

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A SUPERAÇÃO DE UMA CONDIÇÃO DEFICIENTE

FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS AND THE PERSON WITH DISABILITIES: OVERCOMING A POOR CONDITION

Ricardo Pinha Alonso*
Lucas Emanuel Ricci Dantas**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo das normas do Decreto Legislativo 186/08, que ratificou a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, a partir do conceito de norma de direito fundamental. Tendo por objetivo identificar os caracteres dos direitos presentes na convenção, quando incorporados no estado brasileiro, e a sua aplicabilidade no plano jurídico nacional por meio de ações estatais e/ou políticas públicas. Tais ações inclusivas visam desconstruir o conceito biomédico que a sociedade tem da deficiência, portanto resta saber e procura-se demonstrar, como se desenvolverão essas ações dentro do plano jurídico nacional. Para tanto estuda-se a deontologia da norma proposta por Alexy. Foi utilizada a metodologia indutiva bibliográfica, que procura evidenciar a historicidade dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência por meio de levantamento bibliográfico.

Palavras Chaves: Pessoa com deficiência; Direitos humanos; Direitos fundamentais; Integração de normas.

ABSTRACT

This article aims to study the rules of the Legislative Decree 186/08, which ratified the International Convention on Persons with Disabilities, from the concept of fundamental rights standard. The main purpose is to identify the character of the rights enshrined in the Convention, when incorporated in the Brazilian state, and its applicability in the national legal plan through state and/or public policy actions. Such inclusive actions aimed at deconstructing the biomedical concept that society has of disability therefore remains to be seen, and endeavors to demonstrate how to give these actions within the national legal terms for both studies the ethics of the standard proposed by Alexy. Bibliographic inductive methodology that sought to highlight the historicity of the fundamental rights of individuals with disabilities through a literature review was used.

KeyWords: People with disabilities; Human Rights; Fundamental Rights; integration standards;

*Doutor em Direito Constitucional - PUC/SP; Professor da graduação e do programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM; Professor da graduação do curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO; Procurador do Estado de São Paulo.

** Advogado, Bolsista CAPES no Programa de Mestrado em Teoria Geral do Direito e do Estado no UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília/SP.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo, a pessoa com deficiência ficou aquém do sistema jurídico, não possuindo direitos específicos que resguardassem a sua dignidade e os seus espaços de convivência social. Nesse aspecto a deficiência sempre foi vista como uma doença, da qual era necessária a cura ou a reabilitação para ocorrer a inclusão social.

Foi após a 2ª Guerra Mundial que surgiram as declarações e os tratados internacionais de direitos humanos, sendo importante para os fins deste trabalho, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, que caracterizam a ideia de inclusão social como um direito fundamental da pessoa com deficiência.

Por meio de uma metodologia indutiva bibliográfica, procurou-se trazer a tona no presente estudo as consequências trazidas com os direitos humanos a partir da metade do século XX, nos direitos das pessoas com deficiência, demonstrando assim a superação do conceito biomédico de deficiência, e a conceituação da mesma com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Procura-se evidenciar também os caracteres específicos do Decreto Legislativo 186/08, que ratificou a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, demonstrando as implicações sociais e governamentais para a criação de espaços públicos para pessoa com deficiência, visando fomentar a inclusão e dar efetividade as obrigações assumidas pelo Brasil no cenário internacional.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS DIREITOS HUMANOS

O presente trabalho tem como objetivo, elucidar e demonstrar formas que conduzam o estado democrático de direito a garantir a inclusão social da pessoa com deficiência. Neste diapasão torna-se imprescindível trabalhar a historiografia dos direitos humanos e sua modificação no plano nacional de direito público e privado, no tocante a especificação do sujeito de direito, o que se faz por ora.

Ainda que pese, que alguns considerem a Declaração de Direitos Humanos da ONU marco inaugural dos direitos humanos, Comparato (2010,p.24) leciona que “Foi durante o período axial da história, como se acaba de assinalar, que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens”. Nesse aspecto logo pode se ver que os direitos humanos têm sua história muito remota, “Foi na Magna Carta da Inglaterra

de 1215, que a Declaração de direitos do homem teve sua primeira expressividade histórica.” (Simões, 2012 p.60)

A crescente história dos direitos humanos afirma que o reconhecimento por uma declaração de direitos pela ONU foi tardio, porém justificável tendo em vista as atrocidades ocorridas durante a primeira e a segunda guerra mundial. Entretanto se reputa desnecessária a justificativa da necessidade de grandes guerras para o fomento da edição da declaração de direitos humanos pela ONU, pois como leciona Comparato (2010, p.30):

A partir da pregação de Paulo de Tarso, o verdadeiro fundador da religião cristã enquanto corpo doutrinário, passou a ser superada a ideia de Deus único e transcendente, havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo o como seu único e definitivo herdeiro. Algumas passagens dos evangelhos demonstram o inconformismo de Jesus com essa concepção nacionalista da religião. São Paulo levou o universalismo evangélico as últimas consequências, ao afirmar que, diante da comum filiação divina, “já não nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher”.

A mensagem evangélica já postulava o universalismo entre os seres humanos, que culmina com a Declaração Universal de Direitos Humanos, pois a partir dela “O foco é retirado do indivíduo e passa a refletir sobre a coletividade; logo são direitos que podem ser exigidos por grupos sociais inteiros”. Os direitos humanos quando positivados em várias declarações e nas constituições democráticas só reafirma o que Paulo já pregava sendo que “De qualquer forma, a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, apesar de suas múltiplas diferenças individuais e grupais.” (Comparato. 2010, p.31)

A pessoa com deficiência já nesse plano espiritual-religioso pode sim ser enquadrada como um ser humano igual a todos os demais. Outrora depreende-se que se não há nem homem nem mulher como critério para salvação divina, também não há deficientes, a lógica se torna simples quando dentro da citação paulina não há separação por nenhum tipo de extrato social.

Apesar de toda mensagem evangélica no longo percurso de 25 séculos como leciona Comparato, concordamos com Tahan (2012, p.24) “foi na segunda metade do Século XX que surgiram documentos cuja missão era reposicionar os direitos humanos, rever seus princípios e valores, seu alcance, reconstruir sua base ética,(...)”

Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que o direito necessita se preocupar com grupos sociais específicos, nesse caso surgem os mutilados da guerra, pessoas que

foram para a guerra sem nenhuma deficiência e voltam às suas casas com algum tipo de mutilação que impedem a fruição normal de suas atividades de vida diária. Por isso Tahan continua a explicar o momento exato do surgimento da Declaração de Direitos Humanos (2012, p.21), como cita-se abaixo:

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo fica dividido entre ricos e pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos, a exploração dos recursos naturais se intensifica, lança-se mão das mais variadas fontes de energia, as transnacionais e seu capital se disseminam pelo mundo, a informação é muito mais veloz, as tradições culturais ficam mais vulneráveis diante do novo cenário mundial globalizado, enfim, a proteção aos direitos humanos perde o sentido em se limitar somente ao caráter individual ou social (coletivo), e passa a reclamar a defesa de direitos ainda maiores e mais amplos inerentes a espécie humana.

Foi neste cenário social e político que surgiram várias declarações oriundas da Declaração Universal de Direitos Humanos, a partir de agora neste trabalho sendo chamada de DUDH, neste aspecto a pessoa com deficiência começou a ser protegida pela Declaração dos Direitos do Deficiente Mental em 1971, Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes em 1975, a Convenção 159/83 da OIT e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mais recentemente em 2006. (Piovezan. 2010, p.356).

O reconhecimento por parte da ONU das pessoas com deficiência garante um tratamento dotado de planejamento por parte dos estados partes que assinam essas declarações, pois “O propósito maior desses instrumentos internacionais, é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência (...)” (Piovezan. 2010, p.358)

A função das declarações, portanto, é estabelecer princípios que vão reger os direitos pátrios de cada país que assina tais declarações. Por isso Bobbio (1994, p.17) afirma com precisão “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político.”

Os dizeres de Bobbio se alinham ao problema atual da pessoa com deficiência no cenário Brasileiro, pois, quando se assina uma declaração ou uma convenção deve-se estruturar politicamente para a garantia dos direitos decorrentes de tais documentos. Quando se tem em vista que ainda no Brasil não há calçadas adequadas para pessoas com deficiência física, nem todas as cidades tem seu transporte adaptado, entre outras demandas que garantam a isonomia material entre as pessoas com e sem deficiência,

logo pode-se concluir com Bobbio, que sim há um problema político de efetivação de direitos humanos.

Bobbio continua a afirmar que não adianta saber quais e quantos são os direitos das declarações, “mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.” (Bobbio. 1994, p.17)

A programação política dos direitos da pessoa com deficiência interfere diretamente na efetividade e no respeito às declarações que pelo Brasil foram assumidas e o respeito aos direitos humanos como um todo, tendo em vista a necessidade de se garantir igualdade e liberdade a todos os homens. Nesse sentido voltamos a concordar com Bobbio, (1994. P.18) quando o mesmo aduz “Não sei se se tem consciência até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vivem na terra.”

Tanto a DUDH quanto as declarações provenientes que tratam especificamente da pessoa com deficiência foram aceitas pelo Brasil, porém, ainda não foi totalmente implementada nos quesitos de isonomia e democracia. A frase do professor italiano torna premente a necessidade de se verificar se há uma consciência jurídico-política do país e da sociedade correspondente, em garantir a igualdade entre os seus concidadãos e conseqüentemente a inclusão da pessoa com deficiência.

Os Direitos Humanos, nesse aspecto, têm o objetivo também de trazer ao ordenamento jurídico a especificação do sujeito de direito. É o que acontece, por exemplo, no artigo 1^o da Declaração de Direitos do Retardado Mental de 1971. Giacoia Junior (2010, p.163) concordando com Bobbio explica: “Essa tendência progressiva da implementação dos direitos humanos, na linha da titularidade subjetiva dos mesmos, parte de uma especificação inicial abstrata, do ”homem” como “cidadão”, (...).”

A partir dessa especificação do sujeito de direito a pessoa com deficiência vai ganhando espaço político dentro do ordenamento jurídico, algo que comina com a Convenção Internacional de Direito das Pessoas com Deficiência de 2006, ratificado pelo Decreto Legislativo 186/08 que será objeto de estudo em tópico específico.

¹ Artigo 1: O deficiente mental deve gozar, no máximo grau possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos.

Cumpra agora analisar a função que exerce a dignidade da pessoa humana no direito da pessoa com deficiência, algo que faremos a seguir.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB O VIÉS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A dignidade da pessoa humana permeia o ordenamento jurídico e surge após a DUDH incorporando-se às constituições democráticas, ora como norma, ora como princípio e tem função primordial na garantia dos direitos humanos e fundamentais das parcelas especificadas da população, como por exemplo a pessoa com deficiência.

Como afirma Sarlet (2002, p. 30) “no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade (...)”. A primeira noção de dignidade estava adstrita a posição social do indivíduo e portanto, é de se conceber que certos indivíduos não possuíam dignidade, por estarem em posições inferiores, como é o caso dos escravos e mais recentemente dos judeus na Alemanha Nazista.

Nesse caso específico dos judeus, os mesmos quando eram mandados para campo de concentração perdiam tudo, inclusive seus dentes e cabelos (Marx, 1995 p.21). A pessoa com deficiência necessita ter sua dignidade respeitada, para alcançar a garantia da máxima efetividade de seus direitos fundamentais, podendo assim participar do estado em igualdade de oportunidades com os demais cidadãos. Para entendermos melhor o raciocínio é de salutar importância continuar explicando a concepção de dignidade no tempo.

Após um decurso de tempo surge a ideia Kantiana de dignidade, que aqui nos interessa, pois, é contemporânea à atualidade e ao direito constitucional. Kant sustentava que a dignidade é como um reino próprio do qual ninguém pode invadir o reino do outro, nessa perspectiva a dignidade está intrínseca ao ser humano e a partir dessa concepção Kant desenvolve as noções de imperativos sociais. (Kant, 2004 p.58)

Nessa esteira de pensamento a dignidade da pessoa humana assume um caráter ético, a partir do momento em que se postula a igualdade entre os homens e o reconhecimento de sua dignidade no texto de uma declaração universal, como a declaração universal de direitos humanos de 1948. Nesse sentido Comparato (2010, p.71) explica:

Sem duvida, o reconhecimento oficial de direitos humanos pela autoridade competente, da muito mais segurança as relações sociais. Ele exerce, também uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial tardariam a se impor na vida coletiva.

É a partir desse componente ético dos direitos humanos positivados pela Constituição que a pessoa com deficiência espera ter uma relação igualitária de acesso e garantia de seus direitos independentemente das suas diferenças físicas ou genéticas. Pode-se entender que a partir da visão Kantiana a dignidade deixou de ser algo relativo a posição social “mas, sim de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que dignidade – tal como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo valor próprio que identifica o ser humano como tal, (...) (Sarlet. 2002, p.39)

A ideia kantiana ainda presume autonomia e racionalidade dos seres que possuem dignidade, nesse sentido, poderia se pensar que o deficiente intelectual não tem dignidade por não ter um efetivo comando da sua intelectualidade. Sarlet (2002, p. 45) desmistifica essa questão:

Importa, contudo, ter presente a circunstância de que essa liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

O que importa dentro dessa concepção é a construção do conceito social de deficiência, objeto que será estudado no próximo tópico, porém deve se entender que olhar a pessoa com deficiência sob a lente da dignidade da pessoa humana é entender que ela é possuidora dos mesmos direitos que o observador, notadamente a dignidade funciona como um aspecto simbiótico que garante o inter-relacionamento entre as pessoas de uma mesma comunidade.

Tendo em vista isso Bolonhini (2004, p.43) explica que com a dignidade “O que ocorreu, portanto, foi uma ruptura com a antiga matriz organizacional do sistema jurídico patrimonialista”. Assim, o Direito Civil que anteriormente era altamente privatista, passa hoje a ser um direito mais humanizado e influenciado pelo

constitucionalismo. Toda essa senda garante a proteção dos direitos individuais e coletivos da pessoa com deficiência, como um sujeito específico de direito.

“Dessa maneira, os valores maiores do ordenamento jurídico passaram a ter o homem e não mais o patrimônio como seu centro de atuação” (Bolonhini. 2004, p. 43). A garantia de um ordenamento jurídico que coloca o homem no seu centro de atuação fornece-nos um novo caminho a ser trilhado. O caminho da emancipação por meio dos direitos, uma via emancipatória que constitua e consagre a cidadania da pessoa com deficiência é a tarefa atual dos direitos de inclusão no plano nacional e internacional.

Garantir a cidadania e a participação total na sociedade pela pessoa com deficiência é encaixar o direito dentro das duas relações jurídicas propostas por Alexy (2010, p.522) sendo a de estado-cidadão e a de cidadão-cidadão, por isso importa o reconhecimento social da deficiência como algo natural e não trágico, normal, não sendo sagrado e nem maléfico, apenas uma forma de vida.

Nessa linha de raciocínio pode se entender que a integração da pessoa com deficiência se justifica na efetivação de sua cidadania e de sua dignidade, tentando recusar que posturas sociais (discriminatórias) propiciem a criação de um estado de exceção do qual o deficiente seria banido da sociedade por não ser igual às pessoas do bando, e por isso ser considerado um bandido. (Agamben, 2002).

Sustenta-se, portanto que, no atual constitucionalismo onde a dignidade é princípio, a solidariedade é princípio, a fraternidade, a isonomia entre tantos outros princípios que sustentam a relação universal e igualitária entre os cidadãos, torna latente a necessidade do reconhecimento do mundo normativo e do mundo ético e da coadunação desses dois mundos para formação de políticas públicas que efetivem a inclusão e integração social das pessoas com deficiência.

O CONCEITO SOCIAL DE DEFICIÊNCIA VERSUS O CONCEITO BIOMÉDICO

O respeito à dignidade da pessoa humana e conseqüentemente aos direitos humanos no tocante a pessoa com deficiência, perpassa o âmbito jurídico e se estende a conceituação da deficiência que tem a sociedade, demonstrando um modelo jurídico emancipatório da pessoa com deficiência que sai do culturalismo arraigado na sociedade que remonta a deficiência como algo incapacitante e fomenta atitudes discriminatórias por parte da sociedade. É justamente o modelo médico que vem sustentando a posição

discriminatória e não inclusiva da sociedade como um todo, sobre este modelo Leite (2012, p. 46) explica:

O modelo médico é aquele que considera a deficiência como um problema do indivíduo, diretamente causado por uma doença, trauma ou condição de saúde, que requer cuidados médicos prestados de forma de tratamento individual por profissionais. Assim, o tratamento da deficiência esta destinado a conseguir a cura,ou uma melhor adaptação da pessoa e uma mudança de conduta.

O modelo médico condiciona a pessoa com deficiência a buscar uma normalidade, para participar diretamente da sociedade e provar de relacionamentos sociais saudáveis. A Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência mudando isso traz ao mundo jurídico um modelo social da deficiência. Diniz (2009, p.66) explica que “O conceito de deficiência segundo a Convenção não deve ignorar os impedimentos e suas expressões, mas não se resume a sua catalogação.”

Portanto a deficiência não está restrita mais a catalogação, ou seja, um rol taxativo de doenças que caracterizariam a pessoa com deficiência. Nesse aspecto o modelo social vem quebrar a centralização da pessoa com deficiência na função médica de reabilitação social e denunciar a opressão a essa minoria populacional. Diniz (2009, p.69) explica que:

O modelo social da deficiência, ao resistir à redução da deficiência aos impedimentos, ofereceu novos instrumentos para a transformação social e a garantia de direitos. Não era a natureza quem oprimia, mas a cultura da normalidade que descrevia alguns corpos como indesejáveis (...) ao denunciar a opressão das estruturas sociais o modelo social mostrou que os impedimentos são uma das muitas formas de vivenciar o corpo.

A construção do modelo social dentro da sociedade revela a capacidade de se garantir uma isonomia nas relações básicas de direitos fundamentais propostas por Alexy, como já sobreditas tendo em vista que existe hoje uma cultura da normalidade onde “Estado normal e procedimento normal são modos de ser e de atuar de acordo com o que é regular e coerente, em consonância com padrões estabelecidos e modelos aceitos” (Telles Junior, 2011 p. 17). Logo se vê que existem hoje no estado políticas públicas que reforçam o modelo médico, como por exemplo, o artigo 20 da lei nº 8213/91, que instituiu o benefício do LOAS a pessoa com deficiência, e assim a mesma fica “encostada” não usufruindo do direito fundamental ao trabalho.

Logo se denota que a teórica do modelo no mundo jurídico reflete diretamente nos direitos humanos, pois, a hora que assumimos a deficiência como modelo social e uma forma de vivenciar o corpo como diz a autora já citada, teremos um específico sujeito de direito que precisa ser tutelado e ter suas garantias fundamentais respeitadas pelo estado e pelos seus concidadãos.

Esse novo sujeito de direito é especificado como minoria dentro do ordenamento jurídico tendo em vista a discriminação resultante do culturalismo arraigado na sociedade e da tentativa de impor-se um padrão de normalidade a todos os indivíduos. Neste ponto Fachin (2012, p.61) assevera com precisão:

Por sofrerem uma histórica e crônica discriminação, decorrente de sua singularidade, as pessoas com orientação diversa da heterossexual, as que tem raça diversa da branca, que fazem parte de uma classe social detentora de menos direitos, os portadores de necessidades especiais, bem como os idosos, as mulheres, os menores, os indígenas e algumas religiões, dentre outros, são considerados como minoria. A dependência e a inferioridade também são considerados elementos identificadores dessa condição.

Dentro do que o autor sustenta pode-se concluir que o modelo médico afirma a incapacidade da pessoa com deficiência e a reduz a um sujeito portador de menos direitos, de segunda categoria. Por isso devem ser criadas e implantadas políticas públicas que garantam a superação da conceituação da deficiência a partir do modelo médico dentro da sociedade.

Destarte, denota-se também um critério de justiça existente no discurso dos direitos humanos e no discurso constitucional brasileiro objeto que será estudado com mais precisão adiante, entretanto importa demonstrar que a via emancipatória de direitos que conduzem a pessoa com deficiência uma plena participação na sociedade e a gozar completamente de seus direitos humanos e fundamentais, dependem da conceituação correta por parte da sociedade do que é deficiência. Saliente-se ainda que a teórica do modelo social não serve apenas para a sociedade, mas também para o Estado que deve orientar suas políticas públicas, de uma forma que garanta a integração social e o convívio das pessoas com deficiência com os não deficientes.

A não concretização do modelo social por parte do estado pode levar ao famoso mito de Hefesto e Procusto, onde Hefesto um deusa mitologia grega que tinha suas pernas atrofiadas foi colocado na cama de Procusto, para cortar suas pernas e ter o seu tamanho ajustado ao tamanho da cama (Silva.2010, p.290).

O mito de Hefesto, demonstra realmente o que a Convenção das pessoas com deficiência pretende desmistificar e assegurar uma integração relacional da pessoa com deficiência e a sociedade, pois, como explica Silva (2010, p. 292):

O que significa que o ser humano tende a impor ao outro a sua própria e particular medida, dele exigindo a sua adaptação: espera que o outro se ajuste aos seus próprios e particulares conceitos. Quando a expectativa da adaptação a própria métrica não ocorre, como sucede em relação as pessoas com deficiência, tende-se a subvalorizar o outro, por não vê-lo como portador de dignidade. Por outras palavras: Por vê-lo como um Ser indigno.

A concretização, portanto, do modelo social garante o respeito à dignidade da pessoa com deficiência e reconhece a necessidade de interdependência entre os seres humanos, de modo que “o modelo reconhece o fato de que nos, animais humanos, precisamos uns dos outros.” (Dhanda. 2008, p. 50) A conjugação do modelo social com as barreiras impostas pela sociedade leva a perfeita conclusão de que o meio ambiente é deficiente, como bem assevera Leite (2012, p. 51):

Assim, fica claro que a deficiência em si não torna a pessoa com deficiência incapacitada, mas, a sua relação com o ambiente sim. Portanto, é o meio que é deficiente, pois esse, muitas vezes, não possibilita o acesso de forma plena a essas pessoas, não proporcionando equiparação de oportunidades.

Todavia a dialética se inverte e o meio se torna deficiente, por ser incapaz de prover as garantias e os direitos necessários as pessoas com deficiência, denota-se então, a premente e urgente necessidade de políticas públicas de inclusão, de cunho emancipatório que garantam fruição completa de todos os direitos humanos e fundamentais e, por conseguinte, a participação efetiva da pessoa com deficiência na sociedade.

INCLUSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O presente trabalho tem por objetivo contextualizar a inclusão da pessoa com deficiência como direito fundamental, para tanto, é preciso estabelecer um conceito adequado do que é direito fundamental, pois torna-se importante essa orientação, tendo em vista que a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência foi incorporada no sistema jurídico brasileiro com força de norma constitucional. Nesse diapasão “Os

direitos fundamentais constituem um mínimo de direitos garantidos, podendo o legislador ordinário acrescentar outros mas não tendo a possibilidade de abolir os tidos como fundamentais.”(Dimoulis. 2009, p.119)

Portanto, quando se fala em direitos fundamentais relacionados à pessoa com deficiência, fala-se também em uma experiência constitucional de possuir e gozar os direitos em âmbito de igualdade com os demais cidadãos. Dentro deste aspecto, as relações propostas por Alexy tornam-se de alta relevância quando se fala na inclusão da pessoa com deficiência e, na fruição dos direitos prestacionais que o Estado assumiu perante as Organizações Internacionais por meio da Convenção já supracitada, pois como observa Nunes Júnior (2009, p.13):

Só se pode falar em direitos fundamentais no plano das relações entre as pessoas e destas como Estado, o que, a toda evidência, demarca um perfil de Estado, pois ao prever e respeitar direitos fundamentais, o Estado exprime uma forma de ser e de atuar ressaltando a precitada dimensão institucional.

Logo sabe-se que os direitos fundamentais são o mínimo necessário à condição da existência da cidadania de qualquer pessoa, portanto a sua fundamentalidade é uma condição de existência para outros direitos. A formação de novo direito a partir dos direitos fundamentais acontece através da Relação de Refinamento, proposta por Alexy (Alexy, 2012 p. 75). Através do Refinamento surgem outros direitos decorrentes dos direitos fundamentais, portanto, a concretização do direito fundamental depende de outro, que pode ser inclusive vislumbrado por meio de políticas públicas, que garantam ações prestacionais do Estado. Como por exemplo, os jardins sensoriais do município de São Paulo², que estimulam a convivência inclusiva de pessoas com e sem deficiência, e mais recentemente a criação de delegacias especializadas, no estado de São Paulo, para apuração de crimes que tem como vítimas a pessoa com deficiência³, reforçando assim a especificação do sujeito de direito – ora já comentado – e garantindo o direito fundamental á segurança aos deficientes.

² Jardins criados em praças e/ou parques públicos, que permitem a experiência do tato e do olfato para pessoas com deficiência visual por meio de plantas aromáticas, como pode ser visto em <<http://vejasp.abril.com.br/estabelecimento/parque-do-povo>>. Acesso em: 22/01/2014.

³ Recente criação do governo do Estado de São Paulo, como pode ser visto em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1392779-sp-cria-primeira-delegacia-para-pessoas-com-deficiencia-fisica-do-estado.shtml>>. Acesso em: 22/01/2014.

Apesar da dificuldade em definição de tais direitos, pois, a definições de direitos humanos e fundamentais confundem-se, as expressões não podem se igualar, tendo, pois, concepções teóricas diferentes, como observa Nunes Júnior (2009, p. 23):

Uma forte tendência doutrinária caminha no sentido de adstringir a expressão Direitos Fundamentais à designação daqueles direitos positivados em nível interno, deixando a expressão Direitos Humanos para identificação dos direitos constantes das declarações e tratados internacionais, bem como para identificar direitos que, voltado à proteção da liberdade, da igualdade e da fraternidade, não tenham granjeado incorporação pelo sistema jurídico de um país.

Todavia, deve-se entender que “direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo dentro do estado.”(Dimoulis. 2009, p.119) Logo, observa-se que o positivismo é condição *sinequanom* para existência dos direitos fundamentais .

Partindo do pressuposto que os direitos positivados na constituição são fundamentais, logo bem se observa que não são todos os direitos que podem se dizer fundamentais, e que os tratados referentes a direitos humanos antes da emenda constitucional 45/2004 não são vistos como fundamentais. Portanto, pode-se ver que a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência incorporada no sistema jurídico nacional por meio do Decreto Legislativo 186/08, é um direito fundamental e humano, pois está vigente tanto no plano internacional como no plano nacional. Denota-se então que o decreto tem status híbrido, sendo, portanto, um direito fundamental pois exigível no plano jurídico interno e um direito humano pois é decorrente de um tratado internacional .

Dentro dessa conceituação que ora se aborda Olsen leciona com precisão (2012, p.31):

Em virtude desta característica específica - a positivação jurídico constitucional – é possível afirmar que os direitos fundamentais encontram maior grau de efetividade, pois contam com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários das normas respectivas ao seu devido cumprimento. {...}.

Esta respectividade que a autora cita é justamente a garantia de efetividade dos direitos constitucionais como direitos prestacionais quando tiver ação positiva, não se

analisando neste trabalho, os direitos de status negativo, abrindo um dialogo apenas com os de status ativo e os de status positivo.

Tendo em vista que esses direitos que ora se observa devem ter um grau de efetividade grande, até porque são garantias constitucionais, e orientam todo o sistema jurídico vigente, que tem por obrigação a concretização dos direitos estabelecidos na Carta Magna, deve-se entender, pois, que há uma relação subjetiva entre os titulares desses direitos.

Dentro dessas relações subjetivas está “A relação estado/cidadão é uma relação entre o titular de direitos fundamentais e o não titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.” (Alexy. 2012, p.528).

Observe-se que nas duas relações identificadas pelo autor alemão tem-se que a primeira relação é de força, da qual se pode obrigar o estado a garantir os direitos fundamentais e a segunda relação é de reciprocidade, na qual as pessoas se devem respeitar estabelecendo um *ethos* comum na sociedade. Sendo que na primeira relação tem-se como um dos instrumentos políticas públicas para materialização do direito fundamental da sociedade. Neste ponto Sarlet (2012, p. 219) explica:

(...) Políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. (...)

Logo, concordando com Sarlet, a politica pública será o caminho de concretização dos direitos fundamentais, ou melhor dizendo, o motor de propulsão para a materialização e concretização da vida na sociedade brasileira. Nunes Junior (2009, p. 14) assevera “(...) privar alguém de direitos fundamentais significa, em ultima analise, privá-lo da vida ou do direito de pertencer a sociedade na qual se integra.”

Dentro do aspecto da fundamentalidade dos direitos das pessoas com deficiência, a inclusão e a integração social mostram-se como características essenciais para o gozo dos direitos positivados na Constituição Federal de 1988 e conseqüentemente a efetiva construção de uma sociedade livre, justa e igualitária. Os exemplos em comento acima – jardins sensoriais e delegacias de policia especializadas – reforçam o incentivo a convivência e, portanto, sustentam a dignidade humana da pessoa com deficiência.

Justamente pela teoria do refinamento de Alexy é que a existência de um direito fundamental garante a concretização de algo materialmente palpável na sociedade, como, por exemplo, o direito fundamental à saúde, necessita de um sistema que ampare e garanta ao cidadão a prestação de serviços básicos de saúde. Por isso concordamos com José Afonso da Silva (2002, p. 178) que leciona:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes nem sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Denotam-se na citação de José Afonso da Silva, duas palavras de cunho relevante, i) concreta e ii) materialmente. Surge daí uma questão característica na efetivação de direitos fundamentais, eles podem ser concretos e não materialmente efetivados? Cremos que sim, pois, a positivação de direitos fundamentais lança a base para materialização de tais direitos e garante o acesso a justiça para proteção judicial deste, portanto, concordando com Vieira (2010, p. 19) temos que “Desta forma os direitos precariamente assegurados se transformam em plataforma para sua própria expansão. Será a prática social, a luta pelos direitos, que transformará essas garantias formais em efetivos instrumentos de promoção e proteção da dignidade humana,”

Por derradeiro, cumpre estabelecer a nossa compreensão e posição, portanto, no conceito de direitos fundamentais, sendo importante elucidar que estamos tratando de direitos prestacionais ou sociais, retomando ainda que no caso da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e do Decreto Legislativo 186/08 que a ratificou a expressão direitos humanos e fundamentais tornam-se sinônimos devido ao status híbrido do decreto.

Portanto, concordamos com Dimoulis (2009, p.125) quando leciona:

A categoria dos direitos de status positivos, também chamados de direitos “sociais” ou as prestações, engloba os direitos e permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do estado no intuito de melhorar as condições de vida garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, (...)

Estabelecendo que há uma estrutura constitucional que garanta uma melhor qualidade de vida dos cidadãos – como no casos dos direitos fundamentais de status positivo – deve ser considerado que existe uma condição necessária de exercício da

cidadania que pressupõe a entrega dos bens materiais relativos aos direitos prestacionais.

Esta entrega redundaria em políticas públicas e nos dizeres de Alexy ações positivas fácticas (2012, p.215). Logo, denota-se que o direito fundamental positivo de um cidadão demanda uma ação positiva do estado sendo que, se y é cidadão e x é estado portanto $p(y)$ demanda $p(x)$, logo quando o Estado torna-se omissivo não planejando e executando políticas públicas que materializem os direitos fundamentais de seus cidadãos, aquele está ferindo a lógica e deve ser punido por isto.

Não que queiramos cair numa redundância, onde todos os direitos fundamentais necessitam de políticas públicas para serem efetivados, entretanto se torna necessária uma análise minuciosa da inclusão da pessoa com deficiência que sim só pode ser efetivada por meio de políticas públicas que respeitem as relações de direitos fundamentais – anteriormente comentadas – e garantida por meio de prestações positivas a fruição dos direitos fundamentais garantidos pelo Decreto Legislativo 186/08. Nesse sentido Olsen (2009, p. 38) explica:

Dar efetividade aos direitos fundamentais não é tão-somente cumprir a letra fria da Constituição, mas sim respeitar os valores construídos e difundidos na sociedade, trilhando os caminhos que ela mesma traçou ou pretendeu traçar.

Ora como se observa, se temos uma Constituição pautada no respeito à dignidade e à garantia da inclusão da pessoa com deficiência em todos os níveis e aspectos sociais, e a introdução do documento internacional com força de norma constitucional, logo temos, pela lógica, que a sociedade se comprometeu a traçar o caminho da inclusão e se esta não o faz estará desrespeitando os valores pautados pelo legislador ordinário e pela Constituição Federal de 1988. A título de exemplificação no próximo tópico examinar-se-á o caráter deontológico do artigo 1º do Decreto Legislativo 186/08.

A DEONTOLOGIA DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL E A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO CENÁRIO BRASILEIRO APÓS A EC 45/2004

A necessidade da investigação do caráter deontológico, na teoria de Alexy, justificase na possibilidade de reescrita dos enunciados normativos do Decreto Legislativo

186/08 demonstrando as obrigações assumidas pelo Brasil no tocante a inclusão da pessoa com deficiência.

Alexy (2012, p. 66) explica “Todos os artigos da constituição alemã contem enunciados normativos ou parte de enunciados normativos.” Tendo em vista a influência germânica na constituição brasileira, torna-se relevante a teoria de Alexy no plano nacional. O mesmo continua lecionando (2012, p. 66): “A norma expressa pelo enunciado acima é uma norma de direito fundamental”.

Alexy continua explicando o caráter deôntico e vinculativo da norma nesse sentido afirma (2012, p. 69):

(...) O poder executivo e o judiciário estão vinculados diretamente aos direitos fundamentais, que são considerados direitos diretamente aplicados, não resta dúvida de que o enunciado acima não é descritivo, mas normativo. Assim aquilo que se quer dizer com ele pode ser formulado por meio dos seguintes enunciados deônticos:

Alexy exemplifica os enunciados deônticos do artigo 5º § 3º, I da constituição alemã e, da mesma forma, pretendemos reescrever a primeira parte do artigo 1º do Decreto Legislativo 186/08⁴, demonstrando o caráter deôntico das normas assumidas pelo Brasil, que poderiam ser expressas da seguinte forma:

Todos os países que ratificaram a presente convenção têm por obrigação promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. (1)

É proibido ao país que assinou a presente convenção deixar de promover proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. (2)

Os enunciados deônticos 1 e 2 demonstram a necessidade do Brasil garantir políticas públicas que promovam a pessoa com deficiência, é importante observar que essa obrigatoriedade não decorre diretamente da convenção, mas sim do artigo 5º § 2º e 3º da Constituição Federal, que considera o tratado internacional de direitos humanos como norma constitucional quando incorporado ao plano jurídico nacional.

⁴ Artigo 1 Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Portanto, as pessoas com deficiência têm duas formas de cobrar os seus direitos fundamentais estabelecidos pelo decreto, ora em comento, podendo atuar perante a justiça nacional e junto aos órgãos internacionais.

Toda essa hibridez que estamos comentando, se dá por conta da emenda constitucional 45/2004, que incorporou ao artigo 5º da Constituição Federal § 2º e 3º, tecendo o caráter constitucional as normas de direito internacional, ratificadas segundo os critérios elucidados por este parágrafo. Surge a partir deste momento a incorporação automática do direito internacional dentro do plano nacional, ressalte-se ainda que a convenção internacional da pessoa com deficiência foi o primeiro tratado internacional a ser incorporado no país após a emenda constitucional 45.

Sobre a incorporação automática, Piovezan (2010, p. 51) sustenta:

No que se refere a incorporação automática, diversamente dos tratados tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação.

Seguindo uma linha do raciocínio já exposto, do qual todas as normas constitucionais são fundamentais, temos então a necessidade da aplicabilidade imediata da norma internacional por força do próprio artigo 5º § 1º. “No que concerne ao dever estatal de observância das normas constantes dos tratados, necessária se faz uma interpretação extensiva da Constituição agregada as próprias normas dos tratados.” (Pfeiffer. 2007, p. 6)

Cumprido estabelecer aqui que dentro dessa interpretação extensiva, a função do tratado internacional mais especificamente, da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência é complementar a norma constitucional já aposta. Nesse sentido Piovezan (2010, p. 61) explica: “(...) os tratados internacionais de direitos humanos estarão a integrar, complementar, e estender a declaração constitucional de direitos.” Nesse aspecto a deontologia da inclusão visa complementar, ou melhor dizendo, especificar o princípio da dignidade da pessoa humana pois implica no dever estatal à consecução de programas e/ou políticas públicas que incentivem a inclusão.

Os exemplos citados no tópico anterior, mais especificamente o do jardim sensorial demonstra, essa atividade estatal, pois cria um espaço de convívio social em lugares públicos, promovendo a integração do deficiente visual na sociedade. Antes de mais nada, importante ressaltar que o jardim sensorial não é algo meramente ocupacional, mas é também um espaço democrático para efetivação da inclusão.

Outra consideração a se tecer é que a colocação da norma internacional com o direito fundamental complementa e determina as ações necessárias para se alcançar a máxima efetividade dos direitos fundamentais na sociedade brasileira. “Temos então que, no sistema jurídico internacional a norma fundamental determina que o costume dos atos reiterados dos estados pode ser considerado fato produtor de normas (...)” (Rosa. 2012, p. 53/54). Concordando com o autor, a norma internacional de direito fundamental vai reorganizar o sistema jurídico, determinando as novas atitudes postas frente ao direito especificado, no caso o das pessoas com deficiência.

Nesse sentido Piovezan (2010, p. 61) sustenta:

Com efeito, a partir dos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados nesses tratados e, assim, passam a se incorporar ao direito brasileiro.

Para fim de conclusão do tema exposto, é importante elucidar que a pessoa com deficiência a partir da convenção internacional ratificada pelo Decreto legislativo 186/08 tem os seus direitos especificados mais protegidos e começa a ser visualizada de forma holística pelo direito pátrio, quando o mesmo garante fundamentalidade por força da Emenda Constitucional 45/2004, ampliando o rol e reforçando os direitos fundamentais dos deficientes.

Por isso temos um documento híbrido dentro do nosso ordenamento jurídico, que não deixa de ser um documento de direitos humanos, mas também é uma carta de direitos fundamentais, podendo, devido a sua internacionalização, ser imputadas ao Estado Brasileiro, sanções decorrentes do não cumprimento das obrigações versadas na convenção.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi pesquisado, pode-se concluir que a inclusão da pessoa com deficiência é um direito fundamental, tendo em vista que a Convenção da Pessoa com Deficiência foi ratificada após a emenda constitucional 45/2004, sendo portanto uma norma de caráter constitucional.

O Decreto Legislativo 186/08, trás ao Brasil a obrigação de criar espaços inclusivos que possam desconstruir a imagem da deficiência como uma doença e

demonstrar que a deficiência é uma forma de vida como todas as outras, visando o respeito integral da dignidade da pessoa com deficiência.

Como exemplo de políticas públicas inclusivas, temos o Jardim Sensorial criado no município de São Paulo e a recém criação de delegacias especializadas em crimes para pessoas com deficiência, também no estado de São Paulo. Dois exemplos que reforçam o convívio social no primeiro e a especificação do sujeito de direito no segundo, garantindo assim uma proteção ampla dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência.

Pode-se ver também que o Decreto Legislativo 186/08 é uma norma de status híbrido, pois, é um direito fundamental; está positivado como norma constitucional e é um direito humano internacionalmente reconhecido, sendo, portanto, possível a cobrança perante a justiça nacional e também perante aos órgãos internacionais, garantindo assim maior efetividade e densidade aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004;

TAHAN, Adalgisa Pires Falcão. **A universalidade dos direitos humanos**. In: Estudos e debates em Direitos Humanos. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CAMPELO (COORD), Livia Gaigher Bósio (ORG). São Paulo: Letras Jurídicas, v. 2, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. rev. atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

BOLONHINI, Roberto Junior. **Portadores de necessidades especiais as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira**. São Paulo: Arx, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Definição e características dos direitos fundamentais**. In: Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÕES, Alvaro Fabiano Toledo. **Direitos Humanos: evolução histórica e progresso moral.** In: Estudos e debates em Direitos Humanos. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CAMPELO (COORD), Livia Gaigher Bósio (ORG). São Paulo: Letras Jurídicas, v. 2, 2012.

GIACOIA, Oswaldo Junior. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica – fraternidade. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coords.). **Gramática dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: 70, 1984. (Textos Filosóficos 7).

LEITE, Flavia Piva Almeida. **A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual.** Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 31-53, jul/dez 2012.

DHANDA, Amita. **Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências.** Sur, Rev. int. direitos humanos, v. 8, n. 5, p. 49-52, 2008.

PIOVEZAN, Flavia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. **Deficiência, direitos humanos e justiça.** Sur, Rev. int. direitos humanos. v. 6, n. 11, p. 65-77, 2009.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Iniciação na ciência do direito.** São Paulo; Saraiva, 2008.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Entre Hefesto e Procusto: A condição das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social:** da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** Verbatim, 2009.

ROSA, André Luis Cateli. **Tratados internacionais a ordem jurídica brasileira.** São Paulo; Letras Jurídicas (col. UNIVEM). 2012

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica.** Boitempo Editorial; São Paulo. 2010.

