunidade

Em nosso país, sempre preponderou o horror ao lucro e aos juros, de forma que a assistência social e a filantropia são vistas como se só pudessem provir do Estado todo-poderoso ou do amor e da caridade absolutos. Do Estado se admite até que cobre de uns para dar quase nada a outros. Dos particulares se exige espírito católico e caridade. A assistência social e a filantropia, conforme pensam alguns, só podem ser pias e caritativas, como por exemplo as Santas Casas de Misericórdia, o Lar das Mães Solteiras, os asilos de idosos, os orfanatos, a Sociedade São Vicente de Paula, os Irmãos de Emaús e assim por diante. Nada além.

Esse conceito de assistência social e de filantropia é seiscentista e dista séculos de outras manifestações da mesma natureza, praticadas em outros países e também no Brasil, aqui, porém, cobertas pelo manto da desconfiança e pelo furor da inquisição fiscal, que substitui, à perfeição, a dos antigos inquisidores clericais.

Com efeito, o conceito de assistência social auto-sustentada, onde é possível coligar atividades cobradas de uns para dar assistência e filantropia a outros, ainda não transita no meio jurídico com a aceitação que era de se esperar.

Essas razões extrajurídicas impedem a pura visão jurídica com que a matéria deveria ser tratada.

Atento a esse fato, o legislador constituinte concedeu imunidade tributária às instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos. O

beneficio abrange tanto os impostos (e para alguns, taxas e contribuições de melhoria), a teor do art. 150, VI, "c", como as contribuições sociais, a teor do art. 195, §7°, ambos da Carta Magna.

Ao contrário do que pensam alguns, a imunidade aí não está ligada à análise da capacidade contributiva dessas entidades. Algumas delas, inclusive, possuem até um significativo patrimônio, uma conta bancária considerável.

Mas essa "riqueza" não é dirigida a fins privados. É dirigida à complementação de ações governamentais, naquela idéia de que a sociedade civil organizada pode ajudar o Estado na eterna busca do bem-comum e da proteção ao bem-estar social. A imunidade, nesse caso, é um dos aspectos da proteção ao mínimo existencial. Procura resguardar a educação, a saúde, a cultura e a assistência social que, em sua expressão mínima, constituem direitos humanos inalienáveis e imprescritíveis, ainda que implícitos no art. 5°

da Constituição. Assevera RICARDO LOBO TORRES, na obra Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, vol. III:

"O fundamento da imunidade das instituições de educação e assistência social é a proteção da liberdade. Pouco tem a ver com a capacidade contributiva, que é princípio de justiça.

Defeito, a imunidade visa proteger os direitos da liberdade compreendidos no mínimo existencial, nas condições iniciais para a garantia da igualdade de chance. As instituições de educação e de assistência social são imunes aos impostos em consideração ao direito à sobrevivência dos pobres e dos desassistidos. É necessário que atuem desinteressada e altruisticamente na proteção das camadas desprivilegiadas da sociedade. A justificativa da imunidade, por conseguinte, está em que não se pode cobrar imposto sobre atividade que substancialmente se equipara à própria ação estatal ou que a substitui no amparo à pobreza (.) ".

3. REQUISITOS PARA QUE AS ENTIDADES BENEFICENTES

OBTENHAM A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal estabeleceu apenas dois requisitos à obtenção da imunidade: ausência de fins lucrativos e observância aos requisitos de lei.

Em relação ao primeiro, é bastante difícil definir o alcance da ausência de fins lucrativos. O que se pode afirmar é a não-necessidade de que os serviços oferecidos sejam gratuitos, pois toda entidade, almeje lucros ou não, precisa de recursos para sobreviver. O que se exige é que elas não visem o lucro, que sejam non profits, desinteressadas, jamais distribuindo lucro ou patrimônio a particulares, e que realizem uma atividade essencial, de natureza pública, em complemento às atividades estatais.

Com relação aos requisitos legais, o CTN estabelece, em seu art. 14, três requisitos à imunidade: não-distribuição de lucros, aplicação integral de recursos no país e manutenção de escrituração contábil. Todavia, a Lei n°

9.532/97 e a Lei n° 8.212/91, esta última alterada pela Lei n° 9.732/98, trouxeram outras exigências, extrapolando o disposto no art. 14 do CTN.

Cabe, pois, de antemão, analisar cada um desses requisitos, sua constitucionalidade e seus efeitos. É o que passaremos a expor.

4. REQUISITOS PARA QUE AS INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL OBTENHAM A IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO

4.1. Observância aos Requisitos da Lei

O Código Tributário Nacional estabelece, em seu art. 14, três requisitos à obtenção da imunidade: não-distribuição de lucros, aplicação integral de seus recursos no país, manutenção de escrituração contábil. A Lei n° 8.212/91 (Lei Orgânica da Previdência), em seu art. 55, contudo, estabeleceu outros requisitos, destacando-se a obtenção, junto à Previdência, do Certifcado de Fins

Filantrópicos e a obtenção de dois decretos (um federal e outro estadual ou municipal) declarando a utilidade pública daquela instituição. A Lei n°

9.532/98 trouxe algumas inovações, como a não-remuneração dos dirigentes dessas instituições. Finalmente, a Lei n° 9.732/98, que regulamentou o art.

195, § 7°, veio falar de gratuidade em caráter exclusivo. Mais adiante veremos um pouco mais sobre tais exigências.

3. REQUISITOS PARA QUE AS ENTIDADES BENEFICENTES

OBTENHAM A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal estabeleceu apenas dois requisitos à obtenção da imunidade: ausência de fins lucrativos e observância aos requisitos de lei.

Em relação ao primeiro, é bastante difícil definir o alcance da ausência de fins lucrativos. O que se pode afirmar é a não-necessidade de que os serviços oferecidos sejam gratuitos, pois toda entidade, almeje lucros ou não, precisa de recursos para sobreviver. O que se exige é que elas não visem o lucro, que sejam non profits, desinteressadas, jamais distribuindo lucro ou patrimônio a particulares, e que realizem uma atividade essencial, de natureza pública, em complemento às atividades estatais.

Com relação aos requisitos legais, o CTN estabelece, em seu art. 14, três requisitos à imunidade: não-distribuição de lucros, aplicação integral de recursos no país e manutenção de escrituração contábil. Todavia, a Lei n°

9.532/97 e a Lei n° 8.212/91, esta última alterada pela Lei n° 9.732/98, trouxeram outras exigências, extrapolando o disposto no art. 14 do CTN.

Cabe, pois, de antemão, analisar cada um desses requisitos, sua constitucionalidade e seus efeitos. É o que passaremos a expor.

4. REQUISITOS PARA QUE AS INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL OBTENHAM A IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO

4.1. Observância aos Requisitos da Lei

O Código Tributário Nacional estabelece, em seu art. 14, três requisitos à obtenção da imunidade: não-distribuição de lucros, aplicação integral de seus recursos no país, manutenção de escrituração contábil. A Lei n° 8.212/91 (Lei Orgânica da Previdência), em seu art. 55, contudo, estabeleceu outros requisitos, destacando-se a obtenção, junto à Previdência, do O requisito constitucional da

ausência de fins lucrativos leva a esse outro. Até 10.01.2001, assim preconizava o art. 14 do CTN:

"Art. 14: (...) I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado" (destacamos).

Não obstante, a Lei n° 9.532, de 10.12.1997,estabeleceu em seu art. 12: "Art.

12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alíneàc' , da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

§ 1 "Não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e os de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.

§ 2"Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;

b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;

c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão; d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial; e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal; f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes; g) assegurara destinação de seu patrimônio a outra instituição que às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público; h) outros requisitos, estabelecidos em lei

específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.

§ 3 ° Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinando exercício, destine referido resultado integralmente ao incremento de seu ativo imobilizado"

(grifamos e destacamos).

Como se nota, a Lei n° 9.532/97 trouxe novas exigências, ampliando o leque de requisitos dispostos no CTN. A questão é que ela não poderia ter feito isso, pois o CTN já havia regulado a matéria e, além do mais, regular imunidade é matéria sob reserva de lei complementar.

Ocorre, todavia, que a Lei Complementar n° 104, de 10 de janeiro de 2001, alterou a redação do art. 14 do CTN, que ficou assim redigido:

"Art. 14. (.) I -não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título" (destacamos).

A redação original era, sem dúvida, melhor. Deixava claro que apenas a título de lucro ou participação é que a sociedade não podia remunerar. Deve prevalecer que a vedação não se estende, é claro, à remuneração de cargos técnicos. Sem profissionais como contadores, secretárias, psicólogos, professores, as entidades não poderiam exercer seu objeto social. Apenas nas quanto aos cargos de confiança, tais como diretores e conselheiros, é que não se admite a remuneração.

Nesse sentido, decidiu a 2a Câmara do Conselho de Recursos da Previdência Social, nos autos do processo n° 4044762/95, sendo relator o Cons.

ANTONIO LISBOA CARDOSO:

"Não vislumbro, no mundo jurídico, qualquer impedimento para que o diretor da entidade filantrópica exerça, nesta, atividade técnico-administrativa com percepção de remuneração, pois, de acordo com o estabelecido no art. 55 da Lei n ° 8.212/91, c% o inciso VIII do art. 30 do Decreto 612/92, a vedação é em relação à função de diretor ou conselheiro ".

4.1.2. Aplicação de recursos no país

O inciso II do CTN fala em aplicação de recursos no país, para que a entidade mantenha seus fins sociais. O dispositivo tem razão de ser. Se por um lado, busca-se facilitar a criação dessas instituições, não as tributando, em contrapartida, não seria razoável permitir que aplicassem seus recursos em outros países. Seria até ilógico. O mesmo acontece com a isenção de imposto na aquisição de veículos por deficiente fisico. A jurisprudência vem entendendo que não se deve admitir o beneficio na aquisição de veículos importados, porque o objetivo da isenção não justifica que se prejudique, ainda que indiretamente, a indústria nacional.

A Lei n° 9.532/98, todavia, dispôs em seu art. 12, § 2°, "b", que os recursos devem ser aplicados integralmente na manutenção e no desenvolvimento dos objetivos sociais, completando ainda que os rendimentos e os de capital obtidos em aplicações financeiras de renda fixa ou variável não estariam abrangidos pela imunidade. Bastante discutível é o dispositivo em questão, uma vez que se trata de lei ordinária posterior à lei complementar de normas gerais, de forma que não poderia revogá-la.

4.1.3. Escrituração contábil

Já no que tange à escrituração, a Lei n° 9.532/98 apenas detalhou o dispositivo do CTN, sem extrapolar os limites ali contidos. O que se quer é que a entidade mantenha uma escrituração limpa, capaz de assegurar a exatidão das informações prestadas.

Diz a Lei n° 9.532/98, em seu art. 12, § 2°, "c":

"Art. 12: (.) c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades que assegurem a respectiva exatidão ".

5. REQUISITOS RELATIVOS ÀS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Para obterem o beneficio em relação às contribuições sociais, as entidades filantrópicas estão sujeitas a uma série de exigências estabelecidas pelas Leis n°` 8.212/91 e 9.732/98.

Dispõe a Lei n° 8.212/91, em seu art. 55:

"Art. 55: Fica isenta de contribuições de que tratam os artigos 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda os seguintes requisitos cumulativamente:

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado ou do Registro de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos;

III-promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes; IV- não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V- aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao Conselho nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades ".

5.1. A Declaração de Utilidade Pública e a Obtenção do Certificado de Fins Filantrópicos

Para requerer o Certificado de Fins Filantrópicos, é necessário que a entidade seja declarada de utilidade pública (Decreto n° 3.504, de 13.06.2000) O requerimento do decreto federal é feito ao Presidente da República, e tramita perante o Ministério da Justiça.

Em relação ao Certificado, o Decreto n° 752/93 dispõe em seu art. 2°:

"Art. 2° Faz jus ao certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a entidade beneficente de assistência social que demonstre cumulativamente: I - estar legalmente constituída no país e em efetivo funcionamento nos três anos anteriores à solicitação do Certificado de Fins Filantrópicos; II- estar previamente registrada no conselho Nacional de Serviço Social, de conformidade com o previsto na Lei n ° 1.493, de 13 de dezembro de 1951; A Lei n° 8.742/93 estabelece a competência do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), órgão do Ministério da Previdência e Assistência Social, para

fixar normas para a concessão do registro e certificado de fins filantrópicos.

Várias resoluções vieram regulamentar a matéria, sendo a última a Resolução n° 177, de 10.08.2000, alterada em alguns dispositivos pela Resolução n° 02, de 04.01.2001. Vejamos os principais artigos:

"Art. 2° Considera-se entidade beneficente de assistência social, para os fins dessa Resolução, a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que atue no sentido de:

I - protegera família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; II- amparar crianças e adolescentes carentes;

111-promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação e pessoas portadoras de deficiência;

IV-promover gratuitamente assistência educacional ou de saúde; V- promover a integração ao mercado de trabalho; VI-promover o atendimento e o assessoramento aos beneficiários da Lei Orgânica da Assistência Social e a defesa e a garantia de seus direitos.

Art. 3 ° O Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos somente poderá ser concedido ou renovado para entidade beneficente de assistência social que demonstre, nos três anos anteriores ao requerimento, cumulativamente: I - estar legalmente constituída no país e em efetivo funcionamento; II- estar previamente inscrita no conselho Municipal de Assistência Social do município de sua sede, se houver, ou no conselho estadual de assistência social, ou Conselho de Assistência do Distrito Federal; III - estar previamente registrada no CNAS; IV - seja declarada de utilidade pública federal (Decreto 3.504/2000); V- constar de seu estatuto social disposições que determinem que a entidade: a) aplica suas receitas, rendas, rendimentos e o eventual resultado operacional integralmente no território nacional e no desenvolvimento de seus objetivos institucionais; b) (excluída, pela resolução n ° 02/01); Z c) (excluída pela resolução n ° 02/01); 3 d) não percebem seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores, benfeitores ou equivalentes, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos; e) destina, sem seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual

patrimônio remanescente a entidade congênere registrada no CNAS ou a entidade pública; J) (excluída pela Resolução n° 02/01);4 VI - aplicar; anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrante do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruídas;

VII - as fundações particulares, que desenvolvam atividades previstas nos incisos I a VI do art. 2°, constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, deverão apresentar seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromisso, inscritos junto ao Registro civil de pessoas jurídicas, conforme disposto no art. 16 do Código Civil e devidamente aprovados pelo Ministério Público.

EM SÍNTESE, O PROCEDIMENTO É O SEGUINTE:

A) Após três anos de funcionamento da entidade, ela pode requerer a declaração de utilidade pública, o que é feito por meio de dois decretos: um federal, outro estadual ou municipal. O reconhecimento federal é feito por oficio dirigido ao Presidente da República, e tramita no Ministério da Justiça.

O reconhecimento estadual é feito por pedido dirigido ao governador e tramita no Palácio do Governo. Uma vez publicados os dois decretos, faz-se o pedido de registro.

B) Publicado o decreto, encaminha-se o pedidos de registro. Para faze-lo, é necessário:

• ter sido declarada de utilidade pública;

• preencher o formulário fornecido pelo CNAS;

• apresentar cópia autenticada de uma série de documentos, previstos no art.

4° da resolução n° 177, incluindo: cópia do estatuto social devidamente registrado no Cartório Civil de Pessoas Jurídicas; comprovante de inscrição municipal de assistência social do Municipio de sua sede; declaração assinada pelo dirigente da entidade de que ela está em pleno e regular funcionamento, cumprindo suas finalidades estatutárias; apresentar relatório de atividades; cópia

da ata de eleição dos membros da atual diretoria.

C) O deferimento desse pedido será publicado no Diário Oficial da União (DOU). Três anos após a publicação da concessão do registro, pede-se a expedição do Certificado, o qual deverá ser renovado a cada três anos. Mas o registro é suficiente à obtenção do beneficio, consoante o art. 55, II, da Lei n°

8.212/91.

5.2. Gratuidade

Uma das inovações trazidas pela Lei n°9.732/98, que alterou o art. 55 da Lei n° 8.212/91, é a exigência de gratuidade para que seja concedido o beneficio de "isenção" de contribuição social. Confira-se o dispositivo:

"Art. 55: (.)

III-promova, gratuitamente em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;

G)

§ 3'Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.

§ 4'Instituto Nacional do Seguro Social -INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.

§ 5° Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema único de Saúde, nos termos de regulamento " (destacamos).

A nova redação do inciso III, exigindo que a assistência prestada pela entidade interessada na imunidade seja exclusivamente gratuita, simplesmente anula o beneficio instituído pelo art. 195, § 7°, da Constituição. É que, conforme se demonstrou, nem as Santas Casas prestam serviços assistenciais exclusivamente gratuitos: ao atender a indigentes, são remuneradas pelo SUS; para manter um maior número de pacientes atendidos a preços subsidiados, cobram preços de

mercado daqueles que podem pagar.

Exigir exclusividade de serviço gratuito significa um retrocesso no conceito de assistência social auto-sustentável. Além disso, denota uma interpretação equivocada, da parte do legislador infraconstitucional, do art. 195, § 7°, da Constituição, ao supor que detém total liberdade em sua regulamentação, a ponto de jogá-lo por terra.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2028, suscitando a inconstitucionalidade da Lei n° 9.732/98, em seus arts. 1°, na parte que alterou o art. 55, III, da Lei n° 8.212/91, 4°, 5° e 7°, entendeu pela inconstitucionalidade da mesma, em decisum assim ementado: Àção direta de inconstitucionalidade. Art. 1 °, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei n ° 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3°, 4°e 5°, e dos artigos 4°, 5°e 7°, todos da Lei n°9.732, de 11 de dezembro de 1998.

Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social - e que é admitido pela Constituição - é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna.

De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente àlei 'para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar.

No caso, o artigo 195, § 7°, da Carta Magna, com relação à matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária.

É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7°do artigo 195 só se refira à `lei'sem qualificá-la como complementar- e o mesmo

ocorre quanto ao artigo 150, VI, `c', da Carta Magna -, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146,11("Cabe à lei complementar: ... II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar'), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa.

A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância, embora, no caso, se acolhida, e, em conseqüência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei n° 8.212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar, e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não-conhecimento destapara se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência.

Em se tratando, porém, de pedido de liminar, e sendo igualmente relevante atese contrária - a de que, no que diz respeito a requisitos a ser observados por entidades para que possam gozar da imunidade, os dispositivos específicos, ao exigirem apenas lei, constituem exceção ao princípio geral-, não me parece que a primeira, no tocante à relevância, se sobreponha à segunda de tal modo que permita a concessão da liminar que não poderia dar-se por não ter sido atacado também o artigo 55 da Lei n ° 8.212/91 que voltaria a vigorar integralmente em sua redação originária, deficiência essa da inicial que levaria, de pronto, ao não-conhecimento da presente ação direta.

Entendo que, em casos como o presente, em que há, pelo menos num primeiro exame, equivalência de relevâncias, e em que não se alega contra os dispositivos impugnados apenas inconstitucionalidadeformal, mas também inconstitucionalidade material, se deva, nessa fase da tramitação da ação, trancá-la com o seu não-conhecimento, questão cujo exame será remetido para o momento do julgamento final do feito.

Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7° do artigo 195 só se refira àlei', sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, é de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia

legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada.

É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados - o que não poderia ser feito sequer por lei complementar- estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade). Existência, também, do periculum in mora Referendou-se o despacho que concedeu a liminar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta" (Adimc 2028/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16.06.2000).

A questão da gratuidade é bastante complexa, até mesmo pela nossa mentalidade arcaica, como já mencionamos, que insiste em enxergar as entidades filantrópicas como caritativas. Com efeito, quando ouvimos a palavra filantropia, imediatamente a associamos com "trabalho gratuito". Mas, essa concepção não se coaduna com uma análise jurídica do problema. Não há como as Santas Casas atenderem a todos gratuitamente. É claro que para a saúde e a educação, preocupou-se o legislador com o aspecto da gratuidade.

Num país com tamanha concentração de renda, não seria justo admitir-se que somente os que podem pagar tenham acesso a esses direitos tão fundamentais.

Daí se estabelecer um número mínimo de vagas gratuitas, de bolsas escolares, de leitos gratuitos nos hospitais.

Contudo, para os deficientes fisicos, a questão não é meramente financeira, porque abarca todas as classes sociais, e todos devem ser protegidos.

Infelizmente ainda existe muita discriminação quanto a essas pessoas, seja na família, no mercado de trabalho, ou no meio social em que vivem. A preocupação do legislador, por esse motivo, deve ser a de incentivar ao máximo a criação de entidades que as protejam, desde que assegurem "livre ingresso aos que solicitarem sua filiação como assistidos".

Tamanha deve ser a preocupação com os deficientes fisicos que algumas cidades já instituíram a isenção do IPTU para os estabelecimentos onde elas funcionam. Confira-se o que diz a Lei Municipal n° 1.955/93, do Rio de Janeiro:

"Art. 1 ° O art. 61 da Lei n ° 691, de 24 de dezembro de 1984, fica acrescido dos seguintes incisos e parágrafos:

'Art. 61- ...

XXV- os imóveis ocupados por entidades e associações representativas de apoio e de integração a pessoas portadoras de deficiência, sem fins lucrativos e declaradas de utilidade pública por legislação federal, estadual ou municipal, cujas atividades estejam correlacionadas a uma ou a diferentes áreas de deficiência física, sensorial, mental ou orgânica.'

Todavia, o furor fiscal em nosso país vem assumindo proporções assustadoras.

Tenta-se, de todo modo, restringir ao máximo a aplicação de benefcios constitucionais em matéria tributária. Nesse sentido, a Medida Provisória n°

1.602/97 continha dispositivo prevendo que a instituição imune teria que prestar somente serviços gratuitos. Não foi acolhido pela Lei n° 9.532/97. Mas a Lei n° 9.732/98, que regulamentou a imunidade do art. 195, § 7°, da Constituição, estipulou a obrigatoriedade que a instituição "promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência". O dispositivo tem suscitado um grande debate doutrinário e jurisprudencial, sobretudo porque a gratuidade não estava prevista nem na Constituição, nem no Código Tributário Nacional.

6. O CAMINHO DO JUDICIÁRIO: REGULAMENTAÇÃO

INFRACONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE DO ART. 150, VI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A par do que dissemos, vale ressaltar que, apesar do Decreto n° 752/93 ter explicitado o amparo aos portadores de deficiência no rol de atividades que tocariam às instituições beneficentes de assistência social, aqueles que não preencham todas essas exigências burocráticas poderão socorrer-se no Judiciário.

A Lei n° 8.212, de 25 de julho de 1991, é uma lei ordinária da União, que contém o plano de custeio da Seguridade Social. Não é lei complementar. Não se presta assim a ditar os requisitos a serem observados pelas pessoas imunes,

questão que continua a ser disciplinada pelo CTN. Evidente a inaplicabilidade da Lei n° 8.212/91, pois o art. 195, § 7°, consagra uma imunidade como limitação constitucional ao poder de tributar, cuja regulamentação - conforme dita o art. 146, Il, da Constituição- é matéria privativa do legislador complementar.

Cabe, portanto, definir, em consonância aos ditames constitucionais, quais os requisitos necessários à configuração de tais instituições, para fins de enquadramento na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c", da Constituição, verbis:

"Ari. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre:

c) património, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei " (grifos nossos).

A Constituição outorgou a essas entidades a imunidade tributária, impondo apenas dois pressupostos: não terem "fins lucrativos" e atenderem aos

"requisitos da lei".

E mais: a imunidade se estende não apenas em relação aos impostos, mas também em relação às contribuições para o financiamento da seguridade social, como disposto no art. 195:

"Art. 195 (..)

§ 7° São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei".

Apesar de o dispositivo ter mencionado o termo "isento", sabemos tratar-se de imunidade. A Constituição, tanto em seu art. 150, vi, c", como no art. 195, §

7°, exige do ente imune observância aos requisitos ou exigências estabelecidas em lei. Mas que espécie de lei?

Antes do advento da Constituição de 1988, já havia a jurisprudência fixado o entendimento de que a regulamentação das imunidades somente poderia advir de lei complementar federal. Após a vigência da Carta de 1988, ficou mais claro ainda que o único veículo idôneo a regular a matéria seria a lei complementar, genericamente prevista no art. 146 e especificamente referida nos arts. 150 e 195, § 7°, citados. Eis o teor do art. 146, 11:

"Cabe à lei complementar:

I- .....

II-regular as limitações constitucionais ao poder de tributar O Código Tributário Nacional, que foi neste particular recepcionado pela atual Constituição com o mesmo status de lei complementar, dispõe, por sua vez, no seu artigo 14, com a redação dada pela LC n° 104, de 10.01.2001, os seguintes requisitos:

"O disposto na alíneàc' do inciso IV do art. 9°é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II- aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. "

A Lei n° 8.212/91 expandiu as exigências do CTN, exigindo o cumprimento dos seguintes requisitos:

"Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

I- seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

ll - seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos;

111-promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes; IV- não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, apresentando anualmente ao Conselho Nacional da Seguridade Social relatório circunstanciado de suas atividades.

§ 1 ° Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.

Como se observa facilmente, a Lei n° 8.212/91 contém exigências claramente inconstitucionais, porque expansivas das regras dispostas pelo Código Tributário Nacional.

Com efeito, tratando da imunidade das atividades religiosas, políticas, assistenciais e culturais, esclarece MISABEL DERZI, em atualização à 7' ed.

do "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", de ALIOMAR

BALEEIRO, p. 316:

À Constituição de 1988, no mesmo caminho traçado pelo texto anterior, dispõe sobre a imunidade das atividades, uma vez atendidos os requisitos previstos em lei complementar. À luz da Constituição de 1988, não resta dúvida de que somente a lei complementar da União pode cumprir os ditames do art. 150, VI, `c', por força do que estabelece o art. 146, II:

`Cabe à lei complementar:

II. regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Não se deve sustentar mais a tese de que a lei ordinária possa cumprir o papel de regular as imunidades porque:

• a Constituição em vigor é expressa ao exigir a edição de lei complementar no

seu art. 146 supracitado;

• a imunidade não pode ser regulada por lei ordinária da pessoa estatal competente para tributar, uma vez que os interesses arrecadatórios de tais entes levariam à frustração da própria imunidade ".

Em outra ocasião, a mesma autora afirma:

"Não cabe ao intérprete - e essa tem sido a posição J.urisprudencial uniforme-ou ao legislador ordinário criar outros requisitos não previstos em lei complementar, tais como a declaração legal de utilidade pública; a exigência da constituição de fundação como único veículo formal ao desenvolvimento das atividades educacionais e assistenciais; a gratuidade dos serviços prestados por seus diretores e administradores, etc. ".

Em termos práticos, quanto mais instituições estiverem aptas a obter o Certificado de Fins Filantrópicos, melhor é para o país. Com efeito, os objetivos que justificam a concessão da imunidade são realmente nobres, visam cumprir uma meta primordial ao Estado de Direito, qual seja a busca pelo bem-comum e pela justiça social. O beneficio social do trabalho realizado por essas entidades é muito maior do que poderia representar a arrecadação fiscal.

A Constituição exige, fundamentalmente, que a entidade imune seja beneficente de assistência social, remetendo à lei complementar o estabelecimento das exigências. O conceito de assistência social beneficente não decorre da Lei 8.212/91, nem de outro ato infraconstitucional, mas está consagrado diretamente na Carta Magna.

7. AS EXONERAÇÕES SUBJETIVAS

7.1. Os Impostos Municipais

7.1.1. O IPTU

No IPTU, capta-se os informes legislativos que formam a hipótese de incidência, devendo-se considerar: a) a Constituição na parte em que delineia o fato jurígeno; b) as leis complementares, que tratam de fato jurígeno, e o CTN; c) as imunidades previstas na Constituição; d) as leis ordinárias municipais, prevendo a tributação e as exclusões fiscais (principalmente isenções).

Aqui analisaremos, exemplificativamente, algumas legislações ordinárias municipais, que prevêem isenções do IPTU aos deficientes fisicos e mentais.

Tomemos como primeiro exemplo a legislação do Município do Rio de Janeiro que versa sobre IPTU. O artigo 61, § 2°, da Lei n° 691/84, modificado pelo artigo 1° da Lei n° 1955/93, in verbis, concede isenção do IPTU aos deficientes fisicos. No entanto, não se estende tal isenção a todo e qualquer deficiente, mas apenas àqueles que preencherem os requisitos ali previstos:

"Lei n ° 1955/93 -Município do Rio de Janeiro Art. 1 °- O Art. 61 da Lei 691, de 24 de dezembro de 1984, fica acrescido dos seguintes incisos e parágrafos:

'Art. 61- ...

XXIII - o contribuinte, com mais de sessenta anos aposentado ou pensionista, com renda mensal total de até dois salários mínimos, titular exclusivo de um único imóvel, utilizado para a sua residência, com área de até oitenta metros quadrados, persistindo o direito à isenção após o seu falecimento, desde que a unidade continua a servir de residência ao cônjuge supérstite e que seus ganhos mensais sejam iguais ou inferiores a dois salários mínimos;

§ 11 °-A isenção tributária, de que trata o inciso XXIII, fica estendida ao deficientefisico que por esta razão recebe beneficio de um salário mínimo de qualquer instituto de previdência, desde que possua apenas um imóvel e este seja o seu domicílio'.'

Art. 4 °- O Art.. 105 da Lei 691, de 24 de dezembro de 1984, fica acrescido do seguinte inciso:

'Art. 105 - ...

IV- os contribuintes referidos nos incisos XXIV, XXIV, XXV e §§ 9°, 10 e 11

do Art. 61 desta Lei.'

Parágrafo Único -Na regulamentação, para efeito de isenção tributária a imóvel de propriedade de pessoa portadora de deficiência, O Poder Executivo estabelecerá os critérios de caracterização e grau de deficiência para concessão

da exclusão tributária, ouvindo preliminarmente o Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. "

No Município de São Paulo' existem três projetos de lei voltados à isenção de IPTU para deficientes físicos ou empresas que empreguem pessoas portadoras de deficiências fisicas ou mentais. São eles: Projeto de lei n° 00176 de 1994 -

dispõe sobre a isenção ao IPTU aos deficientes físicos; Projeto de Lei n°

00712 de 1998 - isenta do pagamento do IPTU os portadores de deficiência fïsica, proprietários de um único imóvel residencial de uso próprio no Município de São Paulo; e o Projeto de Lei n° 00853 - dispõe sobre a isenção parcial do pagamento de IPTU relativo aos imóveis de propriedade de empresas que empreguem pessoas portadoras de deficiências físicas ou mentais.

Há vários casos de isenções concedidas aos deficientes. Essas isenções podem ser consideradas como ratione personae, pois são concedidas a determinados contribuintes, em decorrência de suas características próprias. A princípio, o deficiente físico por ser proprietário de imóvel localizado na zona urbana está enquadrado como sujeito passivo do IPTU, mas é retirado do campo de incidência pela legislação própria, em razão de certos caracteres.

Pode-se observar, no entanto, que não se trata exclusivamente de uma isenção subjetiva, afinal há requisitos a serem preenchidos que não são inerentes às pessoas deficientes, mas que fazem referência ao aspecto material da norma tributária- o fato gerador. Exige-se que o beneficiário da isenção possua apenas um imóvel e que este seja o seu domicílio. Portanto, não será qualquer deficiente fisico, em qualquer situação que terá direito ao beneficio da isenção de IPTU. Apenas aqueles que recebam beneficio de um salário mínimo de qualquer instituição de previdência e que possuam apenas um imóvel, sendo este o seu domicílio farão jus à isenção concedida pelo Município do Rio de Janeiro.

7.2. Os Impostos Estaduais

7.2.1. A isenção do ICMS e do IPVA conferida aos veículos automotores de uso exclusivo dos deficientes físicos

O ICMS e o IPVA são impostos estaduais sujeitos, portanto, à legislação de cada

Estado. Inobstante, pode-se dizer, nos termos do Convênio 43/94 e de suas várias prorrogações, que são isentos de ICMS os veículos automotores nacionais que se destinarem ao uso exclusivo de paraplégicos ou de pessoas portadoras de defeitos fisicos, os quais fiquem impossibilitados de utilizar os modelos comuns. É que os convênios resultam de um acordo dos Estados-Membros para deliberarem sobre um assunto de interesse comum, de tal forma que as normas dos convênios são comuns a todos eles.

Veja-se o referido Convênio, de 29.03.94:

"Isenta do ICMS as saídas de veículos para portadores de deficiëncia física.

O Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 73° reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 29 de março de 1994, tendo em vista o disposto na Lei Complementar n ° 24, de 07 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte: CONVÊNIO

Cláusula primeira - Ficam isentas do Imposto de Circulação de Mercadorias e de Prestação de Serviços as saídas de veículo automotor que se destinarem a uso exclusivo do adquirente, paraplégico ou portador de deficiência física, impossibilitado de utilizar o modelo comum, nos termos estabelecidos na legislação estadual.

§ 1 °-A isenção de que trata esta cláusula será previamente reconhecida pelo Fisco, mediante requerimento do adquirente, instruído de: 1- declaração expedida pelo vendedor, da qual conste o número de inscrição do interessado no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda -

CPF:

a) que o beneficio seja repassado ao adquirente; b) que o veículo se destine a uso de adquirente, paraplégico ou deficiente físico, impossibilitado de fazer uso de modelo comum;

2 - laudo de perícia média, fornecida pelo departamento de trânsito do Estado

- DETRAN - ou de outro órgão a critério de cada Estado, onde residir em caráter permanente o interessado, que se ateste sua completa incapacidade para dirigir

automóveis comuns e sua habilitação para fazê-lo em veículos especialmente adaptados, bem como se especifique o tipo de defeito físico e as adaptações necessárias.

§ 2° - O adquirente do veículo deverá recolher o imposto com atualização monetária e acréscimos legais, a contar da aquisição, na hipótese de: 1- transferi-lo a qualquer título, dentro do prazo de 3 (três) anos da data da aquisição, à pessoa que não faça ao mesmo tratamento fiscal; 2 -modificação das características do veículo, para retirar-lhe o caráter de especial;

reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 29 de março de 1994, tendo em vista o disposto na Lei Complementar n° 24, de 07 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte: CONVÊNIO

Cláusula primeira - Ficam isentas do Imposto de Circulação de Mercadorias e de Prestação de Serviços as saídas de veículo automotor que se destinarem a uso exclusivo do adquirente, paraplégico ou portador de deficiência fisica, impossibilitado de utilizar o modelo comum, nos termos estabelecidos na legislação estadual.

§ 1 °-A isenção de que trata esta cláusula será previamente reconhecida pelo _Fisco, mediante requerimento do adquirente, instruído de: 1- declaração expedida pelo vendedor, da qual conste o número de inscrição do interessado no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda -

CPF:

a) que o beneficio seja repassado ao adquirente; b) que o veículo se destine a uso de adquirente, paraplégico ou deficiente fisico, impossibilitado de fazer uso de modelo comum;

2 - laudo de perícia média, fornecida pelo departamento de trânsito do Estado

- DETRAN - ou de outro órgão a critério de cada Estado, onde residir em caráter permanente o interessado, que se ateste sua completa incapacidade para dirigir automóveis comuns e sua habilitação para fazê-lo em veículos especialmente adaptados, bem como se especifique o tipo de defeito Esico e as adaptações

necessárias.

§ 2° - O adquirente do veículo deverá recolher o imposto com atualização monetária e acréscimos legais, a contar da aquisição, na hipótese de: 1- transferi-lo a qualquer título, dentro do prazo de 3 (três) anos da data da aquisição, à pessoa que não faça ao mesmo tratamento fiscal; 2 - modificação das características do veículo, para retirar-lhe o caráter de especial;

3 - emprego do veículo em fnalidade que não seja a que justificou a isenção.

§3°-O estabelecimento que efetuar a operação isenta, nos termos desta Cláusula, deverá:

1- acrescentar ao documento fiscal o número de inscrição do adquirente no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - CPF; 2 - entregar à repartição fiscal a que estiver vinculado, até o 15° dia útil, contado da data da operação, cópia reprográfica de 1 ° via do respectivo documento fiscal.

Acrescentado o § 4° pelo Convênio. ICMS 83/94, efeitos a partir de 26.07.94.

§ 4° - Ressalvados os casos excepcionais em que ocorra a destruição completa do veículo ou seu desaparecimento, o beneficio previsto nesta cláusula somente poderá ser utilizado uma única vez.

Cláusula segunda - Este Convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos até 31 de dezembro de 1994. " (grifo nosso)

Ressalte-se que em relação ao ICMS estão isentas as saídas de quaisquer veículos, desde que para o uso exclusivo do paraplégico ou portador de deficiência fisica.

Cabe mencionar ainda que há no país lei concedendo isenção do ICMS nas operações com equipamentos ou acessórios destinados aos portadores de deficiência física ou auditiva (vg. Convênio do ICMS n° 47/97 e Lei 2.971/98

- RJ).

Passando-se a análise do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

(IPVA), é preciso verificar a legislação de cada Estado. Note-se que em alguns deles, a legislação acaba por restringir a isenção do IPVA aos veículos "adaptados" de propriedade dos deficiente físicos.

Exemplificando, veja-se o art. 9°, VIII, da Lei 6.606, do Estado de São Paulo, de 20 de dezembro de 1989, concedendo isenção de IPVA:

"Artigo 9°São Isentos do pagamento do imposto: VIII - os veículos especialmente adaptados, de propriedade de deficientes físicos. " (grifo nosso)

Confira-se jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que interpreta a legislação do Estado da Paraíba no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ISENÇÃO. MOTORISTA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA. ESTADO DA PARAÍBA. Enquanto esteve em vigor o Convênio do ICMS n ° 43/94, o portador de deficiência física tinha o direito de adquirir um veículo com direção hidráulica e câmbio automático, ou com a alavanca manual adaptada, sem o pagamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços; já a isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores só aproveita ao portador de deficiência fisica se o veículo, de fabricação nacional, foi especialmente adaptado (Lei 5.698, de 29 de dezembro de 1992, do Estado da Paraíba, art.

9°, VII). Recurso Ordinário provido em parte. (ROMS 9.051/PB, STJ, Segunda Turma, Min. Ari Pargendler, in DJ 22.02.99, p. 88).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIB UTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM

MANDADO DE SEGURANÇA. LIQUIDEZ E CERTEZA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IP VA E ICMS ISENÇÃO. VEÍCULO ADAPTADO

PARA DEFICIENTE FÍSICO. CONVÊNIO 43/94 E LEI 5.698/92.

1. Uma vez comprovado o direito líquido e certo da impetrante, nos termos da legislação de regência, nada obsta que lhe seja concedido o beneficio fiscal da isenção tributária.

2. Recurso Ordinário conhecido e provido. Decisão unânime.

(ROMS n° 9.034/PB, STJ, Primeira Turma, Min. Demócrito Reinaldo, in DJ

22.02.99, p. 71.)

O Estado do Rio de Janeiro não fala em veículos especialmente adaptados, mas em veículos terrestres especiais. Confira-se o art. 5° da Lei Estadual 2.877/97:

"Art. 5°. Estão isentos do pagamento do imposto: V- veículos terrestres especiais de propriedade de deficiente físico, desde que únicos em cada espécie e categoria, nos termos da classificação constante da legislação de ;rânsito e conforme a regulamentação disponha. "

7.3. Os Impostos Federais

7.3.1. O Imposto de Renda

Quanto à isenção do Imposto de Renda, a legislação federal é um pouco mais rigorosa e não contempla os deficientes fisicos, apenas os portadores de deficiência mental. Como pode-se comprovar pela legislação compilada:

"Lei n ° 8687/93

Art. 1 ° Não se incluem entre os rendimentos tributáveis pelo Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza as importâncias percebidas por deficientes mentais a título de pensão, pecúlio, montepio e auxílio, quando decorrentes de prestações do regime de previdência social ou de entidades de previdência privada.

Parágrafo único. Para fins do disposto nesta lei, considera-se deficiente mental a pessoa que, independentemente da idade, apresenta funcionamento intelectual subnormal com origem durante o período de desenvolvimento e associado à deterioração do comportamento adaptativo.

Art. 2° A isenção do Imposto de Renda conferida por esta lei não se comunica aos rendimentos de deficientes mentais originários de outras fontes de receita, ainda que sob a mesma denominação dos benefícios referidos no artigo anterior. "

Mais uma vez percebe-se um certo rigor para a concessão desse benefício, a

necessidade de se observar alguns requisitos, de forma que fique evidente a situação desigual do deficiente mental.

Quanto ao Imposto de Renda ainda, há a previsão legal de possibilidade de dedução de despesas médicas quando da determinação da base de cálculo, dentre as quais enquadram-se os gastos efetuados com o próprio contribuinte e seus dependentes com aquisição de aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e também os gastos com instrução de portador de deficiência.

Ambos regulados pelas Instruções Normativas n°S 65/96 e 25/96, respectivamente.

"Instrução Normativa 65/96

Art. 8-Na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de ajuste anual das pessoas físicas poderão ser deduzidas, como despesas médicas, os gastos efetuados com o próprio contribuinte e seus dependentes com aquisição de aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas, assim considerados: I -pernas e braços mecânicos;

II - cadeiras de rodas

III - andadores ortopédicos;

IV-palmilhas ou calçados ortopédicos;

V- qualquer outro aparelho ortopédico destinado à correção de desvio de coluna ou defeitos dos membros ou das articulações.

§ 1 °-A dedução é condicionada à comprovação, mediante receituário médico e nota fiscal em nome do beneficiário. "

"Instrução Normativa n ° 25/96

0

Art. 42. Consideram-se despesas médicas ou de hospitalização as despesas de instrução com portador de deficiência física ou mental, condicionadas, cumulativamente.

I- à existência de laudo médico, atestando o estado de deficiência; II - à comprovação de que a despesa foi efetuada em entidades destinadas a deficientes físicos ou mentais. "

7.3.2. O IPI e o deficiente físico

É o IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados - imposto sobre o consumo de bens industrializados, seletivo e não-cumulativo, tomando-se como aspecto temporal a saída do produto do estabelecimento do fabricante, a sua entrada no país e a sua arrematação. Suas alíquotas são baixas ou altas conforme a essencialidade dos produtos.

Neste capítulo, basicamente trataremos das isenções do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI conferidas às pessoas portadoras de deficiência física.

A isenção, como dito, é uma modalidade de exclusão do crédito tributário, que se dá através de lei. Diferentemente da imunidade, que tem como fonte formal a norma constitucional, a isenção tem como fonte a lei ordinária. De acordo com o artigo 176, do Código Tributário Nacional, a isenção, ainda quando prevista em contrato é sempre decorrente de lei que especifique as condições.

Veja-se:

"Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração.

Parágrafo único. (..) "

Ressalte-se que o artigo supracitado, quando menciona a isenção prevista em contrato, não está se contradizendo, mas se referindo, implicitamente aos convênios celebrados, pelos Estados e o Distrito Federal, na forma da Lei Complementar n° 24, de 07.01.1975, para a concessão de isenções e outras modalidades de exclusão do crédito tributário do ICMS, o que fora objeto de nosso estudo no capítulo concernente àquele tributo.

Passando-se à análise das leis que dispõem sobre a isenção do IPI na aquisição de automóveis por deficientes fisicos, temos que a Lei hoje vigente é a Lei n°

8.989 de 24.02.1995, que teve sua vigência prorrogada pela Lei n° 9.144, de 08.12.1995, e posteriormente foi alterada, minimarmente, pela Lei n° 9.317, de 05.12.1996 (Lei do Simples).

Deve-se ressaltar que a Lei n° 9.144/95 apenas prorrogou a vigência da Lei n°

8.989 até 31.12.1996. A partir daí, sua vigência passou a ser restaurada por sucessivas medidas provisórias, mantendo-se, nesse interstício, as alterações determinadas pela Lei n° 9.317/96. Hoje, depois de mais de dois anos de medidas provisórias, a última delas - MP n° 2.068, em sua 3 8' reedição - fora convertida na mais recente lei acerca do tema, a Lei n° 10.182, de 12 de fevereiro de 2001.

Faz-se importante inicialmente transcrevermos a Lei n° 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, arcabouço de toda legislação acerca da isenção do IPI na aquisição de automóveis por deficientes físicos, já acrescida das alterações trazidas pela Lei n ° 9.317/96. Se não, vejamos:

"LEI N° 8.989 - DE 24 DE FEVEREIRO DE 1995

'Dispõe sobre isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física e aos destinados ao transporte escolar, e dá outras providências'.

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória n°856, de 1995, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, JOSÉ SARNEY, Presidente do Senado Federal, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte Lei: Art. 1 °. Ficam isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) os automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127HP depotência bruta (SAE), quando adquiridos por: I - motoristas profissionais que exerçam comprovadamente em veículo de sua propriedade atividade de condutor autônomo de passageiros, na condição de titular de autorização, permissão ou concessão do Poder Público e que destinam o automóvel à utilização na categoria de aluguel (táxi);

* Inciso I com redação dada pela Lei 9.317, de 05.12.1996.

II - motoristas profissionais autônomos titulares de autorização, permissão ou concessão para exploração do serviço de transporte individual de passageiros (táxi), impedidos de continuar exercendo essa atividade em virtude de destruição completa, furto ou roubo do veículo, desde que destinem o veículo adquirido à utilização na categoria de aluguel (táxi); 111- cooperativas de trabalho que sejam permissionárias ou concessionárias de transporte público de passageiros, na categoria de aluguel (táxi), desde que tais veículos se destinem à utilização nessa atividade; IV-pessoas que, em razão de serem portadoras de deficiência física, não possam dirigir automóveis comuns.

Art. 2°. O beneficio de que trata o art. 1 'somente poderá ser utilizado uma única vez, salvo se o veículo tiver sido adquirido há mais de três anos, caso em que o beneficio poderá ser utilizado uma segunda vez.

* Artigo com redação dada pela Lei 9.317 de 05.12.96

Art. 3 °. A isenção será reconhecida pela Secretariada Receita Federal do Ministério da Fazenda, mediante prévia verificação de que o adquirente preenche os requisitos previstos nesta Lei.

Art. 4°. Fica assegurada a manutenção do crédito do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) relativo às matérias-primas, aos produtos intermediários e ao material de embalagem efetivamente utilizados na industrialização dos produtos referidos nesta Lei.

Art. 5°. O imposto incidirá normalmente sobre quaisquer acessórios opcionais que não sejam equipamentos originais do veículo adquirido.

Art. 6°. A alienação do veículo, adquirido nos termos desta Lei ou das Leis n

's 8.199, de 28 de junho de 1991, e 8.843, de 10 de janeiro de 1994, antes de três anos contados da data de sua aquisição, a pessoas que não satisfaçam às condições e aos requisitos estabelecidos nos referidos diplomas legais, acarretará o pagamento pelo alienante do tributo dispensado, atualizado na forma da legislação tributária.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita ainda o alienante ao pagamento de multa e juros moratórios previstos na legislação em

vigor para a hipótese defraude ou falta de pagamento do imposto devido.

Art. 7°. No caso de falecimento ou incapacitação do motorista profissional alcançado pelos incisos I e II do art. 1 ° desta Lei, sem que tenha efetivamente adquirido veículo profissional, o direito será transferido ao cônjuge, ou ao herdeiro designado por esse ou pelo juízo, desde que seja motorista profissional habilitado e destine o veículo ao serviço de táxi.

Art. 8°. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória n ° 790, de 29 de dezembro de 1994.

Art. 9°. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, vigorando até 31 de dezembro de 1995.

Art. 10. Revogam-se as Leis n' 8.199, de 1991, e 8.843, de 1994. " (grifo nosso)

A primeira observação que se deve fazer diz respeito à alteração dada pela Lei 9.317/96 ao art. 2° da lei supra. O art. 2° da Lei 8.989/95 dizia originalmente:

"Art. 2°. O beneficio previsto no art. 1'somente poderá ser utilizado uma única vez. "

O legislador, ao alterar o art. 2° da Lei 8.989/95, nada mais fez que estender a possibilidade de utilização do beneficio da isenção uma segunda vez. É

verdade que, ao conceder uma segunda oportunidade ao contribuinte, impôs em contrapartida a condição de o veículo ter sido adquirido há mais de três anos. Deve-se ressaltar que o beneficio só pode ser concedido uma segunda vez, não podendo ser concedido mais de duas vezes à mesma pessoa. Veja-se que há uma preocupação do legislador em evitar diversas e seguidas aquisições por uma mesma pessoa, o que poderia ensejar aquisições com o beneficio da isenção por terceiros não beneficiários da Lei em comento.

O art. 3° da Lei 8.989/95 indica o órgão competente para reconhecer a isenção: a Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda. Dispõe, ainda, que tal reconhecimento será feito "mediante prévia verificação de que o adquirente preenche os requisitos previstos nesta Lei ". A Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, então, verificará se o adquirente da isenção é de fato um dos beneficiários da Lei.

Ainda, diz seu art. 5° que o imposto deverá incidir normalmente sobre quaisquer acessórios opcionais que não equipamentos originais do veículo adquirido. Ora, aqui, quis o legislador simplesmente evitar que a isenção ultrapasse a finalidade almejada pela Lei. Há isenção na aquisição do veículo em si e não sobre os acessórios que porventura possa ter, à livre escolha do adquirente.

Saliente-se que o art. 6° da Lei n° 8.989/95 busca novamente evitar que haja fraude na obtenção do beneficio da isenção. Reveja-se o artigo:

"Art. 6°. A alienação do veículo, adquirido nos termos desta Lei ou das Leis n s 8.199, de 28 de junho de 1991, e 8.843, de 10 de janeiro de 1994, antes de três anos contados da data de sua aquisição, a pessoas que não satisfaçam às condições e aos requisitos estabelecidos nos referidos diplomas legais, acarretará o pagamento pelo alienante do tributo dispensado, atualizado na forma da legislação tributária.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita ainda o alienante ao pagamento de multa e juros moratóriosprevistos na legislação em vigor para a hipótese defraude ou falta de pagamento do imposto devido. "

Veja-se que a alienação do veículo, antes de três anos da data de sua aquisição, a pessoas que não satisfaçam às condições estabelecidas na Lei n°

8.989/95, isto é, a pessoas que não sejam beneficiárias da Lei, acarretará o pagamento pelo alienante, beneficiário da Lei, do tributo do qual houvera sido dispensado através da isenção.

Busca-se mais uma vez evitar que pessoas não qualificadas na Lei como beneficiárias da isenção do IPI adquiram indiretamente, através de intermediários isentos, veículos com o beneficio. Observa-se que, inicialmente, o legislador estipula o prazo de três anos para que o adquirente possa vender o veículo a pessoas não beneficiárias da Lei.

Ademais, a Lei estipula sanções caso haja inobservância do disposto no artigo em análise, isto é, caso haja alienação a pessoas não benefciadas pela isenção nos três anos seguintes à aquisição do veículo pelo beneficiário da Lei. Pagará o alienante caso não observe o disposto no artigo multa e juros moratórios

previstos na legislação em vigor para hipótese defraude ou falta de pagamento do imposto devido. Veja-se que, havendo alienação a pessoas não beneficiadas pela Lei em comento antes de completados os três anos da aquisição do veículo, presume-se ter havido fraude na obtenção do beneficio da isenção.

Como mencionado, posteriormente a estes diplomas legais foram editadas sucessivas medidas provisórias que vieram restaurar a vigência da Lei n°

8.989/95, mantendo as alterações determinadas pela Lei n° 9.317/96, chegando-se hoje na nova Lei n° 10.182, promulgada em fevereiro último (Lei n0 10.182/01).

É importante registrar algumas dessas medidas provisórias, apenas à guisa de orientação de como ocorrera a evolução da legislação até a edição da nova lei.

• Medida Provisória n° 1.640, de 27.02.1998 - apenas restaurou a vigência da Lei n° 8.989/95, com as alterações determinadas pela Lei n° 9.317/96, passando aquela a vigorar até 31.12.1998. Esta Medida Provisória fora reeditada até novembro de 1998.

Sua nova e última edição, em 19.11.1998, assim previa em seus arts. 1 ° e 2°:

"Art. 1 ° É restaurada a vigência da Lei n ° 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que, com as alterações determinadas pelo art. 29 da Lei n ° 9.317, de S de dezembro de 1996, passa a vigorar até 31 de dezembro de 1999.

Art. 2 ° O disposto no caput do art. 2 ° da Lei n ° 9.660, de 16 de junho de 1998, não se aplica aos veículos que venham a ser adquiridos com incentivos fiscais nas condições do artigo anterior".

O art. 2° refere-se ao art. 2° da Lei n° 9.660, de 16 de junho de 1998, que dispõe sobre a substituição da frota oficial de veículos e outras providências.

Vejamos o referido dispositivo:

"Art. 2° Todos os veículos leves com capacidade de motorização superior a um mil centímetros cúbicos adquiridos por pessoas físicas com incentivos fiscais ou qualquer outro tipo de subvenção econômica deverão ser movidos a combustíveis renováveis.

§ 2 Excluem--se da obrigatoriedade prevista no caput deste artigo os veículos destinados a portadores de deficiências físicas.

A Lei n° 9.960/98, diga-se, excluía a obrigatoriedade de que os veículos destinados aos portadores de deficiências físicas fossem movidos a combustíveis renováveis. A Medida Provisória n° 1.640/98 veio dizer que tal exigência, prevista no art. 2° da Lei n° 9.660/98, também não seria aplicável aos outros beneficiários da Lei n° 8.989/95. Ou seja, através da Medida Provisória n° 1.640/98 estendeu-se a não-obrigatoriedade a todos os beneficiários da Lei n° 8.989/95, englobando também os adquirentes de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros e no transporte escolar.

Medida Provisória n° 1.743-16, de 02 de junho de 1999-trata-se da 16a edição da MP n° 1.743, que restaurou a vigência da Lei n° 8.989/99 até 31 de dezembro de 1999.

Dispôs a referida MP que, a partir de 1° de outubro de 1999, a vigência da Lei n° 8.989/95 observaria as prescrições contidas no art. 2° da Lei n° 9.660/98 e em seu art. 1°, § 2°, insistiu de forma enfática:

"É mantida a isenção fiscal aos portadores de deficiência física na forma do art. 1 °, IV, da Lei n°8.989/95, tanto na aquisição de veículos movidos à gasolina como a combustíveis de origem renovável ".

"É mantida a isenção fiscal aos portadores de deficiência física na forma do art. 1 °, IV, da Lei n°8.989/95, tanto na aquisição de veículos movidos à gasolina como a combustíveis de origem renovável ".

"É mantida a isenção fiscal aos portadores de deficiência física na forma do art. 1 °, IV, da Lei n°8.989/95, tanto na aquisição de veículos movidos à gasolina como a combustíveis de origem renovável ".

Veja-se que voltou a vigorar a partir de 1° de outubro de 1999, a Lei n°

8.989/95, observando-se as prescrições contidas no art. 2° da Lei n° 9.660/98.

Isto quer dizer que os outros beneficiários da Lei n° 8.985/95, que não os deficientes físicos, teriam que respeitar novamente o disposto no caput do art.

2° da Lei n° 9.660/98. Caso adquirissem veículos leves, com capacidade de motorização superior a um mil centímetros cúbicos, com o beneficio da isenção do IPI, esses deveriam ser obrigatoriamente movidos a combustíveis renováveis.

Medida Provisória n° 1.845-22, de 18 de novembro de 1999 trouxe alterações significativas à Legislação em debate.

Inicialmente, deve-se dizer que a MP se preocupou em resguardar o período entre 1° de outubro de 1999 a 31 de dezembro de 1999, em que, de acordo com a MP anterior, dever-se-ia haver a observância das prescrições contidas no art. 2° da Lei n° 9.660/98.

Entretanto, referida medida provisória excluiu, a partir de 1° de janeiro de 2000, a possibilidade dos defcientes fisicos adquirirem com isenção do IPI os veículos de combustíveis de origem não renovável. Ou seja, pôs-se fim a não-obrigatoriedade de os deficientes físicos adquirirem veículos movidos a combustíveis de origem renovável, respeitando-se, como dito, o lapso temporal determinado na MP anterior.

Vale mencionar que a MP n° 1.845/99 determinou que o automóvel objeto da isenção deve possuir no mínimo quatro portas, inclusive a de acesso ao bagageiro. Excluiu, contudo, esta exigência relativamente às aquisições de veículos pelos deficientes físicos.

Confiram-se os arts. 1° e 2° da referida MP:

"Art. 1 °É restaurada a vigência da Lei n°8.989, de 24 defevereiro de 1995; que, com as alterações determinadas pelo art. 29 da Lei n°9.317, de 5 de dezembro de 1996, passa a vigorar até 31 de dezembro de 2003.

§ 1 ° No período de 1 ° de outubro a 31 de dezembro de 1999, a vigência da Lei n° 8.989, de 1995, observará as prescrições contidas no art. 2° da Lei n °

9.660, de 16 de junho de 1998.

§ 2°É mantida, até 31 de dezembro de 1999, a isenção fiscal aos portadores de deficiência física na forma do art. 1 ° inciso IV, da Lei n° 8.989, de 1995, tanto na aquisição de veículos movidos à gasolina como a combustíveis de origem renovável. Art, 2 ° O art. 1 ° da Lei n ° 8.989, de 1995, alterado pelo art. 29 da

Lei n ° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1 ° Ficam isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) os automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), de no mínimo quatro portas, inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável, quando adquiridos por: Parágrafo único. A exigência para aquisição e automóvel de quatro portas e de até 127 HP de potência bruta (SAE) não se aplica aos deficientes físicos de que trata o inciso IV do caput deste artigo" (AR).

• Medida Provisória n° 1.939, de 6 de janeiro de 2000-restaurou a vigência da Lei n° 8.989/95 e reduziu o imposto de importação para os produtos que específica. No que tange à legislação relativa à isenção do IPI, a MP 1.939, em suas primeiras edições, mais especificamente até a reedição do dia 26.07.2000

- MP 1.939-30 - , em nada alterou a MP 1.845/99.

Neste entretempo, entre as primeiras edições da MP n° 1.939 e a edição da mesma MP no dia 26.07.2000, emitiu a Secretaria da Receita Federal a Instrução Normativa n° 32, que veio regulamentar a Lei n° 8.989/95, o art. 29

da Lei n° 9.317/96 e a Medida Provisória n° 1.939-27 de 30 de março de 2000. Veja-se:

"Instrução Normativa SRF n° 032 de 23 de março de 2000 DOU de 20.03.2000, Pág. 15

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o que dispõe a Lei n° 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, o art.

29 da Lei n ° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Medida Provisória n°

1.939-27 de 30 de março de 2000, resolve:

Art. 1 °A aquisição de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física, com a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados -IPI de que trata a Lei n ° 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, com as alterações do art. 29

da Lei n ° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dos arts. 1 °, 2°, 4°e 9°, da Medida Provisória n° 1.939-27, de 30 de março de 2000, dar-se-á de acordo com o disposto nesta Instrução Normativa.

Destinatários da Isenção

Art. 2° As pessoas portadoras de deficiência física, que não possam dirigir veículos comuns, poderão adquirir, com isenção do IPI, automóvel de passageiros ou veículo de uso misto, de fabricação nacional, movido a combustível de origem renovável, classificado na posição 8703 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI aprovada pelo Decreto n° 2.092, de 10 de dezembro de 1996, que apresente características especiais.

Parágrafo único. O beneficio somente poderá ser utilizado uma vez, salvo se o veículo tiver sido adquirido há mais de três anos, caso em que o beneficio poderá ser utilizado uma segunda vez.

Art. 3°As características especiais referidas no artigo precedente são aquelas, originais ou resultantes de adaptação, que permitam a adequada utilização do veículo por pessoas portadoras de deficiência física, admitindo-se, entre tais características, o câmbio automático ou hidramático e a direção hidráulica.

Ari 4° A adaptação a que se refere o artigo anterior poderá ser efetuada na própria montadora ou em oficina especializada.

Art. S° O IPI incidirá normalmente sobre quaisquer acessórias opcionais que não constituam equipamentos originais do veículo adquirido.

Competência para Reconhecimento da Isenção

Art. 6° Fica delegada a competência para reconhecimento da isenção ao Delegado da Receita Federal ou ao Inspetor da Receita Federal de Inspetoria de Classe À', com jurisdição sobre o local de domicílio do interessado, admitida a subdelegação.

Requisitos para Habilitação ao Beneficio

Ari 7° Para habilitar-se ao gozo de isenção de que trata esta Instrução

Normativa, o interessado deverá:

1- obter, junto ao Departamento de Trânsito do Estado onde tiver domicílio ou residência, de acordo com o art. 140 da Lei n° 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, os seguintes documentos: a) laudo de perícia médica, atestando o tipo de deficiência física e a total incapacidade para conduzir veículos comuns, indicando o tipo de veículo, com as características especiais necessárias, que está apto a dirigir, de acordo com resolução do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN; b) carteira nacional de habilitação com a especificação do tipo de veículo, com suas características especiais, que está autorizado a dirigir, conforme o laudo de perícia médica, de acordo com resolução do Conselho Nacional de Trânsito CONTRAN.

II-apresentar, na unidade da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição, requerimento (modelo anexo), em três vias, dirigido à autoridade fiscal competente a que se refere o art. 6°, ao qual serão juntadas cópias autenticadas dos documentos referidos no inciso anterior.

§ 1 °Se o requerente não possuir o documento citado na alíneàb' do inciso 1, poderá, em substituição, firmar termo de responsabilidade em três vias, mediante o qual se comprometa a entregar à Secretaria da Receita Federal cópia autenticada do referido documento, no prazo de cento e oitenta dias, a contar da data de aquisição do veículo.

§ 2 ° Caso o requerente pretenda efetuar no veículo a ser adquirido as adaptações necessárias a dotá-lo das características especiais adequadas para o seu uso, deverá apresentar juntamente com o requerimento, termo de responsabilidade, em três vias, comprometendo-se a remeter à unidade da Secretaria da Receita Federal e ao revendedor autorizado, no prazo de cento e oitenta dias, a contar da data da aquisição, cópia autenticada do registro de licenciamento do veículo, do qual conste que este possui as mencionadas características especiais.

§ 3° O não-cumprimento das obrigações assumidas nos termos de responsabilidade referidos nos parágrafos anteriores sujeitará o adquirente ao pagamento do tributo dispensado, acrescido dos encargos discriminados no art. 12.

Art. 8° A autoridade competente, se deferido o pleito, emitirá autorização, em

três vias, no próprio requerimento, para que o requerente adquira o veículo com isenção ou suspensão do IP1, conforme o caso, de acordo com o previsto no art. 9°, sendo que as duas primeiras vias serão entregues ao interessado, mediante recibo aposto na terceira via, que ficará no processo. § I ° Os originais das duas vias serão entregues pelo interessado ao distribuidor autorizado, com a seguinte destinação:

I - a primeira via (com cópia do laudo de perícia médica e, se for o caso, do termo de responsabilidade refèrido no ,¢ 2°do art. 7°) será remetida pelo distribuidor autorizado ao fabricante ou ao estabelecimento equiparado a industrial; e

II - a segunda via permanecerá em poder do distribuidor.

§ 2° O distribuidor autorizado deverá enviar, pelo correio ou por fax, á autoridade que reconheceu o beneficio, cópia da Nota Fiscal relativa à aquisição em nome do requerente, até o último dia do mês seguinte ao da emissão.

§ 3° O indeferimento do pedido será efetivado por meio de despacho decisório fundamentado.

§ 40No caso do parágrafo anterior; a unidade da Secretaria da Receita Federal reterá o requerimento, devendo ser anexadas ao processo cópias dos documentos originais fornecidos pelo requerente, devendo estes serem a ele devolvidos no ato da ciência do despacho.

Normas Aplicáveis aos Fabricantes ou Estabelecimentos Equiparados a Industrial

Art. 9° A saída do veículo do estabelecimento industrial dar-se-á da seguinte forma:

I - com isenção do IPI, em se tratando de veículo que já apresente as características especiais adequadas às condições fisicas do adquirente; II - com suspensão do IPI, em se tratando de veículo sujeito a posterior adaptação em oficina especializada, caso em que a isenção do imposto ficará condicionada a que o veículo, antes de licenciado pelo órgão competente, seja adaptado para utilização pelo beneficiário.

Art. 10. Os estabelecimentos industriais ou equiparados a industrial somente darão saída ao veículo com isenção ou suspensão do imposto quando de posse da autorização da Secretaria da Receita Federal (art. 8°), e após verificação, no caso de saída com isenção, de que as características especiais do veículo correspondem àquelas descritas no laudo de perícia médica.

Parágrafo único. Na Nota Fiscal de venda do veículo, para o distribuidor, deverá constar a seguinte observação:

I - ISENTO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS -

Lei n ° 8.989, de 1995 ', no caso do inciso I do art. 9°; ou II - `SAÍDA COM SUSPENSÃO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS

INDUSTRIALIZADOS -Lei n° 8.989, de 1995', no caso do inciso II do art.

9°.

Normas Aplicáveis aos Distribuidores

Art. 11. Na Nota Fiscal de venda do veículo, deverá constar a seguinte observação:

I - ÌSENTO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS

INDUSTRIALIZADOS-Lei n° 8.989, de 1995', no caso do inciso I do art. 9°; ou

II - `SAÍDA COM SUSPENSÃO DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS

INDUSTRIALIZADOS - Lei n° 8.989, de 1995', no caso do inciso II do art.

9°.

Restrições ao uso do Beneficio

Art 12. A aquisição do veiculo com o beneficio fiscal por pessoas que não preencham as condições estabelecidas nesta Instrução Normativa, bem assim a utilização do veículo por pessoa que não seja portadora de deficiência fisica, sujeitará o adquirente ao pagamento do tributo dispensado, acrescido dos

encargos previstos na legislação, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Art. 13. A alienação do veículo adquirido com o beneficio dependerá, se efetuada antes de transcorridos três anos de sua aquisição, de autorização da Secretaria da Receita Federal, que somente a concederá se comprovado que a transferência de propriedade dar-se-á a pessoa que satisfaça os requisitos estabelecidos para o gozo da isenção, ou que foram cumpridas as obrigações a que se refere o inciso II do § 2°.

§ 1 °A competência para autorizar a alienação é do Delegado da Receita Federal ou do Inspetor da Receita Federal de Inspetoria de Classe À', que reconheceu o direito à isenção.

§ 2°A autorização será concedida à vista dos seguintes documentos, a serem apresentados pelo alienante:

I - no caso de transferência de propriedade do veículo a outra pessoa portadora de deficiência física que a impossibilite de conduzir veículo comum, os documentos citados no art. 7°, relativos ao novo adquirente; II - nos demais casos, uma via do DARF mediante o qual haja sido efetuado o recolhimento do IPI e dos acréscimos devidos, cópia da Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento industrial ou equiparado a industrial e cópia da Nota Fiscal de venda ao adquirente, emitida pelo distribuidor.

§ 3 °Na hipótese mencionada no inciso II do parágrafo anterior, somente será concedida a autorização após verificada a exatidão do recolhimento em face dos elementos contidos nos documentos ali relacionados.

§ 4°A autorização de que trata este artigo valerá, quanto ao IPI, para fins de comprovação junto ao órgão de trânsito com

petente.

§ 5 ° O distribuidor autorizado, mediante solicitação do interessado na alienação do veículo, deverá fornecer-lhe cópia da Nota Fiscal emitida pelo fabricante ou pelo estabelecimento equiparado a industrial, mencionada no inciso II do § 2°deste artigo.

§ 6°A alienação do veículo adquirido com isenção do IPI, sem prévia

autorização da SRF, antes de transcorridos três anos da sua aquisição, ainda que efetuada a pessoa que satisfaça os requisitos necessários à fruição do beneficio, implica a perda do direito à isenção.

Acréscimos Legais

Art. 14. No caso de alienação, antes de três anos, contados da data de aquisição, a pessoa que não satisfaça os requisitos para gozo do beneficio de que trata esta Instrução Normativa, o IPI dispensado deverá ser pago: I -sem acréscimo de juros e multa de mora, se efetuada com a autorização a que se refere o artigo anterior;

II- com acréscimo de juros de mora e multa de oficio, se efetuada sem autorização.

Disposições Gerais

Art. 15. Para os efeitos desta Instrução Normativa: I- não se considera alienação a alienação fiduciária em garantia de veículo adquirido pelo beneficiário da isenção, nem a sua retomada pelo proprietário fiduciário, em caso de inadimplemento ou mora do devedor; II - considera-se alienação, sendo alienante o proprietário fiduciário, a venda realizada por este a terceiro, do veículo retomado, na forma prevista no art. 66,

§ 4°, da Lei n ° 4.728, de 14 de julho de 1965, com a redação dada pelo art. 1 °

do Decreto-lei n°911, de I° de outubro de 1969; III - não se considera mudança de destinação a tomada do veículo pela seguradora, quando ocorrido o pagamento de indenização em decorrência de furto ou roubo, o veículo furtado ou roubado for posteriormente encontrado; IV- considera-se mudança de destinação se, no caso do inciso anterior; ocorrer:

a) a integração do veículo ao património da seguradora; ou b) sua transferência a terceiros que não preencham os requisitos previstos nesta IN, necessários ao reconhecimento do beneficio;

V- considera-se data de aquisição a da emissão da Nota Fiscal de venda ao beneficiário, pelo distribuidor autorizado.

Parágrafo único. No caso do inciso IV, a mudança de destinação do veículo antes de decorridos três anos, contados da aquisição pelo beneficiário, somente poderá ser feita com prévia autorização da Secretaria da Receita Federal, observado o disposto nos arts. 12 e 13.

Art. 16. Para os efeitos do disposto no art. 5° desta Instrução Normativa, não se consideram opcionais as partes, peças e acessórios que confiram ao veículo as características especiais aludidas no art. 3°.

Art. 17. A Delegacia da Receita Federal e a Inspetoria da Receita Federal de Classe A' elaborarão programas específicos de exame das declarações do Imposto de Renda de todos os contribuintes que se habilitarem ao beneficio de que trata esta Instrução Normativa, com o objetivo de verificar o fiel cumprimento de suas obrigações em relação a esse imposto.

Art. 18. Fica revogada a Instrução Normativa SRF n 30, de 5 de junho de 1995.
Art 19. Ficam convalidados os atos praticados com base na Instrução Normativa SRF n°30, de 5 dejunho de 1995, alterada pela Instrução Normativa SRF n° 10, de 10 de fevereiro de 1999, observando-se, nos atos, a necessária adequação às disposições introduzidas pela Medida Provisória n°

1.845-22, de 18 de novembro de1999, reeditada com o n°1.939-27, de 2000.

Art. 20. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1 ° de janeiro de 2000" (grifo nosso).

Ressalte-se, inicialmente, que a Instrução Normativa n° 32, em seu art. 2°, reafirma estarem também os deficientes fisicos obrigados a adqui rir, para os efeitos da Lei n° 8.989/95, veículos movidos a combustíveis de origem renovável.

Deve-se destacar ainda na Instrução em comento a parte em que trata dos "Requisitos para Habilitação ao Beneficio": como dito anteriormente, quando da análise da Lei n° 8.989/95, é necessário que o suposto beneficiário da Lei o seja de fato. A Instrução Normativa n° 32, ao regulamentar o procedimento para obtenção de isenção do IPI na aquisição de veículos por pessoas portadoras de deficiência fisica, demonstra na prática a necessidade de a pessoa portadora de deficiência fisica comprovar, através de laudo de perícia médica, qual o tipo de

deficiência fisica sofre e mais, a total incapacidade de conduzir veículos comuns.

Outro dado interessante, além de vários outros que poderiam ser ana lisados com base nessa Instrução Normativa, refere-se aos acessórios do veículo a ser adquirido com o beneficio da isenção. Com base na Lei n°

8.989/95, a Instrução Normativa prescreve, em seu art. 5°, que o IPI incidirá normalmente sobre quaisquer acessórios opcionais que não constituam equipamentos originais do veículo adquirido.

Ocorre que no art. 16 da Instrução Normativa, esclarece o legislador:

"Para os efeitos do art. 5° desta Instrução Normativa não se consideram opcionais as partes, peças e acessórios que confiram ao veículo as características especiais aludidas no art. 3.

Por características especiais entende-se "aquelas, originais ou resul tantes de adaptação, que permitam adequada utilização do veículo por pessoas portadoras de deficiência física, admitindo-se, entre tais características, o câmbio automático ou hidramático e a direção hidráulica " (art. 3°, Instrução Normativa n° 32, DOU 29.03.2000, p. 15). Conclui-se, pois, que não são consideradas opcionais, e, portanto, não incide o IPI sobre as peças, acessórios ou partes do veículo, originais ou resultantes de adaptação, que sirvam para adequar o veículo à sua utilização por deficientes físicos.

A Instrução Normativa n° 32 regulamenta todo o procedimento para obtenção da isenção do IPI na aquisição de automóveis por pessoas portadoras de deficiência fïsica, de forma que se faz bastante útil para o presente estudo, e para posterior manuseio pelos leitores.

Ademais, se faz necessário frisar o fato de que a isenção que ora se discute somente é válida na compra de veículos nacionais. Isso está explícito naLei n°

8.989/95, em seu art. 1 °, e na Instrução Normativa n° 32, em seu art. 2°.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal, 1°

Região:

"TRIBUTÁRIO - ISENÇÃO DE IPI PARA DEFICIENTES FÍSICOS NA COMPRA DE VEÍCULOS NACIONAIS - LEI N° 8.199/91 -

DESCABIMENTO DA EXTENSÃO DO BENEFÍCIO PARA VEÍCULOS

IMPORTADOS.

1-No universo da Ciência Tributária, todo beneficio concedido pelo legislador há de ser interpretado deforma restritiva, SEMPRE.

2 - O Judiciário não pode, a seu bel-prazer, estender isenção tributária, ato discricionário do poder tributante. Neste sentido o art. 111 do CTN

3 - Só aproveitam ao similar estrangeiro as isenções objetivas, quais sejam, aquelas concedidas em função da qualidade do objeto, da mercadoria enquanto tal, não tendo nada a ver com a figura do sujeito passivo da obrigação tributária.

4-No caso vertente, a isenção concedida pela Lei n°8.199/91 é subjetiva, foi dada intuitu personae, ou seja, em função da qualidade de deficiente fisico da pessoa do contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária.

5 - Apelação a que se nega provimento ".

Finalmente, dever-se-á falar acerca da MP n° 1.939-30, de 26 de julho de 2000, e suas posteriores reedições, da Medida Provisória n° 2.068-37, de 27.12.2000, que fora convertida na nova Lei n° 10.182, de 12 de fevereiro de 2001, todos estes diplomas juntos. Ora, a Medida Provisória n° 1.939-30, de 26 de junho de 2000, voltou a conceder isenção do IPI na aquisição por pessoas portadoras de deficiência física de veículos movidos por qualquer combustível. Ou seja, os deficientes fisicos, novamente, a partir daquela data, passaram a adquirir com isenção do IPI também os veículos movidos a combustíveis não renováveis.

A Medida Provisória n° 2.068 veio apenas repetir as últimas edições da MP n°

1.939 e desencadeou na Lei n° 10.182/01, que acertadamente manteve a possibilidade de se conceder isenção do IPI aos portadores de deficiência fisica na aquisição de veículos movidos a qualquer combustível. Faz-se importante o registro dos arts. 1° e 2° da mais nova Lei n° 10.182/01, que trata da questão:

"Art. 1 °É restaurada a vigência da Lei n°8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que, com as alterações determinadas pelo art. 29 da Lei n° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, passa a vigorar até 31 de dezembro de 2003.

§ 1 'No período de 1 ° de outubro a 31 de dezembro de 1999, a vigência da Lei n ° 8.989, de 1995, observará as prescrições contidas no art. 2° da Lei n° 9.660, de 16 de junho de 1998.

§ 2°É mantida a isenção fiscal aos portadores de deficiênciafisica na forma do art. 1°, inciso IV, da Lei n°8.989, de 1995, para aquisição de veículos movidos a qualquer combustível.

Art. 2° O art. 1 ° da Lei n° 8.989, de 1995, alterado pelo art. 29 da Lei n °

9.317, de 5 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 1 °Ficam isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) os automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), de no mínimo quatro portas, inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável, quando adquiridos por.

Parágrafo único. A exigência para aquisição de automóvel de quatro portas e de até 127 HP de potência bruta (SAE) não se aplica aos deficientes fisicos de que trata o inciso IV do caput deste artigo' (NR) ".Veja-se que a nova lei também prevê, em art. 2°, parágrafo único, que a exigência para aquisição de automóvel de quatro portas não se aplica aos deficientes físicos.

Finalmente, é de se concluir que a Lei n° 10.182/01 mantém, em seu art. 1°, §

2°, a possibilidade de os deficientes fisicos adquirirem veículos movidos a qualquer combustível, não estando, portanto, os mesmos enquadrados na redação dada ao art. 1 ° da Lei n° 8.989/95 pelo art. 2° da nova lei, mesmo que isto não esteja nele expresso.

7.3.3. A isenção do IOF nas operações de crédito para aquisição de automóveis por pessoas portadoras de deficiência Ademais, é isento o deficiente fisico do pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras, conforme se passará a demonstrar.

Assim dispõe o Decreto n° 2.219, de 2 de maio de 1997:

"Art. 9°. É isenta do IOF a operação de crédito.-

VI-para a aquisição de automóvel de passageiros, de fabricação nacional, com até 127 HP de potência bruta (SAE), na forma do art. 72 da Lei n °8.383, de 30 de dezembro de 1991; (..) "

A Lei n° 8.383/91, que institui a unidade fiscal de referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências, em seu art. 72, IV, prescreve:

"Art. 72. Ficam isentas do IOF as operações de financiamento para a aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127HP de potência bruta (SAE), quando adquiridos por.IV- pessoas portadoras de deficiência física, atestada pelo Departamento de Trânsito do Estado onde residirem em caráter permanente, cujo laudo de perícia médica especifique; a) o tipo de defeito físico e a total incapacidade do requerente para dirigir automóveis convencionais; b) a habilitação do requerente para dirigir veículo com adaptações especiais, descritas no referido laudo; (..) "

Veja-se, portanto, que os deficientes estão também isentos do IOF, devendo para tanto, comprovar a qualidade de deficiente fisico por laudo de perícia médica, nos exatos termos do art. 72, IV, supracitado. 8. CONCLUSÃO

O princípio segundo o qual o tributo deve ser exigido de acordo com a capacidade econômica do contribuinte é um princípio geral que obriga todo legislador no âmbito federal, estadual e municipal (art. 145, § 1 °).

Todavia, a imunidade, tal como prevista nos arts 150,VI, "c", e 195, § 7°, esconde outros valores fundamentais, como alerta ALIOMAR BALEEIRO

(c£ Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro, Forense), assim considerados pela Constituição, de modo que a renda, os serviços e o patrimônio dessas pessoas imunes devem permanecer afetados à perseguição desses valores políticos, morais, educacionais e assistenciais.

Se a inexistência ou ausência de patrimônio e renda fosse a razão de ser das Imunidades, elas seriam desnecessárias. Ao contrário, supõe a Constituição que as instituições de educação e de assistência social tenham renda e patrimônio (ou

devam tê-los), os quais não podem ser reduzidos por meio de impostos, estando inteiramente comprometidos com os relevantes objetivos sociais cumpridos por essas pessoas imunes. O que não pode haver é a finalidade lucrativa, vale dizer, atividade econômica voltada à apropriação individual de resultados, em que o espírito de solidariedade social é inexistente ou secundário.

Aparentam ou ostentam "signos presuntivos de capacidade contributiva", pois têm capacidade de remunerar empregados, possuem patrimônio ou renda.

Daí a previsão da imunidade com os seus pressupostos:

• Não distribuir lucros e receitas;

• Não reverter patrimônio;

• Reaplicar os lucros no munus assistencial;

• Apresentar contabilidade veraz.

Ora, com agir dessa forma, o constituinte, como que retirou-lhes (apesar das rendas e patrimônios) a capacidade contributiva real, tanto que não as tributa.

Há sinergia. O Estado renuncia ao tributo. Os entes imunes se autofinanciam, crescem em patrimônio e renda, mas para os fins paraestatais previstos na Constituição, à luz de valores que os constituintes entenderam dignos de proteção. É este o balanceamento de princípios constitucionais relevantes que a questão suscita. O patrimônio e a renda afetados no escopo da assistência social não podem ser reduzidos por impostos nem por meio de contribuições sociais. Em relação aos deficientes fisicos, a sociedade civil deve preparar-se para fazer frente ao furor fiscal, socorrendo-se no Judiciário sempre que necessário. Assim como se deve assegurar a eles uma estrutura urbana adaptada as suas necessidades, um mercado de trabalho que lhes assegure um mínimo de vagas, deve-se incentivar ao máximo a criação e o desenvolvimento de instituições voltadas ao amparo fisico, moral, psicológico, dos deficientes fisicos. É uma responsabilidade conjunta do Estado e da sociedade civil. Ao Estado, incumbe não tributar. À sociedade civil, incumbe doar-se um pouco mais a um trabalho tão indispensável às pessoas deficientes e também ao país.

ASPECTO PENAL DA LEI N° 7.853/89

João Mestieri

Doutorem Direito pela PUC-RJ. Master of Laus - Yale.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 conferiu aos deficientes amplas garantias, procurando preservar seus direitos básicos de personalidade e, muito especialmente, garantir equanimidade de participação na vida de relação. Com efeito, seguindo a indicação constante do seu preâmbulo, de promover "a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", a Constituição Federal no seu artigo 24, inciso XIV, determina a "proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência".

É que o mais grave corolário da deficiência é o esteriótipo que a acompanha: a pessoa real como que desaparece, o indivíduo passa a figurar no rol anônimo dos "deficientes". Em contraposição a este estado de coisas, infelizmente dominante, está o verdadeiro anseio do deficiente, o de ser visto e tratado como uma pessoa capaz, normal, não como uma exceção incômoda a ser evitada e ocultada de todos; um sujeito da vida de relação, participante, atuante, e não um fardo social de quem se deve ter pena e prodigalizar caridade.

Este o verdadeiro sentido da proteção constitucional, o de garantir as condições básicas de dignidade, respeito e participação social, evitando a relegação e a discriminação. A teoria subjacente à meta constitucional pode ser sintetizada na afirmação de Ruy Barbosa de "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualam.

Assim, com fundamento no artigo 24, inciso XIV da Constituição Federal, prevendo a proteção e integração social do deficiente, foi editada a Lei n°

7.853, de 24 de outubro de 1989, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplinando a atuação do Ministério Público e ainda definindo crimes.

2. INQUÉRITO CIVIL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ARTIGO 6°

O artigo 129 da Constituição Federal afirma serem funções institucionais do Ministério Público, dentre outras: (a) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (b) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A ação civil pública, como caminho processual para a proteção dos direitos difusos, teve como ponto de partida para a sua elaboração legislativa o importante trabalho da professora Ada Pellegrini Grinover, A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos (1978). Daí surgiram os projetos 4.984/85

(Câmara dos Deputados) e 20/85 (Senado Federal), estruturando-se a ação civil pública como instrumento processual para a prevenção e reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a Lei n° 7.347/85.

Promulgada a Constituição de 1988 e com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, (Lei n° 8.078/90), deu-se ao Ministério Público 0 poder de promover o inquérito civil e a ação civil públicos (art. 129, inciso III, CF), além de se acrescentar o inciso IV ao artigo 1° da Lei n° 7.347/85, legitimando-o à propositura das mesmas medidas na proteção de qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 110, da Lei n° 8.078/90), o que havia sido objeto de veto presidencial por ocasião da sanção da referida lei. Ainda, a Lei n° 8.884/94, com seu artigo 88, modificou o caput do artigo 1° da Lei n°

7.347/85, alinhando ao lado dos danos de natureza material aqueles morais, na ambiência do pedido da ação civil pública. E, mais, passaram a ser abrigados na ação civil pública os interesses coletivos ou difusos interessando (i) os deficientes (Lei n° 7.853/89); (ü) os investimentos no mercado mobiliário; (üi) a tutela da criança e do adolescente; (iv) e os interesses da ordem tributária e econômica (Leis n°S 8.137/90 e 8.176/90).

É com esse sentido e propósito que o legislador previu e disciplinou na lei especial em causa tanto o inquérito civil (art. 6°) quanto a ação civil pública (art. 3°). São remédios expeditos e eficazes mas que devem ser usados com critério e

parcimônia, não se deixando levar, o titular legitimado, por exageros que mais comprometem do que abrigam os interesses difusos.

Como muito bem lembra o professor Rogério Lauria Tucci2 a multiplicação de proposituras de ações civis públicas pelo Ministério Público parece pretender transformar o importante instituto jurídico numa autêntica panacéia geral para toda e qualquer situação.

Observa o professor Amoldo Wald, nesse sentido, que do mesmo modo que houve o abuso do mandado de segurança, há uma certa tendência, atualmente, de generalizar o uso da ação civil pública, sem que se atenda à sua verdadeira finalidade. Com base nessa advertência, observa o insigne advogado que "a introdução em nossa legislação, da ação civil pública e dos seus princípios básicos não deve nem pode atingir: A) os princípios constitucionais que garantem: a) o devido processo legal e o contraditório (devido processo legal substantivo e adjetivo); b) a separação dos Poderes; c) as competências respectivas da União, dos Estados e Municípios; d) a área de competência de cada magistrado. B) o resto do sistema processual tradicional, que continua em vigor, com assuas premissas e regras de procedimento, pois o Direito especial não revoga o Direito geral".

É com esses olhos que devemos analisara iniciativa do Ministério Público e demais legitimados na dinaminização da ação civil pública (art. 3°).

O inquérito civil vem previsto no artigo 6° da lei especial e diz respeito, como é curial, apenas ao Ministério Público:

"Art. 6 - O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa fisica ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinar, não inferior a 10 (dez) dias úteis.

Par. 1° Esgotadas as diligências, caso se convença o órgão do Ministério Público da inexistência de elementos para a propositura de ação civil, promoverá fundamentadamente o arquivamento do inquérito civil, ou das peças informativas. Neste caso, deverá remeter a reexame os autos ou as respectivas peças, em 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público, que os examinará, deliberando a respeito, conforme dispuser seu Regimento.

Par. 2° Se a promoção do arquivamento for reformada, o Conselho Superior do Ministério Público designará desde logo outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação".

A redação legal é simples, clara e prescinde de maior análise; contudo, existe aqui, subjacente, questão importante: pode o Ministério Público requisitar, diretamente, tais informações ou dependerá, ao menos em alguns casos, de autorização judicial?

O Ministério Público, pelo artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, tem como função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; no inciso VIII está prevista a função de "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais".

Antes da Constituição de 1988, a Lei do Colarinho Branco, Lei n° 7.492/86, em seu artigo 29 e parágrafo único já cometia ao Ministério Público a atribuição de requisitar de qualquer autoridade as informações necessárias à apuração dos crimes capitulados naquela lei, ainda que tais informações estivessem cobertas pelo manto do sigilo bancário.

Tendo-se em mira a Lei do Colarinho Branco, a melhor doutrina entende que dois sejam os requisitos para a licitude da quebra do sigilo bancário: (1) trate-se de apuração de delito previsto naquela lei; (2) autorização judicial, não podendo o MP, sponte sua, exigir dos estabelecimentos particulares de crédito, e menos ainda dos órgãos federais, desnudem a vida financeira de seus clientes sem o prévio crivo do exame judicial da pretensão.

Assim se entende por motivos bastante elementares: o Ministério Público é parte, e como tal está submetido aos controles necessários e indispensáveis à vida democrática. Por outro lado, os poderes conferidos ao Parquet, pelo artigo 129 da CF e leis especiais, como a Lei do Colarinho Branco (art. 29 e par. único) e a Lei dos Deficientes (art. 6°) devem ser interpretados em função da coexistência das garantias individuais do artigo 5° da CF, de modo especial o inciso X, pelo qual são resguardados, por invioláveis, os direitos à

"intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação",

bem como das outras mais garantias, como o devido processo legal e as regras comuns, tradicionais, da Teoria Geral do Processo.

Em conclusão, o poder conferido ao Ministério Público neste artigo não deve ser interpretado como absoluto. Isto, levando-se em conta dois aspectos essenciais: (1) quaisquer pedidos ou solicitações previstos no artigo 6° devem estar em absoluta consonância com a imputação que se pretenda e devem ser motivados; esta a ratio única de toda e qualquer iniciativa baseada neste artigo; (2) controle judicial prévio sempre que o pedido envolver diretamente os direitos acima referenciados, manifestado com forma e figura de juízo, e.

g., medida cautelar, respeitado o princípio do contraditório e o da motivação obrigatória das decisões judiciais; neste caso estão, induvidosamente, os pedidos "de exames ou perícias".

3. FIGURAS DELITUOSAS. ARTIGO 8°

As figuras típicas são previstas no artigo 8° da lei especial referida:

"Art. 8° Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta; II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, a pessoa portadora de deficiência;

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta lei; VI -recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta lei, quando requisitados pelo Ministério Público".

A interpretação dos tipos penais constantes dos incisos acima, deve estarem harmonia com os princípios básicos previstos no artigo 1° da mesma lei, e seus parágrafos, ou seja, o objeto de proteção, geral, é o de assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social; são considerados prevalentes os valores de igualdade de tratamento e de oportunidade, de justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, de bem-estar e outros de mesma natureza.

A ratio da proteção vem explicitada no parágrafo 2° do mesmo artigo:

"garantir aos portadores de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade".

4. DISCRIMINAÇÃO NO ENSINO

O inciso I do artigo 8° da lei especial prevê: I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta; A objetividade jurídica do delito descrito neste inciso refere-se ao direito de o deficiente participar da vida de relação, na espécie da instrução pessoal, sem ser discriminado em razão de sua deficiência.

Sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa com poder para realizar a conduta típica; trata-se de crime próprio mas não de mão própria; admite o concurso de agentes. Assim, haverá concurso entre as condutas de um diretor de estabelecimento de ensino que, sem justa causa, recusar aluno com base em sua deficiência, secundado por um chefe de secretaria, aplicando-se a regra do artigo 29 do CP. O sujeito passivo será também próprio, ou seja, a proteção refere-se precipuamente ao deficiente, privado de freqüentar estabelecimento de ensino em função de sua deficiência.

As modalidades do meio executivo são tipicamente referidas: recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar. Recusardé resistir diretamente à matricula

do deficiente, sem justa causa. Suspender, é admitir o aluno e em momento posterior, impedi-lo de continuar a freqüentar regularmente o estabelecimento de ensino em função de sua deficiência.

Procrastinar é adiar, de maneira indefinida e insidiosa, a inscrição de deficiente, impedindo-o, nesse interregno, de frequentar as aulas. Cancelar e fazer cessar a inscrição vêm a ser modalidades equivalentes; a primeira é ato formal de rever a matrícula, a inscrição, antes deferida, tornando-a sem efeito; a segunda, consiste em obter-se o mesmo desiderato, mas não de forma direta, mas insidiosa, sem clara definição, oficial, do estabelecimento de ensino. A vox fazer cessar equivale àquela de procrastinar. A procrastinação se dá no ato da decisão sobre a inscrição; o fazer cessar, quando esta já foi deferida e o estabelecimento de ensino como que se arrepende de tê-la feito e, indiretamente, impede, de fato, que o deficiente freqüente o estabelecimento.

O bem jurídico protegido é o direito de o deficiente ter acesso aos estabelecimentos de ensino, sem ser a isto impedido exclusivamente em razão de sua deficiência. Devemos lembrar que o objetivo geral de proteção, tanto da Constituição Federal quanto da lei especial é o de assegurar aos deficientes o pleno exercício dos seus direitos individuais e sociais, objetivando sua efetiva integração social.

A incriminação de ações tendentes a impedir que deficientes freqüentem estabelecimentos de ensino está relacionada à previsão do artigo 2°, inciso I, da lei especial, especialmente as letras b, c, e e f O artigo 2° citado comete ao Poder Público a obrigação de assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos. O inciso 1, na atividade de proteger e, para tanto, definir tais direitos básicos, prevê, assim, dentre outras, para garantir aos deficientes "tratamento prioritário e adequado", o "acesso de alunos portadores de deficiência aos beneficios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo"

(letra e); "a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino" (letra f).

5. ACESSO A CARGO PÚBLICO

Diz o artigo 8° em seu inciso 11 ser crime "obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência".

A ratio deste tipo penal é sancionar criminalmente a discriminação de deficientes no acesso a cargos públicos. A expressão "sem justa causa" está aí no sentido de se excepcionar da tipicidade os casos de incompatibilidade fática, do deficiente, com o cargo público a ser preenchido; ou seja, incrimina-se aqui a discriminação, o preconceito, propulsores da exclusão, do obstar, sem qualquer razão preponderante, apenas pelo fato de o candidato ser portador de alguma deficiência. O artigo 2° da lei especial, em seu inciso 111, trata da formação profissional e do trabalho do deficiente, prevendo não apenas a inserção no mercado profissional normal, aqui compreendida a formação básica necessária para tanto, como ainda o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência, "que não tenham acesso aos empregos comuns" (letra b).

Assim, a objetividade jurídica do tipo em exame refere-se a obstar, sem justa causa, o acesso de pessoa deficiente a emprego comum, unicamente em função de sua deficiência.

O meio executivo, aqui, se perfaz tão-somente pelo obstar, que significa impedir o acesso ao cargo público em razão da deficiência de que seja portador o candidato.

O tipo subjetivo compõe-se do dolo de discriminar o deficiente na conformidade da descrição objetiva do tipo e das características subjetivas representadas pela especial motivação tipicamente exigida, ou seja, querer obstar o acesso a cargo público de deficiente pelo único motivo dessa mesma deficiência. O tipo apenas se perfaz com o dolo direto, a vontade consciente e livre especificamente manifestada no sentido de cumprir a parte objetiva do tipo. O dolo eventual não é suficiente.

6. ACESSO A EMPREGO OU TRABALHO

Na mesma linha do inciso 11 do artigo 8° da lei especial, este inciso 111 visa a sancionar criminalmente a discriminação de deficiente na concorrência a oportunidades de emprego ou trabalho. A diferença reside apenas em que, aqui, não se trata de cargo público, mas de qualquer emprego ou trabalho.

Ao mesmo tempo em que a lei determina o empenho do Poder Público no sentido da "promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência" (art. 8°,111, "c"), sanciona penalmente o fato da discriminação do deficiente no mercado de trabalho.

De conformidade com o inciso anterior, a falta de justa causa é aqui essencial.

Dir-se-ia que a alusão fosse desnecessária mas a intenção do legislador foi a de ser absolutamente explícito, evitando a possibilidade de interpretações exageradas e em desacordo com o verdadeiro espírito e propósito da criação do tipo penal.

O sentido nuclear do tipo reside na discriminação de pessoas qualificadas para o trabalho, capazes de desempenhar as funções essenciais inerentes a este, mas que são preteridas unicamente por causa de sua deficiência.

O tipo objetivo compreende a discriminação do deficiente nas oportunidades de emprego ou trabalho. O legislador, empregando ambas as expressões típicas, emprego e trabalho, não procurou distingui-Ias para qualquer propósito mas, sim, garantir o elastério necessário à perfeita e abrangente integração do tipo penal. Emprego seria a relação formal, duradoura, enquanto que trabalho teria um sentido informal, episódico, de eventualidade.

É indiferente para o tipo o fato de o deficiente haver ocultado a sua deficiência, ou ser ela óbvia ou discreta. A lei brasileira não é explícita quanto à obrigação de o deficiente declarar essa condição quando da entrevista com o empregador, ao contrário do Americans with Disabilities Act americano.

Nesse statute está claramente previsto não ter o deficiente tal obrigação, sendo

esta uma decisão individual, que cada um deve tomar por si mesmo.

Recentemente, passou-se a entender-se, naquele país, que o empregador esteja proibido de fazer perguntas sobre deficiência a um candidato, a não ser que ela seja óbvia. Por outro lado, ainda que não haja nenhuma obrigação legal de o candidato referir a sua deficiência, entende-se que informar ao empregador sobre tal questão, depois que uma oferta de emprego tenha sido feita, permite a ambas as partes concentrarem-se nas qualidades e habilidades do candidato e não em sua deficiência.

Ajusta causa consistiria na inadequação do candidato deficiente ao tipo de oportunidade de emprego ou trabalho ofertado. Neste caso não há discriminação, já que esta pressupõe a aptidão específica e, portanto, não haverá a incidência do tipo penal.

O tipo subjetivo vem a ser a vontade consciente e livre dirigida no sentido de negar a deficiente emprego ou trabalho em razão apenas de sua deficiência.

O sentido discriminatório é aqui decisivo. O dolo direto é exigível, não sendo suficiente o simples dolo eventual. Não há forma culposa punível.

7. ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR

O inciso IV do artigo 8° da Lei especial torna delituosa a ação de "recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, a pessoa portadora de deficiência".

O artigo 2° da lei especial, em seu inciso II, prevê uma série de providências na área da saúde, e dentre elas destacamos as seguintes, que diretamente dizem respeito ao tipo penal em causa: (1) garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados; (2) garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado; (3) desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social.

O tipo objetivo do delito consiste em recusar, retardar ou dificultar internação ou

deixar de prestar assistência médico-hospitalar a deficiente. Recusar é a negativa peremptória da prestação exigida pelo tipo; não é a simples omissão mas a postura daquele que não tem a intenção de executar o comportamento a que está legalmente obrigado. Retardar é procrastinar, protrair, protelar, sem justa causa ou necessidade, a ação imposta pelo dever jurídico de agir.

Dificultar é criar óbices impertinentes à prestação do serviço ou assistência juridicamente exigíveis. Deixar de prestar assistência compreende um non facere quod debetur, ou seja, a voluntária omissão no prestar o serviço médico-hospitalar ou ambulatorial a deficiente.

A prestação de assistência incumbe àquele sujeito determinado que no estabelecimento hospitalar está encarregado de tal serviço. Trata-se, pois, de crime omissivo em que o sujeito é especializado, determinado, próprio. Ainda assim é possível o concurso de agentes, uma vez que mais de um agente, obrigado a prestar a assistência a deficiente venha a omitir-se. O

conhecimento da condição de ser a vítima deficiente é tipicamente exigível.

Na ignorância de tal condição, poderá se configurar o delito de omissão de socorro do artigo 135, CP.

O dever jurídico de agir encontra, nada obstante, limites. Será exigível quando possível ao agente implementá-lo na forma requerida pelo tipo penal. Assim, há de se terem conta a capacidade e possibilidades materiais do agente e do estabelecimento, analisadas sempre em relação ao caso concreto. Por outro lado, o cumprimento do dever jurídico uma vez exigível, deve ser realizado de imediato, ou ao menos de forma a não colocarem risco o bem jurídico protegido, que vem a ser a incolumidade psicofísica e mesmo a vida do deficiente.

O tipo subjetivo é composto unicamente do dolo direto, consistindo este na vontade livremente direcionada a recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar ou ambulatorial à pessoa sabidamente deficiente.

8. ORDEM JUDICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O inciso V do artigo 8° da Lei especial é simplesmente supletivo sancionador

dos parágrafos 1 a 4 do artigo 3° da mesma lei; contudo, não abrange as requisições "do interessado" às autoridades públicas competentes, de certidões e informações (art. 3, par. 1°) e nem as requisições oriundas do Ministério Público para instaurar o inquérito civil, de que trata o artigo 6° da mesma lei.

É que a sanção criminal está aqui restringida às recusas de "execução de ordem judicial expedida na ação civil".

O artigo 3° diz que "as ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência".

Para instruir a inicial, diz o parágrafo 1°, "o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias", sendo que estas devem ser fornecidas "no prazo de 15 (quinze) dias da entrega" do requerimento, sendo que tais dados assim obtidos só poderão ser utilizados para instruir a ação civil. Na hipótese de o interessado, frustrado no seu propósito de obter de repartição pública certidões ou informações necessárias ao arrimo de sua pretensão judicial e requerer, incidentalmente, ao juiz da causa, que tal providência seja ultimada, o descumprimento à ordem judicial será, sim, típica, fazendo incidir a regra jurídica do artigo 8°, inciso V.

São diversas as modalidades do meio executivo: deixar de cumprir, retardar ou frustrar. O deixar de cumprir é a desobediência à ordem judicial em seu sentido mais amplo e puro; o destinatário, obrigado, simplesmente se recusa a cumprir a ordem, sem qualquer justo motivo. Aqui não é necessário que o recalcitrante manifeste a recusa, oralmente ou por escrito, bastando a omissão, desde que certa e induvidosa a recepção da ordem judicial de autoridade competente. Retardar consiste em postergar a providência ordenada, tornando a resposta sensível e injustificadamente mais lenta. Frustrar é baldar, impedir, ensejar o malogro do propósito ínsito na ordem judicial, por qualquer meio.

O crime é próprio, sendo autora a pessoa obrigada a acatar a ordem judicial mas o concurso de agentes é admissível, uma vez que terceiro, conscientemente, venha a participar da ação delituosa. A tentativa é, em tese, reconhecível, pois o

processo executivo é fracionável. O justo motivo a que alude a lei tem a natureza de elemento negativo do tipo e deve ser avaliado caso a caso; assim, não atuará tipicamente o agente que não responder ao mandamento judicial com a presteza esperada em razão de dificuldades materiais comprovadas; neste caso, não estaria retardando o cumprimento da ordem judicial.

O tipo subjetivo exige o dolo direto, a vontade consciente e livre de descumprir, retardar ou frustrar a execução de ordem judicial. O delito não se aperfeiçoa com o simples dolo eventual, e nem é punível a título de culpa.

9. REQUISIÇÃO DE DADOS TÉCNICOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

No inciso VI do artigo 8° da lei especial o legislador sanciona penalmente expedientes tendentes a retardar ou obviar a colheita de informações técnicas indispensáveis à propositura da ação civil pública pelo órgão do Ministério Público.

O preceito pretende dar suporte sancionador, de caráter penal, ao disposto no artigo 6° da mesma lei, pelo qual se confere ao Ministério Público a faculdade de "requisitar, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinar, não inferior a 10 (dez) dias úteis".

Aqui também o meio executivo admite várias modalidades, sendo tipo penal de conteúdo variável: recusar, retardar ou omitir. Já tivemos oportunidade de examinar as duas primeiras modalidades, recusar e retardar, as quais possuem, aqui, o mesmo significado e propósito daquele do inciso anterior. O omitir, a sua vez, compreende a omissão parcial ou total de dado técnico indispensável.

A modalidade permite o surgimento de concurso de delitos, e. g., com a falsidade; contudo, sendo esta a única forma de se expressar a omissão, tipicamente exigida, há de se a considerar como absorvida pela infração à lei especial. A ação incriminada, qualquer que seja a modalidade do meio executivo, exige que o elemento normativo do tipo "dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública" esteja presente. Assim, apenas a ação negativa respeitando tais dados indispensáveis será típica.

O tipo subjetivo se aperfeiçoa, exclusivamente, com o dolo direto de recusar,

retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pelo Ministério Público e por ele requisitados.

10. Código de Processo Penal - Artigos 192 e 223

10.1. Declarações do Mudo, Surdo e Surdo-Mudo

O artigo 192 do CPP estabelece os princípios a serem observados no interrogatório judicial do mudo, do surdo e do surdo-mudo.

Recebida a denúncia ou queixa, deve o juiz mandar citar o réu e intimá-lo para interrogatório (art. 394, CPP). Trata-se de ato personalíssimo; interrogado é o próprio acusado, não podendo se fazer representar ou substituir por quem quer que seja. Nesta linha, é vedada a interferência ou auxílio do advogado de defesa e do curador do réu menor (art. 187, CPP) e, como conseqüência, igual proibição é de se reconhecerem relação ao acusador público, ao querelante e a eventual assistente de acusação.

O ato é essencialmente judicial, privativo do juiz da causa (arts. 186, 195 e 196, CPP). A oralidade é da sua essência, pois o interrogatório é a única oportunidade de uma relação direta entre juiz e réu, momento em que o magistrado poderá analisá-lo, formar uma opinião sobre o ser humano. De outro lado, é importante momento para o acusado dar a sua versão dos fatos narrados na denúncia e as suas razões de defesa. Nada obstante serem essenciais e historicamente importantes, tais características devem ceder à imposição da própria natureza. Assim, se o interrogando é surdo, as perguntas do juiz não poderão ser formuladas oralmente; se mudo, não poderá responde-Ias vocalmente. Se a deficiência for ainda mais profunda, como no caso do surdo-mudo, o interrogatório deverá ser conduzido do modo possível para assegurar a perfeita intelegibilidade das perguntas e das respostas.

Nesse sentido, o artigo 192 do CPP estatui:

Art. 192 - O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as ele

por escrito;

111- ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e por escrito dará ele as respostas.

Parágrafo único - Caso o interrogado não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

Os critérios aqui estipulados, como lembra Tornaghi, são da substância do ato, essenciais para a sua validade jurídica: "se, portanto, é preterida a forma prescrita para o interrogatório do acusado surdo, mudo ou surdo-mudo, o ato é viciado, o prejuízo se presume e advém a nulidade, salvo se ocorrer a hipótese do parágrafo único do art. 192 (analfabeto), caso em que a maneira de interrogar será outra".

Ainda sobre o atendimento aos critérios legais, observa Tornaghi (idem, idem), que o interrogatório por escrito será inviável se o acusado surdo for analfabeto, o mesmo se dando com o mudo e por isso, sugere, de lege ferenda, se deixe expressa a hipótese em que o surdo, ou mudo, não puder ler ou escrever (p. ex., não pode ler porque é cego; não pode escrever porque é manco dos braços).

Nesses casos a figura do intérprete será necessária por sua excepcionalidade.

Aqui, observa Eduardo Espínola Filhos que "para transmitir as perguntas do juiz ao interrogado e para que as respostas deste sejam conhecidas daquele, é promovida a intervenção no ato de pessoa a qual conheça e pratique a linguagem dos surdos-mudos. Essa pessoa, que Galdino Siqueira (Curso de processo criminal, 2a ed., 1930, p. 334) entende deve ser, perfeitamente, quem tenha o hábito de comunicar-se com o réu (mas, é evidente, para isso, mister se faz seja pessoa absolutamente idônea, pois há a receiar que a afeição pelo acusado, ou o espírito de compaixão, deturpe o sentido das perguntas ou das respostas), assume a posição de um intérprete, prestando o compromisso de fidelidade na tradução (e é terminantemente proibido resumir as perguntas ou respostas, que devem ser transmitidas em toda a sua exata extensão)".

Em todos os demais casos legalmente referidos, é de se observar estritamente as regras do artigo 192, CPP, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "o interrogatório do surdo-mudo que sabe ler e escrever pode ser feito por escrito e

por escrito dará ele as respostas, não sendo necessária a nomeação de intérprete, uma vez que essa providência, segundo o CPP (art. 192, Ill) só é imprescindível no caso de o interrogado ser analfabeto, porque aí, terá o intérprete a função de transmitir as perguntas e traduzir as respostas" (RT

736/576).

10.2. Testemunha Muda, Surda ou Surda-Muda

O depoimento de tais testemunhas deve ser colhido na forma preceituada no artigo 192, CPP.

A matéria vem prevista no artigo 223, CPP:

Art. 223 - Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.

Parágrafo único - Tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192.

As condições para a validade do ato jurídico já severas em relação ao interrogatório do acusado, são ainda mais importantes no que respeita a inquirição de testemunhas que se encontrem nas condições do artigo 223, parágrafo único, CPP. É que, aqui, ao contrário do interrogatório, há a obrigação de dizer a verdade, sob as penas do artigo 334, CP, além de ser, o testemunho, segmento importantíssimo para a formação do convencimento do juiz

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"arrolando as partes testemunha surda-muda cujos esclarecimentos se mostram imprescindíveis ao julgamento da espécie, se a mesma é inquirida em plenário com inobservância à forma preconizada pelo art. 192, incisos e parágrafo do CPP, servindo de intérprete pessoa não qualificada, não compromissada e não habilitada, é de se reconhecer a nulidade do depoimento tomado, bem como o auto de reconhecimento constante dos autos, decretando-se a anulação do julgamento realizado" (RT 712/451).