



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ADOLFO ANTONIO TICCHINI HERNANDES

**A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO COMO EFETIVIDADE DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

ASSIS

2016



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ADOLFO ANTONIO TICCHINI HERNANDES

**A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO COMO EFETIVIDADE DA
SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Adolfo Antonio Ticchini Hernandez
Orientador: Eduardo Augusto Vella Gonçalves
Área de Concentração: Direito Social

ASSIS

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

HERNANDES, Adolfo Antonio Ticchini.

A evolução dos direitos da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica do princípio do não retrocesso como efetividade da segurança jurídica / Adolfo Antonio Ticchini Hernandez. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – 2016.

40p.

Orientador. Eduardo Vella Gonçalves.

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1.Pessoa com Deficiência. 2.Não Retrocesso.

CDD: 340

Biblioteca da Fema

ADOLFO ANTONIO TICCHINI HERNANDES

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO COMO EFETIVIDADE DA
SEGURANÇA JURÍDICA.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
como requisito do Curso de Graduação, analisado
pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Eduardo Augusto Vella Gonçalves

Analisador: Edson Fernando Pícolo de Oliveira

ASSIS

2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à memória da minha tia
Thereza Moya Hernandez

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Eduardo Vella pela clareza e pela objetividade das aulas nos anos que acompanhou nossa turma, as suas aulas me incentivaram ao interesse do estudo do direito.

À Professora Gisele Spera pela prestatividade, pela atenção e pelo olhar atento.

Aos meus tios Rafael Moya Hernandez e João Carlos Moya Hernandez pelo apoio nesses anos.

À minha tia Thereza Moya Hernandez pelo suporte, não apenas nesses últimos cinco anos, mas por todos eles, em cada fresta de momento você estava lá, preenchendo minhas lacunas, não havia chance de dúvida, nem de encorajamento à desistência ao teu lado.

Aos meus pais Marcos Antonio de Almeida e Maria Cristina Moya Hernandez de Almeida e à minha Irmã Janaína Hernandez Ramos pela amizade, pela palavra certa, pelo abrigo e pela fé.

À minha esposa Priscila Ticchini Hernandez pelo amor, cuidado, paciência, ânimo e refúgio.

À minha pequena Maitê Ticchini Hernandez, pelo sorriso mais fofo do mundo, todo o meu calculo se resolve e se completa em você. Papai te ama.

*no fundo, no fundo,
bem lá no fundo,
a gente gostaria
de ver nossos problemas
resolvidos por decreto*

*a partir desta data,
aquela mágoa sem remédio
é considerada nula
e sobre ela – silêncio perpétuo*

*extinto por lei todo o remorso,
maldito seja quem olhar pra trás,
lá pra trás não há nada,
e nada mais*

*mas problemas não se resolvem,
problemas têm família grande,
e aos domingos saem todos passear
o problema, sua senhora
e outros pequenos probleminhas*

*Paulo Leminski
(1944-1989)*

RESUMO

Esse trabalho de conclusão de curso descreve sobre a evolução dos direitos da pessoa com deficiência na legislação brasileira, que tomou fôlego a partir de movimentos internacionais como a criação da ONU, culminando numa preocupação mundial no tratamento dado às pessoas com deficiência. Uma jornada longa, que passa por modestas modificações nas Constituições Brasileiras, até que em 1988, a nova Constituição ampliou significativamente o campo de direitos e garantias fundamentais; desse momento em diante o assunto ganha maior notoriedade no Brasil. Leis regulamentadoras surgiram, o Brasil tornou-se signatário da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, tornando esta o primeiro tratado internacional a ser ratificado como emenda constitucional nos moldes do artigo 5, parágrafo 3º da Constituição Federal, e em 2015 fora criado o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com todos esses direitos adquiridos, surge a preocupação da manutenção desses direitos, compreendido pelo princípio constitucional do não retrocesso, como garantia da segurança jurídica.

Palavras-chave: pessoa com deficiência; não retrocesso; segurança jurídica.

ABSTRACT

This undergraduate thesis describe about the rights evolution of persons with disabilities in Brazilian legislation, that took breath since international mobilizations like the foundation of ONU, the treatment received by the persons with disabilities peaked to a world concern. A long journey that transition by modest changes in Brazilian Constitutions, until the year 1988, the new Constitution significantly increased fundamentals rights and guarantees, from that moment on, the subject takes more notoriety in Brazil. Governing laws were arising, and the country became signatory of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, this was the first international treaty to be rectified like a constitucional amendment in terms of article 5, paragraph 3th, of Federal Constitution, on 2015 was created the Persons with Disabilities Statute. With all these acquired rights, arises a new concern, the maintenance of these rights, supported by the Non-Regression Constitucional Principle, by this way, guarantee of legal security.

Keywords: persons with disabilities; non-regression; legal security.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1. ASPECTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	12
CAPÍTULO 2. OS AVANÇOS DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
2.1 O MARCO LEGAL: MUDANÇAS RELEVANTES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	19
2.1.1 Normas Regulamentadoras e o gerenciamento político dos Direitos da Pessoa com Deficiência	21
2.2 CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	23
2.3 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	25
2.3.1 O conceito atual.....	25
2.4 LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO: O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	28
2.4.1 Da abrangência do Estatuto	29
CAPÍTULO 3. O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO COMO EFETIVIDADE DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS DIREITOS ADQUIRIDOS.....	30
3.1 DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO	30
3.1.1 Do Conceito.....	30
3.2 SEGURANÇA JURÍDICA: A NATUREZA DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO	33
3.2.1 Estabilidade <i>versus</i> imutabilidade.....	34
CAPÍTULO 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	36

INTRODUÇÃO

As dificuldades encontradas pelas pessoas com deficiência decorrem de uma cultura exclusiva e preconceituosa, nos quais tais indivíduos foram por muito tempo excluídos e escondidos da sociedade. A crença dominante era que o deficiente deveria ser eliminado do meio social, muitas vezes expostos ao ridículo, não aceitos ao convívio com as demais pessoas da sociedade (RIBOLI et al., 2011).

A discriminação com esse grupo de pessoas sempre fez parte da história de todos os povos, e muitos foram os termos utilizados para caracterizar estas pessoas: deformados, paralíticos, cochos, mancos, inválidos, débeis mentais. Termos estes que foram incorporados na literatura e em dicionários atuais (OAB-SP, 2006).

Ainda hoje persiste a confusão, apesar dos esforços no sentido de buscar uma terminologia mais adequada para definir essas pessoas. O termo portador vinha sendo questionado, no consenso de que a expressão era imprópria; a deficiência não é algo que se carrega, nem objeto que se porta por um determinado tempo e depois se desfaz (OAB-SP, 2006).

A pessoa não porta a deficiência, ela é integrante de sua identidade, no entanto, com a evolução dos direitos dessas pessoas, o termo pessoa com deficiência atualmente é a expressão mais adequada (TSUTSUI, 2014).

Um marco importante para o estudo das pessoas com deficiência, e conseqüentemente o que contribuiu para o surgimento e evolução dos direitos desse grupo de pessoas foi a ocorrência das duas guerras mundiais, que levou ao agravamento do número de pessoas com deficiência, fazendo com que o tema ficasse exposto de forma mais incisiva, o que exigiria do Estado uma posição de agente protetor (ARAUJO, 2011).

Contudo, no Brasil as guerras não acarretaram a conscientização do problema como ocorreu em outros países como os da Europa e os Estados Unidos, o índice assustador do Brasil não tem a mesma causa, mas, se deve a outras condições como, por exemplo, os acidentes de trânsito (ARAUJO, 2011).

A proteção às pessoas com deficiência nunca foi tema constante no ordenamento jurídico brasileiro, em 1991 a taxa de deficiência no Brasil atingia dez por cento da população, o fato foi então reconhecido pela Organização das Nações Unidas, como uma grande preocupação constitucional¹.

A primeira notícia de proteção específica à pessoa com deficiência ocorreu com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a partir daí esses direitos foram se ampliando. Um novo perfil foi dado pela Constituição de 1988, paternalista de um lado, e realista de outro (ARAUJO, 2011).

A Constituição de 1988 inclui além do alargamento da dimensão dos direitos e garantias, não apenas os direitos civis e políticos, mas os sociais. Dessa forma, o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais constituem suporte a todo sistema jurídico brasileiro (OAB-SP, 2006).

Os direitos sociais reconhecidos como direitos fundamentais, base do ordenamento jurídico brasileiro, traduzindo-se como a maior finalidade do Estado, por sua vez, tais direitos passaram a ser reconhecidos em decorrência de grandes lutas e conflitos (LUIZ, VASCONCELLOS; 2015).

Com a evolução dos direitos da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se cada vez mais evidente a aplicação de princípios que visam garantir direitos aos jurisdicionados, sendo o caso do princípio do Não Retrocesso, que sob sua invocação, impõe coercitivamente ao Poder Público o dever de implantar políticas públicas, com a finalidade de garantir aos cidadãos o acesso a direitos básicos (TREMEL, 2016).

Portanto, o objetivo do presente estudo é demonstrar a aplicação do princípio do Não Retrocesso como garantia na manutenção das normas protetivas a direitos adquiridos da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

¹ Cf. Barra. Epaminondas M. – Censo não mostrará a verdadeira realidade. O Estado de São Paulo, São Paulo, 9 nov. 1991. Justiça, p. 8.

CAPÍTULO 1. ASPECTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Contextualizar o surgimento dos direitos da pessoa com deficiência é imprescindível, sendo fundamental organizar os eventos por ordem cronológica.

Nesse sentido, nos primórdios da civilização o tratamento dispensado às pessoas com qualquer tipo de deficiência dependia da cultura de cada povo, que atingia seus extremos: a exterminação ou a proteção (SILVA; LIMA, 2013). No entanto, a grande maioria era exterminada por apresentar anomalias (OAB - SP, 2006).

Na antiguidade, as leis romanas eram desfavoráveis às pessoas que nasciam com alguma deficiência, sendo permitido aos pais matar essas crianças (OAB - SP, 2006).

Para os hebreus, a deficiência era tida como punição por Deus, para os hindus, os deficientes visuais teriam algum poder sobrenatural (SILVA; LIMA, 2013).

Na Grécia, as leis autorizavam a eliminação e a segregação daqueles que apresentavam deformidades (Silva, 2013). Platão no livro “A República”, e Aristóteles no livro “A Política”, trataram do planejamento das cidades gregas, indicando a eliminação para os disformes, a eliminação se dava pelo abandono ou pela morte (GUGEL, 2007).

Durante o Cristianismo surgido com Império Romano, a nova doutrina combate dentre outras práticas, a eliminação dos filhos nascidos com deficiência, e surge a ideia de implementação de cuidados para essas pessoas (GUGEL, 2007).

O tratamento às pessoas com deficiência não modificou na idade média e nem na idade moderna, e continuaram sendo vítimas da segregação e exclusão, tanto pela sociedade como pelas suas próprias famílias. O cenário começou a mudar com o surgimento das ideias humanistas durante a Revolução Francesa, desde então um lento e gradativo processo de reconhecimento dos seus direitos fundamentais foi iniciado (SILVA; LIMA, 2013).

Foi no século XIX, que a constituição de organizações para estudar os problemas advindos de cada deficiência teve de fato início, pela percepção de que havia a

necessidade de uma atenção especializada, difundindo os orfanatos, asilos e lares para os deficientes físicos (ARAUJO, 2011).

No mesmo período surge principalmente nos Estados Unidos e Alemanha a reabilitação dos feridos para o trabalho (SILVA; LIMA, 2013).

Seguindo esse modelo, fora criado no Brasil o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, por meio do Decreto Imperial 1.428 de 12 de Setembro de 1854, poucos anos depois, em 26 de Setembro de 1857, o Imperador Dom Pedro II funda o Imperial Instituto dos Surdos Mudos, atualmente são chamados respectivamente de Instituto Benjamin Constant e Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES (GUGEL, 2007).

Assim, a sociedade da época se viu impulsionada pelas mudanças políticas, sociais, ideológicas e culturais, a pensar na inclusão daqueles que até este momento eram destituídos de direitos e deveres, porém, a inclusão não começou a ocorrer de forma rápida ou fácil (SILVA; LIMA, 2013).

A deficiência em qualquer uma de suas modalidades, claramente não é um tema novo, embora apenas recentemente a preocupação com a sua prevenção e a proteção das pessoas com deficiências se tornaram evidentes; as duas grandes guerras mundiais foram sem dúvida, fatos desencadeantes para o aumento drástico do número de pessoas com deficiência de locomoção, audição e visão; esse agravamento fez com que o aumento do número das pessoas com deficiência ficasse exposto de forma incisiva, exigindo do Estado uma posição não apenas de cuidador, mas, de agente protetor (ARAUJO, 2011).

No século XX, após sucessivas guerras, que avanços importantes, sobretudo em relação às ajudas técnicas e elementos tecnológicos assistivos foram se aperfeiçoando, contudo, a sociedade organizou-se de forma coletiva para enfrentar os problemas sociais em curso, e para melhor atender as pessoas com deficiência, buscando soluções para aprimorar os mecanismos de reabilitação. Um importante organismo criado na época para reabilitar as pessoas para o trabalho no mundo, inclusive às com deficiência, foi a Organização Internacional do Trabalho – OIT (GUGEL, 2007).

Na mesma época, no ano de 1945, logo após a segunda guerra, com o surgimento da Carta das Nações Unidas, foi criada a Organização das Nações Unidas - ONU, tendo como finalidade a busca de esforços para a manutenção da paz mundial, e dos direitos fundamentais (SILVA; LIMA, 2013).

Os direitos da pessoa com deficiência recebeu considerável atenção com a Declaração Universal dos Direitos dos Humanos, em 10 de Dezembro de 1948, pela ONU (OLIVEIRA; SANTOS, 2011).

A Declaração traz em seu contexto:

Artigo 25, item I - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar para si e à sua família saúde bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Tal evento visou assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, universalizando, promovendo e estimulando tais direitos (SILVA; LIMA, 2013).

Na década de 1960, a politização do tema em questão, foi capitaneada por ativistas e organizações de pessoas com deficiência ao redor do mundo, os agentes políticos e a sociedade, começaram a ter maior visibilidade, e a dar maior importância ao assunto, resultando na criação de medidas antidiscriminatórias para assegurar direitos iguais; o discernimento do que é deficiência e os seus impactos na vida da pessoa, foram nesse momento alvo e reflexão por todos. A concepção da deficiência era definida como resultado de um impedimento físico ou mental, presente no corpo ou na mente de certas e determinadas pessoas, sendo assim, a deficiência deveria ser tratada e corrigida através de intervenções de profissionais para que a pessoa pudesse se adaptar à maneira como a sociedade é construída e organizada (BERNARDES, 2012).

Nessa linha evolutiva da defesa dos direitos humanos, a atenção a este tema continua em ascensão com a Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente, em 09

de Dezembro de 1975, através da Resolução ONU 2542, garantindo o direito da dignidade humana, atendimento médico, psicológico, integração na sociedade, implementação de mecanismos arquitetônicos, jurídicos, sociais e educacionais, possibilitando a máxima independência das pessoas com deficiência ONU (OAB - SP, 2006).

Este documento busca assegurar que as deficiências da pessoa humana sejam consideradas na implementação das políticas públicas, possibilitando a integração desse grupo de pessoas com dignidade nos setores da sociedade (SILVA; LIMA, 2013).

No ano de 1976 ocorreu outro momento relevante no contexto universal, sendo comemorado o Ano Internacional das Pessoa com Deficiência sob o tema “A participação plena e a Igualdade”, um evento de contribuição para melhor compreensão das necessidades e das potencialidades das pessoas com deficiência em diversos países (OLIVEIRA; SANTOS, 2011).

Atualmente, cada ordenamento jurídico trata o tema com características diferentes e especiais, havendo países que embora inexista qualquer comando a nível constitucional, a proteção é efetiva, entretanto, países em que apesar das garantias constitucionais, o tema é tratado de forma insuficiente e limitada pelo legislador infraconstitucional e também pelas autoridades em geral (ARAUJO, 2011).

Por todos esses aspectos históricos é que os direitos da pessoa com deficiência vieram se consolidando no mundo, e assim, estaria por vir se consolidar também, no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 2. OS AVANÇOS DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

São inegáveis os modernos avanços das políticas públicas em países desenvolvidos como os Norte Americanos e muitos outros na Europa, o Brasil vem buscando alcançar seu espaço.

Nesse aspecto, nos últimos anos houve avanço na promoção dos direitos das pessoas com deficiência por meio de políticas públicas no Brasil, na perspectiva da valoração da pessoa como cidadã, no dever de garantir a universalização das políticas sociais e ao respeito às diversidades que são inúmeras, estão entre elas as étnico-raciais, as geracionais, as de gênero, e as de deficiência (SECRETARIA DOS DIREITOS HUMANOS – SDH, 2012, p.15).

Entretanto, segundo Araújo (2011), “com exceção da regra isonômica, a proteção das pessoas com deficiência nunca foi tema constante dos textos constitucionais brasileiros”.

A Constituição de 1824, apenas trouxe a garantia de igualdade no inciso XIII do artigo 179², assim ocorreu com a Constituição de 1891 no parágrafo segundo do artigo 72³. A Constituição de 1934 consagra a igualdade no inciso I do artigo 113⁴, entretanto, é no artigo 138 deste texto que o caráter social embrionário do direito à inclusão da pessoa com deficiência é revelado; ao assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados, ao proteger a juventude contra o abandono físico, moral e intelectual, e a cuidar da higiene mental (ARAÚJO, 2011).

² A garantia de igualdade na Constituição de 1824: “Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: Inc. XIII. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

³ A garantia de igualdade na Constituição de 1891: “Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes. §2º Todos são iguais perante a lei”.

⁴ A garantia de igualdade na Constituição de 1934: “Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: Inc. I Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas, ou idéias políticas”.

A garantia do direito à igualdade na Constituição de 1946 se encontra no parágrafo primeiro do artigo 141⁵, na Constituição de 1967, no parágrafo primeiro do artigo 150. Porém, foi nos anos de 1960 que a primeira medida de proteção específica à pessoa com deficiência - antes apenas uma ideia embrionária - surgiu no Brasil, com a Emenda Constitucional nº1, de 1967, artigo 175, parágrafo 4º, que garantia a assistência na educação de pessoas com deficiência, porém, utilizando o termo “excepcional”, convencional à época (SILVA, 2007).

Em 1978, a mesma Constituição de 1967, através da Emenda nº 12, estabeleceu às pessoas com deficiência a melhoria de sua condição social e econômica, mediante educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; proibida a discriminação, quanto a admissão ao trabalho, ao serviço público e aos salários; pela primeira assegurando a acessibilidade (SILVA; LIMA, 2013).

Emenda Constitucional nº 12, de 17 de Outubro de 1978:

Artigo único – É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho e ao serviço público e a salários;

IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos

Segundo Araújo (2011), as normas citadas acima, localizadas em apenas uma Emenda, na Constituição de 1967⁶, espalham-se na Constituição de 1988, onde a expressão utilizada é “pessoa portadora de deficiência”, tendo o condão de diminuir o estigma da deficiência, ressaltando o conceito de pessoa, não mais “excepcional” ou “deficiente” como nas Constituições anteriores.

⁵ A garantia de igualdade na Constituição de 1946: “Art. 141 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §1º Todos são iguais perante a lei”.

⁶Na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, consta a palavra “excepcionais”: educação de “excepcionais” (artigo 175, parágrafo 4º). Já a Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, utiliza apenas o termo “deficientes: “é assegurado aos ‘deficientes”.

A Emenda nº 12, sem dúvida, representou um grande avanço, servindo de base para medidas judiciais, como por exemplo, a busca pela acessibilidade no metrô de São Paulo na época, no entanto, Araújo (2011), observa que a emenda não foi incorporada ao texto Constitucional, e sim, ficando ao final dele, segregada, e que embora tenha o mesmo valor, e tenha partido de uma atitude involuntária, deixa transparecer a preocupação de proteger sem incluir.

A visão até então assistencialista, de caráter paternalista e excludente, voltado à correção da deficiência, que pouco valorizava a autonomia e a dignidades das pessoas com deficiência enquanto sujeito de direitos, refletida nos textos constitucionais anteriores a de 1988, e impregnada na concepção dominante da sociedade, foi dando lugar à ideia que a exclusão vivida por esse grupo de pessoas, era provocada pela organização social contemporânea, assim, a deficiência passou a ser entendida como produto das barreiras físicas, organizacionais, e atitudinais da sociedade, a deficiência não seria a culpa individual da pessoa, mas característica da condição humana, como inúmeras outras (BERNARDES, 2012).

Sob o novo olhar que surgia, mudanças estruturais em relação às políticas públicas voltadas à esse segmento foram necessárias; as medidas assistencialistas e caritativas tiveram que ser revistas, para que as pessoas com deficiência alcançassem protagonismo na condução dos assuntos que lhe dizem respeito no campo público (ARAUJO, 2011)

Todo marco legal deveria ser construído para a garantia da igualdade de oportunidades (BERNARDES, 2012).

Seguindo a linha evolutiva, cabe salientar, que poucos anos antes da atual Constituição, em 3 de Dezembro de 1982, foi elaborado pela ONU, o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, sendo o Brasil aderente tanto deste documento, quanto os da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, e dos da Declaração dos Direitos da Pessoa Deficientes (OAB - SP, 2006).

Ao passar do tempo mudanças começaram a ocorrer no tratamento às pessoas com deficiência (OAB - SP, 2006)

Cabe ressaltar que no Brasil, as guerras não acarretaram a conscientização do problema, como aconteceu na Europa e nos Estados Unidos, entre nós, a causa do

número elevado de pessoa com deficiência não tem a mesma causa que esses países, o índice brasileiro se deve grande parte aos acidentes de trânsito, à carência alimentar e à falta de condições de higiene (ARAÚJO, 2011).

2.1 O MARCO LEGAL: MUDANÇAS RELEVANTES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após as inovações trazidas no texto das Emendas nº1 e nº12 da Constituição de 1967, somente a Constituição de 1988 introduziu mudanças relevantes, como a proteção no mercado de trabalho; reserva de vagas em concursos públicos; assistência social; educação; dignidade humana e cidadania (SILVA; LIMA, 2013).

Segundo Bernardes (2012), o assunto foi inserido definitivamente na Constituição de 1988, de forma abrangente e transversal, ao contrário da sua antecessora.

Essa Constituição traz os direitos que viemos discutindo de forma dispersa, através de vários dispositivos em capítulos distintos; o genérico princípio da igualdade⁷ encabeça o artigo 5°. Por sua vez, é no artigo 7°. Inciso XXXI, que a regra específica de isonomia⁸ se manifesta. O artigo 23, inciso II, prevê a competência comum da União, Estado, do Distrito Federal e dos Municípios tratarem da saúde e assistência pública, da proteção e da garantia dos direitos da pessoa com deficiência; o inciso XIV, do artigo 24 define a competência da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre a proteção e integração social das pessoas com deficiência (ARAÚJO, 2011).

Como marco jurídico da transição ao regime democrático, a Carta Magna de 1988, ampliou significativamente o campo de direitos e garantias fundamentais, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, garantindo a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; portanto como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, a construção de uma sociedade justa,

⁷ A Constituição de 1988 traz em seu artigo 5° o princípio da igualdade na qual dispõe: Art. 5° CAPUT 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 segurança, e à propriedade...”

⁸ A regra da isonomia tornou-se específica na Constituição de 1988: “Art. 7° São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: Inc. XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

livre e solidária, e garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, assegurando os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana como imperativo de justiça social (OAB - SP, 2006).

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º e 3º⁹, prevê, dentre outros fundamentos, o respeito à dignidade da pessoa humana, e a proteção do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação (ARAUJO, 2011).

Desta forma, Camargo (1994), atribui à expressão “dignidade humana” características que expressam um valor, e fazem do indivíduo não mais um mero existir, pois este tem domínio sobre a própria vida, independentemente de sua situação social; este valor se impõe como núcleo básico, critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de todo sistema constitucional; tanto os valores da dignidade da pessoa humana, quanto o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm constituir os princípios constitucionais, conferindo suporte a todo sistema jurídico brasileiro (OAB - SP, 2006).

O texto constitucional na seção dedicada à saúde, a define como um direito de todos e dever do Estado, garantindo acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação; surge na seção da assistência social, os termos “habilitação” e “reabilitação”, como também, a promoção da integração das pessoas com deficiência à vida comunitária. A garantia do benefício de um salário mínimo mensal para pessoas com deficiência, que por meio de comprovação, não possuam meios de prover a própria manutenção é garantida na Constituição de 1988, direitos básicos foram formalizados, e medidas de caráter assistencialista foram mantidas (BERNARDES, 2012).

⁹ Dispõem os artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho; V - pluralismo político. Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”.

Como pudermos observar, a visão assistencialista esteve presente nos textos constitucionais, e em toda política pública brasileira. No entanto, essa visão tem sido substituída, ainda que, paulatinamente, pela ideia de maior valorização da autonomia e independência da pessoa com deficiência (BERNARDES, 2012).

Na seção de educação é garantido o atendimento especializado às pessoas com deficiência, de preferencia na rede regular de ensino, na seção da família, da criança, do adolescente e do idoso, mais precisamente no inciso II, do artigo 227, são tratados a criação de programas de prevenção e atendimento especializado, a integração social do adolescente com deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos com a eliminação do preconceito e dos obstáculos arquitetônicos (OAB-SP, 2006; BERNARDES, 2012).

Sobre a acessibilidade, no §2, do artigo 227, a Constituição remete à regulamentação posterior a elaboração de normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência (BERNARDES, 2012).

2.1.1 Normas Regulamentadoras e o gerenciamento político dos Direitos da Pessoa com Deficiência

Inúmeras normas regulamentadoras sobre as pessoas com deficiência a partir deste momento começaram a ser editadas em variados temas e abordagens (OAB-SP, 2006).

Entretanto, cabe salientar que em 24 de Outubro de 1989 foi criada a Lei Federal nº 7.853, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social e sobre a CORDE (Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), abordando a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas com deficiência, e as responsabilidades do Ministério Público e, ainda, definindo como crime punível com reclusão, obstar sem justa causa o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência, bem como negar-lhe emprego ou trabalho pelo mesmo motivo; também incumbida de

elaborar os planos e trabalhos que compõem a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e assim, propor medidas que visam garantir sua completa implantação e desenvolvimento, além de acompanhar e orientar a execução dessa Política (OAB-SP, 2006).

Com a criação do CORDE, o segmento das pessoas com deficiência ganhou pela primeira vez notoriedade na estrutura do governo federal (BERNARDES, 2012).

Com o objetivo de assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência, foi instituída a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, executada, como já dito acima, sob a coordenação da CORDE, essa Política foi criada pelo Decreto nº 3.298 de 20 de Dezembro de 1999, regulamentando a Lei Federal nº 7.853/89, atualizando o antigo Decreto Federal nº 914, de 6 de Setembro de 1993 (OAB – SP, 2006).

Dentre inúmeros princípios, diretrizes e instrumentos adotados pela Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, citamos como exemplo as seguintes:

- ação conjunta entre Estado e sociedade para assegurar a plena integração da pessoa com deficiência no contexto sócio-econômico-cultural;
- o acesso, ingresso e permanência de pessoas com deficiência em todos os serviços oferecidos pela comunidade;
- a inclusão das pessoas com deficiência, respeitadas as suas peculiaridades, em todas as iniciativas governamentais relacionadas à educação, saúde, trabalho, edificação pública, previdência social, assistência social, transporte, habitação, cultura, esporte, e lazer;
- a integração das ações dos órgãos e entidades públicos e privados nas áreas da saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social;
- a formação de recursos humanos para atendimento das pessoas com deficiência;
- a fiscalização do cumprimento da legislação pertinente às pessoas com deficiência;

Assim, como elucida o artigo 3º da Lei Federal nº 7.853/89¹⁰, os direitos e interesses das pessoas com deficiência podem ser protegidos e assegurados por meio de ação civil pública, devendo ser proposta pelo Ministério Público ou pelas pessoas legitimadas por lei, e o artigo 8º da mesma Lei, considera os crimes¹¹ contra o exercício dos direitos das pessoas com deficiência.

Com o passar dos anos, o gerenciamento dos Direitos da Pessoa com Deficiência sofreu mudanças; a política foi diretamente vinculada à Presidência da República em 2003 na pasta de Direitos Humanos, a CORDE foi elevada à posição de Subsecretaria Nacional em 2009, para enfim, em 2010, vir alcançar status de Secretaria Nacional (SILVA; LIMA, 2013).

2.2 CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência é um tratado internacional de direitos humanos, que foi aprovada na Assembleia Geral da ONU, em 13 de Dezembro de 2006. Composta de preâmbulo, 40 artigos temáticos, 10 artigos administrativos e um protocolo facultativo para monitoramento (GARBE, 2012).

Como forma de tutelar os direitos dos deficientes, em 30 de Março de 2007, o Brasil assinou a Convenção da Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

¹⁰ Dispõe o artigo 3º da Lei Federal nº 7.853/89: "Art. 3º. As ações civis públicas destinadas à proteção e 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".

¹¹ Estabelece o artigo 8º da Lei Federal nº 7.853/89: "Art. 8º 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 de deixar de presar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à 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".

e seu Protocolo Facultativo na cidade de Nova Iorque, ratificados soberanamente com equivalência de emenda constitucional nos termos previstos no §3º, artigo 5º da Constituição Federal, pelo Decreto Legislativo nº 186 de 2008, finalmente sancionada pelo Presidente da República através do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009 (SDH, 2011); sendo o primeiro tratado internacional a ser aprovado pelo Congresso brasileiro nos termos da nova sistemática do §3º, artigo 5º da Constituição Federal¹² (NOVELINO, 2015).

Os dispositivos da Convenção preveem uma lista de comportamentos que cada Estado signatário¹³ deve seguir, sob pena de violar um tratado internacional de direitos humanos (GARBE, 2012).

Com a promulgação do Decreto não houve inovação no sistema de direitos humanos, mas sim, na nossa legislação que a recepcionou, tendo como propósito proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito por sua dignidade, como preceitua o artigo primeiro desta Convenção (TSUTSUI, 2014).

A assinatura reforça o compromisso do Estado Brasileiro em adotar medidas legislativas e administrativas para assegurar os direitos reconhecidos na Convenção (GARBE, 2012).

Engajando o Brasil na luta plenária pelos Direitos Fundamentais de todos, por reconhecer os direitos da pessoa com deficiência e de outras minorias, como parte integrante dos Direitos Humanos (REZENDE, 2008).

¹² A emenda constitucional 45/2004, acrescentou o §3º ao artigo 5º, onde tratados e convenções internacionais de direitos humanos quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos seus respectivos membros, passariam a ter status equivalente ao das emendas constitucionais.

¹³ A assinatura é um ato que autentica o texto do tratado, não o tornando obrigatório para as partes, por outro lado, ratificação é o ato que uma parte contratante informa à outra que se considera doravante, obrigada aos termos do tratado no plano internacional.

2.3 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.3.1 O conceito atual

A concepção do termo “pessoa portadora de deficiência” teve origem na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes¹⁴, estabelecendo que é portador de deficiência qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social ditas normais, em decorrência congênita ou não, em suas capacidades físicas, sensoriais ou mentais. Esse termo foi considerado o mais adequado (na época em questão), sendo incorporado pela Constituição (SILVA, 2013).

A redação original da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS – Lei 8.727/93, em sentido retrógrado conceituava a pessoa com deficiência como incapaz para o trabalho e para a vida independente:

Art. 20. § 2º. Para efeitos de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para o trabalho e para a vida independente.

Fávero (2012) critica o antigo conceito desta lei, dizendo que tal definição choca-se frontalmente com todo o movimento mundial pela inclusão da pessoa com deficiência, num momento em que se devem ressaltar os potenciais e capacidades, essa lei demonstra o contrário; muitos pais acabam por impedir seus filhos com deficiência de estudar e de se qualificar para não perderem o direito ao benefício que o Art. 20. § 2º da Lei 8.727/93 se refere.

Nesse sentido a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe o conceito mais adequado:

¹⁴ Resoluções: ONU 2542/75 e 3447/75.

Artigo 1º (...) Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com demais pessoas.

Esse conceito foi constitucionalizado pelo Brasil ao ratificar a Convenção, motivo que levou a Procuradoria Geral da República ajuizar Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 182 – perante o Supremo Tribunal Federal para que fosse reconhecida a não recepção pela Constituição do retrógrado conceito de deficiência do art. 20, §2º, da Lei 8.742/93 (TSUTSUI, 2014).

Ocorre que está tão arraigada a antiga concepção no ordenamento jurídico brasileiro de que as pessoas com deficiência são incapazes para o trabalho e para a vida independente, que a recente Lei 12.435/11, insistiu em equiparar a deficiência à incapacidade:

Art. 20 (...)
(...)

§ 2º Para efeitos de concessão deste benefício, considera-se:

(...)

II – impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

A deficiência não é mais sinônimo de incapacidade no mundo atual (TSUTSUI, 2014). Portanto, o conceito válido é aquele trazido pela Lei 12.470/11, que reproduziu o conceito previsto na Convenção:

Art. 20. (...)

(...)

§ 2º Para efeito de concessão desse benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Finalmente o conceito foi alterado pela Lei 12.470/11, e adequado à legislação infraconstitucional brasileira ao disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, não sendo mais correto conceituar pessoa com deficiência como aquela incapaz para o trabalho e para a vida independente, muitas têm capacidade para trabalhar, tanto é verdade que o artigo 93 da Lei 8.213/91 obriga as empresas com cem ou mais empregados a preencherem de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência (TSUTSUI, 2014).

A oscilante alteração legislativa comprova a dificuldade do legislador, em assimilar o papel das pessoas com deficiência no mundo contemporâneo; o objeto para utilização da expressão “pessoa com deficiência”, é ressaltar que a pessoa com deficiência, é antes de tudo uma pessoa com direitos fundamentais e deveres, sua deficiência é uma característica que deve ser considerada, e não uma característica que lhe reduz como pessoa (SILVA, 2013).

Além da deficiência sob o aspecto médico, que são os impedimentos de natureza física, mental, intelectual e sensorial que estão na pessoa, há a deficiência da sociedade, cujas barreiras podem impedir a participação em condições de igualdade com os demais (TSUTSUI, 2014).

Araújo (2011) entende que a ideia de carência, falta, falha, quando se fala da pessoa com deficiência, não se situa na pessoa, mas sim, em seu relacionamento com a sociedade, esse relacionamento é o que define a deficiência. Se a deficiência que a pessoa apresenta a impede de se relacionar com a sociedade, ela não será vista como deficiente.

2.4 LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO: O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – LBI, Lei 13. 145/15 tramitou no Congresso por 15 anos; começou a ser discutida no ano 2000, com a apresentação do Projeto de Lei 3638/00, no entanto, não chegou a ser aprovado em comissão especial, e foi pensado em outra proposta a PL 7699/06, do Senado, entrando em vigor no dia 02 de janeiro de 2016, 180 dias após a sua sanção. A nova legislação além de garantir maiores direitos às pessoas com deficiência, ela prevê punições para atos discriminatórios¹⁵.

A Lei aprovada dá respaldo às pessoas com deficiências a exercerem seus direitos em diversas esferas sociais, inaugurando um novo paradigma ao país, o da inclusão – em um momento em que a sociedade se prepara para receber a pessoa com deficiência e não mais, a pessoa com deficiência se adapta a uma sociedade que não está apta a recebê-la (GABRILLI, 2016).

A Lei possui mais de 100 artigos, com um objetivo único: promover equiparação de oportunidades, autonomia e acessibilidade a esse segmento da população brasileira (CONADE, 2016).

Segundo o senador Romário (2015) “o foco, agora, não é mais compensar o que supostamente está errado com a pessoa, mas, sim, corrigir o que e está errado com a sociedade, que segrega por não ser capaz de derrubar as barreiras que impedem sua plena inclusão social” (informação verbal)¹⁶.

O Estatuto inova como o poder público e a sociedade, devem assumir sua responsabilidade no tratamento das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, já tinha afirmado a deficiência como experiência humana, e o Estatuto foi o marco legislativo aguardado para que as pessoas com deficiências obtivessem maiores garantias de uma vida sem discriminação e injustiças (CONADE, 2016).

¹⁵ Fonte: Assessoria da Deputada Federal Mara Gabrilli através da página virtual: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/502371-ENTRA-EM-VIGOR-A-LEI-BRASILEIRA-DE-INCLUSAO.html>> Acesso: 04 de Janeiro de 2016.

¹⁶Fala do Senador Romário (PSB-RJ), após sessão no Plenado do Senado no dia 10 de Junho de 2015.

2.4.1 Da abrangência do Estatuto

O Estatuto é destinado a assegurar e a promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando a inclusão social e o exercício a cidadania (CONADE, 2016).

Nele se encontram garantias de igualdade e não discriminação, assim também como direito à vida, à habilitação e reabilitação, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho e à inclusão e habilitação profissional, à assistência social, à previdência social, à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer, à acessibilidade, transporte e à mobilidade, à participação na vida pública e política; e na parte especial do Estatuto encontram-se disposições gerais do acesso à justiça, e trata dos crimes e das sanções administrativas (CONADE, 2016).

Percebe-se neste capítulo, a preocupação do Estado Brasileiro em consolidar todas as garantias observadas aqui no seu ordenamento jurídico, para que dessas garantias surja a sua efetividade no cotidiano do cidadão brasileiro.

CAPÍTULO 3. O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO COMO EFETIVIDADE DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS DIREITOS ADQUIRIDOS

Muito se fala dos direitos adquiridos, contudo, falta compreender as garantias que os protegem, e os dá efetividade, para que os avanços continuem, e não retrocedam. Assim, é de fundamental importância a compreensão do Princípio do Não Retrocesso.

3.1 DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO

No direito, entende-se por princípios, conjuntos de regras ou preceitos que se formam para servir de norma, traçando condutas a serem tidas em qualquer operação jurídica, representando pontos de partida e elementos vitais do próprio direito, neles se alicerçando, e não se limitando apenas a fundamentos jurídicos legalmente instituídos, mas a toda cultura jurídica (LIMA; SILVA, 2013).

A concretização dos direitos sociais passou a ser debatida com mais força no mundo jurídico e político após a promulgação da Constituição de 1988, com questões acerca da efetivação da Constituição na transformação da realidade brasileira, e no intuito de avaliar a concretização dos direitos constitucionais, e de defender as conquistas sociais surge o princípio do Não Retrocesso (FERREIRA, 2015).

3.1.1 Do Conceito

O princípio do Não Retrocesso está implícito no texto constitucional, no entendimento de proibição de supressão e redução dos direitos fundamentais a níveis inferiores aos atualmente conquistados (LIMA; SILVA, 2013).

Segundo Lima e Silva (2013), “nem sempre os princípios se inscrevem nas leis, mas servem de base para elas, e a todo o direito, são tidas como preceitos fundamentais para a prática do direito e para a proteção dos direitos”.

Tal entendimento pode ser reconhecido no que dispõe o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Art. 60. (...)

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV- os direitos e garantias individuais.

Embora não expresso, o princípio do Não Retrocesso decorre do sistema jurídico constitucional, assim, uma lei, ao instituir determinado direito, este se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser absolutamente suprimido (BARROSO, 2001).

Princípio este que está totalmente ligado à segurança jurídica inquestionável da Constituição Brasileira, em decorrência, confirmando o parágrafo acima, o Estado não poderá extirpar os direitos fundamentais conquistados, tendo como objetivo a proibição da diminuição da proteção dos bens jurídicos alcançados; caso o Estado procure diminuir ou restringir os direitos fundamentais, este atenta ao princípio do Não Retrocesso (VASCONCELLOS; LUIZ, 2015).

Embora a falta de sistematização do assunto na doutrina e na jurisprudência, Cunha (2013), considera como consenso conceitual, a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social.

Sob a invocação desse princípio, impõe coercitivamente ao Poder Público o dever de implantar políticas públicas a fim de garantir ao cidadão o acesso a direitos básicos (TREMEL, 2011).

Sobre a realidade dos direitos fundamentais e a necessidade deste princípio,

Nascimento (2006 apud VASCONCELLOS; LUIZ, 2015) discorre:

A Constituição Brasileira de 1988, na esteira das cartas modernas, atribuiu à segurança jurídica a importância que há muito tempo era merecida. Basta olhar para a fundamentalização do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88). Tal reconhecimento deve-se acima de tudo, à insustentabilidade de um Estado Democrático de Direito sem a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas.

A segurança jurídica tem, portanto, valor inquestionável na defesa da sociedade frente aos atos do despotismo do poder público. Desse modo, após consolidada e delineada uma garantia fundamental, não pode, o Estado quebrar a relação de confiança construída com os administrados e extirpar dos seus patrimônios jurídicos os direitos fundamentais que os protegem das brutalidades do cotidiano.

Sabe-se, contudo, que somente a mudança permanece, haja vista as relações sociais serem frequentemente revistas pelas novas concepções culturais. O direito, de tal forma, nada mais é senão fruto de uma realidade societária. Assim sendo, não há que se idealizar um ordenamento que vigore perpetuamente, pois os direitos tem de perseguir os anseios da sociedade e estar sempre à disposição dos sujeitos, sob pena de tornar-se ineficaz e cair no esquecimento.

A sede material brasileira está na Constituição de 1988, respaldadas em inúmeros princípios, dentre eles o do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa e o da segurança jurídica. Portanto, é enraizada de que a ideia de um Estado de Direito está intimamente ligado ao Estado de Segurança Jurídica, no sentido de um direito à proteção – por meio de prestações normativas e materiais – contra atos do poder público e de particulares, que venham violar direitos pessoais, permitindo e garantindo a estabilidade da ordem jurídica (VASCONCELLOS; LUIZ, 2015).

Segundo Almeida (2007), “o conteúdo impeditivo deste princípio torna possível breçar planos políticos que enfraqueçam os direitos fundamentais”.

Tal princípio, ganha forma como função de controle de constitucionalidade, favorecendo e fortalecendo o sistema assistencial do Estado (ALMEIDA, 2007).

O Estado se compromete em manter os direitos fundamentais, cabendo aos poderes constituídos assegurar a concretização de tais direitos. Os dispositivos constitucionais asseguradores dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua

concretização, vinculam os órgãos estatais e efetivam a proibição de retrocesso desses direitos (LIMA; SILVA, 2013).

Segundo Lima e Silva (2013), “o Supremo Tribunal Federal vêm demonstrando adesão ao princípio do Não Retrocesso, ao assegurar a manutenção de direitos fundamentais previstos constitucionalmente e que ainda carecem de atuação legislativa infraconstitucional”.

O Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal – STF, afirma que o princípio do Não Retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que as conquistas até então alcançadas pelo cidadão, sejam desconstituídas.¹⁷

Nesse sentido, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça de que “um país que ostenta uma Carta Constitucional cujo preâmbulo promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade da pessoa humana, promessas alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, é o que se não pode admitir sejam os direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, relegados a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais”¹⁸.

Os direitos sociais estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, todavia, o princípio do Não Retrocesso é de notada importância no Estado Contemporâneo, na garantia da segurança jurídica e na preservação dos direitos até no momento adquiridos (VASCONCELLOS; LUIZ, 2015).

3.2 SEGURANÇA JURÍDICA: A NATUREZA DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO

O princípio do Não Retrocesso se desdobra do princípio da Segurança Jurídica, que por sua vez decorre do Estado Democrático de Direito. Se não observado a segurança jurídica, há a inevitável insegurança jurídica, e no Estado Democrático de Direito se encontra a certeza do ordenamento jurídico

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ag. no RE 639.337/SP. Rel. Min. Celso de Melo. DJ: 15/05/2011.

¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça REsp. 567.873 MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJU, 35/02/2004.

vigente e o conhecimento prévio das consequências de fazer ou deixar de fazer alguma coisa; portanto, a estabilidade da ordem jurídica e a previsão legal (TAVARES, 2009).

A segurança jurídica compreende inúmeras outras garantias como a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e coisa julgada, garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, e a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais (VASCONCELLOS; LUIZ, 2015).

Segundo Brasil (2007), “a garantia do Princípio da Proibição do Retrocesso Social efetiva a dignidade da pessoa humana fundamentada na eficácia da segurança jurídica”.

3.2.1 Estabilidade *versus* imutabilidade

A segurança jurídica encontra respaldo na certeza e garantia da efetividade e eficácia do direito fundamental, proporcionando a estabilidade jurídica, no entanto, a estabilidade diferencia-se da imutabilidade, que representa algo imodificável e perpétuo; por sua vez, a estabilidade se traduz na segurança no que está posto, passível de ser modificada por uma via rigorosa, e pelos requisitos necessários, neste caso, a segurança jurídica aplica-se a proteção às pessoas com deficiência contra medidas jurídicas, legislativas e administrativas que retrocedam as garantias sociais progressivas (BRASIL, 2007).

A imutabilidade diferencia-se da estabilidade, pelo seu caráter de modificabilidade; em um a modificação é impossível, noutro, apesar de possível, pressupondo flexibilidade, é uma forma rígida de segurança jurídica frente a evolução e modificação do Estado de Direito (BRASIL, 2007).

Sobre o tema em questão Cezar (2011) assegura que:

A estabilidade a qual nos referimos, não pretende tornar a Constituição e as normas infraconstitucionais imutáveis, mas dar segurança jurídica e assegurar que se um direito for alterado, que passe por um longo processo de análise para que venha beneficiar seus destinatários.

Assim, deve-se ter em mente que a segurança jurídica é uma medida que visa impedir ações retrocessivas do Estado, onde os direitos sociais são irredutíveis, passíveis somente de modificações que aumentem seu alcance (CEZAR, 2011).

CAPÍTULO 4. CONCLUSÃO FINAL

A preocupação com a pessoa com deficiência e com seus direitos não ocorreria no Estado Brasileiro, não fosse essa preocupação pauta outrora em países como os Estados Unidos e outros no continente Europeu. A criação da ONU, e conseqüentemente a Declaração dos Direitos Humanos foram os precursores para tal avanço. Avanço este que o Brasil começou a degustar a passos lentos, e a evolução dos direitos das Pessoas com Deficiência foi surgindo através das Constituições, e se modificando através destas, até que em 1988, os direitos das Pessoas com Deficiência se via de forma mais incisiva e clara, embora esparsa e um tanto paternalista, contudo, foi nesta Constituição de 1988, e atual, que esses direitos permitiram-se ao afloramento, por normas infraconstitucionais, ora por tratado internacional, como ocorrera com a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada como Emenda Constitucional. E por diante, o ordenamento jurídico brasileiro se modificava no que dizia ao conceito de deficiência, e se permitia a consolidar o aguardado Estatuto da Pessoa com Deficiência com base na Convenção da ONU.

E a evolução desses direitos fora ocorrendo durante anos, e hoje fazem parte da legislação brasileira, embora tenha sido uma conquista importante, a materialização desses direitos na prática, pode esbarrar na consequência demorada da aplicabilidade, contudo, é necessário o surgimento do direito no ordenamento jurídico para que possa haver a construção social dos direitos adquiridos.

Assim, o Princípio do Não Retrocesso teria a função de fortalecer a densidade normativa desses direitos, sendo elemento de legitimidade ao Estado Social de Direito, tendo a finalidade de garantir eficácia ao ordenamento jurídico, e estabilidade Constitucional em face aos direitos sociais, evitando que a ordem jurídica sofra inseguranças reformistas.

Os direitos da Pessoa com Deficiência são da esfera dos direitos sociais, que são intangíveis e irredutíveis, providos de uma garantia de suprema rigidez, tornando-se inconstitucional qualquer ato que venha a restringi-los ou aboli-los, a progressividade

da implantação e evolução dos direitos da Pessoa com Deficiência deve ser observada como uma constante evolução e nunca um retrocesso.

REFERÊNCIA BIBIOGRÁFICA

ALMEIDA, Dayse Coelho. **A fundamentabilidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso**. In: Inclusão Social, Brasília, v. 2, n. 1, out. 2006/mar2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011 - 122p.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERNARDES, Liliane Cristina Gonçalves. **Avanço das políticas públicas para as pessoas com deficiência: uma análise a partir das conferências nacionais**. 1. ed. Brasília: Secretaria de direitos humanos, 2012.

BRASIL, Franciscana Narjana de Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como efetividade da segurança jurídica**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>> Acesso em: 26 de Julho de 2016.

CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CEZAR, Renata. **Direitos sociais frente ao princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Disponível em: <http://www.direitonet.com/artigos/exibir/Direitos-sociais-frente-ao-Principio-da-Proibicao-do-Retrocesso-Social> Acesso em: 26 de Julho de 2016.

CONADE, Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência. **Mais de 100 motivos para comemorar a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Brasília – DF. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/noticia/mais-de-100-motivos-para-comemorar-a-lei-brasileira-de-inclusao-da-pessoa-com-deficiencia>> Acesso em: 14 de Janeiro de 2016.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O princípio da proibição do não retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil. **Crítica do Direito**. V. 48, n. 2, maio/junho. 2013.

FERREIRA, Antonio Oneildo. **Artigo no Jota: Princípio constitucional do não retrocesso**. Disponível em: www.oab.org.br. Acesso 20 Jun. 2016.

GABRILLI, Acessoria da Deputada Federal M. **Entra em vigor a Lei Brasileira de Inclusão**. Brasília – DF. Disponível em : <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOSHUMANOS/502371-ENTRA-EM-VIGOR-A-LEI-BRASILEIRA-DE-INCLUSAO.html> Acesso em: 14 de Janeiro de 2016.

GARBE, Douglas de Souza. Acessibilidade às pessoas com deficiência física e a convenção de Nova Iorque. **Revista da Unifebe**, 10, jan/jun, 2012, 95-104.

GUGEL, Maria Aparecida. **A Pessoa com Deficiência e sua Relação com a História da Humanidade**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LIMA, Daniel Ferreira; SILVA, Tâmara Mirely Silveira. Direito Fundamental à acessibilidade no Brasil: uma revisão narrativa sobre o tema. In: 5º ENCONTRO DE PRODUÇÃO ACADÊMICO-CIENTÍFICO, 2013. Campina Grande. **Ciência: Produzir e Compartilhar**. V.5, maio, 2013.

LUIZ, Fernando Vieira; VASCONCELLOS, Mariana de Oliveira. O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. **Revista da ESMESC**. v. 22, n. 28, p. 39-58, 2015.

OLIVEIRA, Elenilce Gomes de; SANTOS, Yvonete Bazbuz da Silva. O princípio da igualdade e a pessoa com deficiência. **Revista de Ciências Humanas**. v.11. n. 2. P. 429-440. jul./dez. 2011.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria Paiva. **A convenção dos direitos da pessoa com deficiência comentada**. Brasília, 2008.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Luzia Gomes. **Portadores de Deficiência, Igualdade e Inclusão Social.** Revista Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10839&revista_caderno=9> . Acesso em: 15 mai. 2015.

TREMEL, Rosângela. **Princípio da proibição do não retrocesso: sua importância e necessidade de ampliação de entrenchement para proteção dos hipossuficientes.** Disponível em <http://www.advocaciapasold.com.br/artigos/arquivos/artigo_principio_do_naoretrocesso_prof_a_rosangela_tremel.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

TSUTSUI, Priscila Fialho. **O novo conceito de pessoa com deficiência.** Conteúdo Jurídico, Brasília – DF: 18 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47458&seo=1>. Acesso em : 09 mar. 2016.