

O ARCABOUÇO JURÍDICO-PENAL CONSTANTE DA LEI FEDERAL Nº 7.853/89 PARA A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS

*Raimundo Wilson Gama Raiol**

1 Introdução. 2 Pessoas com necessidades especiais: igualdade. 3 Superação das barreiras para a inclusão social. 4 Princípios da convenção da ONU. 5 Previsão no patamar constitucional. 6 Previsão no plano infraconstitucional. 7 Normas penais relacionadas à inclusão social das pessoas com necessidades especiais. 8 A proteção aos bens jurídicos como justificativa da criminalização. 9 Reflexos da intervenção mínima punitivo-estatal. 10 Considerações finais. Referências.

RESUMO

Reflete-se acerca da exigibilidade de previsão de normas punitivas, ditadas pelo Estado, para haver a efetividade dos direitos humanos concernentes às pessoas com necessidades especiais. Aborda-se a perspectiva de reconhecimento de igualdade de oportunidades entre as mencionadas pessoas e as demais pessoas, apesar das diferenças com que são visualizadas pela sociedade, sob a ótica de estigmas, preconceitos e estereótipos, como elementos desencadeadores de discriminação e exclusão. Levanta-se a bandeira de superação das barreiras arquitetônicas e atitudinais como viés de inclusão social das referidas pessoas. Faz-se o estudo das condutas, tipificadas como crimes, no bojo da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, capazes de tolher ou excluir as aludidas pessoas, por suas deficiências, das searas da escola, do serviço público e privado, da assistência médico-hospitalar e ambulatorial, além frustrar a instrução e os efeitos da ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos difusos das preditas pessoas.

Palavras-Chave: Deficiência. Inclusão Social. Dignidade Humana. Bens Jurídicos. Igualdade. Criminalização.

* Mestre em Instituições Jurídico-Políticas – Direito Penal e Doutor em Direitos Fundamentais e das Relações Sociais, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará – Brasil. Professor do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da referida Universidade. Membro Efetivo da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Advogado. E-mail: raimundo.raiol@tjpa.jus.br

1 INTRODUÇÃO

As pessoas com necessidades especiais se dividem em dois grupos. O primeiro é o das pessoas com deficiência, isto é, das pessoas com deficiência física, mental, visual, auditiva e múltipla que, em decorrência disso, são padecedoras de limitação ou incapacidade para o desempenho de atividades. O segundo é o das pessoas com mobilidade reduzida, que, ao contrário das integrantes daquele grupo, não se ressentem de deficiência, mas têm dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, o que lhes causa redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção¹.

Opta-se pelo uso da denominação em epígrafe, levando-se em conta que abrange os referidos grupos, tendo, incisivamente, um espectro bem amplo, ensejando que se refuja à limitação de se invocar somente um dos referidos grupos, pois, afinal, os integrantes de um e de outro se deparam com obstáculos no ambiente físico-estrutural, vale dizer, nos edifícios, nas vias públicas, nos meios de transporte e de comunicação etc., restando-lhes situações que impedem o acesso livre e seguro aos mais diversos recintos onde poderiam exercer atividades peculiares a qualquer ser humano, tais como a busca de escolarização e educação, alimentação, trabalho e lazer, enumerados como direitos fundamentais e sociais no art. 6º da Constituição da República.

Nessa vertente analítica, sobreleva reproduzir o entendimento de Fávoro, para quem “a substituição de deficiência por ‘necessidades especiais’ (...) é cabível quando a intenção for se referir a um grupo maior de pessoas que apresentam algum tipo de limitação ou dificuldade, mas não, necessariamente, têm deficiência”², acrescentando como exemplos as pessoas com obesidade, as idosas e a mulheres grávidas³.

Ademais, outras denominações guardam um resíduo pejorativo, tais como pessoa deficiente ou pessoa portadora de deficiência, que induzem a uma percepção (embora pseudopercepção) reducionista do valor desses seres humanos.

Faz-se a opção pela expressão pessoas com necessidades, apesar de a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas, aludir a estas caracterizando-as como pessoas que “têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”.

Deve-se observar, porém, que a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada no Brasil pelo Decreto Federal nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, portanto, anteriormente àquela Convenção da ONU, estabelece que o significado de deficiência é de “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória”.

Nesse passo, afigura-se prudente frisar que a mesma Convenção da ONU, em seu preâmbulo, reconhece que “a deficiência é um conceito em evolução”

e que, complementando, “resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Ora, na esteira dessa evolução conceitual, há que se abrigar sob o designativo pessoas com necessidades especiais as que, sem impedimento permanente, encontram dificuldades ou óbices para a locomoção, que se lhes torna reduzida, como, lembrando aqueles exemplos, acontece ao obeso, ao idoso e à mulher grávida (principalmente, se a gravidez for de alto risco), facultando-se aqui acrescentar as pessoas que têm a hipofunção orgânica conhecida como nanismo.

Daí advogar-se em favor da expressão pessoas com necessidades especiais, tendo em vista que a Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, Lei Nacional de Acessibilidade, discerne, nos termos do seu art. 2º, III, que a deficiência está relacionada a uma limitação permanente, enquanto que a mobilidade reduzida corresponde a uma limitação temporária, ao enunciar “pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida: a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo”.

Como reforço desse entendimento, suscita-se que o regulamento da precitada lei, consubstanciado no Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, distingue, no seu art. 5º, entre “pessoa portadora de deficiência”, identificando-a como a que, em razão de deficiência física, auditiva, visual e mental, padece de limitação ou incapacidade para o desempenho de atividades, enquanto que a “pessoa com mobilidade reduzida” é a que, embora não tendo aquelas deficiências e aquela limitação ou incapacidade, apresenta “dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção”.

Deve-se ter em mente que é lúdima a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, como as denomina a Convenção da ONU que os estatui, no plano internacional, com repercussão no nacional, pois que hierarquizada como emenda constitucional, todavia, não se pode deixar desguarnecidas as pessoas que, sem terem deficiência, padecem de mobilidade reduzida, de vez que tanto essas como aquelas se defrontam com situações de difícil ou inóspita superação diante de barreiras existentes nas estruturas físico-ambientais e, ainda, ante as atitudes excludentes da sociedade.

Enfatiza-se que, embora seja preponderante, em relação às normas infraconstitucionais que ocupavam ou se ocupam de afigurar as pessoas com deficiência, o vigor do que estabelece a mencionada Convenção da ONU, com o *status* de emenda constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, ao definir o que são as referidas pessoas, tal compreensão não obsta a que, em sua retaguarda recebam proteção as pessoas que, embora não se enquadrando naquela categoria, sofrem os impactos da mobilidade reduzida, restando a estas ficarem albergadas por normas infraconstitucionais.

Por outro lado, à guisa de podar excessos terminológicos, tenha-se certo que se quer identificar apenas as pessoas que se ressentem de necessidades especiais relacionadas somente aos seus aspectos físico-corpóreos ou físico-funcionais ou mentais, que lhes causam impedimentos de longa duração, o que, com as devidas proporções, ocorrem relativamente às pessoas com mobilidade reduzida. Tanto isso é palpável, que se poderia inovar a designação como pessoas com necessidades especiais físico-mentais.

Minudências outras são questionadas, a seguir.

Uma indagação crucial ecoa, genericamente, quando se discorre ou se reflete sobre a efetividade dos direitos humanos das pessoas com necessidades especiais. Consiste em saber se se afigura exigível a ameaça estatal, por meio de normas de natureza punitiva, para o alcance daquela efetividade.

Com efeito, podem os direitos humanos das referidas pessoas ser efetivados sem o ferrete da coerção? Impende que essa coerção seja exercida por normas de direito penal? Qual a influência do cognominado direito penal mínimo nesse âmbito de atuação da ameaça estatal?

As respostas a esses questionamentos urgem ser formalizadas, para que se tenha um norte que enseje a efetividade pretendida para os direitos inerentes àquelas pessoas.

Importa a formalização dessas respostas em que se incursione nos horizontes dos direitos humanos, para demonstrar, ainda que sumariamente, sua existência a partir de diplomas normativos e, em passos ulteriores, tratar do arcabouço estatal-punitivo que sirva de fundamento para dimensionar a coerção idônea à efetividade dos direitos pertinentes àquela gama de pessoas singularizadas por limitações orgânicas, físicas e psíquicas, que sofrem discriminação e exclusão social diante da ressonância de imposições atitudinais fincadas nos estigmas, preconceitos e estereótipos cultivados pela sociedade.

2 PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS: IGUALDADE

Trata-se de um contingente humano muito significativo e assaz numeroso, no cenário mundial e, por tabela, representado por uma densa camada da população do Brasil. Compõe-se de pessoas que apresentam singularidades, sem que, todavia, devam ser consideradas como rebotalhos humanos, em que pese ainda assim serem vistas pelos que concebem as diferenças como sinônimas de desigualdades, em contraposição ao que se procura estabelecer como marco doutrinário moderno, ou seja, de que devem ser respeitadas por sua dignidade, sob a inspiração do cânone da igualdade material.

Voltada para esse ângulo, merece ser evocada a máxima de Aristóteles proclamadora de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Nessa esteira, Barbosa⁴ exterioriza sua concepção acerca da igualdade:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.

A igualdade é um conceito construído pelo homem. Lembra Lafer⁵: “A igualdade não é um dado (...). Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política”. Arremata Lafer⁶ que “as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas. A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições”.

O homem, vale dizer, a humanidade, é que identifica formas desiguais em um conjunto de exteriorizações, demarcando diferenças que singularizam o mundo, procurando estabelecer o discrimine segundo o qual umas devam ser mais aceitas socialmente ou mais percebidas que outras, ao invés de igual prestígio no âmbito da sociedade. Na realidade, estabelecendo-se contraponto, não existem desiguais, porém, diferentes formas de expressão da natureza, transcendentais nos corpos animados ou inanimados: nos seres humanos, nos demais animais, nos vegetais, nos minerais, nos elementos sólidos, líquidos ou gasosos etc. Em relação aos seres humanos, essas diferenças conformam a sociedade de múltiplas exteriorizações, na cor, na altura, enfim, em uma diversidade fenotípica ou mesmo genotípica. Essa diversidade pode implicar limitações físico-psíquicas no ser humano, sem que isso signifique inferioridade, de vez que diferença não é o mesmo que desigualdade, como se infere de emanação elucidativa de Comparato⁷: “Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas”. Esse jurista salienta que o “pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior”⁸.

As referidas pessoas, por apresentarem diferenças, são rotuladas de pessoas com deficiência. Na esteira do que preleciona Ribas⁹, os homens não são fisicamente iguais, pois apresentam altura diferente, cor da pele e olhos diferentes, peso diferente etc., têm características diferentes uns dos outros, todavia, as cognominadas pessoas com deficiência são um pouco mais diferentes, por possuírem sinais ou sequelas mais notáveis. Vale refletir sobre o que afirma Ribas¹⁰ no sentido de que “não podemos meramente transpor a realidade natural para a realidade social. Não é porque os homens são naturalmente diferentes entre si que devem ser socialmente diferentes”. Logicamente, não devem as diferenças físicas das aludidas pessoas determinar-lhes a diferença social nem o cerceamento de iguais oportunidades na vida.

Recorta-se desse plexo de acepções sobre as denominadas pessoas com deficiência que suas diferenças não as desigualam quanto ao reconhecimento e exercício de seus direitos, apesar de suas singularidades lhes determinarem

limitações (que, porém, não lhes confere ineficiências), de ordem corpórea e mental, para enfrentarem a realidade social (minada de estigmas, preconceitos e estereótipos), bem como satisfazerem às exigências das instituições políticas e administrativas, públicas e privadas, e ainda para superarem os desafios das estruturas físico-ambientais caracterizadas pela inacessibilidade.

A conceituação dessas pessoas está encimada ao patamar internacional. Ei-la, com cores marcantes, no art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, editada pela Organização das Nações Unidas:

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 igualdade de condições com as demais pessoas.

Emana desse conceito a ilação de que várias causas se entrecruzam para a caracterização das referidas pessoas, denotando que, para isso, não bastam as limitações de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (visão, audição ou fala), como componentes do quadro de deficiências, mas a interseção de barreiras diversas, tudo concorrendo para tolher os referidos seres humanos em seu entrosamento no contexto social, de modo a não usufruírem de igualdade de condições para participarem das atividades disponibilizadas às outras pessoas. Essas barreiras são as atitudinais, inspiradas nos preconceitos, estigmas e estereótipos, opostas pela sociedade às aspirações de igualdade material das aludidas pessoas, bem como as relacionadas ao ambiente físico-estrutural, à comunicação, à educação etc.

A Convenção, como é cediço, tem a equivalência de emenda à Constituição da República Federativa do Brasil, por ter sido aprovada, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, como frisa o Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que a promulgou e introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, o que faz refulgente aquele conceito das pessoas supracitadas.

Sem embargo disso, não é demasiado trazer à baila a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIFIS, expedida pela Organização Mundial de Saúde, a qual funciona como instrumento que permite o entendimento de que as pessoas com necessidades especiais estão envolvidas em um contexto multiforme de deficiências (preferencialmente, deveriam ser designadas como diferenças) e fatores ambientais, em um panorama de interação que permite vislumbrar o quão pode ser cerceado àqueles seres humanos o direito à igualdade de oportunidades em todos os quadrantes da sociedade.

Depreende-se, conseqüentemente, que, para a noção do que significam essas pessoas, impõe-se vislumbrar dois enfoques¹¹: a) ter a concepção de que

as deficiências, classificadas como temporárias ou permanentes, progressivas, regressivas ou estáveis, intermitentes ou contínuas, são problemas ocorrentes nas funções (desvio significativo das funções fisiológicas dos sistemas orgânicos, inclusive, as psicológicas ou mentais) ou nas estruturas do corpo (perda de um órgão ou membro); b) ter a compreensão de que os fatores ambientais, representados pelo ambiente físico, social e atitudinal, possuem a capacidade de exercer influência positiva ou negativa sobre as referidas pessoas (não apenas sobre suas diferenças ou singularidades) e, logicamente, sobre a capacidade de cada uma para executar ações ou tarefas ou mesmo sobre a função ou estrutura do seu corpo.

Dentre os fatores ambientais estão as barreiras, criadas pela sociedade, nas quais se incluem o ambiente físico inacessível, as atitudes pessoais negativas em relação à incapacidade e a inexistência de serviços e de políticas específicas, tudo concorrendo para limitar o desempenho das referidas pessoas, enfim, sua funcionalidade, que está relacionada à estrutura e funções do corpo, atividades e participação na sociedade.

Infere-se, por conseguinte, que as pessoas com necessidades especiais são produtos dos problemas orgânicos, físicos ou psicológicos, conectados com os efeitos deletérios dos fatores ambientais, por sua vez, físicos, sociais ou atitudinais.

3 SUPERAÇÃO DAS BARREIRAS PARA A INCLUSÃO SOCIAL

Afigura-se indispensável que as pessoas com necessidades especiais tenham efetivada sua inclusão social, mediante a oportunidade de superação das barreiras das mais diversas naturezas e, como derivativo lógico, conquistem o terreno que lhes compete na sociedade.

A propósito, eis a manifestação de Alves¹² que serve para que se tenha a perspectiva de como a sociedade deve filtrar a solução dos problemas decorrentes das barreiras das mais variadas ordens, inclusive, as barreiras atitudinais ou sociais, opostas às pessoas com necessidades especiais ou pessoas com deficiência, como são denominadas por grande parte da doutrina, proclamando-as como credoras de iguais oportunidades de participação social:

As pessoas portadoras de deficiência devem ter acesso igual a todos os lugares. Devem ter a garantia de oportunidades iguais mediante a eliminação de todas as barreiras socialmente determinadas, sejam elas físicas, financeiras, sociais ou psicológicas, que excluam ou restrinjam sua plena participação na sociedade.

Em sede de barreiras, portanto, há que se pugnar pela sua superação, mediante acessibilidade, em sentido amplo, aos mais variados setores de atividades da sociedade, não apenas, aos ambientes físicos onde possam ser exercidas, porém, aos segmentos econômico e cultural, aos serviços de saúde e educação

e aos mundos da informação e da comunicação, como apregoa a Convenção, em seu preâmbulo¹³.

A superação desses obstáculos pode ser feita, portanto, mediante acessibilidade, que, nos moldes preconizados pelo art. 9º da Convenção, decorre do conjunto de medidas adotadas pelos Estados Partes, dentre os quais o Brasil, capazes de assegurar o acesso, em igualdade de oportunidades, tanto em benefício das pessoas com necessidades especiais, ao meio físico, ao transporte, aos sistemas e às tecnologias da informação e comunicação, inclusive internet, sinalização em Braille e em formatos de fácil leitura e compreensão, para isso havendo a operacionalidade consistente na identificação e eliminação de obstáculos e barreiras nos edifícios, rodovias, meios de transporte, escolas, residências, instalações médicas e locais de trabalho, serviços eletrônicos e de emergência.

No desnudamento das implicações decorrentes das barreiras de porte físico-ambiental, vem a lume a classificação das barreiras arquitetônicas, subdivididas em barreiras urbanísticas, barreiras nas edificações e barreiras nos meios de transportes, como as enumera a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, Lei Nacional de Acessibilidade.

Além dessas, existem as barreiras nas comunicações e informações, como enuncia a mencionada lei.

Por outro prisma, indispensável é fazer reflexão sobre a discriminação a que pela sociedade são relegadas as pessoas por suas limitações orgânicas e psíquicas, do que lhes sobeja impedimentos no cenário social.

Nesse sentido, válido é destacar que os Estados Partes da Convenção, como previsto no preâmbulo, declaram-se preocupados com as situações difíceis enfrentadas pelas pessoas com deficiência ante sua sujeição “a formas múltiplas ou agravadas de discriminação”, causadas estas por diversos fatores, tais como “raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, origem nacional, étnica, nativa ou social, propriedade, nascimento, idade ou outra condição”.

Como aporte para rebater essa discriminação tão diversificada, a Convenção, no seu art. 3º, alberga os seguintes princípios: “A não-discriminação” e “O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade”.

Proporciona, nesse passo, a referida Convenção, no seu art. 2º, que se capte o significado da discriminação e, conseqüentemente, da clausura social que pode causar a alguém, apesar da condição de ser humano, pelo fato de suas limitações orgânicas:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades

fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Portanto a discriminação, em seu raio nefasto, oblitera até mesmo o viés da adaptação razoável que, nos termos do art. 2º da Convenção, consiste no conjunto de modificações e ajustes necessários e adequados, sem ônus desproporcional ou indevido, destinados a assegurar o gozo e o exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

No ambiente infraconstitucional, em consonância com a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais, art. 1º, § 2º, estão garantidas as ações governamentais necessárias ao cumprimento das normas constitucionais e de outras normas legais, inclusive as constantes do seu próprio texto, todas concernentes aos direitos das pré-faladas pessoas, “afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie”, incumbindo disso, como obrigação em escala nacional, o Poder Público e a sociedade.

Vale destacar que as referidas pessoas, em benefício das quais devem ser eliminadas todas as barreiras, ao norte sumariadas, constituem a parcela de 625.000.000 (seiscentos e vinte e cinco milhões) da população mundial¹⁴.

No Brasil, há 45.606.048 (quarenta e cinco milhões, seiscentos e seis mil e quarenta e oito) pessoas com alguma deficiência, ou seja, visual, auditiva, motora, com grande ou alguma dificuldade, e mental ou intelectual, equivalendo a 23,91% de seu lastro populacional, representado por 190.756.199 (cento e noventa milhões, setecentos e cinquenta e seis mil e cento e noventa e nove) habitantes, conforme o Censo 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Consoante o mencionado Censo, aquele contingente que apresenta alguma deficiência está distribuído nas cinco Regiões brasileiras, da seguinte maneira: Norte – 3.654.137 (três milhões, trezentos e cinquenta e quatro mil e cento e trinta e sete); Nordeste – 14.130.717 (quatorze milhões, cento e trinta mil e setecentos e dezessete); Sudeste - 18.499.909 (dezoito milhões, quatrocentos e noventa e nove mil e novecentos e nove); Sul – 6.159.670 (seis milhões, cento e cinquenta e nove mil e seiscentos e setenta); e Centro-Oeste – 3.161.616 (três milhões, cento e sessenta e um mil e seiscentos e dezesseis) pessoas.

Nota-se, aliás, que, no território nacional, houve um aumento considerável do quantitativo das referidas pessoas em relação ao Censo 2000, do IBGE, segundo o qual existiam 24.600.256 (vinte e quatro milhões, seiscentos mil e duzentos e cinquenta e seis) pessoas com alguma deficiência, equivalente a 14,46% sobre a população de 169.872.859 (cento e sessenta e nove milhões, oitocentos e setenta e dois mil e oitocentos e cinquenta e nove) habitantes, à época.

4 PRINCÍPIOS DA CONVENÇÃO DA ONU

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme seu art. 3º, está pautada em princípios assim enumerados: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não-discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Uma leitura, ainda que superficial, acerca desses princípios, permite a ilação de que plasmam o ideal de dispensar tratamento igualitário a todas as pessoas com necessidades especiais, perpassando pela efetividade de postura da sociedade no sentido de oferta e manutenção daquelas na escola, no trabalho, no lazer e, como pressuposto básico de tudo isso, nos ambientes físico-estruturais (edificações e espaços públicos), mediante eliminação de todas as formas de barreiras.

A colimação desses princípios não se faz pura e simplesmente, pois exige muito além de predisposição da sociedade no tocante à promoção da inclusão das pessoas com necessidades especiais. É insuficiente que a sociedade tenha meramente o propósito de realizar essa inclusão. Não se olvide que essa inclusão consiste em “processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade”, como ensina Sasaki¹⁵.

Há, enfim, nessa direção, mecanismos a serem manejados eficazmente pela sociedade para a inclusão das referidas pessoas. Para que isso ocorra efetivamente, ante a falibilidade de alguns desses mecanismos, outros dotados de força coercitiva devem vir à cena, como o são as normas punitivas de condutas delituosas que procuram tolher a inclusão social das mencionadas pessoas.

Como ressonância dos princípios que a norteiam, a Convenção traz em seu bojo a previsão de medidas a que se obrigam os Estados Partes no que concerne à acessibilidade, à educação, à saúde, ao emprego, ao trabalho e ao acesso à justiça, em prol das pessoas de que aqui se trata.

Com efeito, a Convenção, no art. 9º, no que diz respeito à acessibilidade, prevê que os Estados Partes adotarão medidas para a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras nos edifícios, rodovias, meios de transporte, escolas, residências, instalações médicas, local de trabalho, bem como óbices a informações, comunicações, serviços eletrônicos, serviços de emergência etc.

Na área da educação, a Convenção, no art. 24, estabelece que, dentre outras, as medidas devem consistir no seguinte: a) impedir a exclusão das

pessoas, sob a alegação de terem deficiência, do sistema educacional geral; b) evitar que as crianças com deficiência sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário; c) permitir o acesso das mencionadas pessoas ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas; d) facilitar o aprendizado do braille e da língua de sinais e a promoção da identidade linguística da comunidade surda; e) garantir que a educação das crianças cegas, surdo-cegas e surdas seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

No que concerne à saúde, eis algumas medidas previstas na Convenção, art. 25, para serem implementadas pelos Estados Partes em favor das preditas pessoas: a) ofertar programas de atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis, de mesma variedade, qualidade e padrão destinados a outras pessoas, inclusive, os voltados à saúde sexual e reprodutiva; b) oferecer serviços de saúde, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, e os destinados a reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais; c) prevenir para que não haja, de maneira discriminatória, por motivo de deficiência, a negação de serviços de saúde ou de atenção à saúde ou à administração de alimentos sólidos ou líquidos.

No que tange ao trabalho e emprego, constam da Convenção, art. 27, exemplificativamente, as medidas que os Estados Partes adotarão em benefício das referidas pessoas: a) proibir a discriminação, baseada na deficiência, para efeito de recrutamento, contratação, admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho; b) proteger os direitos às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho; c) assegurar direitos trabalhistas e sindicais em condições de igualdade com as demais pessoas; d) garantir emprego no setor público; e) promover emprego no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas que importem em programas de ação afirmativa; f) assegurar adaptações razoáveis no local de trabalho; g) garantir que não haja manutenção em escravidão ou servidão e assegurar a proteção contra o trabalho forçado ou compulsório, em igualdade de condições às demais pessoas.

Além disso, a Convenção, no art. 13, garante o acesso à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, para facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência, como participantes diretos ou indiretos, em todos os procedimentos jurídicos.

Pode-se conceber que essas previsões assoalham a intenção coercitiva de que se afiguram entranhadas normas penais que, no ordenamento jurídico brasileiro, dizem respeito a tipos que criminalizam condutas e fatos refratários à inclusão social das pessoas com necessidades especiais, conquanto a Convenção da ONU use a expressão pessoas com deficiência. Teleologicamente, há convir, abrange aquelas.

5 PREVISÃO NO PATAMAR CONSTITUCIONAL

Na Constituição da República estão amplamente previstos direitos mediante os quais é colimada a inclusão social das pessoas com necessidades especiais. A prova disso é a constatação de que, como séquito da proclamação, no seu art. 3º, IV, do objetivo fundamental de promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, erige direitos fundamentais que amparam aquelas pessoas.

Com efeito, o art. 6º da Magna Carta elenca, como direitos sociais, a educação, a saúde e o trabalho, dentre outros. Constituem-se no mínimo indispensável ao bem-estar das pessoas com necessidades especiais. São-lhe pressupostos para a inclusão social. Como projeção do referido dispositivo, enfatiza, no art. 7º, XXXI, “a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

A mesma Carta, no art. 208, III, enuncia que a educação é dever do Estado, mediante alguns meios garantidores, dentre os quais o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Além disso, no que se refere à saúde, a Lei Maior, no art. 196, determina que é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Outra forma de promover a inclusão social das pessoas com necessidades especiais é a determinação dos arts. 227, § 2º, e 244, da Constituição Federal para que a lei infraconstitucional disponha sobre normas que garantam às pessoas com deficiência o acesso adequado aos prédios em construção ou em adaptação e aos veículos de transporte coletivo em fabricação ou existentes (passíveis de adaptação).

6 PREVISÃO NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL

Após um ano de vigência da Constituição Brasileira, a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), atribuiu, conforme o teor do seu art. 2º, ao Poder Público e seus órgãos a competência para assegurarem às mencionadas pessoas o pleno exercício de seus direitos básicos.

Com efeito, na área das edificações, compete ao Poder Público adotar e executar efetivamente normas que, em benefício das referidas pessoas, sejam capazes de: a) garantir a funcionalidade das edificações e vias públicas; b) evitar ou determinar a remoção dos óbices, permitindo o acesso a edifícios, a logradouros e a meios de transporte.

Na área da educação, em prol daquelas pessoas, de acordo com o referido diploma infraconstitucional, cabe ao Poder Público: a) inserir, no sistema educacional, a educação especial como modalidade que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação; b) fazer a oferta, obrigatória e gratuita, da educação especial em estabelecimento público de ensino; c) realizar o oferecimento obrigatório de programas de educação especial em nível pré-escolar, nas unidades hospitalares e congêneres nas quais educandos (notadamente, as denominadas pessoas com deficiência) estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano; d) promover a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares das mencionadas pessoas que sejam capazes de se integrarem ao sistema regular de ensino.

No que concerne à área de saúde, a lei incumbe ao Poder Público em relação às referidas pessoas: a) promover ações preventivas referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência; b) garantir o acesso aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, além do adequado tratamento no âmbito destes, de acordo com normas técnicas e padrões de conduta apropriados.

Na área de trabalho, atribui a lei ao Poder Público o dever de adotar em favor das referidas pessoas as medidas consistentes em: a) promover ações eficazes que lhes propiciem a inserção nos setores públicos e privados; b) adotar legislação que discipline a reserva de mercado de trabalho, nas entidades da Administração Pública e do setor privado e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho.

Por seu turno, no tocante ao acesso à justiça, a lei prevê o uso da ação civil pública para a proteção dos interesses coletivos ou difusos (acessibilidade às edificações, aos logradouros e aos meios de transporte, à educação, à saúde e ao trabalho), sendo legitimados, para propô-la, o Ministério Público, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal, os Municípios e as associações representativas do referido segmento social.

Por sua vez, a Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (Lei Nacional de Acessibilidade) estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade em prol das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

A referida lei está regulamentada pelo Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que conceitua aquela primeira gama de pessoas como as que apresentam deficiência física, auditiva, visual, mental ou múltipla e que, por isso, sofrem de limitações ou incapacidades para o desempenho de atividades

comuns a todos os seres humanos, do que são exemplo as paraplégicas. O aludido decreto diferencia em relação à primeira aquela segunda gama de pessoas, enunciando que, nesse rol, estão abrangidas as que, mesmo sem as nominadas deficiências, têm dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, e, portanto, padecem de redução na mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção, como os idosos e a mulheres com gravidez de alto risco.

A aludida lei, nos seus arts. 1º e 2º, depois de enunciar que a acessibilidade é a possibilidade e a condição de alcance de as referidas pessoas utilizarem, com segurança e autonomia, o espaço urbano (mobiliários e equipamentos), edificações, transportes, sistemas e meios de comunicação, identifica as espécies de barreiras que devem ser eliminadas, quais sejam, as barreiras arquitetônicas urbanísticas (existentes nas vias e espaços públicos), as barreiras arquitetônicas nas edificações (edifícios públicos e privados), as barreiras arquitetônicas nos transportes (ônibus, trens, metrô etc), as barreiras nas comunicações (estas podem ser ou não de massa). Contêm, enfim, os regramentos básicos concernentes à acessibilidade nos edifícios de destinados ao uso público, nos meios de transporte coletivo, nos sistemas de comunicação e sinalização e nas vias públicas, parques, praças, jardins, estacionamentos e outros espaços públicos, sinais de trânsito, semáforos, postes de iluminação etc.

7 NORMAS PENAIS RELACIONADAS À INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS

Há normas penais no ordenamento jurídico brasileiro, que refletem a preocupação do legislador pátrio com o segmento social relacionado às pessoas que nascem ou adquirem, no decorrer da existência, alguma limitação orgânica ou psíquica que lhes acarreta o que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência traz assentado, no art. 1º, como impedimento que, em conjugação com outras barreiras, torna-as passíveis de sofrerem obstrução na busca de participação igualitária, plena e efetiva em todos os âmbitos em que as demais pessoas desenvolvem suas atividades, na sociedade.

Nesse mirante, vislumbra-se que a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), nos moldes constantes do seu art. 8º, tipifica criminalmente alguns fatos recortados da realidade social, os quais denotam a intenção do legislador de elidir óbices brotados do preconceito e do estigma voltados contra as pessoas por suas limitações orgânicas e psíquicas, que lhes rendem os impedimentos a que alude a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Eis os tipos alhures grafados:

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 deixar de prestar 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.

Consoante o entalhe do art. 8º, I, supra, incorpora à sua conduta o fato ali tipificado o empregado de uma escola particular ou o funcionário de escola pública que, no uso de suas atribuições, podendo integrar ou não a cúpula diretiva, exteriorize a prática de recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de qualquer pessoa, em razão de sua deficiência, nos referidos estabelecimentos de ensino.

De acordo com o art. 8º, inciso II, da lei, assume conduta típica quem, notadamente na qualidade de servidor público, sem a escusa de uma justa causa, obstar que uma pessoa, por sua deficiência, tenha acesso a cargo público. Dessa forma, estará contrariando o art. 37, VIII, da Constituição da República, que prevê que a reserva de percentual de cargos ou empregos públicos para essas pessoas será fixada por lei destinada a elencar os critérios para que sejam admitidas no serviço público.

Como ressonância dessa determinação constitucional, a Lei Federal nº 8.112, de 12 de dezembro de 1990, a Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, de suas Autarquias e Fundações Públicas, no seu art. 5º, § 2º, assegura o percentual de até 20% (vinte por cento) das vagas ofertadas em concurso público para cargo cujas atribuições sejam compatíveis com as deficiências de que são acometidas aquelas pessoas. Secundando essa previsão infraconstitucional, o art. 37, § 1º, do Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, regulamento da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), estipula o mínimo de 5% (cinco por cento) para oferta dessas vagas.

No âmbito do Estado do Pará, uma das 27 (vinte e sete) unidades federativas do Brasil, a Lei Estadual nº 5.810, de 24 de janeiro de 1994, o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis Estaduais, fixa, no seu

art. 15, parágrafo único, que 20% (vinte por cento) das vagas serão ofertadas em concurso público de provas e títulos para provimento de cargos públicos, observada a compatibilidade entre as atribuições destes com as deficiências das referidas pessoas.

Por sua vez, o art. 8º, III, da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais) criminaliza a conduta de negar, sem qualquer justificativa, emprego ou trabalho a uma pessoa, em decorrência de sua deficiência.

Nessa direção, é importante assinalar que o art. 93 da Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, obriga as empresas a reservarem vagas, no seu quadro de empregados, para pessoas com deficiência que tenham passado por processo de habilitação ou reabilitação no âmbito da Previdência Social, observado o seguinte escalonamento: até 200 empregados – 2%; de 201 a 500 empregados – 3%; de 501 a 1000 empregados – 4%; de 1001 empregados em diante – 5%. De modo idêntico dispõe o art. 36 do Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, regulamento da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), ou seja, estabelecendo esse escalonamento. Segundo a lição de Pastore¹⁶, são cotas compulsórias que devem ser respeitadas pelos empregadores na admissão das referidas pessoas.

Outro fato está revestido de tipicidade. O art. 8º, IV, da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), abrange as condutas de recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial a uma pessoa em razão de sua deficiência, quando possível prover essa assistência.

Os cuidados médicos adequados para prevenção e conservação da própria saúde são um direito inarredável das pessoas com deficiência, sob a égide do art. 196 da Constituição da República, o que ressoa no plano infraconstitucional, tanto por meio do art. 2º, II, *a a f*, da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais) como por meio do art. 16 do Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999), que a regulamenta, este e aquele dispositivos tratando da garantia de acesso das aludidas pessoas a estabelecimentos de saúde públicos e privados e de seu adequado tratamento de acordo com normas técnicas e padrões de conduta apropriados.

De outra monta, erige-se como fato penalmente típico, por império do art. 8º, V, da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), a obstrução ao cumprimento de ordens judiciais consequentes de ação civil pública ajuizada em prol dos direitos difusos e coletivos das aludidas pessoas. Há de convir que se justifica a criminalização dessa conduta, pois significa frustração a um resultado do acesso à justiça, tendente a nulificá-lo, na prática.

Ademais, sendo a ação civil pública um dos elementos integrativos da definição do tipo penal, convém salientar que é uma ação prevista no art. 129,

III, da Constituição da República, destinada à proteção dos interesses difusos e coletivos e, finalisticamente, permitir às pessoas com necessidades especiais (portadoras de deficiência e com mobilidade reduzida) terem acesso à Justiça na solução de conflitos em que envolvidos os seus direitos à acessibilidade, à educação, à saúde e outros que lhes possam viabilizar a inclusão social.

Finalizando a tarefa que lhe compete, a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), no art. 8º, VI, considera penalmente típico o fato de alguém se recusar, retardar ou omitir-se no tocante ao fornecimento de dados técnicos indispensáveis e requisitados pelo Ministério Público para a propositura da ação civil pública a ser manejada em favor dos interesses difusos e coletivos das pessoas com necessidades especiais. Igualmente, essa conduta se afigura obstrutiva do acesso à justiça por parte das referidas pessoas.

Os crimes definidos na referida lei são formais, como explicita Habib¹⁷. Isso significa que, para sua caracterização, é suficiente a previsão do resultado, não se exigindo que este ocorra materialmente, segundo a lição de Damásio de Jesus¹⁸. Ocorrerá, por exemplo, um desses delitos no caso em que um estabelecimento de ensino médio, da rede pública ou privada, recusar-se, por seu diretor, a efetivar a matrícula de uma pessoa, sem justa causa, levando em conta o fato de apresentar uma deficiência física, ainda que venha a conseguir aceitação em outra instituição de ensino.

8 A PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS COMO JUSTIFICATIVA DA CRIMINALIZAÇÃO

O propósito do legislador, como se depreende, ao tipificar penalmente aqueles fatos, a teor do art. 8º, I a VI, da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), foi o de proteger interesses relevantes para as pessoas com necessidades especiais. No rol desses interesses, que se revelam primordiais a que aquelas pessoas tenham igualdade de oportunidades tanto quanto as outras pessoas, no contexto social, está o acesso à educação, à saúde, à justiça e aos cargos públicos e aos empregos na esfera privada.

Ditos interesses se constituem em bens jurídicos, de vez que destinados a satisfazer necessidades humanas, indubitavelmente, básicas ou mezinhas, sendo tutelados pelo ordenamento jurídico-penal, ainda que subsidiariamente, quando lhes for falível ou insuficiente a proteção por parte de outros tentáculos do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.) ou dos controles sociais (família, religião, escola etc.) ou estatais (órgãos de fiscalização, polícia etc.). Importante, nessa direção, a contribuição bastante elucidativa de Toledo¹⁹: “A tarefa imediata do direito penal é (...) de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”. Os bens jurídicos, segundo esse jurista, são coisas materiais e objetos imateriais dotados de valor e, em

geral, “apetecidos, procurados, disputados, defendidos e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões”²⁰. Donde, de modo concludente, a imperiosidade de aqueles interesses das pessoas com necessidades especiais merecerem a guarida das normas penais.

Os aludidos interesses ou bens jurídicos são indispensáveis àquelas pessoas, para que lhes seja garantido o mínimo existencial, que, na concepção de Barcellos²¹, mediante exame sistemático da vigente Constituição da República, é constituído de quatro elementos, que são “a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”. Trazendo para esse campo de assimilação as lições de Alexy²², vale intercalar a alusão desse jurífilósofo aos “assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação”.

Na ilharga da proteção a esses bens jurídicos, até mesmo servindo-lhes de plataforma, está o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no art. 1º, III, da Constituição da República. Anote-se que, de acordo com a reflexão de Barcellos²³, “a dignidade da pessoa humana é hoje considerada, sob vários pontos de vista, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral”.

Nesse transe, válido se afigura inserir a observação de Sarlet²⁴ de que “não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade”. O jurista agrega a ponderação de 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”²⁵.

Justifica-se, ademais, a atitude estatal de criminalizar os fatos constantes do art. 8º, I a VI, da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), em face do princípio da lesividade ou ofensividade, que, em suma, consiste em que devem ser destinatários da proteção jurídico-penal os bens de real importância e cuja lesão ou ofensa possa repercutir gravemente em detrimento de interesses individuais ou coletivos de grande monta ou significado. Consoante leciona Queiroz²⁶, segundo esse princípio, “somente podem ser erigidos à categoria de criminosos os comportamentos lesivos de bem jurídico alheio (...), entendendo-se como tal os pressupostos existenciais e instrumentais de que a pessoa necessita para a sua autorrealização na vida social”. Inquestionável, portanto, a abrangência desse princípio em relação aos bens jurídicos representados pela educação, trabalho, saúde e acesso à justiça e colimados em prol das pessoas com necessidades especiais, com vistas a serem chanceladas pela inclusão social.

Analisando o princípio da lesividade, Batista²⁷ enfatiza que é desprovida dessa natureza a conduta puramente interna ou puramente individual que seja considerada pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente. Elenca quatro fun-

ções do aludido princípio, quais sejam: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico²⁸.

Conforme a interpretação feita por Greco²⁹, na verdade, essas funções preconizadas por Batista convergem para um único raciocínio, qual seja, o de que “o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente, que venham atingir bens de terceiros, atendendo-se, pois, ao brocardo *nulla lex poenalis sine injuria*”.

Notadamente, a criminalização dos fatos nos tipos penais sob comento escapa às malhas proibitivas das funções do referido princípio, pois aqueles descrevem condutas que ultrapassam do âmbito íntimo ou do mero posicionamento atitudinal do sujeito ativo, subsidiado por preconceitos, estigmas ou estereótipos, e atingem, de modo profundo, no concerto das relações sociais, bens jurídicos de alta relevância das pessoas com necessidades especiais, com repercussão grave para estas, ferindo-lhes a dignidade.

9 REFLEXOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA PUNITIVO-ESTATAL

Todos os tipos penais incorporados no art. 8º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), são cominados com pena de reclusão variável de 1 (um) a 4 (quatro) anos, cumulativamente com pena de multa. Uma das consequências daí decorrentes é a de que o limite mínimo da pena *in abstracto*, sendo igual a 1 (um) ano de reclusão, atrai a possibilidade de suspensão condicional do processo, com fulcro no art. 89 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Ofertada a denúncia pelo órgão do Ministério Público, o processo fica suspenso, pelo interregno de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, se o beneficiário aceitar e cumprir as condições que lhe forem impostas pelo juízo competente, vindo a ser declarada a extinção da punibilidade se o denunciado as satisfizer integralmente. Pressuposto indispensável a que seja contemplado com essa suspensão é o de não responder a outro processo criminal nem ter sido condenado por outro delito.

Se sobrevier a quem incidir nessas figuras típicas a condenação à pena de até 4 (quatro) anos de reclusão (coincidentemente o máximo cominado), poderá decorrer-lhe, desde que primário ou não reincidente, o cumprimento da reprimenda em estabelecimento penal de regime aberto, tal qual é a Casa de Albergado ou assemelhado, assim denominada segundo os termos do art. 93 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

O mencionado estabelecimento, sem obstáculos físicos contra fuga, deve ser localizado em centro urbano e separado dos demais estabelecimentos. Para que ingresse nesse regime, o condenado deverá ter autodisciplina e senso

de responsabilidade, requisitos cujo preenchimento é imanente, porquanto deverá, obrigatoriamente, em ambiente extra-cárcere e sem vigilância direta, trabalhar, frequentar curso ou exercer atividade laboral lícita, obviamente, no decorrer do dia, ficando-lhe determinado, impositivamente, o recolhimento à referida casa no período noturno e nos dias de folga. Regem a matéria os arts. 33, § 1º, alínea c, § 2º, alínea c, e 36, § 1º, do Código Penal Brasileiro, além da Lei de Execução Penal. *Ad exemplum*, na cidade de Belém, capital do Estado do Pará, a Casa do Albergado está situada em perímetro central, em imediações residenciais, o que lhe confere potencial de órgão público com a finalidade de promover a inclusão social dos infratores da ordem jurídico-penal.

Saliente-se, por oportuno, que somente poderão ingressar e permanecer no mencionado regime os condenados que preencham o requisito de estar trabalhando ou, pelo menos, comprovem a possibilidade de exercer atividade laboral, imediatamente, para garantia mínima da subsistência. Exige-se-lhes, também, demonstração de ajustamento às regras do regime aberto, com base nos antecedentes criminais ou em resultado de exames a que forem submetidos, conforme o art. 114, I e II, da Lei de Execução Penal.

A normatização da matéria, colateralmente, faz surgir para o condenado até 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, pela prática de fato tipificado no art. 8º da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), a possibilidade de cumprir a reprimenda em regime de prisão domiciliar, em uma das hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal: idade acima de 70 anos, doença grave, gestante ou mulher com filho menor ou deficiente físico ou mental.

Nessa última hipótese, denota-se a singularidade de beneficiar a mulher que, tendo filho com deficiência física ou mental, houver praticado qualquer dos crimes definidos no art. 8º, I a VI, da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais), e, coincidentemente, aviltado direitos de outras pessoas com necessidades especiais.

De outra margem, condenados ao cumprimento de pena no regime de prisão domiciliar poderão ficar sujeitos à fiscalização por meio de monitoração eletrônica, de acordo com o moderno permissivo do art. 146-B, IV, da Lei de Execução Penal. A propósito, como afirma Fonseca³⁰, destacando os efeitos positivos desse instrumento alternativo, “o monitoramento eletrônico poderia ser ferramenta plenamente utilizável como forma de fiscalizar o efetivo cumprimento de prisão domiciliar, a qual não seria uma simples prisão de cunho formal, sem fiscalização”. Certamente, não apenas esse efeito se afigura positivo para o uso desse viés, ou seja, de fiscalização do beneficiário, mas, sobretudo, o de afastá-lo da convivência temerária do cárcere e, conseqüentemente, ocasionar-lhe a oportunidade de manter sua vida com dignidade, entre seus familiares.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade dos direitos conferidos às pessoas com necessidades especiais, destinados a garantir a esses seres humanos o mínimo que se lhes afigura imprescindível para uma vida digna não pode ser desacompanhada da perspectiva de coerção das normas penais, como *ultima ratio*. As normas de Direito Penal, portanto, agasalham o importante mister de guarnecer aqueles direitos, acenando com a ameaça punitiva às condutas que os ofenderem, se outras instâncias de controle social ou outras espécies de normas não conseguirem a referida efetividade.

Por outro lado, indubitoso é que a adoção de normas penais e sua aplicação não devem fugir aos lampejos de intervenção mínima estatal, por isso colimando-se pela preservação do direito de liberdade dos infratores daquelas normas, especificamente, no caso, das definidoras dos ilícitos penais que ofendem as pessoas com necessidades especiais, na forma do art. 8º, I a VI, da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (Lei de Apoio às Pessoas com Necessidades Especiais).

A preservação da liberdade desses infratores – também, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana – pode ser levada em consideração de acordo com institutos jurídico-penais, tais como os das penas não privativas da liberdade e o da suspensão condicional do processo, bem como o adinículo capaz de evitar o encarceramento e que, mais recentemente, passou a ser previsto no ordenamento jurídico pátrio, isto é, a monitoração eletrônica.

De todo o apanhado, pode-se concluir pela perspectiva de impor a força punitiva estatal para a efetividade dos direitos que o ordenamento jurídico estabelece em face da vulnerabilidade das pessoas com necessidades especiais, conquanto a aplicação das normas penais se faça em simetria com a moderna vertente de intervenção mínima estatal, mantendo-se o equilíbrio entre a concretização dos direitos daquele contingente humano e a imposição de sanções punitivas aos descumpridores das normas que estatuem os referidos direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Rideel, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Decreto nº 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 dez, 1999. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Decreto nº 5.296**, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 3 de dez. 2004. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 de ago. 2009. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 de jul. 1984. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Lei nº 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 de out. 1989. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.112**, de 12 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da união, suas autarquias e fundações públicas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 de dez. 1990. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 de jul. 1991. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 de set. 1995. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. **Lei nº 10.098**, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 de dez. 1989. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 10 jan. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. **O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói: Impetus, 2005.

IBGE. **Censo Demográfico – 2000: características gerais da população: resultados da amostra**. Rio de Janeiro, c2003. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/populacao/censo2000_populacao.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2004.

_____. **Censo Demográfico - 2010: população residente por tipo de deficiência permanente**. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=3326&i=P&opc134=2&nome>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Coleção leis especiais para concursos. Salvador: Juspodivm, 2010, v. II, t. II.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. In: SASSAKI, Romeu Kazumi (Trad.). **Declaração sobre o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Rede Saci, 2004.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. **WHO**. Disponível em: <<http://www.who.in/classificatiom/icf>>.

PARÁ. **Lei nº 5.810**, de 24 de janeiro de 1994. Dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas do estado do pará. Diário Oficial do Estado, Belém, 25 de janeiro de 1994.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBAS, João Batista Cintra. **O que são pessoas deficientes**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

-
- 1 Essa diferenciação consta do Decreto nº 5.296, de 04 de dezembro de 2004, regulamento da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, (Lei Nacional de Acessibilidade).
 - 2 FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.p. 24.
 - 3 Ibid. loc. cit.
 - 4 BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Rideel, 2005.p. 18
 - 5 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.p.150.
 - 6 Ibid., p.152.
 - 7 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.p. 226.
 - 8 Ibid., p. 226.
 - 9 RIBAS, João Batista Cintra. **O que são pessoas deficientes**. São Paulo: Brasiliense, 2003. pp. 12-13.
 - 10 Ibid., p. 13
 - 11 À luz da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIFIS.
 - 12 ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003, p.179
 - 13 No preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência consta que os Estados Partes a adotaram com base no seguinte pressuposto, dentre outros: “Reconhecendo a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

- 14 Segundo a Declaração sobre o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência, de 2004, da Organização Internacional do Trabalho.
- 15 SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 41.
- 16 PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000, p. 47.
- 17 HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Coleção leis especiais para concursos. Salvador: Juspodivm, 2010, v. II, t. II, p. 103-113.
- 18 JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 191.
- 19 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. 13. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13-14.
- 20 Ibid., p. 15.
- 21 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.
- 22 ALEXY, Robert. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 434.
- 23 BARCELLOS, op. cit., p. 203.
- 24 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.116.
- 25 Ibid., p.117.
- 26 QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 59-60.
- 27 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 91.
- 28 Ibid., p.92-94.
- 29 GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói: Impetus, 2005, p.90.
- 30 FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. **O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p.87.

THE PENAL FRAMEWORK WITHIN THE BRAZILIAN FEDERAL LAW 7.853/89, FOR SOCIAL INCLUSION OF PERSONS WITH DISABILITIES

ABSTRACT

This essay analyses the human conducts typified as crimes, under the federal law 7.853/89, carried out to refrain or constrain the persons with disabilities from school, from public service, from job market, and also frustrate the plaintiff as way to defend the rights of this kind of people.

Keywords: Deficiency. Social Inclusion. Human Dignity. Legal Assets. Equality. Criminalization.