



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
DOUTORADO**

LUCAS EMANUEL RICCI DANTAS

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO POSSIBILIDADE DE
INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA**

DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**JACAREZINHO - PR
2021**

LUCAS EMANUEL RICCI DANTAS

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO POSSIBILIDADE DE
INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA**

DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Doutorado em Ciência Jurídica (Área de Concentração – Responsabilidade do Estado e análise de questões críticas), da Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho – PR, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Renato Bernardi.

**JACAREZINHO - PR
2021**

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

D213e DANTAS, LUCAS EMANUEL RICCI
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO
POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
/ LUCAS EMANUEL RICCI DANTAS; orientador RENATO
BERNARDI - Jacarezinho, 2021.
197 p.

Tese (Doutorado em Direito) - Universidade
Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em
Ciência Jurídica, 2021.

1. CIDADANIA E INCLUSÃO. 2. POLÍTICAS PÚBLICAS,
GOVERNABILIDADE E INCLUSÃO. 3. ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL . 4. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
ASILADAS. I. BERNARDI, RENATO, orient. II. Título.

LUCAS EMANUEL RICCI DANTAS

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO POSSIBILIDADE DE
INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP, como requisito parcial à obtenção do Título de Doutor em Direito.

Data de aprovação: __ / __ / __

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

Examinador (a)

Examinador (a)

Examinador (a)

Examinador (a)

**JACAREZINHO – PR
2021**

Dedico esta tese aos meus pais Amauri Braojos Dantas e Maria Clarice Ricci Dantas, que com todo amor do mundo me formaram, de modo que que pudesse me tornar o homem que sou hoje.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, pelo dom da vida, porque sem ele nada disso seria possível e não teria forças para conseguir alcançar os objetivos que Ele sonhou para mim.

Agradeço aos meus pais, Amauri Braojos Dantas e Maria Clarice Ricci Dantas que me impulsionaram na vida, fizeram com que eu acreditasse em meu potencial e nunca deixaram que a minha deficiência me impedisse de alcançar meus objetivos.

Agradeço à minha noiva, quase esposa, Jenifer de Souza Santana, que sempre me incentiva prosseguir na academia, vibrando junto comigo por cada etapa cumprida.

Agradeço aos meus irmãos, Andrea Ricci Dantas Yanaguizawa e Gustavo Ricci Dantas que fraternalmente sempre me incentivaram e nunca me deixaram desistir.

Agradeço ao meu orientador que ousou chamar de amigo, Prof. Dr. Renato Bernardi que me acolheu na orientação, me mostrou que era possível e me incentivou a prosseguir sem olhar para trás.

Agradeço ao Prof. Dr. Fernando de Brito Alves, que na qualidade de coordenação do programa de pós graduação em direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, não mediu esforços para que o programa de doutorado em direito fosse um programa inclusivo e com a acessibilidade necessária para que eu pudesse prosseguir o doutoramento.

Agradeço à Maria Natalina da Costa, secretária do programa de pós graduação em direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, por todo incentivo e apoio à mim dedicado.

Por fim, agradeço por todos os funcionários do centro de ciências aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, por todo auxílio e presteza nos anos de doutoramento que fizeram com que a universidade me fosse uma segunda família.

Agradeço também à toda a equipe do Dantas e Santana advogados associados que me auxiliaram todas as vezes em que estive ausente para o prosseguimento da carreira acadêmica.

Disse-lhe o Senhor: "Quem deu boca ao homem? Quem o fez surdo ou mudo? Quem lhe concede vista ou o torna cego? Não sou eu, o Senhor? Agora, pois, vá; eu estarei com você, ensinando-lhe o que dizer".

- Êxodo 4: 11, 12.

*A aprovação da presente tese não
significará o endosso do Professor
Orientador, da Banca Examinadora e da
Universidade Estadual do Norte do
Paraná à ideologia que fundamenta ou
que nela é exposta*

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **O Estado de coisas inconstitucional como possibilidade de inclusão da pessoa com deficiência asilada.** 2021, 197 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a inclusão das pessoas com deficiência, que se encontram asiladas em hospitais, casas abrigos, lares e instituições congêneres no Brasil. Busca-se com a presente tese o estudo da efetividade da democracia e da cidadania para cidadãos com deficiência que se encontram em condições de asilamento, optou-se por estudar detalhadamente o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, denominado “Eles ficam até morrer” realizado em 2018, sobre instituições que abrigam pessoas com deficiência. Identificou-se a necessidade de se estudar o estado de coisas inconstitucionais, dada a violação de direitos demonstrada no relatório, dessa forma esta tese pretende lançar luzes ao estudo do Estado de coisas inconstitucional, como forma de inclusão da pessoa com deficiência asilada. Para realização da presente pesquisa se utilizará uma metodologia hipotética de cunho exploratório bibliográfico, com pesquisa em repositórios nacionais e internacionais, incluindo repositórios jurisprudenciais. Foi possível concluir pela necessidade da criação de órgãos de monitoramento das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal federal, a necessidade de adaptação da lei orgânica da Defensoria Pública da União para que seja declarado o ECI, e o mesmo tenha efetividade, também se verificou a necessidade da criação de uma nova legislação que permita a adoção de adultos com deficiência, a regulamentação do instituto jurídico da tomada de decisão apoiada e a reorganização institucional das residências terapêuticas.

Palavras-chaves: Pessoa com deficiência. Pessoa com deficiência asilada. Estado de coisas inconstitucional. Omissão inconstitucional. Inclusão.

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **The state of things unconstitutional as a possibility of inclusion of persons with disabilities living in institutions.** 2021, 197 f. Tesis (Doctorate in Law), UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR.

ABSTRACT

The present work aims to study the inclusion of people with disabilities, who are sheltered in hospitals, shelters, homes and similar institutions in Brazil. The aim of this thesis is to study the effectiveness of democracy and citizenship for citizens with disabilities who are in asylum conditions. We chose to study in detail the international report of the NGO Human Rights Watch, called "They stay until they die" held in 2018, on institutions that house people with disabilities. The need to study the unconstitutional state of affairs was identified, given the violation of rights shown in the report, thus this thesis intends to shed light on the study of the unconstitutional state of affairs, as a form of inclusion of the asylum-seeker. To carry out this research, a hypothetical methodology of bibliographic exploratory nature will be used, with research in national and international repositories, including jurisprudential ones. It was possible to conclude that there is a need to create monitoring bodies for decisions issued by the Federal Supreme Court, the need to adapt the organic law of the Public Defender of the Union so that the Unconstitutional State of Affairs is declared, and that it is effective. There is also the need for creation of new legislation that allows the adoption of adults with disabilities, the regulation of the legal institute of supported decision-making and the institutional reorganization of therapeutic residences.

Keywords: Person with a disability. People with asylum disabilities. Unconstitutional state of affairs. Unconstitutional omission. Inclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CIDADANIA E INCLUSÃO: CONCEITUANDO E RESSIGNIFICANDO..	15
1.1 Análise da cidadania sob a vertente da democracia	15
1.2 Representatividade de minorias <i>versus</i> cidadania	24
1.3 A conceituação da pessoa com deficiência: histórico, evolução e modelos	36
1.3.1 A história da institucionalização de pessoas com deficiência no Brasil...	45
1.4 As pessoas com deficiência e seus espaços na sociedade.....	54
1.4.1 Igualdade de status e oportunidades	54
1.4.2 A ausência de direitos fundamentais em casas asilares para pessoas com deficiência no Brasil	59
2 POLÍTICAS PÚBLICAS, GOVERNABILIDADE E INCLUSÃO.....	62
2.1 Análise jurídica das políticas públicas	62
2.2 A necessidade de uma reforma administrativa para inclusão no Estado Brasileiro.....	71
2.2.1 Análise dos custos dos direitos no Estado Brasileiro	77
2.2.2 Análise orçamentária do Programa Federal Viver sem Limites.....	81
2.3 Violação de normas de direitos fundamentais das pessoas com deficiência.	89
2.3.1 A responsabilidade civil do estado por omissão.....	93
2.3.2 O caso Damião Ximenes Lopes.....	98
3 ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	103
3.1 Da omissão inconstitucional ao Estado de coisas inconstitucional	103
3.1.1 Aspectos processuais do estado de coisas inconstitucional.....	112
3.1.2 Análise comparativa da Sentencia 125/08 e da ADPF 347/15	121

3.2	Medidas de aperfeiçoamento do estado de coisas inconstitucional em solo brasileiro	127
3.2.1	A possível validade do compromisso significativo e análise do Projeto de Lei 736/15.....	127
3.2.2	A necessidade de órgãos de monitoramento para a implementação do ECI	134
3.2.3	O controle de convencionalidade em relação a situações que demandam o ECI.....	141
4	ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INCLUSÃO EFETIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ASILADAS	147
4.1	A implantação de residências terapêuticas por meio do Sistema Único de Saúde	147
4.2	A possibilidade de uma política pública de adoção de pessoas com deficiência	156
4.3	Autonomia da pessoa com deficiência: a garantia da efetividade do macrossistema jurídico de inclusão no estado brasileiro	165
4.4	A dignidade da pessoa com deficiência sob o aspecto das capacidades de cada indivíduo	175
	CONCLUSÃO.....	181
	REFERÊNCIAS.....	188

INTRODUÇÃO

O estudo sobre direitos e inclusão das pessoas com deficiência é matéria que vem sendo amplamente debatida na academia desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Temas como inclusão, acessibilidade, empregabilidade, entre outros, permeiam as pesquisas jurídicas relacionadas ao tema dos cidadãos com deficiência.

Dentre os estudos que se apresentam na academia jurídica, pouco se fala – ou nem se fala –, das pessoas com deficiência que se encontram asiladas em casas-lares, abrigos, hospitais, ou instituições congêneres. Não se analisa a efetividade dos direitos para este recorte da população com deficiência.

A partir deste espectro, o presente trabalho surge com objetivo de estudar a população brasileira com deficiência que vive institucionalizada de alguma maneira, bem como, objetada estudar como garantir cidadania a essa parcela da população deficiente. Neste estudo, utilizaremos o relatório internacional feito pela ONG Human Rights Watch, denominado “Eles ficam até morrer”, que versa sobre a situação das instituições que abrigam deficientes no Brasil.

A partir do relatório internacional, verificaremos a existência de um estado de coisas inconstitucional em relação à pessoa com deficiência no Brasil, inspirado na doutrina e jurisprudência colombiana sobre o tema do ECI e da omissão inconstitucional. Para buscarmos este caminho, precisamos dividir a presente tese em quatro capítulos que se mostram fundamentais para o desenvolvimento do tema.

Então trabalharemos, no primeiro capítulo, a conceituação da pessoa com deficiência em um contexto global, e também, no contexto nacional, utilizando para isso os estudos dos movimentos sociais dos grupos com deficiência. Paralelamente a este tema e dentro do recorte epistemológico definido como norteador do trabalho, estudaremos o conceito de democracia e cidadania sob a ótica da pessoa com deficiência.

Pretendemos, ainda no desenvolvimento do primeiro capítulo, cunhar os conceitos de democracia e cidadania que serão aplicados ao longo de todo o trabalho. É importante ter como norte que estes conceitos já estão doutrinariamente firmados, todavia, não sob a ótica da pessoa com deficiência, também não havendo referência dos conceitos aplicados à população com deficiência que se encontra asilada.

Feitos os recortes conceituais importantes, adentramos o segundo capítulo com o objetivo de estudar a administração pública e o custo financeiro dos direitos das pessoas com deficiência. Em um primeiro ponto, estudaremos as reformas administrativas,

analisando a possibilidade de uma reforma administrativa com viés societal.

Em um segundo ponto, analisaremos os custos dos direitos com base na teoria de Stephen Holmes e Cass Sustein, objetivando definir quanto custa a cidadania da pessoa com deficiência que se encontra asilada no Brasil, com vistas a entender a opção brasileira pela manutenção da institucionalização de deficientes.

Exaurindo a teoria de custos dos direitos, o terceiro capítulo tem por objetivo estudar a omissão inconstitucional, sob os parâmetros da jurisprudência colombiana do estado de coisas inconstitucional (ECI). O objetivo deste terceiro capítulo é verificar a possibilidade de um ECI referente às pessoas com deficiência narradas no relatório internacional, dado a extensa vulnerabilidade demonstrada pelo documento.

Para uma análise completa da jurisprudência colombiana, utilizaremos como parâmetro o ECI declarado na Colombia, em razão do deslocamento forçado de pessoas, definido como caso T153/08 e a ADPF 347/15, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional referente à superlotação carcerária no Brasil.

Com base nas análises dos desenvolvimentos da jurisprudência, verificaremos os órgãos judiciários envolvidos no ECI colombiano e se há no Brasil suporte para a presente ação declaratória. Em caso negativo, temos por objetivo sugerir a adaptação do sistema judiciário, de forma a reconhecer e dar efetividade ao estado de coisas inconstitucional brasileiro.

Lançada as bases para o ECI brasileiro às pessoas com deficiência asiladas, iniciamos o quarto e último capítulo desta tese que, pautando-se no estado de coisas inconstitucional, sugere políticas públicas a serem desenhadas como resultado da declaração do ECI pelo Supremo Tribunal Federal. Entendemos que essas políticas públicas devem ser não apenas referentes ao poder executivo, mas também, legislativo e judiciário.

Dentro deste aspecto, pautamo-nos por sugerir não apenas políticas públicas executivas, mas também, alterações e criações legislativas pontuais, que tendam a garantir a inclusão da pessoa com deficiência e a sua capacidade plena previstas no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Deste modo, buscamos trazer alternativas para desinstitucionalização completa das pessoas com deficiência no Brasil, de forma a garantir que o Estado Democrático de Direito e a cidadania alcancem todo e qualquer deficiente brasileiro.

Para realização desta tese, utilizaremos de uma metodologia hipotética de cunho exploratório bibliográfico, baseado em hipóteses que resolvam o problema diagnosticado

pelo relatório internacional denominado “Eles ficam até morrer”, a partir da figura colombiana do estado de coisas inconstitucional. O andamento da presente pesquisa buscou a bibliografia em repositórios nacionais e internacionais, livros jurídicos e não jurídicos, teses e dissertações de diversas áreas afetas ao tema, e uma literatura específica sobre estado de coisas inconstitucional colombiano.

Esperamos que o leitor consiga se aprofundar no tema da inclusão da pessoa com deficiência, voltando os olhos para um grupo desta população que o Direito e as ciências sociais pouco estudam, desta forma, novamente, pretendemos contribuir com o estudo do Direito Constitucional da pessoa com deficiência no Brasil. Recomendamos uma boa leitura.

1 CIDADANIA E INCLUSÃO: CONCEITUANDO E RESSIGNIFICANDO

O presente capítulo visa estudar os conceitos e significação da cidadania no Brasil, sob a ótica da inclusão da pessoa com deficiência, com vistas a analisar como o Estado garante os padrões da cidadania para as pessoas com deficiência. O objetivo principal é conceituar a cidadania, verificando a musculatura constitucional no sentido de efetividade desta para a inclusão social das pessoas com deficiência asiladas.

A noção de cidadania, nos parâmetros constitucionais brasileiros, tem natureza simbiótica com a noção de democracia aberta às formas de participação. Neste primeiro capítulo, o convite ao leitor é para analisar a cidadania sobre a ótica democrática, possibilitando questões de compartilhamento, participação e cogovernança.

1.1 Análise da cidadania sob a vertente da democracia

Não há como se começar um estudo sobre o estado de coisa inconstitucional e a inclusão da pessoa com deficiência sem a conceituação exata da cidadania no contexto no Estado democrático brasileiro. A cidadania é pressuposto constitucional elencado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e, em um pressuposto lógico e sintético, qualquer pessoa que esteja albergada pela Constituição de 88, em tese, é um cidadão.

A noção de cidadania, contudo, não é tão simples, não está atrelada apenas à positivação jurídica. Cidadania está voltada para construção social de potencialidades, habilidades e capacidade. Como bem observa Coutinho (2005, p. 02):

Cidadania é a capacidade conquistada por alguns indivíduos, ou (no caso de uma democracia efetiva) por todos os indivíduos, de se apropriarem do bem socialmente criado, de atualizarem todas as potencialidades de realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado.

Apesar de a noção cidadã ser construída em cima da positivação jurídica, esta se encontra diretamente ligada à participação do sujeito de direito na sociedade, implicando diretamente a cidadania como estrita noção de democracia. A certa confusão que existia entre os conceitos leva a uma lógica de que cidadania é pressuposto de democracia, e democracia é pressuposto de cidadania, de modo que “o cidadão além de ser alguém que exerce direitos, cumpre deveres ou goza de liberdades em relação ao Estado, é também titular ainda que parcialmente, de uma função ou poder público” (BENEVIDES, 1994. p.

09).

A cidadania, como espectro de participação, conseguiu incluir após a Constituição de 1988, minorias e grupos sociais que até então eram vítimas de discriminações não veladas de grande parte da sociedade e dos poderes públicos, demonstrando eventual negligência e ausência de transparência para com os direitos de grupos minoritários. Esta constatação se mostra importante, pois a base estrutural da cidadania é a luta por direitos a partir de movimentos sociais organizados.

A organização de movimentos sociais dos mais diversos grupos minoritários demonstraram no Brasil, ainda que tardiamente, a necessidade urgente de repensar a cidadania pela ótica da participação e da efetividade de direitos. Em vista disso, ficou denunciada uma situação de opressão entre o Estado e a sociedade civil, especificamente nos grupos minoritários. Desta feita, as observações de Ferreira (2004, p. 50), mostram-se pertinentes ao estudo aqui desenvolvido:

No Brasil, a afirmação de tais direitos ocorreu tardiamente (a partir do século XIX) e de modo diverso, ou seja, estabeleceram-se direitos políticos, alguns direitos sociais (principalmente na era Vargas) e os direitos civis, enfrentando dificuldades naturais, por motivo de mudança da forma de governo e das políticas desenvolvidas. Essa situação demonstra uma evolução na questão da cidadania do povo brasileiro, marcada por fatos históricos e pela exclusão de parcela da comunidade (mulheres, escravos, negros, crianças e adolescentes, portadores de deficiência) de seus direitos fundamentais.

A luta por direitos como base organizada e estrutural da cidadania, demonstra na sociedade a possibilidade de se conviver com a diferença. Assim, Dagnino (1994, p. 104) assevera "na organização desses movimentos sociais, a luta por direitos - tanto o direito à igualdade como o direito à diferença - constituiu a base fundamental para a emergência de uma nova noção de cidadania".

A diferença, como elemento central da cidadania, no sentido de incluir os diferentes dentro de uma sociedade, que se entendia "homogênea", demanda novos conceitos de reconhecimento e de uma neodemocracia.

Grupos minoritários como negros, homossexuais, mulheres, pessoas com deficiência, entre tantos outros grupos necessitaram e necessitam realizar uma luta constante pelos direitos no sentido de reconhecimento da cidadania.

A luta por reconhecimento demonstra duas injustiças: a injustiça cultural ou simbólica e a injustiça econômica, sendo que a simbólica, de acordo com Fraser (2005, p. 231) "se radica nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação.

Seus exemplos incluem a dominação cultural (ser submetido a padrões de interpretação e comunicação associados a outra cultura, alheios e/ou hostis à sua própria)”.’

Já a injustiça econômica é a ausência de possibilidades financeiras para gozar de direitos constitucionais básicos. Como medida de resolução deste tipo de injustiça temos que pensar soluções de distribuição de rendas, bens e direitos, de modo a incluir todos os cidadãos (positivamente considerados) na sociedade brasileira. Consideramos que não há como se estabelecer cidadania sem reconhecimento, e a positivação da cidadania não confere o status de cidadão somente *per si*, tendo em vista que vários grupos considerados minoritários estão na invisibilidade. Por isso é de se concordar com Nancy Fraser (2005, p. 231):

O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas.

A necessidade da superação das injustiças é o primeiro ponto a se construir para concretização da cidadania efetiva, uma cidadania em que haja participação democrática e, ao mesmo tempo, gozo de direitos com compartilhamento de qualidades e habilidades na vida social. A teoria do reconhecimento de Fraser (2005, p. 234) mostra que várias sugestões em relações de opressão e dominação desvalorizam o grupo minoritário, embora a autora escreva sobre o feminismo, sua constatação de desvalorização nos importa ao estudo da pessoa com deficiência, como bem observa sobre desvalorização:

Essa desvalorização se expressa numa variedade de danos sofridos pelas mulheres, incluindo a violência e a exploração sexual, a violência doméstica generalizada; as representações banalizantes, objetificadoras e humilhantes na mídia; o assédio e a desqualificação em todas as esferas da vida cotidiana [...].

A pessoa com deficiência sempre foi estigmatizada por conta de sua patologia, fato que, com base no estudo dos conceitos e paradigmas da deficiência, se evidenciará nos tópicos a seguir. Contudo, relevante esclarecer que esta estigmatização se torna violenta, pois coloca os deficientes à margem do convívio social, tendo o imaginário social de que esta pessoa é incapaz e infantilizada, como sendo eternas crianças.

Nesse sentido, Silva (2019, p. 287) expõe com clareza:

Também na população em geral, é recorrente a ideia de que essas pessoas são eternas crianças que, incapazes de tomar decisões, agir e

falar por si mesmas, não estão aptas a participar dos processos de reivindicação e de resolução de problemas e, por isso, devem permanecer sob tutela e representação de familiares, profissionais, instituições ou entidades da sociedade.

Toda relação da cidadania dos grupos minoritários - neste trabalho com ênfase à pessoa com deficiência - foram relações construídas em critérios de objetificação e dominação, focadas na incontinência de conduta, amparadas por supressão de direitos básicos. A presunção da existência da arena democrática é o único ambiente possível em que se pode exercer a coparticipação e a gerência da requisição de direitos básicos, por isso a democracia se confunde com cidadania, justamente porque há um elo umbilical da necessidade da existência daquela para o exercício desta.

A democracia, como modo de participação do povo, demanda alguns elementos de controle e gestão da *res* pública. A concessão de direitos, a intervenção do Estado e a formulação de políticas públicas, só podem ser colocadas em pauta pelos cidadãos que necessitam dessas políticas. Neste sentido, a democracia demanda alguns critérios que são elencados por Robert Dahl (2011, p. 49-50, grifo do autor):

Participação efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política. *Igualdade de voto.* Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais. *Entendimento esclarecido.* Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências. *Controle do programa de planejamento.* Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem. *Inclusão dos adultos.* Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justifica-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos.

O pressuposto da democracia em níveis atuais de discussão, desconsiderando o seu surgimento, mas trabalhando as questões atuais pós estado social, presume a participação efetiva, a inclusão, o esclarecimento e, principalmente, *accountability*, presumindo o controle e a transparência dos atos governamentais para todos os cidadãos.

A classificação da cidadania em José Murilo de Carvalho (2002, p. 105 e 110),

por critérios de graus, sendo a cidadania de primeiro grau, onde está a classe alta da sociedade, que conhece os seus direitos sendo pessoas letradas, estratifica a cidadania de uma forma conexas ao fornecimento de direitos. A cidadania de segundo grau está localizada na classe média, onde os cidadãos têm consciência da existência de leis penais e civis, e a cidadania de terceiro grau, onde está a classe baixa, cujos cidadãos são analfabetos, passam fome e tem medo da polícia. Temos observado que todos os autores contemporâneos, principalmente os identitários, reconhecem a cidadania como uma questão de lutas por direitos e reconhecimento estatal da identidade da minoria.

A luta feminista passou por todos os critérios elencados por Robert Dahl, ainda que haja eventual discussão se o sufrágio universal pode ser qualificado como real forma de representação. O que temos visto é que a conquista do sufrágio é caminho inarredável para a conquista da cidadania tanto na filosofia identitária quanto na própria legislação.

A colocação do sufrágio universal e do entendimento esclarecido estão totalmente ligadas à questão de autonomia, sendo que na democracia a cidadania é constituída de forma autônoma, estando os cidadãos livres para fazer escolhas e acordos que julgarem necessários para o seu bem-estar. A noção de autonomia presume um acordo pré-político de bases contratualistas no qual, ser cidadão é aceitar as regras vigentes na determinada nação onde se está inserido, de forma que seja garantido a todos o uso e gozo dos Direitos fundamentais, sob pena de não concretização da cidadania. Neste sentido, argumenta Ferraz (1997, p. 02):

O texto da Constituição de 1988, pelo conjunto de normas que prescrevem qualquer tipo de discriminação, pelo enunciado superlativo do caput do artigo 5º: "todos são iguais perante a lei", garantindo-se, entre outros, "o direito à igualdade", generaliza uma aspiração bem mais ampla que alcança também as desigualdades de fato, na medida em que desvaloriza a existência de condições empíricas discriminantes e exige equalização de possibilidades.

Um dos pressupostos da cidadania, ou melhor definindo, "existência cidadã" é a equalização de oportunidades, permitindo que a sociedade e o Estado absorvam as diferenças de seus cidadãos tanto nas relações sociais quanto na gestão de suas políticas. Ferraz (1997, p. 02), explica com precisão sobre a igualdade constitucional:

Numa aproximação negativa, o valor igualdade significa, pois, exigência de não-discriminação política, jurídica, religiosa, sexual, racial; trata-se, nesse sentido, de um valor individual que pressupõe que, de fato os homens são diferentes. Mas numa aproximação positiva, o valor aponta para a igualdade dos pontos de partida, enquanto equalização de possibilidade, de oportunidade e de participação

econômica e social; nesse sentido significa um valor social, que pressupõe que, de fato, os homens podem e devem ser menos diferentes

A pessoa com deficiência, objeto de estudo desta tese, tem os mesmos problemas para efetividade de participação e atuação democrática cidadã, sendo que muitas são negligenciadas em seus direitos por ausência de discernimento ou da promoção de direitos básicos, bem como implantação deficitária da regra da igualdade quando da criação e formulação de políticas públicas. A democracia como tal, deveria ser regra máxima de maximização da deliberação constitucional sobre direitos básicos e fundamentais de cada indivíduo, propiciando uma amplitude de gozo e fruição de direitos fundamentais, garantindo cidadania a todo e qualquer ser humano que vive dentro de um território regido por uma constituição.

Em uma situação ideal, “sem tardança, a democracia reinventada tem de começar a burilar tais “insights” em pequenas comunidades (via conselhos populares, por exemplo), na definição das prioridades e do quanto fazer disso ou daquilo” (FREITAS, 2011, p. 32-33). As bases democráticas clássicas necessitam ser reinventadas para se criar uma neo-democracia, onde se possa criar o reconhecimento identitário das minorias, bem como a deliberação da agenda de prioridades que atende essa nova população reconhecida.

A existência de uma democracia “reinventada” possibilita um novo arranjo de formulações e políticas públicas que conduzam à concessão da cidadania. Por isso, Freitas (2011, p. 33), continua afirmando:

A prosperar tal visão – nada visionária – tende-se a operar, em breve tempo, a robusta transformação educativa das decisões. Realmente, toda e qualquer tomada de decisão passa a servir de oportunidade para abandonar a apatia reinante. A liberdade de expressão, nesses laboratórios de forma e de conteúdo, deixa de ser a contraditória dominação despótica do povo pelo povo, com a extinção, uma a uma, das sufocantes mordças. Por sua vez as políticas públicas – no constante (mas calibrado) escrutínio direto popular – recebem antídotos contínuos, contra a demagogia das soluções imotivadas, em função do dever de explicitação que resolve a disjunção clássica (nunca inevitável) entre direito e política.

Podemos verificar que a tensão entre cidadania e democracia está umbilicalmente ligada com questões de reconhecimento e identidade, uma nova democracia, ou o reconhecimento plural da cidadania que demandem a existência de espaços deliberativos para todas e quaisquer minorias. Por isso, “democratizar a democracia é buscar uma

“democracia de alta intensidade””, culminando formas de democracia participativa e deliberativa. Com a democracia representativa constatamos que a democracia de Robert Dahl, que prioriza o sufrágio como elemento característico de representação, deve ser reavaliada como novos critérios de participação e busca de direitos (SANTOS, 2018, p. 67).

Conjugar a democracia e a cidadania, para efetivação de direitos constitucionais, impende olhar os conceitos clássicos de democracia com novas lentes, lentes essas que visam a inclusão daquele cidadão de segundo e terceiro grau, e também o de quarto grau que será avaliado mais a frente. A cidadania democrática, sob as lentes da inclusão, permite uma nova conjugação de democracia que “pode fornecer instrumentos importantes para novas configurações de governação democrática, cidadania, representação e participação” (SANTOS, 2018, p. 67). A crise pertinente à não efetividade de direitos básicos e fundamentais, na maioria direitos humanos, demonstra não ser apenas um problema jurídico, mas também um problema político.

Em 1994, Norberto Bobbio (1994, p. 17) já antecipava a problemática política dos direitos, sem ao menos ter conhecimento dos tratados internacionais que adviriam no futuro. Em sua celebre obra “A era dos Direitos” já afirmava que “com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político” (BOBBIO, 1994. p. 17). Evidentes critérios de cidadania democrática demonstram que há uma ausência de reconhecimento pelo Estado dos próprios direitos que este mesmo Estado colocou como direito posto na legislação pátria.

A nova ótica da cidadania, vista pelas lentes da participação democrática, já ecoa resultados legislativos no âmbito da pessoa com deficiência. A Lei 13146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) prevê em seu artigo 76 a necessidade da participação da pessoa com deficiência na determinação de assuntos públicos; o mesmo artigo, em seu parágrafo 2º, reitera a participação social da pessoa com deficiência, mesmo quando institucionalizada, vejam-se:

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 2º O poder público promoverá a participação da pessoa com deficiência, inclusive quando institucionalizada, na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, observado o seguinte:

I - Participação em organizações não governamentais relacionadas à vida pública e à política do País e em atividades e administração de partidos políticos;

- II - Formação de organizações para representar a pessoa com deficiência em todos os níveis;
- III - Participação da pessoa com deficiência em organizações que a representem.

A ausência da participação social reafirma uma cultura excludente, focada apenas no desenvolvimento econômico. As questões que envolvem a cidadania como identidade conseguem fazer a separação entre quem pode usufruir de direitos e ser cidadão e quem não consegue ter voz ativa dentro da esfera democrática. Desse modo, criando-se um cidadão sem poder de cidadania, evidentemente cria-se na seara cidadã um *apartheid* social. Nesse diapasão, Dagnino (1994, p. 104):

É um pouco constrangedor e desconfortável falar disso atualmente, num contexto onde, como agravamento as desigualdades econômicas, a fome, a miséria, o autoritarismo social se transformou em *apartheid* social em violência, em genocídio. No entanto, talvez seja exatamente mais importante ainda, num momento em que a gravidade da crise econômica acaba determinando o que considero um certo "reducionismo econômico" na análise da questão da democracia, enfatizar essa dimensão cultural da cidadania

Podemos constatar que a existência positivada de questões de democracia e participação social não garantem instrumentos de gestão social que possibilitem a efetividade do princípio democrático e ainda reduzem uma parcela da população a uma "cidadania invisível", nomenclatura que aqui utilizaremos como descrição significativa da população que existe, mas não é reconhecida pelo Estado, pois, por algum motivo, esta não tem gerência dos programas e das políticas de inclusão social.

A invisibilidade da cidadania leva à previa conclusão da existência de cidadãos de 4º grau, cidadãos que não têm direito de usufruir da sociedade e sequer sabem que têm algum direito. Na cidadania de 4º grau, onde a invisibilidade é regra, não há constituição, pois, não existe autonomia para requisição de direitos.

A questão é deveras redundante, posto que:

Na construção de um Estado que se oponha à sociedade corrompida na desigualdade, afastando os obstáculos que oneram ou impedem que os grupos excluídos tenham voz ativa, a chance para o desenvolvimento de capacidades individuais se multiplica" (JUNQUEIRA, 2016, p. 288).

A ausência de desenvolvimento de capacidades individuais, no tocante à pessoa com deficiência, ou seja, a ausência de políticas públicas de participação e inclusão social nos assuntos públicos, leva coerentemente à condução de uma cidadania de 4º grau. Ressaltamos que o Estatuto da Pessoa com deficiência é enfático ao afirmar que as

pessoas deficientes, mesmo internadas, devem gerir e participar de assuntos públicos, de modo que a não efetivação de meios de condução da normativa em questão, leva à invisibilidade da pessoa com deficiência.

A questão da invisibilidade transforma a normativa da participação da pessoa com deficiência em uma normativa débil, pois produz a debilidade da democracia e a debilidade da cidadania, por critérios de não reconhecimento e de não identificação. Neste sentido, a lógica econômica que vimos apontando, permite a não inserção e apenas políticas afirmativas de assistência social, como o benefício da prestação continuada que garante um salário mínimo à pessoa com deficiência, quando esta é caracterizada como totalmente incapaz.

A distribuição de políticas afirmativas, desta forma, reforçam a estigmatização da invisibilidade, ou seja, “a redistribuição afirmativa pode estigmatizar os desprivilegiados, acrescentando o insulto do menosprezo à injúria da privação” (FRASER, 2006, p. 239).

De outra forma, temos “a redistribuição transformativa, em contraste, pode promover a solidariedade, ajudando compensar algumas formas de não-reconhecimento” (FRASER, 2006, p. 239). Contudo, custa mais caro ao Estado uma redistribuição de direitos, de forma a gerar o reconhecimento e transformar a sociedade.

Ainda que seja redundante, a questão da cidadania e da democracia como um fim em si mesmas, está dentro de um involucro que faz a soma de custos e benefícios ao Estado, pouco importando questões positivadas constitucionalmente. A democracia, como efetivação de cidadania, deve corrigir as mazelas sociais, permitindo a recomposição das instituições democráticas, de forma a viabilizar a participação social do cidadão na vida pública e na gestão da formulação de políticas que influenciará na sua vida social. É necessário, portanto, a reinvenção democrática, como afirma Freitas (2011, p. 32-33):

Uteis e recompostas, as instituições democráticas podem começar a servir para que a cidadania se converta num partícipe exemplar da cogovernança. Sem tardança, a democracia reinventada tem de começar a burilar tais “insights” em pequenas comunidades (via Conselhos Populares, por exemplo), na definição das prioridades e do quando fazer disso ou daquilo, somente assim, mediante a aprendizagem revigorante do balanceamento entre as regras e os princípios, o povo se acostumará a fixar metas, em caráter multiplicador.

Mormente, há de se buscar, ao longo de todo o trabalho, construir uma definição de cidadania como sendo a possibilidade de uso e gozo de direitos constitucionais, combinada com gestão de assunto público, no sentido de cogovernança, que permita a

retirada de qualquer indivíduo com deficiência ou não da situação de invisibilidade

Dado o conceito de cidadania, identificamos democracia como o espaço hábil ao exercício da própria cidadania, esclarecendo, previamente, que não há democracia sem a existência da cidadania, por critérios de ausência de direitos. Esclarecidos tais pontos e realizados os recortes teóricos imprescindíveis ao estudo, passamos à análise da representatividade das minorias, em especial da pessoa com deficiência.

1.2 Representatividade de minorias *versus* cidadania

Estabelecidos os parâmetros que condicionam a democracia sob aspectos de fomento da cidadania, faz-se necessário o estudo da representatividade dos grupos minoritários para que haja uma análise da efetividade da cidadania em comento. A democracia representativa não traz elementos consistentes que garantam a representação total dos grupos minoritários.

Se a democracia é o espaço hábil para exercer a cidadania, como afirmamos alhures, este exercício demanda a representação da vontade dos grupos minoritários que são titulares da cidadania por mandamento constitucional. Entretanto, a questão que se traz à tona é como certos grupos, em especial os das pessoas com deficiência, vão se fazer representados na seara democrática. Isso pois, a democracia representativa por si só não garante que todos os cidadãos serão representados pelo Estado, como bem aponta Young (2000, p. 144):

Sem dúvida, uma democracia forte deve conter em seu repertório procedimental institutos de democracia direta, tais como o do plebiscito. Além disso, uma sociedade é mais plenamente democrática quanto mais possui fóruns patrocinados pelo Estado e fomentados pela sociedade civil para discussões sobre políticas, e pelos menos alguns deles devem influenciar procedimentalmente as decisões governamentais.

A questão posta mostra-se altamente relevante, pois, ainda que haja normativa, os meios de execução de tais normativas não garantem necessariamente a efetividade pretendida pelo legislador. Do mesmo modo, não há como se afirmar que a representação por meio do voto represente a identidade, a cultura e a forma de vida do grupo minoritário eleitor. A existência de fóruns públicos de discussões, como mecanismo de inclusão da população na gestão pública, não garantem a efetividade da representação democrática. Alves (2015, p. 168), é criterioso quando justifica:

As democracias contemporâneas têm desenvolvido uma série de mecanismos capazes de assegurar o controle da agenda pública dos representantes pelos diretamente interessados e, de toda forma, longe de um processo acabado, o acréscimo das técnicas de participação popular constitui uma pulverização, ou pluralização da esfera pública.

Esta abertura da esfera pública ou, como diz o autor, pulverização da esfera pública, teoricamente daria ao cidadão poder de controle da gestão e dos atos públicos, traçando critérios de *accountability* na gestão das políticas públicas. Ainda que a pulverização da esfera pública não seja o ideal, tendo em conta que nem todos os cidadãos podem ser representados por um único cidadão, a via da democracia representativa é adequada, desde que as expectativas dos demais cidadãos não sejam frequentemente desapontadas.

A democracia representativa, quando analisada sob a ótica da representação de grupos minoritários, forma-se em cima da regra do consenso e não do dissenso, pois ainda que se tenha objetivos divergentes dentro da coletividade do referido grupo minoritário, as bandeiras das lutas pelo direito se tornam iguais, e as expectativas acabam se encontrando, como bem aponta Young (2000, p. 144):

A representação é necessária porque a rede da vida social moderna freqüentemente vincula a ação de pessoas e instituições num determinado local a processos que se dão em muitos outros locais e instituições. Nenhuma pessoa pode estar presente em todos os organismos deliberativos cujas decisões afetam sua vida, pois eles são numerosos e muito dispersos. Ainda que as expectativas de um cidadão sejam freqüentemente desapontadas, ele espera que outros pensem em situações como a dele e as representem nos respectivos fóruns de discussão.

Essa pluralização da esfera pública, de que comenta o autor, ainda não é o suficiente para atingir as camadas minoritárias da população. Há uma lacuna evidente entre a vontade da minoria e a representação realmente fática desta vontade. A democracia representativa não está robustecida de meios que conduzem todos os cidadãos a um ideário concreto de bens e de justiça, podendo ser a vontade da maioria, mesmo que legitimada, uma vontade autoritária e repressiva. Nesta Seara, “a vontade da maioria do povo pode estar tão longe dos ideais de justiça quanto a vontade de um ditador qualquer, ainda que, à primeira vista pareça inconcebível tal afirmação” (BAPTISTA, 2003, p. 196).

Evidentemente, a eleição de um representante não garante que os eleitores estão protegidos e terão seus pleitos atendidos quando representados. Na ótica da minoria, a convergência dessa afirmação se torna mais acentuada, pois nem sempre a vontade da

minorias será a vontade dos eleitores de determinado representante e a outorga de mandato delegatório de poder não garante a realização de programas e políticas voltados para os eleitores que delegam.

A existência da vontade da maioria não necessariamente está comprometida com valores constitucionais e com os ideais da República Federativa do Brasil, de forma que não se pode concluir, em nenhuma hipótese, que a vontade da maioria necessariamente é inclusiva. O pressuposto lógico racional de que a democracia é feita pela vontade da maioria, apesar de verdadeiro, não sustenta bases que garantam a representatividade das minorias, “portanto, o fato de a maioria estar com a razão (no sentido racional e pragmático do termo) é mera causalidade, nunca uma tendência” (BAPTISTA, 2003, p. 196).

Questões como a regra da maioria denotam a necessidade da especulação do capital político que certas demandas sociais geram dentro do Estado Brasileiro, observando pela pessoa com deficiência. Então questiona-se, como as demandas de inclusão social se tornarão demandas coletivas ou, qual o remédio para que as demandas deste grupo, quando não participarem do ideário coletivo, sejam atendidas pelo Estado?

A grande questão do presente trabalho, como um todo, é traçar os contornos necessários para a inclusão das pessoas com deficiência asiladas no seio social. Contudo, como apontado alhures, elas são cidadãs e detentoras de todos os direitos fundamentais, ao passo que uma afirmação diversa disso seria o mesmo que dizer que crianças, por não votarem, não são cidadãs.

Sendo assim, reconhecer as diferenças dentro da pluralidade é um desafio atual da democracia que garante a representatividade da minoria, não atrelando necessariamente esta à vontade da maioria, mas reconhecendo que certas minorias têm demandas específicas que merecem ser atendidas.

À vista disso, comenta Alves (2015, p. 170):

A concepção contemporânea de democracia, como sugerimos, emerge de um Republicanismo cívico, também contemporâneo, que reconhece a prevalência do direito sobre o bem, mas que sabe que isso é o resultado de práticas hegemônicas que definem o razoável para contextos democráticos.

Esta concepção contemporânea de democracia induz à participação social e à representação. É evidente que o cidadão toma parte do público, propondo um lugar de fala, no qual busca-se que os representantes eleitos ouçam. No caso das pessoas com

deficiência, a democracia participativa adentrou o cenário nacional com o Decreto Legislativo 186/08, que orientou a criação de conselhos municipais, estaduais e federais de direitos da pessoa com deficiência.

A ideia dos Conselhos de Direitos visa a participação social do deficiente e da sociedade civil envolvida com causas relativas à inclusão social, gestão e fiscalização de políticas públicas. Por isso, a democracia participativa induz a ideia de controle social, sendo, os conselhos de direito, uma porta de entrada para um maior controle das políticas públicas de inclusão e uma melhor formação de programas governamentais inclusivos. Nesta senda, Silva (2019, p. 281) define:

[...] adota-se a concepção de controle social na perspectiva da democracia participativa, que implica a participação da sociedade civil junto ao Estado no processo de gestão pública, isto é, na produção, implantação, fiscalização e avaliação de políticas públicas; na identificação e resolução de problemas, demandas e necessidades sociais e no monitoramento do repasse e uso de verbas públicas

A democracia contemporânea se faz naturalmente com o reconhecimento das pluralidades de cultura, raças, religiões, entre outras, de modo que a própria noção da igualdade faz com que sejam respeitadas as práticas e demandas institucionais, permitindo que o plexo de direitos fundamentais atinja a maioria de cidadãos possíveis dentro do Estado.

As discussões jurídicas e a formulação de políticas públicas estão devidamente atreladas à diversidade das diferenças existentes no estado democrático e, sem o reconhecimento de tais diversidades, não há como prosperar a agenda política de desenvolvimento e inclusão.

Nisso consiste que “o pluralismo da nossa sociedade e o contexto econômico das políticas global em que se inserem nos obrigam a repensar radicalmente as nossas categorias e a nossa linguagem política institucional” (SANTORO, 2011, p. 89). Seria então possível afirmar que uma sociedade multicultural resolveria o problema de representação de minorias, pois respeitaria todas as culturas existentes.

Contudo, não se pode fechar os olhos para o modelo de democracia representativa que temos, modelo no qual a maioria dos grupos minoritários estão representados, embora reconheçamos que neste modelo as demandas não necessariamente venham a convergir com o interesse representado. Uma saída que se mostra adequada seria a de dissolver as deliberações democráticas no tempo do período eleitoral, sendo “preciso conceber a discussão e a deliberação democrática como processos mediados e dispersos ao longo do

espaço e do tempo” ainda que haja processos mediados, os direitos fundamentais, bem como o seu gozo, são imediatos, necessitando de uma “ponte” entre a mediatividade da representação e a efetividade de direitos (YOUNG, 2006, p. 148).

Em outro trabalho, afirmamos a necessidade de uma sociedade multicultural, baseada pela ética da alteridade e fundamentada na educação senciante em direitos humanos (DANTAS, 2016, p. 80). Neste trabalho, importa ressaltar como a representatividade das minorias (pessoas com deficiência asiladas) se dará em termos comprovados de efetividade, com vistas a desconstruir a afirmação que “em uma democracia, as únicas minorias que possuem direitos de cidadania são minorias temporárias que esperam no médio prazo, ou até no curto prazo, tornar se maioria”. (SANTORO, 2011, p. 83). Reconhecer tal fato seria provocar o suicídio da cidadania em relação às pessoas com deficiência asiladas, pois, em asilamento, esta nunca se tornará maioria.

A afirmação de que a minoria pretende se tornar maioria, empiricamente se mostra errônea e tende a justificar a irresponsabilidade estatal em face do descompromisso com a garantia de direitos constitucionais. A existência da representatividade da minoria garante a extensão das garantias constitucionais a todos os cidadãos indiscriminadamente. Uma crítica construtiva ao multiculturalismo de Habbermas é que a homogeneização da cultura acaba por retirar aspectos culturais importantes de certa população.

A democracia representativa hoje se complementa com a democracia participativa, haja vista que aquela não era suficiente para atender a demanda da população e nem garantir a representação dos interesses sociais como um todo. Na democracia em geral, mostra-se necessário enxergar a figura do auditório, ou tentar se aproximar do que a doutrina conceitua como auditório. Neste sentido, Santoro (2011, p. 94) assevera:

O auditório é uma sociedade determinada historicamente, antes disso, mais precisamente são participantes de um jogo linguístico que, dentro de uma sociedade historicamente determinada, se instala incessantemente na interação continua entre quem fala e o auditório mesmo (e, com a sua instauração, redefine as próprias identidades de locutor e auditório).

A centralidade da figura do auditório, no caso das pessoas com deficiência, está representada na participação da sociedade civil por meio dos conselhos de direitos, garantidos no artigo 28 da Lei 13146/15. A formação dos conselhos que é composto por integrantes da sociedade civil, mostra-se como único instrumento na atualidade a

complementar a representatividade democrática.

A via dos Conselhos de Direito é a representação adequada da figura doutrinária do auditório, onde as demandas populares podem ser levadas a gestão governamental, para que os anseios dos cidadãos sejam ouvidos. A criação de conselhos se mostra complementar a democracia representativa, de forma a dar voz a uma minoria que se sente sub-representada no campo político.

No caso das pessoas com deficiência a formação dos Conselhos de Direito traduz a institucionalização da militância, criando grupos de interesses objetivos sobre inclusão para garantir avanço na concretização e efetividade dos direitos conquistados, no movimento de lutas dos direitos da pessoa com deficiência. Silva (2019, p. 285) assevera:

Nesse contexto de institucionalização da militância surge um modelo de representatividade. Assim, uma única Organização pode representar um determinado E, diante do pressuposto de que nem todas as pessoas com deficiência desejam ou podem participar dos espaços públicos e privados, esse modelo pode ser eficaz em sua intenção de identificar as necessidades e interesses coletivos e de elaborar propostas que avancem na conquista e acesso aos direitos.

Evidentemente, temos no Estado Brasileiro uma Constituição Federal que pressupõe a igualdade e tem como valores a cidadania e a democracia, entre outros. Entretanto, tais valores não são devidamente respeitados quando se encara a aplicação fática da lei, demonstrando um evidente desrespeito entre a normativa positivada e a realidade da cidadania. Dessa forma, Ferraz (1997, p. 02), é tácito em afirmar:

Numa aproximação negativa, o valor igualdade significa, pois, exigência de não-discriminação política, jurídica, religiosa, sexual, racial; trata-se, nesse sentido, de um valor individual que pressupõe que, de fato os homens são diferentes. Mas numa aproximação positiva, o valor aponta para a igualdade dos pontos de partida, enquanto equalização de possibilidade, de oportunidade e de participação econômica e social; nesse sentido significa um valor social, que pressupõe que, de fato, os homens podem e devem ser menos diferentes.

Ora, há na doutrina especializada o mesmo recorte epistemológico sobre dada situação há vários anos, sendo evidente que a realidade fática se desencontra com a realidade normativa, produzindo um estado de miséria constitucional. Várias ineficiências hão de ser trabalhadas sob o mesmo espectro, podendo afirmar que o bloco de constitucionalidade é muito maior que a eficiência do Estado, com o objetivo único de culpabilizar o constituinte da década de 80 pelo fracasso estatal na implementação e

execução de direitos fundamentais no século XXI, apresentando uma tentativa espúria de justificar a irresponsabilidade do Estado.

Dentro dos espectros que identificamos como fatores responsáveis para não concretização do direito na realidade fática estão os custos dos direitos, a falta de capital político, a falta de espaço para o agir comunicativo e a ineficiência consciente do Executivo para determinadas populações e áreas. Todas estas provocações serão debatidas e comprovadas ao longo deste trabalho, verificando a interdependência dos 5 elementos para a realidade vivenciada hoje em matéria de direitos fundamentais da pessoa com deficiência. Restringindo-nos ao tópico, trabalharemos em primeiro lugar o agir comunicativo habbermasiano.

Os pressupostos da representação na democracia presumem um momento de fala de todos os envolvidos. O que se vem defendendo, inclusive como conceito de cidadania, é que todos os cidadãos, indiscriminadamente, tenham a possibilidade de opinar e serem ouvidos no tocante à execução e implementação de seus direitos.

A bem da verdade, a capacidade democrática prevê um momento de fala que, no entender de Habbermas (2011, p. 35), é condição fulcral para coordenar as ações que envolvem as pretensões dos cidadãos:

O conceito “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que a suposição contrafactual dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais, pois estas mantem-se no molde do reconhecimento de pretensões de validade normativa.

A questão demandada por Habbermas, dentro do agir comunicativo, mostra-se de suma importância quando se avalia a minoria e, dentro da minoria, a pessoa com deficiência, sendo que o recorte que se dá ao trabalho é duplo, pois primeiro retira-se da minoria uma parcela, que é a população deficiente, e dessa parcela retira-se novamente os deficientes asilados. Relevante entender que Habbermas coloca a comunicação como ponto crucial de representação na democracia, fatores que até hoje são importantes, como já bem colocamos, sobre a luta pelos direitos das minorias em geral.

O espaço de comunicação, quando preservado de forma autêntica e levado em seriedade pelos governantes, teoricamente faz funcionar “a roda da efetividade dos direitos”, expressão cunhada por nós para demonstrar a lógica democrática da efetivação dos direitos fundamentais. Assim, pensar a democracia no modo de representação garante uma funcionalidade desta na concretização dos valores constitucionais, por isso,

Habermas (2011, p. 36, grifo do autor), defende:

Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *médium* para a transmissão de informações e redundância, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social.

O uso da linguagem como modo de representação - permitindo que os cidadãos sejam ouvidos - é condição necessária à existência da representatividade democrática, surgindo a possibilidade da construção do que Habermas chama de mundo da vida quando há uma certeza imediata de respeito às pretensões validadas pelos cidadãos, por isso “durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente” (HABBERMAS, 2011, p. 41).

A existência do mundo da vida, na ótica habbermasiana, é o *locus* adequado para efetivação da representatividade democrática, devendo-se considerar que os objetivos pessoais acabam se convergindo quando há evidente necessidade de preservação do bem estar social; enquanto que, quando não há essa convergência de objetivos, cabe ao poder público a equalização das oportunidades. Sobre essa convergência, Young (2006, p. 196), leciona:

Diferentemente dos interesses e das opiniões, as perspectivas sociais não podem ser facilmente pensadas como conflitantes. Reunidas, elas geralmente não se anulam entre si; antes, oferecem questões adicionais e compreensões sociais mais plenas.

Ouvir os interesses dos cidadãos, além de efetivar a democracia, demonstra respeito com os valores constitucionais assumidos pelo Estado Brasileiro, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana. O fim dos direitos para atingir a vida do cidadão, de forma a propiciar o gozo pleno dos direitos fundamentais, é preservar a dignidade humana e garantir que a constituição federal tenha validade e aplicabilidade no mundo da vida, fato diverso é atestar a inconstitucionalidade da própria Constituição. Mostra-se relevante arguir o conceito da dignidade humana nas palavras de Ferraz (1997, p. 03):

O sentido da dignidade humana alcança, assim, a própria distinção entre Estado e Sociedade Civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos. Em verdade, portanto, deve-se dizer

que, embora no Direito Público, assim como no Direito Privado, disponha-se sobre a cidadania, sua configuração decorre da legitimidade de valores, que antecede esta tradicional distinção técnica da Dogmática Jurídica. Não é uma criação do Estado nem um conceito que dele decorre. Significa que, constitucionalmente, está reconhecido que o homem tem um lugar no mundo político em que age.

A participação democrática de qualquer cidadão é caminho condutor da dignidade humana. A preservação e promoção dessa dignidade se apresenta ineficiente caso não haja caminhos a se trilhar que permitam a plena participação social na discussão de políticas públicas e desenvolvimento de direitos. Nesse ínterim, qualquer minoria - inclusive a pessoa com deficiência que não tem voz ativa na sociedade - além de estar sob o manto da invisibilidade social, tem a sua dignidade vulnerada com todos os demais valores constitucionais.

É importante esclarecer que a dicotomia entre Estado e Sociedade não deve prevalecer, pois ambos se confundem, dado que a sociedade representa o Estado e o Estado é a representação da Sociedade, como afirma Cardoso (2019, p. 281) “nesse sentido, não há uma contradição entre sociedade civil e Estado, mas, existe uma unidade e uma relação dialética e orgânica entre ambos com vistas ao desenvolvimento social”. Nesta unidade formada entre Estado e Sociedade, o espaço público é preenchido pela própria população que, em termos democráticos, gerencia o próprio Estado com os instrumentos permitidos pela legislação.

A bem da verdade, a confusão entre público e privado demonstra que toda a sociedade é feita pelo homem e se volta para o homem, sendo base, inclusive, das gestões públicas atuais que se fundamentam nas teorias de cogovernança e *accountability*. Entretanto, a fundamentação filosófica não é nova, já sendo apontada por Hannah Arendt (2007, p. 17, grifo do autor), há muito tempo:

A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a *vita activa* consiste em coisas produzidas pelas atividades humanas; mas, constantemente as coisas que devem sua existência exclusivamente aos homens também condicionam os seus autores humanos.

A representatividade das minorias, como condição da democracia, permite a inserção das demandas minoritárias no contexto democrático e na agenda de desenvolvimento governamental. A inexistência de qualquer movimento de luta, militante ou não, retiraria da pauta política demandas prioritárias de certa parte

populacional excluída por algum tipo de estigma ou fator discriminatório.

Consideramos que a efetividade da democracia para grupos minoritários só ocorrerá quando virtudes cívicas forem desenvolvidas em conjunto entre o Estado e a sociedade, partindo-se do pressuposto já mencionado de que o Estado é a própria sociedade. Assim, verifica-se a necessidade de uma maturidade democrática onde o exercício da democracia possa ser realizado entre a maioria e a minoria sem questões de opressão.

O argumento de Dahl (2001, p. 110) se mostra pertinente ao estudo que aqui desenvolvemos:

Para adquirir a competência cívica, os cidadãos precisam de oportunidades para expressar seus pontos de vista, aprender uns com os outros, discutir e deliberar, ler, escutar e questionar especialistas, candidatos políticos e pessoas em cujas opiniões confiem – e aprender de outras maneiras que dependem da liberdade de expressão.

Embora não se possa afirmar que as minorias conseguem ter ampla competência cívica para reivindicar os seus direitos, conseguimos compreender e ter o discernimento necessário, bem como o espaço adequado para deliberações sobre direitos fundamentais. Sendo que o oposto da ideia de competência cívica poderia ser resposta do Estado a não concretização de direitos, tais fatos não podem ser objetos da retórica estatal, pois, a democracia é fundamento essencial do Direito Constitucional Brasileiro.

A eventual ausência de reivindicação de direitos não é e não pode se apresentar como resposta à ineficiência estatal, haja vista que tal ineficiência frustra as bases contratualistas firmadas que levaram à formação do direito constitucional existente hoje. A democracia não pode se sujeitar à vontade estatal, dado que “o povo como sujeito e não objeto do governo democrático, daí se extraem suas ideias-força: soberania popular, igualdade e autogoverno” (BUCCI, 2013, p. 87). A violação de direitos fundamentais constitucionais mostra uma inversão na relação democrática, colocando o cidadão como objeto da democracia e não como sujeito, deslocando o centro da gramática dos direitos.

O grande problema constitucional, que quando da assembleia constituinte não era de importância, hoje se mostra a única condição de viabilidade da cidadania; não se atentou o constituinte de que seria necessária a inclusão das minorias, e que a igualdade política não era o bastante para garantir os direitos constitucionais que naquela assembleia eram positivados.

O alcance e a efetividade das normas constitucionais não eram problemas quando

da promulgação da Constituição de 1988, não foram previstos a mensuração necessária para inclusão social de todos os cidadãos, a positivação feita na Constituição ficou, de certa forma, incompleta, como observa Nunes Junior (2009, p. 98):

Tal forma de positivação acaba por determinar a existência de normas constitucionais caracterizadas pela definição de um fim, criando, para o Estado, um dever de agir, sem, contudo, precisar como, quando e o que deve exatamente ser feito.

Atento ao movimento de constitucionalização da época, grupos organizados que representavam as pessoas com deficiências começaram a reivindicar os direitos dessa população, impulsionados pela Década das Nações Unidas para Pessoas Portadoras de Deficiência, como bem aponta Morales (2010, p. 41):

No Brasil, em meio a Década das Nações Unidas para Pessoas Portadoras de Deficiência (1983 a 1992), vivia-se o processo de rompimento do regime ditatorial e o início do processo de redemocratização. Nesse momento, a intensa luta pela democracia social, cidadania, justiça social, participação, universalização de direitos e das políticas sociais, traz mudanças no contexto social brasileiro, culminando na Constituição Federal de 1988.

A existências de grupos organizados que lutavam/militavam pela inclusão da pessoa com deficiência, aliados aos movimentos internacionais e ao momento de redemocratização que o Brasil vivia na época, forçaram o Estado Brasileiro a criar mecanismos democráticos aos seus deficientes, como a CORDE (Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência), órgão do Executivo que tinha como objetivo ouvir as pessoas com deficiências. Com o movimento organizado das pessoas com deficiências, foi possível o surgimento de direitos constitucionais antes inexistentes a essa população, como leciona Morales (2010, p. 40-41):

Nesse mesmo movimento, também houve uma mobilização nacional das pessoas com deficiência, principalmente das entidades que as representavam, pondo o registro dos direitos e garantias destes, na Constituição Federal. Assim, de acordo com Vereza (2008), estes aspectos formulados para a Carta Constitucional, pelos próprios membros da sociedade, foram acatados em quase sua totalidade, incluindo diversos artigos que constituíram a política da inclusão social das pessoas com deficiência, assegurando direitos como: proteção ao trabalho, acesso à educação, à saúde, à assistência social e à acessibilidade.

A legislação internacional e a evolução constitucional a nível global não permitem mais a resposta estatal como norma programática; o fim a ser realizado pela norma

constitucional é condição básica de classificação e efetividade da cidadania. O objeto desta tese, que é a inclusão da pessoa com deficiência, com o seu recorte epistemológico desta população em condição de asilamento, demanda uma resposta estatal urgente, que caso não venha pelo Executivo, necessitará vir pelo Judiciário, como elemento concretizador da viabilidade da democracia.

Verificamos que a ineficiência dos direitos constitucionais em critérios de minorias se mostra como uma ingerência estatal em critérios de mensuração, evidenciando que o Estado não consegue definir quanto custa incluir as minorias. Dessa forma, reconhecer os direitos constitucionais como direitos democráticos é reconhecer que “o fim a ser atingido pelo Estado é decalcado de maneira mais clara, donde se pode depurar um dever-ser, cuja aplicação na realidade comporte algum tipo de mensuração” (NUNES JUNIOR, 2009, p. 06).

É importante lembrarmos sempre na condução deste estudo que qualquer atividade estatal - leia-se dos três poderes - está voltada para afirmação e promoção da dignidade humana, sendo o pressuposto básico do estudo a democracia e não a inclusão, pois como já sustentado alhures, a democracia conduz à participação, o que logicamente se estruturará em gestão governamental participativa promovendo a inclusão, dado que “a democracia constitui hoje o substrato da noção de governo na civilização ocidental” (BUCCI, 2013, p. 89). A priorização da participação da pessoa com deficiência ou de qualquer minoria em condição de igualdade política permite a inclusão social e a efetividade dos fundamentos da República Brasileira.

A representatividade das minorias condiciona a afirmação própria dos direitos humanos, pois denuncia uma luta entre sistema de opressão que, quando finalizada, permite a emancipação da minoria. A efetividade de direitos e a participação democrática são, nada mais nada menos, que a afirmação dos direitos humanos contra os sistemas vigentes de opressão. Nesse pensar é a lição de Boaventura de Souza Santos (2018, p. 60):

Por outro lado, os direitos humanos foram por vezes um instrumento poderoso na luta pela democracia e pela decência e contra a tirania e a opressão conduzidas por agentes estatais e não-estatais, articulados com outras gramáticas de dignidade contra os poderes estabelecidos.

Consideramos que, teoricamente, com a evolução do direito constitucional e a globalização de determinados direitos, mostrar-se-ia desnecessária a luta de grupos minoritários para participação social e conquista da efetividade dos direitos já

positivados. Entretanto, o Estado Brasileiro demonstra não ter acompanhado tal evolução, em especial no tocante à pessoa com deficiência, necessitando se buscar meios alternativos que fomentem a inclusão social e se utilizem do aparelho estatal para acontecer.

Convém traçar breves comentários sobre a conceituação histórica da deficiência e sua evolução no contexto de lutas pelo Direito no Estado Brasileiro, tema que se abordará com exata precisão no tópico que se segue. A priori, podemos verificar que, independentemente da evolução da gramática do Direito, as minorias estão sub-representadas, ou não estão representadas no cenário democrático atual, tendo vários direitos constitucionais diuturnamente violados e ficando acostumadas com isso por entenderem que esta é a única resposta estatal.

1.3 A conceituação da pessoa com deficiência: histórico, evolução e modelos

O cerne deste trabalho é o estudo da pessoa com deficiência que vive em condições de asilamento no Estado Brasileiro. Entretanto, para compreender a legislação e o alcance dos direitos fundamentais, bem como das políticas públicas desenvolvidas para pessoas com deficiência, faz-se necessário trabalhar seus conceitos e como a sociedade encara a deficiência.

Todo corpo com deficiência é um corpo com algum tipo de limitação funcional de modo físico, intelectual e/ou sensorial. A questão do impedimento, a nível nacional, ecoa significados e simbolismos da inclusão da pessoa com deficiência a nível internacional.

É importante trazer à discussão que toda evolução sobre o que é deficiência começou na década de 70, no âmbito do Reino Unido e dos Estados Unidos, onde a deficiência deixou de ser um impedimento de lesão e passou a ser vista como um impedimento de opressão social na guinada entre os modelos biomédicos e social da deficiência. Por este ângulo, leciona Diniz (2017, p. 05):

Essa foi a revolução dos estudos sobre deficiência surgidos no Reino Unido e nos Estados Unidos nos anos 1970. De um campo estritamente biomédico confinado aos saberes médicos, psicológicos e de reabilitação, a deficiência passou a ser também um campo das humanidades. Nessa guinada acadêmica, deficiência não é mais uma simples expressão de uma lesão que impõe restrições à participação social de uma pessoa. Deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas que também denuncia a estrutura

social que oprime a pessoa deficiente. Assim como outras formas de opressão pelo corpo, como o sexismo ou o racismo, os estudos sobre deficiência descortinaram uma das ideologias mais opressoras de nossa vida social: a que humilha e segrega o corpo deficiente.

A deficiência, até 1970, era reconhecida como uma tragédia pessoal, definindo o ser com deficiência como incapaz para a vida social. Surgiram, dessas duas constatações, o modelo biomédico e o modelo social da deficiência como sendo dois modelos que identificavam e naturalizavam a deficiência (como problemas médicos e sociais, respectivamente).

O modelo médico era caracterizado pelas necessidades de reabilitação da pessoa com deficiência para inserção social ou, como aponta Leite (2012, p. 46), 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 aos Estados, de forma de tratamento individual por profissionais. Assim, o tratamento da deficiência está destinado a conceder a cura, ou uma melhor adaptação da pessoa e uma mudança de conduta.

As consequências da individualização das deficiência como fato isolado e pessoal, deram origem às terminologias legais utilizadas no Brasil no século XX. Tais fatos visam demonstrar como a exclusão, tanto a nível global quanto nacional, eram regra no cenário jurídico em relação à pessoa com deficiência. Sobre as terminologias, Santana (2016, p. 17), explica com precisão:

O conceito de deficiência e suas terminologias tem sofrido ao longo do tempo diversas variações. Pessoas com deficiência já foram caracterizadas como: “crianças idiotas, imbecis, cretinas, inaptas e anormais (Dec-Lei 31801/41), mais tarde, chamaram lhes grandes ineducáveis ou anormais educáveis (Dec-Lei 53401/45), atrasadas mentais (Dec-35752/61), crianças diminuídas (Dec-Lei 45832/64) ”.

A visualização dos conceitos empregados na legislação nos traz à tona questões levantadas pelo Sociólogo Paul Abberley - sociólogo deficiente físico - vítima de seqüela de poliomielite, que não admitia ser a deficiência encarada como uma conjugação de fatores individuais que levariam à tragédia pessoal e à segregação das pessoas com limitações.

Abberley foi um dos primeiros teóricos sobre deficiência que recusou esta como uma desvantagem natural e deu início ao projeto do modelo social da deficiência. Ele afirmava que a deficiência era vista como uma desvantagem natural e, por isto, os corpos

com deficiência eram oprimidos, ficando sujeitos a discriminações raciais ou sexistas. Apontou em 1986 que a desvantagem pelo impedimento não poderia ser encarada como algo natural, e que encarar a deficiência pelo modelo médico era afirmar uma ideologia e perpetuar a exclusão social (DINIZ, 2017, p. 22).

Neste sentido, Abberley (1986, p. 07), leciona:

To claim that disabled people are oppressed involves, however, arguing a number of other points. At an empirical level, it is to argue that on significant dimensions disabled people can be regarded as a group whose members are in an inferior position to other members of society because they are disabled people. It is also to argue that these disadvantages are dialectically related to an ideology or group of ideologies which justify and perpetuate this situation.¹

A recusa da desvantagem natural que Paul Abberley denuncia como opressão social recoloca o centro de debate sobre políticas públicas e inclusão social da pessoa com deficiência. A bem da verdade, o ponto chave da viragem teórica sobre o que era deficiência aconteceu no Reino Unido com a UPIAS (Union of the Physically Impaired Against Segregation)². A UPIAS era uma associação de deficientes físicos fundada pelo filósofo Paul Hunt - também deficiente físico - que pretendia chamar atenção para o modelo social da deficiência. Diniz (2017, p. 11) explica que a UPIAS:

Foi a primeira organização de deficientes é algo que pode parecer estranho, pois há instituições para cegos, surdos e pessoas com restrições cognitivas há pelo menos dois séculos, além de centros onde pessoas com diferentes lesões foram internadas ou abandonadas. A UPIAS foi, na verdade, a primeira organização política sobre deficiência a ser formada e gerenciada por deficientes. Instituições antigas, como o Instituto Nacional para Cegos, talvez a mais antiga do mundo, no Reino Unido, ou o Instituto Nacional de Educação de Surdos, no Brasil, eram entidades para os deficientes, isto é, locais onde se confinavam pessoas com diferentes lesões físicas ou mentais, cuidando delas e lhes oferecendo educação. Em geral, o objetivo dessas instituições e centros era o de afastar as pessoas com lesões do convívio social ou o de normalizá-las para devolvê-las à família ou à sociedade.

O objetivo central era garantir a participação da pessoa com deficiência em

¹ Para afirmar que as pessoas com deficiência são oprimidas envolve, no entanto, argumentação de vários outros pontos. Em um nível empírico, é argumentar que, em dimensões significativas pessoas com deficiência podem ser consideradas como um grupo, dos quais os membros deste referido grupo estão em posições inferiores aos demais membros da sociedade em virtude da deficiência, podendo se argumentar também que essas diferenças estão diretamente relacionadas a uma ideologia ou grupo de ideologias, que justificam e perpetuam referidas situações (tradução livre).

² União dos Deficientes Físicos contra a Segregação.

condições de igualdade com os demais cidadãos, recusando qualquer forma de segregação que revestisse a deficiência dos caracteres da anormalidade. Nesse passo, mostra-se claro que a deficiência vista apenas sobre a ótica da lesão ou do impedimento estabeleceria padrões que garantiria a segregação destas pessoas na sociedade.

A associação formada no Reino Unido evidenciava o enclausuramento de cidadãos comuns que, por algum motivo, tinham que ser afastados do convívio social para reabilitação. Esta reabilitação poderia durar uma vida inteira, ou que poderia não acontecer para a necessária reinserção na sociedade.

Paul Hunt, o fundador da UPIAS, enviou ao The Guardian uma carta extremamente significativa. Nesta, denunciava as condições de asilamento/encarceramento de cidadãos comuns que eram rotulados como incapazes para a vida social por conta de seu impedimento físico, mental e/ou sensorial.

Importa trazer ao bojo deste trabalho a referida carta de Paul Hunt (1972) ao editor do Jornal The Guardian:

Sir, – Ann Shearer’s account of the CMH conference of and not on the so-called mentally handicapped, challenges our patronising assumptions about such people. It also has important implications for anyone who genuinely wants to help other disadvantaged groups. For instance, practically every sentence in her article could apply with equal force to the severely physically handicapped, many of whom also find themselves in isolated and unsuitable institutions, where their views are ignored and they are subject to authoritarian and often cruel regimes. I am proposing the formation of a consumer group to put forward nationally the views of actual and potential residents of these successors to the workhouse. We hope in particular to formulate and publicise plans for alternative kinds of care. I should be glad to hear from anyone who is interested to join or support this project. – Yours faithfully, Paul Hunt.³

A denúncia de Paul Hunt ecoa na história das pessoas com deficiência até os dias atuais. Hunt denunciava ao editor do The Guardian que, enquanto a deficiência fosse vista apenas pelo elemento biológico, a sociedade ia continuar encarcerando seus deficientes para que houvesse uma convivência pacífica e harmônica no seio social. A lógica do encarceramento é uma lógica utilitarista, onde qualquer elemento de dor deve ser escondido para maximização da felicidade geral (SANDEL, 2013, p. 37).

³ Senhor Editor, as pessoas com lesões físicas severas encontram-se isoladas em instituições sem as menores condições, onde suas ideias são ignoradas, onde estão sujeitas ao autoritarismo e, comumente, a cruéis regimes. Proponho a formação de um grupo de pessoas que leve ao Parlamento as ideias das pessoas que, hoje, vivem nessas instituições e das que potencialmente irão substituí-las. Atenciosamente, Paul Hunt (Tradução livre).

É importante trazer à tona que o modelo biomédico não deixou de ser vigente na sociedade brasileira, mesmo com a definição de deficiência pelo art. 2º da lei 13146/2015 (Lei brasileira de Inclusão). A consagração do modelo social na legislação ordinária brasileira não resolve a questão da inclusão social. Ademais, tal consagração não amplia a participação democrática da pessoa com deficiência se não houver políticas públicas adequadas que permitam tal participação:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

A crítica de Hunt mostra-se atual, pois vislumbra-se que é necessário pensar na deficiência além dos fatores biológicos de impedimentos. O asilamento/encarceramento dos deficientes, os quais são uma realidade ainda hoje no Brasil, tema que será oportunamente discutido, confirmam que o corpo deficiente é um objeto de opressão social, assim como as questões feministas e raciais. Nesse seguimento, Abberley (1987, p. 08), explica sobre a deficiência como opressão:

In developing theories of sexual and racial oppression it has been necessary for theoreticians of the women's and anti-racist movements to settle accounts with biology, which in both cases has been employed to explain and to justify social disadvantage. For a theory of disability as oppression however an importante difference arises when we consider the issue of impairment. While in the cases of sexual and racial oppression, biological difference serves only as a qualificatory condition of a wholly ideological oppression, for disabled people the biological difference, albeit as I shall argue itself a consequence of social practices, is itself a part of the oppression. It is crucial that a theory of disability as oppression comes to grips with this 'real' inferiority, since it forms a bedrock upon which justificatory oppressive theories are based and, psychologically, an immense impediment to the development of political consciousness amongst disabled people. Such a development is systematically blocked through the naturalisation of impairment.⁴

⁴ Ao desenvolver teorias de opressão sexual e racial, foi necessário que teóricos dos movimentos feministas e anti-racistas acertassem conta com a biologia, que em ambos os casos foi empregada para explicar e justificar uma desvantagem. Para uma teoria da deficiência como opressão, surge uma diferença considerável, a questão do impedimento. Enquanto nos casos de opressão sexual e

A consequência da naturalização da deficiência faz com que a população deficiente não se preocupe em titularizar direitos. O resultado fundamental da crítica de Hunt é exatamente o de que a sociedade oprime o corpo com deficiência, subjugando decisões públicas que alcancem esses cidadãos deficientes.

Evidente que há uma persistência em imunizar a política e o direito da deficiência, traçando como um critério básico um eventual descarte de cidadãos que geram improdutividade ao Estado.

Na formulação da teoria da deficiência, surge anteriormente ao modelo médico o modelo da prescindência, que permitia uma decisão de terceiros sobre a vida das pessoas com deficiência “Nessa visão a sociedade poderia prescindir das pessoas com deficiência, afinal seriam vidas que não precisavam ser vividas” (ALMEIDA, 2018, p. 36). À vista disso, é forçoso concluir que qualquer tentativa de encarceramento faz com que a sociedade e o Estado prescindam da deficiência.

A evolução do modelo da prescindência para o modelo médico apenas tem o condão de mudar a ótica do descarte para o encarceramento e a reabilitação, como forma de adaptação à normalidade. A visualização da deficiência como algo estritamente médico deu ênfase aos paradigmas da institucionalização. Isso pois, a deficiência que antes era vista como um castigo divino e poderia ser “descartada”, agora se tornava algo estritamente biológico, permitindo a institucionalização prolongada até que estas pessoas pudessem se reabilitar e se inserir novamente na sociedade. Neste sentido, Morales (2010, p. 33), comenta:

[...] a mudança na concepção da deficiência (do metafísico para o biológico) aliada à prática do acolhimento e do confinamento instituiu as bases do paradigma da institucionalização, o qual permaneceu único por mais de 150 anos, conduzindo a relação da sociedade com as pessoas com deficiência.

A institucionalização da pessoa com deficiência, que começou na época imperial, perdurou como regra até a década de 1970, tendo seu ápice na história do Hospital

racial a diferença biológica serve apenas como uma qualificação, sendo uma opressão totalmente ideológica, para as pessoas com deficiência a diferença, embora eu deva argumentar ser uma consequência das práticas sociais, é em si uma parte da opressão. É fundamental que uma teoria da deficiência como opressão se apegue a inferioridade “real”, uma vez que cria uma justificativa sobre a qual teorias opressivas são baseadas e atreladas psicologicamente a um impedimento, gerando imunidade ao desenvolvimento da consciência política entre as pessoas com deficiência. Referido desenvolvimento é sistematicamente bloqueado por conta da naturalização da deficiência (Tradução livre).

Colônia de Barbacena. Inspirado pelas teorias eugenistas, as pessoas com deficiência eram abandonadas e confinadas em locais que se tornavam invisíveis para a sociedade. Daniela Arbex (2013, p. 26), comentando sobre o Hospital Colônia, escreve:

A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o Hospital e justificava seus abusos. Livrar a sociedade da escoria, desfazendo-se dela de preferência em local que a vista não pudesse alcançar.

Os contornos do asilamento e da institucionalização da deficiência serão tratados em tópico a parte e em momento oportuno, portanto, nos interessa neste ponto do trabalho compreender os paradigmas existentes entre o modelo médico e o modelo social da deficiência. Tratam-se de questões que nos acompanharão em todo o trabalho, a fim de que se possa apurar as responsabilidades estatais do Brasil em face do asilamento da pessoa com deficiência.

Neste ínterim, também surgiu o paradigma de serviços médicos especializados com o objetivo de reabilitar a deficiência e reintroduzir o cidadão na sociedade, equalizando o deficiente ao padrão de normalidade da sociedade, como bem aponta Fernandes (2011, p. 139):

O Paradigma de Serviços. O objetivo dessa abordagem pela (American National Association of Rehabilitation Counseling – A.N.A.R.C., 1973) era o de “ajudar pessoas com deficiência a obter uma existência tão próxima ao normal possível, a elas disponibilizando padrões e condições de vida cotidiana próxima às normas e padrões da sociedade”.

Tanto o paradigma de serviço quanto o paradigma da institucionalização reforçavam o modelo médico da deficiência e demonstravam a existência de um padrão de normalidade que não estava prescrito em lugar algum, mas que era condição essencial para o exercício da cidadania e da vida em comunidade.

À primeira vista, cumpre estabelecer que a institucionalização é oriunda dos parâmetros biológicos da deficiência, onde se presume que há um padrão de normalidade a ser seguido pela sociedade como um todo. Desse modo, a institucionalização altera os padrões de convivência entre as pessoas com deficiência e a sociedade, uma vez que aquelas estão impedidas de conviver no seio social, impossibilitando qualquer tentativa de inclusão.

Questões como a improdutividade são importantes de serem trabalhadas, tendo em vista que esta sempre foi elemento importante para que o Estado se desincumbisse de

cuidar de cidadãos deficientes. Ao naturalizar a condição do indivíduo, a gramática biológica da deficiência desnaturaliza relações básicas de direitos fundamentais, trazendo para o centro do debate questões como adaptar a tônica constitucional e a teoria da deficiência. Entretanto, a grande dificuldade está em incluir cidadãos que, conscientemente, no imaginário social, já estão excluídos.

Vislumbra-se que as relações alexyanas de direitos fundamentais, como Estado-cidadão e cidadão-cidadão, foram subvertidas e descaracterizadas pela criação do corpo normal (ALEXY, 2013, p. 182). A confirmação do modelo social cria uma nova gramática a ser desenvolvida a nível da inclusão social das pessoas com deficiência, em relação à política e ao direito.

A deficiência, sob a ótica do modelo social, não deve ser vista mais como objeto de opressão, mas “a deficiência será um tema emergente para as políticas públicas, particularmente as de caráter distributivo e de proteção social” sendo necessária a inclusão da pauta da deficiência na agenda de desenvolvimento do Estado, acompanhando a legislação nacional e internacional da pessoa com deficiência (DINIZ, 2017, p. 07).

Por isso, o conceito social da deficiência deve ser encarado sob a ótica coletiva, sendo que, “o ponto de partida das negociações políticas deve ser o novo conceito de deficiência como instrumento de justiça social, e não somente como questão familiar ou individual” (DINIZ, 2017, p. 07).

A construção do modelo social da deficiência permite que a deficiência seja encarada não como um fator apenas biológico, mas como uma série de fatores que, somados, produzem a deficiência, como: questões ambientais, questões sociais, questões financeiras entre outras. A construção social da deficiência muda a ótica do paradigma da institucionalização para o paradigma de suporte, no qual a sociedade, em conjunto com o Estado, deva oferecer meios que permitam às pessoas com deficiência conviver em sociedade, com igualdade de oportunidades.

O paradigma de suporte, diferentemente do paradigma da institucionalização e do paradigma de serviço, permite ao cidadão com deficiência gozar da ampla gama de direitos constitucionais, específicos ou não. Forçando o Estado a dar uma resposta positiva na concretização dos direitos constitucionais, no paradigma de suporte, a convivência se mostra como algo central e um direito fundamental. Sobre este paradigma, Morales (2010, p. 28), leciona com clareza:

[...] Dessa forma, diferente da integração que primeiro segrega e tenta preparar a pessoa para depois inseri-la na sociedade, o movimento pela inclusão, contextualizado pelo paradigma de suporte, luta em favor da modificação da sociedade como pré-requisito, para que a pessoa com deficiência possa buscar o seu progresso e exercer a sua cidadania. Nesse sentido, o grande avanço desse movimento está no fato de prever intervenções tanto no processo de desenvolvimento do sujeito, quanto no reajuste da realidade social. Em consequência dessa nova concepção, identificamos que para equiparar oportunidades, faz-se necessário que a sociedade disponha de suportes e instrumentos que garantam o acesso e a permanência das pessoas com deficiência em todo e qualquer espaço público comum da vida.

O movimento de luta da pessoa com deficiência, que ocorreu junto com a promulgação da Constituição, tem o seu ponto nodal no paradigma de suporte, pois, uma sociedade preparada, entende a diversidade existente na deficiência e acolhe esta diversidade em todas suas questões sociais. Desse modo, a construção do modelo social nada mais é que a possibilidade de retirar a opressão feita sobre o corpo com deficiência, que de acordo com o modelo social e o paradigma de suporte, pode-se dizer que “a cidade e a sociedade em que o deficiente está inserido não está adaptada a permitir que ele desfrute, assim como as demais pessoas, de seus direitos fundamentais” (ALMEIDA, 2018, p. 43).

Ao retirar o foco da questão biológica da deficiência, verifica-se que o processo de reabilitação não é uma questão eminentemente médica, e sim uma questão de eliminação de barreiras de todos os tipos para a vivência da pessoa com deficiência. Nesta perspectiva, Almeida (2018, p. 43), é tácito ao afirmar:

O modelo social determina a eliminação de barreiras arquitetônicas, econômicas, comunicacionais, atitudinais, ao invés de voltar-se ao corpo da pessoa. Esse será o processo de reabilitação. Ações afirmativas são exemplos de eliminação de barreiras que impedem que pessoas com deficiência desfrutem de seus direitos fundamentais enquanto cidadãos em uma determinada sociedade. O impacto claro disso são regras de acessibilidade.

As conjecturas inauguradas pelo modelo social da deficiência não são apenas de ordem simbólica, mas sim de ordem política, que reconhecem a deficiência como tema da agenda de desenvolvimento estatal. O modelo social, ao se alinhar com o paradigma de suporte, opõem-se diametralmente ao modelo médico, nos levando a concluir que em um Estado onde vigoram legislações pautadas o modelo social, como ocorre no caso Brasileiro, não pode ocorrer institucionalização de pessoas com deficiência.

Ainda que haja discussões sobre a evolução dos conceitos e modelos de

deficiência na história, hoje não se discute mais a consolidação do modelo social, sendo a deficiência um dos objetivos da agenda de desenvolvimento da ONU 2030, como bem pontuou a referida Organização, em seu último relatório sobre os direitos das pessoas com deficiência:

In June 2016, the President of the General Assembly hosted a panel discussion, prior to the opening of the 9th Session of the Conference of States Parties to the CRPD to review existing institutional frameworks to mainstream the rights based approach to disability and advance the rights, perspectives and well-being of persons with disabilities in development efforts at international, national and local levels. The panel also discussed the way forward for operationalization and implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development under the guidance of the Convention of the Rights of Persons with Disabilities (ONU, 2018, p. 23).⁵

Como bem apontamos, o Estado Brasileiro reconheceu a deficiência a partir de seu modelo social. Contudo, resta analisar como o Brasil está cumprindo com o alinhamento das políticas públicas de inclusão dos deficientes com o texto constitucional.

1.3.1 A história da institucionalização de pessoas com deficiência no Brasil

Centrado nos conceitos já estudados sobre deficiência importa, neste momento do trabalho, adentrar no reCorte epistemológico da pesquisa que ora se desenvolve, no caso, a história dos deficientes que foram institucionalizados para que a sociedade mantivesse contato com as disfunções patológicas dos indivíduos considerados anormais. A institucionalização é reflexo e desdobramento do conceito médico da deficiência, sendo sempre apoiado pelo paradigma da institucionalização.

Conforme exposto alhures, a pessoa com deficiência é caracterizada como inválida e incapaz de conviver em sociedade, pois, tal fato geraria um problema tanto para a família, como para sociedade que teriam que conviver com o “fardo” de assumir a deficiência do indivíduo.

Foi em meados do século XIX que, no Brasil, começaram a surgir instituições

⁵ Em junho de 2016, o Presidente da Assembleia Geral organizou um painel de discussão, antes da abertura da 9ª sessão da conferência dos direitos da pessoa com deficiência, para rever os padrões existentes e promover os direitos, as perspectivas e o bem-estar das pessoas com deficiência, com objetivo de desenvolvimento internacional, nacional e local. O painel também decidiu o caminho para operacionalização e implementação da agenda 2030, sobre o desenvolvimento sustentável e a orientação da Convenção dos direitos das pessoas com deficiência (Tradução livre).

para o acolhimento das pessoas com deficiência, como bem aponta Morales (2010, p. 31):

No Brasil, a sociedade começou a se interessar pelo atendimento dos deficientes a partir do século XIX, se inspirando nas experiências dos educadores da Europa e dos EUA. No âmbito da deficiência visual foi fundado em 1854, pelo imperador D. Pedro II, o Imperial Instituto dos Meninos Cegos que mais tarde teve seu nome substituído por Instituto Benjamin Constant. Em 1857, foi a vez do Imperial Instituto dos Surdos-Mudos, atualmente chamado de Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES).

Com o surgimento de institutos e associações de amparo e acolhimento, o olhar social para a pessoa com deficiência passou a ser um olhar caritativo, onde a sociedade exercia práticas de favor e boa vontade por meio da caridade e assistência. A bem da verdade, o reconhecimento da deficiência no Brasil se deu por meio da visão assistencialista, como bem aponta Morales (2010, p. 31):

Nesse sentido, os primeiros passos que vão sendo tomados com relação às pessoas com deficiência no Brasil, são caracterizados por uma visão social caridosa e assistencialista, que lhes conferiam um mínimo de dignidade através de práticas de favor e boa vontade.

O surgimento de instituições que tinham um olhar caritativo para a deficiência deu origem à naturalização da deficiência como forma de institucionalização. Nesta história, um dos pontos altos da institucionalização de deficiência foi o Hospital Colônia de Barbacena - MG, que teve suas atividades iniciadas em 1903 e foi duramente retratado no livro *Holocausto Brasileiro*, de autoria da jornalista Daniela Arbex.

O Hospital Colônia, de 1903 até a década de 70, recebeu deficientes físicos, intelectuais e qualquer pessoa que fugisse do padrão da normalidade requerida pela sociedade. Ressalte-se que poderiam ir para o Colônia sem a possibilidade de saírem posteriormente do hospital. Os pacientes chegavam num trem que parava no fundo do Hospital Colônia e “ao receberem passaporte para o hospital, os passageiros tinham sua humanidade confiscada” (ARBEX, 2013, p. 28).

Os pacientes que chegavam no Colônia passavam fome, frio, e muitos morriam sem que a família sequer soubesse do destino dos pacientes do hospital. A quantidade de pessoas que eram internadas no hospital era enorme e, em um espaço que poderia abrigar 200 pessoas, em 30 anos já abrigava 15.000. Quem ilustra essa situação é Arbex (2013, p. 26):

Em 1930, com a superlotação na unidade, uma história de extermínio começou a ser desenhada. 30 anos depois, existiam 15.000 pacientes

em local projetado inicialmente para 200. A substituição de capas por capim foi, então, oficialmente sugerida, pelo Chefe do Departamento de Assistência Neuropsiquiátrica de Minas Gerais, José Consenso Filho, como alternativa para o excesso de gente. A intenção era clara: economizar espaço nos pavilhões para caber mais e mais infelizes. O modelo do leito chão deu tão certo, que foi recomendado pelo poder público para outros hospitais mineiros em 1959.

A institucionalização forçada, que culminava no extermínio de pessoas com deficiência, tentou e tenta mudar as marcas da história. Bem por isso, necessário se faz estudar um pouco da história do Colônia, que se mostrou um retrato fidedigno das situações de institucionalização de deficientes existentes no século XIX.

O Hospital Colônia de Barbacena recebia quaisquer tipos de pessoas qualificadas como indesejadas para a sociedade. Infelizmente, o Direito dava respaldo a esse tipo de atuação, pois “várias requisições de internações eram assinadas por delegados” (ARBEX, 2013, p. 30).

A autoridade policial tinha o poder de determinar quem era internado no Colônia, entretanto, outras pessoas poderiam ser enviadas para o Colônia por conta de loucura, deficiência ou qualquer motivo que causasse estranheza ou desabonasse o convívio social. Por conta de tais fatos, a incapacidade/deficiência/anormalidade dentro do Colônia deveria ser controlada por qualquer meio, de modo que “o eletrochoque era tão comum na unidade, que muitas vítimas se tornavam algozes depois que o efeito da descarga elétrica passava” (ARBEX, 2013, p. 35).

A medicalização indiscriminada e sem prescrição médica era fato comum e corriqueiro no Colônia, como bem sustenta Arbex (2013, p. 35) ao trazer o depoimento de Geraldo Magela Franco, que foi vigia no hospital psiquiátrico:

Não havia prescrição. A gente aprendia na pratica sobre o que fazer, quando ocorria qualquer perturbação. No caso dos remédios, a gente quando o doente apresentava algum tipo de alteração. Em situações de epilepsia, aplicávamos uma injeção. Se o cara, às vezes, se exaltava, ficava bravo, a gente dava uma injeção para ele se acalmar.

Interessante observar que o vigia do hospital psiquiátrico tinha autoridade não apenas para vigiar o hospital, mas também para vigiar os movimentos dos corpos dos pacientes. No paradigma da institucionalização, a autonomia individual desaparece e não há como se discutir dentro da seara institucional dignidade e democracia, pois evidentemente há uma supressão de direitos que geram a institucionalização.

A análise dos relatos dos Hospital Colônia nos permite trabalhar nuances da

deficiência no âmbito acadêmico que até hoje não foram trabalhadas.

Em um primeiro momento, há de se considerar que a retirada da autonomia do indivíduo com deficiência física ou mental garante, pelo instituto da custódia, que o Estado irá controlar e gerir o corpo individual desta pessoa por meio de regras institucionalizadas. Tais denúncias eram feitas por Foucault (1975, p. 105) ao demonstrar as técnicas utilizadas para o controle da loucura/anormalidade:

Todas as técnicas ou procedimentos efetuados no asilo do século XIX – isolamento, interrogatório particular ou público, tratamentos-punições como a ducha, pregações morais, encorajamentos ou repreensões, disciplina rigorosa, trabalho obrigatório, recompensa, relações preferenciais entre o médico e alguns de seus doentes, relações de vassalagem, de posse, de domesticidade e às vezes de servidão entre doente e médico – tudo isto tinha por função fazer do personagem do médico o "mestre da loucura"; aquele que a faz se manifestar em sua verdade quando ela se esconde, quando permanece soterrada e silenciosa, e aquele que a domina, a acalma e a absorve depois de a ter sabiamente desencadeado.

O uso de controle de corpos era uma tendência normal no Hospital Colônia, que não se apresentava apenas para as pessoas com deficiência mental, mas sim, para todo o tipo de pessoa e todo o tipo de deficiência. A rejeição da deficiência pelas famílias é o motivo da institucionalização de crianças, as quais receberiam medicalizações para controle e normalização da sua deficiência e chegariam ao final de suas vidas ainda institucionalizadas.

O Estado promove a vigilância dos corpos indesejados para manter a unidade do corpo social, numa relação de poder e sujeição que se mostra necessária para controlar a deficiência, sendo que “o poder é o que reprime a natureza, os indivíduos, os instintos, uma classe” (FOUCAULT, 1976, p. 156). As pessoas com deficiência que estão institucionalizadas ficam sujeitas a regras, horários e comportamentos pré-determinados, sendo todos estes fatores legitimados pela medicina.

Então, a deficiência era vigiada em um exercício de controle e poder do dualismo - normalidade/anormalidade -, sendo que os anormais deveriam serem institucionalizados em hospitais que mesclassem o objetivo da assistência social com a possibilidade de cura da “doença” que acometia os internos, numa prática iniciada no século XVII. O hospital, por sua vez, era um lugar de exclusão e verdadeiro depósito de indesejados pela sociedade.

Foucault (1976, p. 94), delinea com precisão a história da exclusão dentro de hospitais:

O hospital permanece com essas características até o começo do século XVIII e o Hospital Geral, lugar de internamento, onde se justapõem e se misturam doentes, loucos, devassos, prostitutas, etc., é ainda, em meados do século XVII, uma espécie de instrumento misto de exclusão, assistência e transformação espiritual, em que a função médica não aparece. Quanto à prática médica, nada havia, no que a constituía e lhe servia de justificação científica, que a predestinasse a ser uma medicina hospitalar.

O Hospital Colônia é o exemplo típico da tese foucaltiana de institucionalização e docilização de corpos por meio da medicina. A deficiência, significada pelo modelo médico e construída em cima do paradigma da institucionalização, permitia o controle por meio de técnicas da medicina que, de certa forma, eram extremamente invasivas, gerando punições que se assemelhavam à práticas de tortura.

O Hospital Colônia recepcionou as crianças do Hospital de Neuropsiquiatria do município de Oliveira MG. Em um diálogo transcrito entre o Ronaldo Simões Coelho - Superintendente do serviço de psiquiatria da Fundação Educacional de Assistência Psiquiátrica -, com uma freira do Hospital Oliveira - Instituição de cunho religioso voltada ao abrigo de crianças com deficiências - pode-se verificar como a deficiência era encarada de forma mística e arrancava dos portadores das patologias a dignidade humana. Ronaldo, quando chegou ao Oliveira, deparou-se com uma criança estendida no chão com os braços amarrados e desenvolveu o seguinte diálogo com a freira:

- Por que esse menino está amarrado nesse solão?
- Se soltar, ele arranca os olhos das outras crianças. Tem mania – respondeu a mulher, com naturalidade.
- E quantos olhos ele já arrancou?
- Nenhum – disse a religiosa (ARBEX 2013, p. 87).

A transcrição da conversa demonstra que o medo de qualquer reação advinda da deficiência gerava condutas médicas/psiquiátricas que permitiam a tortura com o paciente. Não conseguimos identificar exatamente o modelo no qual a deficiência era encarada dentro dos Hospital Colônia, se o modelo médico ou o modelo da prescindência. Acreditamos que os vieses do modelo médico não eram aplicados, pois faltava dignidade às pessoas com deficiência que ali residiam, e não havia hipótese de alta ou busca de “normalização de conduta” para integração da pessoa com deficiência.

A função médica era controlar os momentos de crise e evitar que as referidas “crises” - que poderiam ser agressivas, epiléticas ou qualquer outro tipo de manifestação da deficiência -, fossem manifestadas. Nesta acepção “a crise era o momento em que se

afrontavam, no doente, a natureza sadia do indivíduo e o mal que o atacava”, havendo a necessidade de controle da deficiência, sendo tais controles tanto com medicamentos, quanto com punições, castigos e eletrochoqueterapia (FOUCAULT, 1976, p. 94).

A medicina era tida como técnica de controle e caminho permissivo para higienização social, que permitia a formação de uma sociedade onde os indesejados não participavam. A democracia não existia para os indesejados, nesse ponto, temos que considerar que há dois Estados: um Estado Democrático de Direito, e um Estado de vácuo legislativo, onde moram os deficientes indesejados.

Surge, então, a noso-política, onde a medicina é exercida de forma social, permitindo a institucionalização de qualquer tipo de pessoas que contrastem com os padrões sociais estabelecidos como normais. À vista disso, Foucault (1976, p. 171), explica:

Esquemáticamente, pode-se dizer que até o fim do século XVII os encargos coletivos da doença eram realizados pela assistência aos pobres. Há exceções, certamente: as regras a aplicar em época de epidemias, as medidas que eram tomadas nas cidades pestilentas, as quarentenas que eram impostas em alguns grandes portos constituíam formas de medicalização autoritária que não estavam organicamente ligadas às técnicas de assistência. Mas fora destes casos-limite, a medicina entendida e exercida como "serviço" foi apenas uma das componentes dos "socorros". Ela se dirigia à categoria importante, não obstante a imprecisão de suas fronteiras, dos "pobres doentes". Economicamente, esta medicina-serviço estava essencialmente assegurada por fundações de caridade. Institucionalmente, ela era exercida dentro dos limites de organizações (leigas ou religiosas) que se propunham fins múltiplos: distribuição de viveres, vestuário, recolhimento de crianças abandonadas, educação elementar e proselitismo moral, abertura de ateliês e de oficinas, eventualmente vigilância e sanções de elementos "instáveis" ou "perturbadores" (as repartições hospitalares tinham, nas cidades, jurisdição sobre os vagabundos e os mendigos; as repartições paroquiais e as sociedades de caridade se outorgavam também, e muito explicitamente, o direito de denunciar os "maus elementos").

Importa ressaltar que, como estamos estudando a conceituação da deficiência, mostra-se incoerente a institucionalização pautada no modelo médico que não dê possibilidade de reinserção ao paciente. É importante, na configuração do modelo médico (com paradigma da institucionalização), que teoricamente a ideia é reabilitar o deficiente que tem o seu corpo “anormal”. Todavia, a institucionalização por institucionalização se revela em conceituar a deficiência a partir do modelo da prescindência, nos levando a um perigoso retorno à antiguidade clássica e média.

As condições do Hospital Colônia para pessoas com deficiência eram

extremamente degradantes e desumanas, conforme demonstra aponta Arbex (2017, p. 02):

Wellerson Durães de Alkmim, 59 anos, membro da Escola Brasileira de Psicanálise e da Associação Mundial de Psicanálise, jamais esqueceu o primeiro dia em que pisou no hospital em 1975. "Eu era estudante do Hospital de Neuropsiquiatria Infantil, em Belo Horizonte, quando fui fazer uma visita à Colônia 'Zoológica' de Barbacena. Tinha 23 anos e foi um grande choque encontrar, no meio daquelas pessoas, uma menina de 12 anos atendida no Hospital de Neuropsiquiatria Infantil. Ela estava lá numa cela, e o que me separava dela não eram somente grades. O frio daquele maio cortava sua pele sem agasalho. A metáfora que tenho sobre aquele dia é daqueles ônibus escolares que foram fazer uma visita ao zoológico, só que não era tão divertido, e nem a gente era tão criança assim. Fiquei muito impactado e, na volta, chorei diante do que vi."

Na inclusão dos pacientes do Oliveira no Hospital Colônia, pode-se verificar a prática da soberania sobre os corpos marcados patologicamente por alguma deficiência. O relato de Arbex (2013, p. 89), sobre as crianças do Hospital Neuropsiquiátrico que foram transferidas para o Colônia, é chocante:

Em Barbacena, elas passaram a dividir com os outros pacientes as condições degradantes do hospital. E, apesar de existir uma ala infantil, ela era tão desbotada quanto as outras. A diferença é que lá, em vez de camas de capim, havia berços onde crianças aleijadas ou com paralisia cerebral vegetavam. Ninguém as retirava de lá nem para tomar sol. Quando a temperatura aumentava, os berços eram colocados no pátio, e os meninos permaneciam encarcerados dentro deles.

A tônica do controle no Hospital Colônia era exatamente como uma pena imposta. Acontece que, tal pena não era imposta por um crime, mas sim, pela patologia que determinava, em algum código de um Estado desconhecido, uma desviante cuja pena seria a internação perpétua no referido Hospital. Frise-se que, o exercício do controle da deficiência não é exclusividade do século XIX e nem do Hospital Colônia, mas sim, é um fato que perdura até hoje no Brasil, mesmo com a evolução jurídica do tema da pessoa com deficiência.

A incorporação da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência no Brasil, por meio do Decreto Legislativo 186/08, bem como a edição da lei 13.146/15, Estatuto da Pessoa com Deficiência, não foram capazes de eliminar a institucionalização e consagrar o paradigma de serviço junto ao modelo social.

Os dados utilizados para confirmar esta hipótese se baseiam no relatório internacional "Eles ficam até morrer" publicado pela ONG Human Rights Watch (HRW,

2018), sobre as instituições de asilamento para pessoas com deficiência no Brasil.

Evidentemente, na construção legislativa do modelo social, seria teoricamente inconcebível a existência de tal relatório, contudo, a prática nacional se mostra desalinhada com a legislação vigente. Nos anos de 2016 e 2017, a ONG internacional Human Rights Watch visitou 19 instituições de abrigo para adultos e crianças com deficiência no Brasil, produzindo seu relatório final que fora publicado em maio de 2018.

As constatações verificadas pela ONG supracitada demonstram que o Holocausto Brasileiro ainda não acabou, apenas mudou a época e algumas técnicas de contenção da anormalidade. Entretanto, as denúncias de Foucault ainda permanecem vivas no tratamento institucional da pessoa com deficiência no Brasil.

O relatório internacional apontou questões de negligência, desumanização e degradação da dignidade da pessoa humana. A Human Rights Watch verificou situações de confinamento, restrições de isolamento, conforme aponta trecho do relatório:

Em oito das 19 instituições visitadas, que acolhiam mais de 50 pessoas, a Human Rights Watch identificou que funcionários usavam de algum tipo de restrição em relação aos adultos e crianças residentes. Eles prendiam os residentes a barras nas camas com pedaços de pano amarrados na cintura ou nos pulsos. Em duas instituições, a Human Rights Watch viu como funcionários amarravam firmemente as mãos de crianças com meias ou panos para evitar que elas colocassem as mãos na boca ou se arranhassem (HRW, 2018, p. 20).

A atualidade do relatório reforça práticas incompatíveis com a legislação internacional que o Estado Brasileiro assumiu, bem como, reafirma o vácuo legislativo onde a deficiência se insere e que a Constituição Federal de 1988 não alcança todos os cidadãos, tendo em vista a evidente ausência de direitos fundamentais básicos.

A utilização de medicamentos, isolamento e camisa de força são práticas usuais na institucionalização de pessoas com deficiência no momento em que se escreve esta tese. O relatório é claro em denunciar:

Em uma instituição, funcionários disseram à Human Rights Watch: “às vezes usamos camisa-de-força e colocamos as pessoas em um cômodo de isolamento para se acalmarem”. Uma enfermeira disse: “às vezes, a gente amarra as pessoas com lençóis ou usamos camisa-de-força por cerca de 30 minutos até a medicação fazer efeito” (HRW, 2018, p. 21).

As condições desumanas e degradantes podem ser consideradas como tortura e negligência de direitos fundamentais, evidenciando que o Estado Brasileiro está criando um estado a parte do sistema constitucional pátrio. As instituições brasileiras afirmam,

ainda, o modelo médico da deficiência e aceitam que a patologia seja tratada como uma desviante que permite o encarceramento. Posto isto, é de se reconhecer que “a maioria das grandes instituições tinha um ambiente impessoal, lembrando hospitais ou mesmo centros de detenção” (HRW, 2018, p. 25).

O uso de grades, castigos e punições é comum nas instituições brasileiras, sendo que punições são utilizadas como forma de contenção e também como medida de segurança, dada a ausência de profissionais habilitados a cuidar das pessoas com deficiência. Isto posto, o relatório aponta algumas questões que chamam a atenção por serem atuais:

Funcionários em algumas instituições afirmaram que imobilizavam indivíduos para que não se machucassem. 20 Funcionários em instituições visitadas pela Human Rights Watch no Brasil aparentemente utilizam restrições porque não há número suficiente de funcionários para prover a atenção e apoio individualizado necessários para ajudá-los a lidar com comportamentos que poderiam ser prejudiciais (HRW, 2018, p. 21).

Da leitura do relatório, é possível reconhecer que as instituições democráticas para pessoas com deficiência que vivem em abrigos estão abaladas ou sequer existem. Fica claro que, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e posteriormente com a legislação ordinária sobre o tema de pessoa com deficiência, o holocausto não acabou. Prova disso é que, no momento em que se escreve esta tese, é possível visualizar, em sítio da internet, um abrigo para pessoas com deficiência com os seguintes termos:

No hospital é prestada uma assistência completa e integral, fornecendo alimentação, incluindo dietas específicas, medicamentos, vestuário, instalações apropriadas, instrumentos e equipamentos especiais e adaptados às necessidades de cada um, numa proposta de atendimento individualizado. A permanência é até o óbito, uma vez que os pacientes assistidos não apresentam condições de uma reabilitação plena e, muitas vezes, apresentam agravos clínicos importante (CRUZ VERDE, 2020).

A consagração do modelo médico da deficiência na cultura social brasileira, bem como o reforço do paradigma da institucionalização, permite a coexistência entre um sistema de direitos constitucionais e um sistema de ausência de direitos, o que temos chamado aqui de vácuo legislativo, ou espaço de vácuo, local onde não há possibilidade de se exercer a dignidade da pessoa humana, pois há inequívoca ausência de direitos fundamentais básicos.

Nesse espaço de vácuo, a Constituição não consegue atingir os cidadãos, pois não

há autoridade fiscalizatória ou interesse político de que haja a fiscalização adequada. No espaço de vácuo não há como se falar em democracia, pois ausente qualquer condição de autonomia que garanta a livre escolha do “pseudo cidadão”. Não há democracia, pois, não há bases contratualistas de que aquelas pessoas internadas assinaram um contrato social para permanecerem internadas até a morte. É certo que, na institucionalização, temos que reconhecer que não há sistema de governo e, conseqüentemente, não há Constituição.

Se houvesse Constituição - como sendo a mesma que rege o Estado Democrático de Direito-, não haveria ausência de produtos de higiene pessoal básicos, fraldas e a negação da menstruação feminina de mulheres com deficiência, conforme ilustrado no relatório:

A Human Rights Watch visitou sete instituições, em todos os municípios, onde os funcionários não ajudavam adultos considerados com “deficiências graves” a se vestirem completamente. Como resultado, esses residentes só usavam roupas na parte superior, vestindo nada abaixo da cintura, exceto uma fralda. Isso é feito para a conveniência dos funcionários na troca de fraldas. Além disso, como as camas são colocadas próximas umas das outras, sem qualquer separação, funcionários trocavam as fraldas dos residentes com outros adultos ao redor. Funcionários de uma instituição disseram que as fraldas estavam em falta, e contavam com apenas duas fraldas para adultos ou crianças por dia. Como resultado, alguns residentes tinham que permanecer com fraldas sujas por longos períodos. Mulheres residentes na mesma instituição não recebem absorventes para menstruação, “então usamos fraldas”, de acordo com uma enfermeira. (HRW, 2018, p. 29)

Nos tópicos e capítulos seguintes se fará uma análise mais profícua do relatório, mas, por hora e de forma superficial, o que se reconhece é que as pessoas com deficiências que ainda vivem sobre o paradigma da institucionalização estão em um espaço de vácuo, onde é ausente a igualdade de status e de oportunidades.

1.4 As pessoas com deficiência e seus espaços na sociedade

1.4.1 Igualdade de status e oportunidades

Analisando a situação de vulneração de Direitos Fundamentais descrita no tópico acima, torna-se imprescindível à nossa pesquisa alinhar situações de igualdade previstas constitucionalmente: como a democracia e a deficiência. De uma breve análise,

chamamos de estado de vácuo o ambiente de ausência de Direitos fundamentais, com a consequente impermeabilidade da Constituição Federal Brasileira.

Importa ao nosso trabalho o conceito de vulneração de direitos, segundo os ensinamentos de Mayos (2016, p. 91):

Es decir: los “vulnerables” fueron primero llevados a una situación de potencial vulneración y por tanto fueron “vulneralizables”, para que luego pudieran ser efectivamente vulnerados e incluso –com posterioridad y como en un acto de misericordia o paternalismo- ser designados como “vulnerables”.

O estado de vulneração permite colocar o cidadão sob um olhar caritativo/misericordioso, permitindo que a inação do Estado seja naturalizada pela desigualdade. Nesse prisma, os deficientes institucionalizados se encontram em patente estado de vulneração, sendo vítimas de sua própria patologias, a qual é condutora do encarceramento de seus destinos.

Pois bem, a existência das instituições favorece o Estado, de modo que permite ao mesmo faltar com o compromisso constitucional de garantir a Dignidade Humana dos cidadãos com deficiência, Mayos (2016, p. 91) elucida a questão:

Recordemos que tales estructuras son engendradas históricamente y – muchas veces– con notable intencionalidad, precisamente buscando tanto la victimización y vulneración de unos, como la naturalización, legitimación y desresponsabilización de las acciones (directas o indirectas) de otros.

Ora, tais afirmativas que aqui elucidamos não podem ser rechaçadas, pois comprovadas pelo próprio relatório internacional estudado, como por exemplo o direito fundamental à educação, em que “a maioria das crianças com deficiência nas instituições não frequentava a escola” (HRW, 2018, p. 19). Tais circunstâncias, além de caracterizarem a vulneração de direitos, demonstram uma clara limitação aos direitos fundamentais dos cidadãos com deficiência.

Não se quer discutir a generalidade do universo das pessoas com deficiência no Brasil, todavia, as situações verificadas demonstram claramente uma desigualdade que não pode ser suportada pelo sistema constitucional vigente. Neste sentido, importa ao nosso trabalho verificar como atingir a igualdade de status entre cidadãos sem deficiência e cidadãos com deficiência, resultando em um arranjo institucional que permita aliar a Constituição e a realidade material das pessoas com deficiência. Assim, entendemos que o princípio da igualdade de status de François Dubet (2015, p. 17-18) é imprescindível

para afirmação da pesquisa que ora se desenha:

O princípio da igualdade de status procurou não só limitar as desigualdades sociais, mas também retomar as palavras de Castel e a construir uma sociedade (salarial) na qual as posições ocupadas pelos menos favorecidos estão protegidas por um determinado número de direitos sociais.

A releitura feita por Dubet importa ao nosso trabalho porque levanta questões de quantidade mínima de direitos para se atingir a igualdade entre os cidadãos. Não se quer discutir a sociedade capitalista ou o modo de produção, e nem se o sistema político é liberal ou não. O que se discute é que ambos os cidadãos devem ser levados a uma linha igualitária de direitos, não se querendo reproduzir teses políticas, contudo, trabalhando a redistribuição dos direitos fundamentais.

A existência do estado de vácuo que aqui defendemos com veemência, demonstra a existência de contratos sociais - assumidos por terceiros - para indivíduos que não podem, por questões de ausência de equidade, optar pelos seus destinos.

A bem da verdade, a sociedade e o Estado, em um grande pacto social, assumiram um contrato no qual se permite a exclusão das patologias indesejadas, ou melhor dizendo, a institucionalização dos deficientes.

Tais fatos se mostram alinhados ao retrocesso dos direitos conquistados internacionalmente pelas pessoas com deficiência, pois reconduzem a afirmação do modelo médico da deficiência, associado ao modelo da prescindência. São elementos sociológicos que o Direito não pode deixar de levar em consideração, haja vista que as retiradas de direitos fundamentais destas pessoas deficientes são reafirmadas pelos conceitos que afirmam a desigualdade. Dubet (2015, p. 36) explica:

Tudo isso ocorre como se as sociedades escolhessem entre dois grandes instrumentos do contrato social. Ou elas protegem uma grande parte da população e limitam as desigualdades, excluindo aqueles que não podem entrar no sistema, ou elas abrem suas portas a todos, mas a custa de grandes desigualdades.

A rejeição da igualdade feita pelo Estado, e com anuência da sociedade pelas pessoas com deficiência institucionalizadas, remonta à ausência do princípio básico de igualdade no Estado Democrático Brasileiro. Parece incoerência afirmar que na democracia não haja igualdade, todavia, o que se justifica aqui é que não se busca uma igualdade de renda ou de riquezas, mas uma igualdade pautada em liberdades constitucionais básicas. Kymlicka (2015, p. 04) identifica referida situação:

So the abstract idea of equality can be interpreted in various ways, without necessarily favouring equality in any particular area, be it income, wealth, opportunities, or liberties. It is a matter of debate between these theories which specific kind of equality is required by the more abstract idea of treating people as equals. Not every political theory ever invented is egalitarian in this broad sense. But if a theory claimed that some people were not entitled to equal consideration from the government, if it claimed that certain kinds of people just do not matter as much as others, then most people in the modern world would reject that theory immediately.⁶

Não há nenhum estabelecimento de princípios de igualdade que permitam verificar a possibilidade de inclusão das pessoas com deficiência, analisadas pelo relatório internacional. Fica nítido que a ausência de políticas públicas que garantam a dignidade dessas pessoas distanciam o governo do cidadão e que o encarceramento pela patologia, algo que está detidamente demonstrado, clarifica a inexistência de linearidade na distribuição de bens sociais.

Evidenciamos que, nesse estado de vácuo que ora se apresenta, o cerne do problema está na justiça social, que apesar de previsto na Constituição Federal, não encontra substrato fático na realidade da vida daqueles deficientes. Ora, então o não cumprimento de prerrogativas constitucionais pré estabelecidas dentro do Estado, confirma que esta sequer tem eficácia, como aponta Hesse (1991, p. 06-07):

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.

A constatação levantada por Hesse e aplicada aos estudos levantados nesta tese, permite a seguinte indagação: pode o Estado limitar a dignidade de certos indivíduos em prol de qualquer limite que se apresente como obstáculo à concretização daqueles direitos? A resposta sera sempre negativa, contudo, resta ao Estado estabelecer critérios de igualdade de status que necessariamente passam pela igualdade de oportunidades,

⁶ Assim a ideia abstrata de igualdade pode ser interpretada de várias maneiras, sem necessariamente favorecer a igualdade em uma área específica, como renda, riqueza, oportunidade ou liberdade. É uma questão de debate entre essas teorias que mostram um tipo específico de igualdade, para que haja uma ideia abstrata de tratamento igual. Nem toda a teoria política é igualitária em sentido amplo, mas se uma teoria afirmar que algumas pessoas não tenham direitos e considerações iguais pelo governo, alegando que certos tipos de pessoas não importam tanto quanto as outras, esta teoria seria amplamente rejeitada num mundo moderno. (tradução livre do autor)

como definido por Dubet (2011, p. 175):

A igualdade de oportunidades muda profundamente as representações da sociedade. As classes sociais são substituídas por grupos que passam a ser definidos com base nas discriminações que sofrem em razão de sua “raça”, de sua cultura, de seu sexo e de seus “handcaps”. Como esses estigmas são negativos, cada um dos atores que denuncia as discriminações afirma simultaneamente uma exigência de reconhecimento que transforma assim o estigma em características positivas, traços culturais e sociais que fundam a diversidade da sociedade. A representação da sociedade também muda completamente quando as minorias substituem as classes sociais.”

O reconhecimento de minorias como classes sociais facilita a implementação de uma agenda de desenvolvimento específica para determinada minoria.

No presente estudo, vemos duas classes do mesmo grupo coletivo: as pessoas com deficiências não institucionalizadas e as institucionalizadas. Isso pois, ao mesmo tempo que um portador de paralisia cerebral escreve esta tese, outro portador da mesma patologia pode se encontrar amarrado a alguma cama em alguma instituição do país.

Evidentemente, há uma subalternidade entre as classes de pessoas com deficiência, visualizando as minorias como classes sociais. Compreendendo neste ponto a classe das pessoas com deficiência, fica mais fácil enxergar a distância entre a inclusão social do deficiente e a exclusão social da mesma classe de pessoas quando estas estão dentro de instituições.

As condições de não linearidade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência internadas evidenciam uma confusão da normatividade constitucional, pois, coloca a mesma classe de pessoas em situações políticas divergentes.

Neste ponto, “a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas” (HESSE, 1991, p. 05).

O que se está discutindo e afirmando é que a existência de instituições demonstram nitidamente que o Estado não promove igualdade de oportunidades, tão pouco igualdade de status. Também, que os seus programas de inclusão são paliativos na medida em que não atendem à conformação da norma constitucional, denotando que a norma, por si só, carece de força normativa. Para Hesse (1991, p. 05) “a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.

A ausência de força normativa apresenta ao Brasil uma situação jurídica

lastimável, pois, o Estado que ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, por meio do Decreto Legislativo 186/08, nos moldes do artigo 5º § 3º da Constituição Federal, da qual emanou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, onde em seu artigo 10º o Estado chama para si a responsabilidade de garantir a dignidade da pessoa com deficiência, contudo, a realidade demonstra a ausência de força normativa do referido artigo.

A inconformidade entre os padrões constitucionais e a realidade leva à conclusão de que o próprio Estado promove obstáculos para desigualdade, criando óbices de fruição dos direitos fundamentais ou, consoante Dubet (2011, p. 174) “as desigualdades sociais são tidas menos como desigualdades de posições e mais como um conjunto de obstáculos que se opõem ao estabelecimento de uma competição equitativa”.

A visualização das minorias como classes sociais, e da deficiência como um grupo que - em parte - vive em condição de subalternidade, enfatiza que a falta de planejamento estatal, alinhado à ausência de força normativa da Constituição, promove a opressão de corpo, assim como promovia no Hospital Colônia em Barbacena MG.

1.4.2 A ausência de direitos fundamentais em casas asilares para pessoas com deficiência no Brasil

Para podermos adentrar ao centro do estudo, já identificado às situações de asilamento, nos cabe definir exatamente o recorte epistemológico da pesquisa.

À primeira vista, temos que considerar que a presente pesquisa não se refere à inclusão da pessoa com deficiência no Estado Brasileiro de um modo geral, e sim, à concessão de direitos fundamentais às pessoas com deficiência que vivem em instituições de asilamento, e como desinstitucionalizar estas pessoas.

O grupo de pessoas com deficiência estudadas no presente relatório se resume à aproximadamente 10.065 pessoas que vivem em instituições que no Brasil, segundo dados da Secretaria Nacional de Assistência Social, expostos no relatório internacional da Ong Human Rights Watch, conforme transcrevemos:

De acordo com dados oficiais de 2016 da Secretaria Nacional de Assistência Social, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Social, existem aproximadamente 5.078 crianças com deficiência vivendo em instituições de acolhimento. No entanto, existem falhas na coleta de dados do Brasil sobre crianças que vivem em instituições e esses números possivelmente não refletem a realidade.³ Em dezembro

de 2016, 5.037 adultos com deficiência se encontravam em instituições e residências inclusivas para pessoas com deficiência. (HRW. 2018, p. 15)

Delimitado o grupo de deficientes estudado, torna de suma importância adotar a definição adequada de direitos fundamentais que conformará todo nosso trabalho, bem como a análise deste conceito face às observações apontadas pela Ong Internacional.

Limitamos o nosso estudo em direitos fundamentais positivos, contudo, deve-se primeiro 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. 125).

Focalizaremos o estudo em direitos fundamentais positivos, cuja conformação à realidade está adstrita a uma prestação positiva por parte do Estado. Nas palavras de Dimoulis (2009, p. 125), podem ser definidos como:

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 [...].

Estudar os direitos fundamentais positivos, no caso do asilamento de deficientes, justifica-se pelas próprias condições apontadas no relatório da Human Rights Watch, que apontou “em várias instituições, a Human Rights Watch documentou abusos, incluindo maus-tratos, negligência, uso de restrições para controlar ou punir os residentes, sedação, bem como condições desumanas e degradantes” (HRW, 2018, p. 19).

As consequências analisadas, sob a ótica dos direitos fundamentais, evidenciam que os indivíduos institucionalizados não são titulares de direitos públicos subjetivos a serem exercidos contra o Estado.

O cidadão que não pode titularizar seus direitos, com o fim de preservar sua dignidade, não é um cidadão por excelência, pois, além de ter seus direitos confiscados pelo Estado, haja vista estarem institucionalizados, não têm o devido acesso à justiça para reclamar tais direitos.

Não se mostra pretensioso afirmar que as instituições brasileiras de asilamento para deficientes são verdadeiras “Guantánamos” dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

A prisão americana de Guantánamo não é americana, pois, mesmo os Estados Unidos reconhecendo a jurisdição, não reconhecem a soberania, julgando impossível

reconhecer qualquer petição oriunda dos presos de Guantánamo. A referida prisão representa real estado de exceção, aonde seus presos não têm hipótese de recurso para qualquer Corte, ficando presos indefinidamente.

Nesse ínterim, Damin (2012, p. 82) explica:

Os detentos de Guantánamo foram capturados fora do território norte americano (Afeganistão) e enviados para um local igualmente fora da jurisdição do país (Guantánamo), o que, por automatismo indicaria que habeas corpus não seria aplicável aos prisioneiros da Baía.

A única diferença de Guantánamo para as instituições brasileiras é que, aqui em *terrae brasilis*, não prendemos terroristas, entretanto, institucionalizamos deficientes por toda vida.

Criando um verdadeiro estado de vácuo Constitucional, ou um *black hole legal*, que nas palavras de Damin (2012, p. 81), citado por Moreno (2005, p. 04) e Fletcher (2004, p. 122), explica:

Moreno (2005, p. 4) classificou os campos de detenção de Guantánamo como “espaços de exceções”, ou seja, “zonas em que os regulamentos normais de um Estado não se aplicam e não são aplicados em sua totalidade, lugares em que a exceção aparece como a norma”. Em terminologia semelhante, Fletcher (2004, p. 122) destaca que Guantánamo era até então considerada um *black hole legal*, “[...] um lugar onde indivíduos são enviados por ordem militar ou executiva sem qualquer forma de julgamento ou audiência por um tribunal competente”.

Evidenciado o estado de vácuo que se encontram as pessoas com deficiência em asilamento no Brasil, algumas perguntas se fazem necessárias para o desenvolvimento adequado da pesquisa ora elaborada, sendo elas: como o Estado (Executivo, Legislativo, Judiciário) garantirá os direitos fundamentais do grupo de pessoas com deficiências ora estudado? A existência do estado de vácuo configura um estado de coisas inconstitucional? Como o Executivo definirá políticas públicas de real inclusão dos deficientes em condições de asilamento, e como se fiscalizará a implementação de tais políticas? As respostas a essas indagações serão objeto de estudo detalhado no capítulo que se inicia.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS, GOVERNABILIDADE E INCLUSÃO

O presente capítulo se ocupará em analisar as políticas públicas de inclusão, os custos dos direitos das pessoas com deficiência, as políticas públicas para desinstitucionalização de deficientes, bem como análise orçamentária do Programa Federal Viver sem Limites e sua aplicação na realidade das pessoas com deficiência nos últimos anos.

2.1 Análise jurídica das políticas públicas

A constitucionalização de direitos ocorrida em 1988, com a amplitude dada ao catálogo de direitos fundamentais já existentes nas antigas constituições, demonstra a necessidade de se reinventar o contrato social, de modo que pelo sistema democrático os cidadãos possam gozar de uma ampla gama de direitos que conduzam ao bem comum, como por exemplo a saúde, a educação, o trabalho, entre outros.

Surge então uma demanda estatal para produção e concessão dos direitos previamente estabelecidos na Carta Constitucional de 1988, dado que o “Estado é a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (BUCCI, 2013, p. 50). A ampliação de direitos, que ocorre com a Constituição Federal de 1988, instala no Brasil, ainda que tardiamente, o estado de bem-estar social, conflitando a noção clássica da tripartição de poderes.

A existência de normas programáticas que demandam uma atividade do Poder Executivo acionou a legitimidade democrática para que haja um controle da implantação de direitos no cenário social brasileiro. Posto isso, a revisão judicial de atos e normas, bem como de programas, tornou-se corriqueiro no ordenamento jurídico, como leciona Comparato (1998, p. 39):

Com a generalizada aceitação do princípio da revisão judicial das leis e dos atos do Poder Público à luz da Constituição, nele incluído o juízo de inconstitucionalidade por omissão, teve-se a impressão de que o longo caminho conducente ao chamado Estado de Direito chegara enfim, neste limiar do século XXI, ao término de sua evolução histórica. O que restaria fazer, doravante, era simplesmente apurar o mecanismo processual, de modo a tornar mais rápido, firme e democrático o controle permanente da supremacia da Constituição, no quadro hierárquico do ordenamento jurídico estatal, sem que se alterasse, minimamente, o objeto desse escrutínio judicial.

Esta mudança paradigmática do Direito trouxe implicações sociais importantes, as quais não permitem a existência de certas situações jurídicas que violem padrões constitucionais e/ou direitos fundamentais inerentes à dignidade humana. É o caso das pessoas com deficiências relatado pelo relatório internacional da ONG Human Rights Watch. Todavia, os deficientes asilados não têm o domínio democrático dos controles e das normas constitucionais, nem dos programas governamentais que garantam a reinserção destes deficientes no seio social.

A formação de uma teoria jurídica das políticas públicas demonstra uma preocupação muito além da efetividade jurídica de normas, e abandona o positivismo que fica centrado na aplicação escoreta da lei, apesar de não visualizar a aplicação social do que decide.

Uma teoria jurídica das políticas públicas vai muito além da prescrição de normas. Por seu turno, essa teoria afirma a norma e sua aplicabilidade na sociedade, compelindo o jurista a começar se preocupar com questões de justiça e distribuição de igualdade na sociedade. Assim, Bucci (2013, p. 245), afirma:

Quando o olhar do jurista se desloca do fenômeno do direito posto em que foi enclausurado pelo positivismo, em seu esforço de desprender aquilo que considerava o aspecto intrinsecamente jurídico do direito – as normas – das pessoas políticas, sociais, além da moral e da própria justiça, e pretende ocupar-se do processo de criação e formação do direito, percebe que são pobres as categorias tanto para análise, como para construção das normas e arranjos institucionais, especialmente no campo da teoria geral do direito, que auxilie a compreensão sobre como se dá o encontro entre o direito e a política no processo de elaboração das normas, legislativas, administrativas e até mesmo judiciais ou quase judiciais, como é o caso das decisões das cortes de contas, entre outras.

A constitucionalização dos direitos deixa claro que o julgador não está adstrito à simples aplicação de normas, mas sim, o está ao controle de sua efetividade social. Pode-se afirmar, com absoluta certeza, que esse conflito de poderes impõe ao Judiciário a tarefa de revisão e fiscalização do poder de ação, que é o Poder Executivo (COMPARATO, 1998, p. 41).

Em um evidente esclarecimento, o juiz constitucional se torna agente de transformação no processo jurídico institucional, vinculado à aspiração constitucional que se constitui numa verdadeira redistribuição de direitos. Como corolário do novo estado social que se anuncia “a redistribuição moderna é construída em torno de uma lógica de direito e um princípio de igualdade de acesso a certo número de bens julgados fundamentais” (PIKETTY, 2015, p. 467).

Em uma lógica de redistribuição moderna de direitos, a política pública aparece como mediadora da igualdade entre a lei e a realidade social. A bem da verdade, as questões que surgem após a Constituição de 1988 demandam uma ação permanente do Poder Executivo para corresponder à demanda legislativa já prescrita em normas, cabendo ao Judiciário e ao povo, como função estrita da democracia, o controle da execução e da efetividade dos direitos.

Por isso, a teoria da política pública compreende que “não há necessidade de que o Poder Legislativo esteja sempre em funcionamento; ao contrário do Executivo, que é um poder naturalmente sempre em ação” (COMPARATO, 1998, p. 41).

Na definição da política pública, compreendendo essa atividade incessante do Poder Executivo que corresponde às aspirações já ditas de um Poder Legislativo, pode-se utilizar como conceito de política pública à ação de um governo determinadas para implementar programas que defendem metas para uma sociedade, como bem define Cavalcanti (2007, p. 26):

Ainda que sem pretender uma formulação original, e tendo por base as várias definições apresentadas, é possível propor uma síntese dizendo que política pública é um curso de ação ou inação, escolhido por autoridades públicas para focalizar um problema, que é expressada no corpo das leis, regulamentos, decisões e ações de governo. A política pública está relacionada com as intenções que determinam as ações de um governo; com o que o governo escolhe fazer ou não fazer; com as decisões que têm como objetivo implementar programas para alcançar metas em uma determinada sociedade; com a luta de interesses entre o governo e sociedade; ou ainda, com atividades de governo, desenvolvidas por agentes públicos ou não, que têm uma influência na vida de cidadãos.

A política pública, então, é um rearranjo institucional que permite atingir a igualdade de direito por meio da ação do Poder Executivo. No caso das pessoas com deficiências asiladas e identificadas pelo relatório internacional, de plano, é clara a verificação de que a Constituição Federal não redistribuiu direitos para os deficientes asilados. Questões como tortura, medicação não prescrita, camisas de força, evidenciam a ausência da redistribuição de direitos a um determinado grupo específico situado dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Contudo, a redistribuição de direitos não se importa em afirmar pela colocação igualitária de cidadãos em um mesmo patamar, mas “ela consiste em um financiamento dos serviços públicos e das rendas de substituição de forma mais ou menos igualitária para todos, especialmente nos domínios da educação, da saúde e das aposentadorias”

(PIKETTY, 2015, p. 466-467).

Hoje, o alcance dos direitos fundamentais no Estado Brasileiro é mediado pela teoria da política pública, sendo esta responsável por concretizar a norma legislativa, consoante Carvalhães (2019, p. 54):

Por outro lado, a política pública, por possuir objetivos determinados, atua de forma complementar no sentido de preencher os espaços normativos e concretizar as regras e os princípios.

A ausência de políticas públicas e reinserção social dessas pessoas que são asiladas redesenham a intervenção estatal que ficam às “avessas”, pois legitimam a institucionalização e a ausência de direitos fundamentais pelos próprios órgãos estatais. A gravidade do problema é maximizada, tendo em vista que o Estado reconhece, por meio de seus atores constitucionais, a existência da referida situação, como bem aponta o relatório internacional da HRW (2018, p. 42):

Funcionários de diferentes instituições, residentes e especialistas disseram à Human Rights Watch que crianças com deficiência que não podem ser assistidas por suas famílias são frequentemente institucionalizadas por períodos prolongados. Crianças com deficiência permanecem em instituições de acolhimento por mais tempo que outras crianças e, muitas vezes, permanecem nas instituições quando adultos – às vezes por toda a vida. Alguns funcionários das instituições visitadas relataram à Human Rights Watch que as crianças frequentemente perdem contato com suas famílias. Como contou à Human Rights Watch a diretora de uma instituição para adultos com deficiência em São Paulo, as pessoas que vivem em instituições “ficam até morrer”. Alguns diretores de instituições relataram à Human Rights Watch que, uma vez dentro, poucos residentes deixam a instituição. Um inquérito civil do Ministério Público do Estado de São Paulo sobre as condições de 16 instituições na capital confirma que poucas pessoas deixam as instituições de acolhimento. Nos últimos 10 anos, pouco mais de 500 pessoas teriam deixado as 16 instituições analisadas, metade devido à morte; 77 transferidas para outras instituições. No restante dos casos, as crianças foram adotadas, ou adultos e crianças voltaram para suas famílias.

Da leitura, extrai-se que, apesar de o Ministério Público do Estado de São Paulo ter aberto um inquérito civil sobre a situação das pessoas com deficiência em asilamento, pode-se reconhecer, pelo próprio relatório internacional, que as condições não foram alteradas. Isso pois, ainda existem pessoas institucionalizadas e que estão sendo privadas de direitos fundamentais por conta da patologia física, mental e/ou sensorial, do qual o Estado, em seus três níveis federativos, não apresenta propostas de ação (políticas públicas) para sanar tal situação.

O núcleo central da teoria jurídica das políticas públicas se encontra diretamente alinhado com a executividade dos direitos constitucionais propostos pelo Estado. A política pública nada mais é que meio de afirmação da dignidade humana.

Nesse diapasão, Carvalhães (2019, p. 55) orienta seu estudo afirmando:

As políticas públicas são instrumentos capazes de proporcionar, mediante à ação conjunta dos poderes públicos, a efetivação de direitos fundamentais sociais, conferindo aos cidadãos as condições necessárias para usufruírem a real liberdade e a igualdade material e, tão logo, a dignidade humana.

Devemos entender que a política pública, por ser ação conjunta, demanda esforços mediatos e imediatos dos três poderes estatais, ainda que esteja consolidada a ideia de que o Poder Executivo é o único poder que está sempre em ação. Esta ação é coordenada pela prescrição dada pelo Poder Legislativo, por meio de leis ordinárias, normas constitucionais e infraconstitucionais, decretos e regulamentações diversas.

Neste ponto, temos que afirmar que a atuação do Poder Legislativo não se esgota na compreensão da vontade da comunidade, *per si*, pois, a prescrição só é realizada mediante ação governamental com planejamento, sendo a materialização do Direito reduzida a uma política pública de efetividade dos ditames aprovados pelo parlamento.

A conjuntura que aqui se desenha não quer afirmar que toda a norma demanda uma política pública, mas sim, que toda a norma que é referente a direitos fundamentais e tocam sensivelmente a questão da dignidade humana individual e coletiva, demanda uma ação nos moldes de uma política pública.

O Legislativo não se esgota na produção de normas relativas a direitos fundamentais, porém, é esgotado quando os demais poderes não garantem a efetividade de normas, como o Executivo deixando de exercer atividade e o Judiciário deixando de exercer fiscalização.

Ainda que se discuta o excesso da intervenção estatal em pleno século XXI, é importante afirmar, dentro do contexto democrático, a competência exclusiva do poder legislativo de preservar os membros de sua comunidade, conforme salienta Comparato (1998, p. 41):

Ora, se o Poder Legislativo tem a competência exclusiva de determinar de que maneira a força da comunidade deve ser empregada, a fim de preservar a comunidade como um todo e cada de seus membros individualmente; a verdade é que essa tarefa, ao contrário da função executiva, não precisa ser exercida de modo contínuo, nem demanda, em cada ocasião, muito tempo de exercício.

Essa divisão de poderes dentro do Estado, na forma estabelecida por Montesquieu, não pode ser banalizada, a fim de proclamar que o problema das pessoas com deficiência em condição de asilamento é exclusivo do Poder Executivo e que este não propõe políticas públicas de reinserção ou desinstitucionalização.

A concepção de Estado, em uma teoria jurídica das políticas públicas é ampliada, não sendo o Estado apenas o Poder Executivo. Comparato (1998, p. 44) esclarece a referida distinção:

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.

A confusão estabelecida por muitos entre o que é Estado e de qual ente é a responsabilidade para dismantelar as estruturas de desigualdade social, prejudica as condições de efetividade de normas. O grande problema de o Direito conversar com a teoria das políticas públicas é exatamente largar o positivismo e pensar em uma ordem transformativa da realidade.

Tais elementares demandam um modo de operação do Direito que conduzem à desigualdade social. Bucci (2013, p. 248), referindo-se a essa dificuldade, afirma:

Um problema peculiar entre nós, talvez o primeiro deles, é da inefetividade de normas, como parte de um modo próprio da formação do direito, que enfraquece iniciativas de transformação das estruturas desiguais da sociedade.

A maximização do Estado não significa afirmar um aumento da intervenção estatal na vida do cidadão, mas sim, uma redefinição do contrato social assumido e a consequência de um progresso histórico com a formação do estado social, como bem ensina Piketty (2015, p. 469):

A redistribuição moderna e, em especial, o Estado social estabelecido nos países ricos ao longo do século XX foram construídos em torno de um conjunto de direitos sociais fundamentais: O direito a educação, a saúde e a aposentadoria. Quaisquer que sejam as limitações e os

desafios que esses sistemas de arrecadação e de despesas enfrentam hoje, eles representam um imenso progresso histórico.

Importa estabelecer que, a concessão de direitos fundamentais demanda custos, os quais são absorvidos pelo ente federativo estatal aqui em oposição aos poderes estatais. Contudo, é de salientar que a ADPF 45, no ano de 2004, já rechaçou a hipótese da cláusula de reserva do possível. Isso implica dizer que o custo estatal de cada deficiente que saia da institucionalização permanente não pode ser óbice para reinserção social.

O progresso histórico do Estado social é consequência das normativas assumidas dentro do cenário nacional e no cenário internacional. A própria globalização impõe a redução da desigualdade e a plena inclusão da diferença no seio social; sociedades multiculturais hoje são realidades em todo o mundo, dado o fluxo migratório constante que a globalização permitiu e, em nenhum país ocidentalizado, é permitida a negação de direitos fundamentais básicos a qualquer tipo de população.

Os direitos fundamentais são a estrutura básica da cidadania, que é exercida através de políticas públicas que efetivam tais direitos para as minorias que estão à margem da sociedade.

Neste ponto, podemos afirmar que há a existência de políticas públicas que são diretamente relacionadas com a noção de democracia e participação social, sempre lembrando que “a cidadania é a base da participação política do Estado de direito, através do exercício dos direitos fundamentais” (SMANIO, 2013, p. 12).

A própria noção de direitos fundamentais dentro do Estado Social está ínsita à inclusão social da minoria, que no caso dos deficientes asilados, a ausência de políticas públicas condicionam a não-cidadania desses cidadãos e, por consequência lógica, a retirada da noção política desses seres humanos.

A efetividade constitucional pode ser medida, então, pelo alcance das políticas públicas pré-definidas para um grupo específico, por isso, “ as Políticas Públicas têm sua legitimidade e eficiência ao garantir a efetivação da cidadania no Estado Constitucional. ” (SMANIO. 2013, p. 12).

A existência de direitos fundamentais prescritos por normas constitucionais de vinculação imediata, demandam ações positivas fáticas por parte do Estado, que garante prestações materiais, por meio da prestação normativa. O fundamento basilar de uma teoria jurídica das políticas públicas pode ser encontrado nos dizeres de Alexy (2012, p. 201-202):

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. [...] Quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito as prestações fáticas que, em sua essência poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como direitos a prestações em sentido estrito.

As ponderações do professor alemão trazem para o bojo do estudo constitucional a questão da atividade estatal como fio condutor da efetividade de normas. A teoria da política pública combina a efetividade de normas com o rearranjo institucional do Estado e o custo orçamentário dos direitos fundamentais. Em verdade, não se pode discutir as prestações fáticas sem visualizar o custo dessas prestações para a sociedade em geral, entendendo, neste caso, que a sociedade também integra o conceito de público.

A necessidade das prestações fáticas para que a dignidade da pessoa humana seja promovida em uma extensão ampla retoma as discussões acerca do debate inerente ao Estado de Bem Estar Social e ao Estado Constitucional de Direitos. Dadas tais elementares, bem como a necessidade de uma demanda orçamentária para concretização dos direitos fundamentais, surge a figura do Estado devedor e de um direito a crédito, como bem pontua Herrera (2007, p. 389):

A noção de direitos-crédito, “pelos quais o indivíduo pode exigir do Estado prestações positivas” reenvia à idéia de um “Estado devedor” destas prestações. Mas se torna difícil conceber esta categoria, dada a ausência de sanção em caso de descumprimento da obrigação, ou, para dizer de outro modo, o caráter não jurídico de tal “obrigação”.

Para que haja a formação do Estado Social e o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais, permitindo a exigência dos créditos outorgados aos indivíduos pela própria legislação constitucional, faz-se necessário uma redistribuição de bens. Referida redistribuição está intrinsicamente ligada à produção e efetivação de políticas públicas. Por isso, Duarte (2013, p. 16-17), explica:

Está, aí, forte preocupação com uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens socialmente produzidos, com a meta da redução das desigualdades e realização da justiça social. O Estado assume a tarefa de proporcionar prestações necessárias e serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, por meio da realização de fins materiais.

A inexistência de uma política pública que retire do asilamento as pessoas com deficiência fere a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, assumida pelo Brasil perante a ONU e ratificada pelo Decreto Legislativo 186/08.

Diante das constatações relatadas pelo relatório internacional que ora se trabalha nesta tese, surgem indagações importantes a serem discutidas a nível de efetividade de direitos. Uma delas é se há um real compromisso do Estado Brasileiro com as normativas internacionais assumidas e com a legislação interna, ou se o Estado apenas assume as normativas para se enquadrar na tônica global da inclusão social.

A única resposta adequada, do ponto de vista constitucionalista, seria a da assunção do compromisso e da responsabilidade. Não obstante, a realidade atual permite confirmar que o Estado assume normativas apenas para se enquadrar em um padrão previamente exigido pelos países signatários das convenções da ONU.

As considerações tecidas acerca dessa situação é bem detalhada pelo próprio relatório internacional, que descreve (HRW, 2018, p. 05):

Embora a legislação brasileira determine que a institucionalização de crianças não deva durar mais do que 18 meses, salvo comprovada necessidade fundamentada por autoridade judicial, muitas crianças com deficiência são colocadas em instituições por períodos muito mais extensos. Na maior parte das instituições visitadas, funcionários contaram à Human Rights Watch que a maioria das crianças tinha pelo menos um dos pais vivos. Muitas crianças com deficiência perdem contato com suas famílias e permanecem segregadas em instituições durante toda a sua vida.

A questão posta em debate é que o Estado, por meio de seus órgãos institucionais, não efetiva os direitos fundamentais de uma parte de sua população deficiente.

Devemos esclarecer que não se está abrindo o debate da efetividade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, mas sim, está se fazendo um recorte epistemológico das pessoas com deficiência asiladas, no qual não há nenhum programa que permita pensar a sua inclusão social. Importa dizer que a política pública de inclusão, em qualquer nível, deve representar ganhos sociais para a população a ser incluída ou, como aponta Duarte (2013, p. 76) “a formulação de uma política pública deve sempre objetivar imprimir racionalidade à ação estatal, de modo a permitir que se atinja o máximo de ação social.”.

A racionalização de recursos e formulação de programas que permitam a plena inclusão social das pessoas com deficiência não deve ser considerada uma utopia dentro da teoria constitucional, mas temos que considerar uma realidade se combinados os elementos da racionalidade orçamentária, políticas de governo e políticas de Estado e uma coesão administrativa para consecução dos objetivos pré-definidos.

Faz se necessário definir a clara divisão entre políticas de governo e políticas de

Estado, sendo a primeira temporária - lançada por um respectivo governo em seu período de legislatura -, e a segunda, a permanência de uma política independente do governo que se encontra na administração pública (BUCCI, 2013, p. 84). A execução de políticas públicas de inclusão deve ser permanente, haja vista que a demanda normativa perpassa as legislaturas governamentais, sendo essas políticas executáveis pela solução de continuidade.

Tecidas tais considerações, elucidaremos no próximo tópico a questão dos custos dos direitos, bem como a racionalidade orçamentária e a administração pública, para melhor estudarmos em tópico seguinte a legislação internacional e nacional da pessoa com deficiência.

2.2 A necessidade de uma reforma administrativa para inclusão no Estado Brasileiro

O surgimento da teoria das políticas públicas, em um momento similar ao da promulgação da Constituição Federal de 1988, dá origem à necessidade de um Estado que responda com efetividade as demandas jurídicas necessárias à concretização da Constituição vigente, alinhado ao regime político escolhido pelo Estado.

Na democracia brasileira, urge a necessidade de acesso aos bens fundamentais constitucionais por todos os indivíduos, “o Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de prover o acesso ao direito fundamental a boa administração pública [...]” (FREITAS, 2011, p. 21).

A demanda por direitos, aliado ao sistema constitucional vigente, obrigatoriamente impendem à reforma estatal, de modo a propiciar a participação social na implementação das políticas públicas que visam a redução das desigualdades. A retomada de um Estado intervencionista surge como resposta ao reconhecimento dos Direitos Sociais, sendo neste Estado que se inserem os fundamentos elementares da distribuição igualitária de bens, ou melhor dizendo, a existência de um mínimo que possa ser entregue a todos os cidadãos.

Por conseguinte, Herrera (2007, p. 386), explica:

A especificidade desta nova configuração do Estado social que constitui o Estado de Bem-Estar reside em sua pretensão de eliminar a idéia de particularidade da necessidade, ligada a uma categoria social determinada, que era parte essencial da primeira matriz do Estado intervencionista.

A necessidade de um grupo coletivo é a nova matriz deste Estado que se cria após a Constituição de 1988, as respostas dadas, em particularidade pela legislação da pessoa com deficiência, como os princípios da autonomia e inclusão esculpidos no artigo 4º do Decreto Legislativo 186/08 e artigo 2º da Lei 1346/15, clarificam a existência de um gerenciamento de Estado que se estende ao cidadão com deficiência, independentemente da natureza da sua patologia.

Veja bem, neste novo Estado de Bem-Estar Social, a compreensão racional da existência de direitos não se coloca em questão na gestão da efetividade destes mesmos direitos. Não interessando se a pessoa com deficiência tem ou não capacidade intelectual para compreender a sua situação como cidadão de direitos, a existência deste novo Estado é formada com objetivos políticos que visam a justiça social, como bem aponta Bresser-Pereira (2010, p. 112):

Os quatro objetivos políticos que surgem com a formação do Estado moderno são a liberdade, a riqueza ou o bem-estar econômico, a justiça social e a proteção da natureza. Esses objetivos, que se somaram ao da segurança, que já caracterizava o Estado antigo, correspondem às quatro ideologias que nasceram com a Revolução Capitalista. Assim, a liberdade individual corresponderá ao liberalismo; a riqueza ou o crescimento econômico, socialismo; e a proteção da natureza, ao ambientalismo. Esses objetivos e as respectivas ideologias são em grande parte reforçadores uns dos outros, mas não são plenamente compatíveis. Por isso, as sociedades democráticas são pragmáticas, vem-nos de maneira moderada ou razoável e podem assim assumir os necessários compromissos que viabilizam sua realização combinada.

A integração da justiça social, como elementar básica dos pilares constitucionais, não pode permitir, em nenhuma hipótese, que no século XXI sejam reprisados os episódios do Holocausto Brasileiro, que ocorreu na cidade de Barbacena MG durante quase todo o século XX. O direito fundamental à boa administração deixa pujante a necessidade de escolhas administrativas que visem a melhor solução de inclusão aos jurisdicionados. Freitas (2011, p. 23), explica:

Em outras palavras: as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadores da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.

A plena responsabilidade do Estado visa garantir aos cidadãos que não haja situações de violação sistemática de direitos fundamentais, como ocorre nas instituições de asilamento para pessoas com deficiência. Entretanto, um dos grandes problemas que

surtem é a ausência de mecanismos de responsabilização estatal pela violação dos direitos fundamentais sociais, “o princípio do Estado Social institui a obrigação do Estado estabelecer uma ordem social justa, o legislador dispõe de uma ampla margem de atuação para o cumprimento dessa obrigação” (HERRERA, 2007, p. 388). Não obstante, há uma ausência de mecanismos de responsabilização pelo não cumprimento da ordem emanada pelo legislador, implicando diretamente no planejamento e na solução de vida dos cidadãos.

A questão da pessoa com deficiência em particular, quando asilada em instituição, reside no fato de que esta não tem meios de prover o *accountability* necessário para preservar seus próprios direitos, demonstrando claramente que a questão da efetividade da norma está diretamente ligada ao modelo de gestão estatal. A demanda por direitos mexeu com a estrutura intervencionista criada pelo Estado, revelando que “o Estado Social implica tornar coletiva ou pública a oferta dos serviços de educação, saúde e previdência social; e tornar coletivo, ao invés de individual, seu consumo” a demanda coletiva da necessidade do atendimento do atendimento aos direitos dos cidadãos, começou a revelar uma ineficiência estatal (BRESSER-PERREIRA, 2010, p. 114),

A concepção burocrática da administração pública foi sendo desmantelada pela necessidade de garantir efetividade aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988, posto que “A administração burocrática já se havia revelado efetiva; tornou-se, entretanto, claro que, na medida em que a dimensão dos serviços sociais do Estado aumentava, a efetividade não era suficiente” (BRESSER-PERREIRA, 2010, p. 114).

A demanda por políticas públicas, por programas efetivos de Estado que consiga conferir dignidade aos cidadãos, demonstrou que um Estado estritamente técnico não é capaz de resolver problemas de efetividade constitucional.

Não devemos descortinar tal problema, haja vista o recorte do presente estudo, pois a administração pública não consegue, mesmo após 30 anos de vigência de Constituição, incluir os deficientes esquecidos em instituições. A grande mudança paradigmática operada pela Constituição de 88 foi transformar o cidadão em cidadão cliente, nesse sentido, Bresser-Pereira (1995, p. 28) já alertava:

O controle do Estado, entretanto, será necessariamente antecedido e complementado pelo controle social direto, derivado do poder dos conselhos de administração constituídos pela sociedade. E o controle do mercado se materializará na cobrança dos serviços. Desta forma a sociedade estará permanente atestando a validade dos serviços

prestados, ao mesmo tempo que se estabelecerá um sistema de parceria ou de co-gestão entre o Estado e a sociedade civil.

A questão que se cinge é que o Estado se tornou devedor aos cidadãos dos compromissos constitucionais assumidos, todavia, há que se indagar: os deficientes internados pelo Estado não são credores deste mesmo Estado? A ausência de recursos estatais para implementação de políticas públicas de inclusão não podem ser argumento para existência de um estado de exceção, onde há tortura e toda sorte de violação de direitos. O Estado Brasileiro afirmou a seguinte resposta à Ong Internacional:

O governo depende quase exclusivamente de instituições privadas para acolher crianças e adultos com deficiência. A maioria dessas instituições, incluindo as que a Human Rights Watch visitou, enfrenta significativas dificuldades financeiras. O Brasil enfrenta uma grave crise econômica que tem levado a reduções e cortes orçamentários, incluindo nos serviços sociais. Algumas instituições possuem convênios com órgãos municipais ou estaduais para seu financiamento; em alguns casos, as autoridades não repassaram recursos em tempo hábil ou interromperam o financiamento de instituições por longos períodos. Em outros casos, há por parte do governo a expectativa que as instituições garantam seu próprio financiamento de forma independente, por meio de doações locais ou estrangeiras (HRW, 2018, p. 06-07).

A insuficiência de recursos tem sido utilizada pelo Estado Brasileiro como motivo para violação de preceitos constitucionais básicos que garantam a dignidade da pessoa humana na sociedade brasileira. A grande questão é que há uma ineficiência da burocracia estatal e da administração pública em prover recursos e gerir programas de implementação de políticas públicas; ineficiência esta que retira os cidadãos da condição violadora de direitos fundamentais.

A ausência da concretização dos direitos estabelecidos no plano constitucional, pela suposta inexistência de recursos, já foi alvo de grande debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal Nas palavras do Ministro Celso Mello ficou evidenciada a omissão estatal quando há o desrespeito ao padrão constitucional estabelecido no Estado:

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade políticojurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (STF, Pleno. ADPF 45/2004, p. 03).

Da leitura do relatório internacional (exposto por esta pesquisa), a busca do entendimento prioritário de porquê uma coletividade de cidadãos, que são afetados por patologias que lhes impõem uma sociologia diferenciada (vide capítulo 1), são tratados a parte dos programas governamentais de inclusão social da pessoa com deficiência. Deste ponto de vista, quando se parte do pressuposto de que o próprio STF já julgou no bojo da ADPF 45/2004, a grande questão da reserva do possível não parece razoável à existência de situações documentadas como a do relatório internacional.

Todavia, é de se ressaltar que existe a situação e mostra-se necessário entender a administração pública e seu engendramento. A fim de caracterizar o porquê dessa situação, o constituinte de 1988 deixou de perceber que o Estado e sua administração seriam alterados com a demanda dos direitos fundamentais encartados na Carta Magna, e o Estado, mesmo 30 anos após a promulgação constitucional, ainda carece de preparo em sua administração pública para atender as demandas dos cidadãos.

Bresser-Pereira (1995, p. 11) já argumentava naquela época sobre a não preparação do Estado para atender as demandas cidadãs:

Os constituintes de 1988, entretanto, não perceberam a crise fiscal, muito menos a crise do aparelho do Estado. Não se deram conta, portanto, que era necessário reconstruir o Estado. Que era preciso recuperar a poupança pública. Que era preciso dotar o Estado de novas formas de intervenção mais leves, em que a competição tivesse um papel mais importante. Que era urgente montar uma administração não apenas profissional, mas também eficiente e orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

A falta desta reconstrução do Estado a que alude o autor, pode ser percebida no próprio relatório internacional, pois, a Constituição Cidadã, entrou no Estado Brasileiro mas não criou mecanismos necessários para ouvir os cidadãos destes Estado, e também reproduziu as técnicas de desenvolvimento estatal que foram herdadas do período militar. O gerencialismo e o burocratismo não permitiram ouvir as necessidades básicas dos cidadãos envolvidos pela Constituição, dificultando - ou melhor dizendo -, impossibilitando o planejamento eficaz para se atingir os objetivos da República esculpido no artigo 3º da CF/88.

O relatório internacional cita o jovem internado, Leonardo Barcellos, pessoa com deficiência física que teve que ir para uma instituição de asilamento por ausência de cuidados básicos e atendimento à família pela rede básica de saúde, conforme aponta o relatório HRW (2018, p. 01):

Leonardo, 25 anos, tem distrofia muscular – uma deficiência que causa fraqueza progressiva e perda de massa muscular. Desde os 15 anos, ele morou em uma instituição de acolhimento para pessoas com deficiência no Brasil. Sua mãe achava que não tinha escolha a não ser colocá-lo lá. “Sofri muito quando Leonardo precisou ser transferido para a instituição..., mas não tive outra escolha. O Estado não me dá nenhum apoio para cuidar dele em casa”, ela disse. Sua esperança era que a instituição pudesse cuidar dele de uma forma que ela não poderia.

A ausência de uma administração pública voltada ao “cidadão cliente” permite retrocessos como este que vimos observando no caso dos deficientes asilados. A questão que propomos, a nível de alteração de administração pública, é a chamada “administração pública societal”, que alinha os conceitos herdados do gerencialismo com a participação democrática inerente à Constituição. Sobre a administração societal, Ana Paula Paes de Paula (2005, p. 11) conceitua:

A origem da vertente da qual deriva a administração pública societal está ligada à tradição mobilizatória brasileira, que alcançou o seu auge na década de 1960, quando a sociedade se organizou pelas reformas no país. Após o golpe de 1964, essas mobilizações retornaram na década de 1970, período no qual a Igreja Católica catalisou a discussão de problemas coletivos nas Comunidades Eclesiais de Base (CEBs), inspirada pelos ideais da teologia da libertação e da educação popular. Promovendo os clubes de mães, os grupos de estudos do Evangelho e os encontros de jovens, as CEBs se consolidaram como um espaço alternativo para a mobilização política ao estimular a participação popular no debate das dificuldades cotidianas, contribuindo para a formação de lideranças populares

Uma administração voltada às demandas sociais deve escutar a população que necessita das referidas demandas. No caso do Leonardo (citado acima), podemos verificar a existência desse abismo entre a necessidade do cidadão, bem como o gerenciamento da administração para atender essas necessidades. Dessa forma, o próprio Leonardo, inserindo-se na sociedade, poderia participar ativamente desta, inclusive de forma econômica.

Referido fato demonstra nitidamente que a lógica estatal, além de ser antiprogressista, prefere encarcerar a patologia do que contribuir para seu desenvolvimento, demonstrando um evidente receio estatal em investir em direitos fundamentais básicos da população com deficiência.

Nesse trilhar, impende o estudo dos custos dos direitos, sob a ótica das ações positivas fáticas realizadas pelo Estado, algo que se faz no tópico adiante.

2.2.1 Análise dos custos dos direitos no Estado Brasileiro

Conforme temos observado, o Estado tem promovido uma lógica monetária quando realiza a violação sistemática dos direitos fundamentais dos deficientes asilados. Algumas indagações se fazem presentes neste estudo, como por exemplo, quanto custa a cidadania? Quanto custa a inclusão social? A resposta a essas perguntas ajudarão definir uma agenda de desinstitucionalização das pessoas com deficiência asiladas.

Implica afirmar que todo direito fundamental demanda um gasto público por parte do Estado, independente destes direitos serem positivos ou negativos. Neste sentido, qualquer direito fundamental gera custos orçamentários, pois, “all rights are claims to an affirmative governmental response” (HOLMES. 1996, p. 30).⁷ Esta resposta estatal demanda questões de dinâmica orçamentária, de modo que, o que pretendemos afirmar é que os deficientes que sofrem violação em sua liberdade e dignidade estão sendo violados, uma vez que não interessa ao Estado gastar para implementar referidos direitos.

A existência do benefício assistencial da prestação continuada para pessoa com deficiência não isenta o Estado de implementar os demais direitos fundamentais aos deficientes encontrados na nossa Carta Magna. Os deficientes asilados, em sua maioria, recebem o benefício (que ficam nas instituições), barateando a cidadania desta população. Esta “trágica economia” permite as situações evidenciadas. Holmes (1996, p. 14) leciona sobre a teoria dos custos:

As a general rule, unfortunate individuals who do not live under a remedy government capable of taxing and delivering an effective have no legal rights. Statelessness spells rightslessness. A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs.⁸

O ponto nodal que se cinge é: a ausência de valores que envolvem a implementação de direitos fundamentais, conforme as considerações já tecidas sobre a doutrina de Hesse, ganha corpo quando olhada sob a ótica da teoria de custos. Pois bem, há algo evidente que separa a práxis constitucional da realidade normativa, Hesse (2002, p. 02) delinea claramente referida situação:

É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do

⁷ Todos os direitos reclamam uma resposta afirmativa do Estado (Tradução livre).

⁸ Como regra geral indivíduos infelizes não vivem sob um governo capaz de fornecer resposta e remédios legais para seus direitos. Apátrida, significa falta de direito. Um direito só existe na realidade, se envolve custos orçamentários. (tradução livre).

Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade se submete à realidade fática.

Os deficientes institucionalizados são verdadeiros apátridas dentro do Estado Brasileiro, contudo, ledo engano comete o Estado em conceitualmente propor economia apenas nos direitos que demandam ação positiva, pois, todo direito fundamental demanda custos orçamentários. Neste sentido, Neto (2012, p. 03) afirma que “isso é perfeitamente possível por se constatar que todos os direitos fundamentais demandam prestações do Estado e comprometem o orçamento”. A pergunta correta seria, então, quanto custa desinstitucionalizar os deficientes? Ou, qual economia é gerada com o encarceramento da patologia?

As duas perguntas, além de serem de difícil mensuração, expõem uma face irresponsável do Estado, que de forma quase que perniciososa, permite a criação da exceção dentro do Estado constitucional. A primeira conclusão é que a irresponsabilidade estatal consiste em propor aos seus cidadãos um plexo de direitos, do qual não há planejamento político para sua concretização.

A teoria das políticas públicas sofre algumas barreiras, pois, há um claro descompasso entre o direito posto e o orçamento para sua concretização. Os custos envolvidos não são planejados e a dignidade humana fica à mercê do orçamento, dado que os direitos custam, como sustenta Holmes (1996, p. 10-11):

To the obvious truth that Rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights [...].⁹

A existência de um financiamento público para a concretização dos direitos fundamentais marca a matriz de uma sociedade justa e igualitária, como preceitua a Constituição Federal. Contudo, também desenvolve a questão da barreira orçamentária como óbice à efetividade das normas constitucionais, mesmo quando do julgamento da ADPF 45/2004.

A cláusula da reserva do possível é utilizada no Brasil como subterfugio para não concretização de planejamentos orçamentários que viabilizariam as políticas públicas de inclusão. Veja bem, o que estamos colocando como cerne da questão é a ausência de

⁹ É uma verdade óbvia que direitos dependem do governo, e por um corolário lógico, direitos custam dinheiro. Não há como proteger direitos sem apoio e financiamento público. Isso vale tanto para os antigos direitos quanto para os novos. (Tradução livre)

planejamento orçamentário frente à necessidade do custo da cidadania, sendo que deficientes podem ficar asilados, pois, custam menos ao Estado, independentemente das condições de dignidade e das normas constitucionais assumidas no plano jurídico nacional e internacional.

As políticas distributivas do país se confundem com assistencialismo, tendo em vista autorizarem a existência do modelo caritativo assumidos pelas instituições de asilamento. Tais instituições propiciam uma sensação de cuidados para com as pessoas com deficiência. Nesse sentido, Galdino (2005, p. 275), explica:

Se o Estado possui deveres assistenciais, deve-se desincumbir deles através de uma gestão eficiente. Neste caso cuida-se da gerência eficiente dos programas assistenciais propriamente ditos. Na verdade, se a redistribuição é uma das funções principais do Estado, o seu exercício, em princípio sinaliza eficiência.

A cláusula de barreira que o Estado cria para manter pessoas internadas ao longo de toda a vida por conta da deficiência, demonstra nitidamente a ineficiência da gerência estatal sobre a inclusão social. Deixando claro que a liberdade de algumas pessoas está condicionada à disponibilidade orçamentária do erário público, de modo a criar subcategorias de direitos fundamentais ou, em uma técnica de sopesamento, permitir a restrição de direitos fundamentais para uma pequena parcela da população. Neto (2012, p. 03) demonstra essa situação:

Deste modo, ainda que os direitos sociais sejam considerados como direitos fundamentais subjetivos (o que, em tese, eliminaria qualquer embargo teórico-jurídico para a sua concretização), a construção do princípio da reserva econômica do possível apresenta-se, no âmbito da teoria dos custos, como o principal óbice à efetividade dos direitos sociais, já que condiciona esta à disponibilidade orçamentária. Na mesma linha, um dos argumentos sempre recorrentes para sustentar a pretensa e perigosa distinção dos direitos civis e políticos (direitos de primeira dimensão) em relação aos econômicos, sociais e culturais (direitos de segunda dimensão) é o suposto caráter de obrigatoriedade negativa dos direitos de defesa que se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais, de modo geral, exigem uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática) que, na maioria dos casos, implicam considerações orçamentárias do erário público.

A doutrina vem sustentando há muito tempo que a baixa efetividade dos direitos fundamentais, ou a baixa densidade dos direitos na sociedade, estariam vinculadas às características de normas programáticas, e então teriam os direitos fundamentais solução

ao longo do tempo. A realidade vai na contramão do que a doutrina afirma, vez que a baixa efetividade não está ligada à tipologia ou à conceituação de normas, mas sim, está ligada à baixa efetividade de custos e investimentos.

Quando o Estado não respeita a inclusão deve-se ter em mente que: ele não investe na inclusão das pessoas com deficiência asiladas; que os programas assistenciais e as políticas públicas de inclusão não chegam a quase 5.500 pessoas; e que, conforme apontou o Relatório Internacional, não há um aporte orçamentário que garanta a inclusão social dessas pessoas na agenda de desenvolvimento do país.

Por mais que o Estado terceirize a responsabilidade para instituições e organizações não governamentais, este não pode se isentar da obrigação fundamental de prover a dignidade dos deficientes, como corolário do artigo 10 da lei 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão).

Fica demonstrado que a ineficiência estatal, novamente condiciona os direitos individuais, por questões meramente monetárias que evidenciam uma desproteção de direitos. Trata-se de uma inversão constitucional daquilo que é o direito posto, premiando a inefetividade por ser esta mais barata do que a implementação dos direitos constitucionais fundamentais na seara tanto individual quanto coletiva.

A questão na qual começamos este tópico é a questão que permanecerá por todo o trabalho, ou seja, quanto custa a inclusão dos deficientes asilados? Demonstrando a necessidade de se responder também por que o Estado escolhe não investir nessas pessoas? À vista disso, Holmes (1996, p. 16) explica sobre as escolhas dos méritos estatais:

Whatever the merits of the “should” in this case, it has little relevance to what “is.” To imagine that American law is or can be untouched by the tradeoffs familiar to public finance can only blind us to the political realities of rights protection. For the cost of rights implies, painfully but realistically, that the political branches, which extract and re-allocate public resources, substantially affect the value, scope, and predictability of our rights. If the government does not invest considerable resources to ensure against police abuse, there will be a great deal of police abuse, whatever the law on the books may say. The amount the community chooses to expend decisively affects the extent to which the fundamental rights of Americans are protected and enforced.¹⁰

¹⁰ Qualquer que seja os méritos, “deveria” nesse caso, este tem pouca relevância para o que é. Imaginar que a lei americana é ou pode ser intocada pelo mecanismo de soluções orçamentárias comuns, tais fatos só podem nos cegar para as realidades políticas que envolvem a proteção de direitos. Pois o custo dos direitos implica, de forma dolorosa, mas realista, que as decisões políticas que realocam recursos públicos afetam de forma substancial o valor, o escopo e a previsibilidade de nossos direitos. Se o Estado não investe recursos consideráveis para evitar o

A aplicação da filosofia constitucional, que envolve a igualdade e desenvolve a inclusão, está estritamente ligada à existência dos custos dos direitos. A própria abstenção estatal gera custos e, no caso dos deficientes asilados, a terceirização da responsabilidade também gera custos que são partilhados por doações e outras formas de arrecadação orçamentária, conforme visto anteriormente no relatório.

A existência de custos não quer reafirmar a necessidade de se fazer reservas aos direitos fundamentais, muito pelo contrário, garante que, na realocação orçamentária, possa-se permitir melhores escolhas públicas, dado que “a aferição dos custos permite trazer maior qualidade as trágicas escolhas públicas em relação aos direitos” (GALDINO, 2005, p. 205).

A análise de custos, bem como análise orçamentária que será feita em tópico seguinte, demonstram que quando há previsão orçamentária para inclusão, não há justificativa que sustente falhas estruturais e ineficiência de políticas públicas. Desse modo, os recursos financeiros devem ser utilizados para o bem comum, respeitando a dotação orçamentária para que foram destinados, como sustenta Ortega (2013, p. 26) “Los recursos financieros, son en cuanto a que si el Estado posee los suficientes, podrá éste proveer un mejor desarrollo e implantar políticas beneficiosas para la comunidad”.

Diante da análise dos custos inerentes à prestação material dos direitos, reconhecendo a necessidade de garantias institucionais para preservação da inclusão social das pessoas com deficiências, resta-nos analisar a execução orçamentária de programas governamentais de inclusão. Para isso, elegemos como meio de verificação o programa do Governo Federal Viver Sem Limites, no qual utilizaremos como abordagem os dados fornecidos pela Controladoria Geral da União, como descrevemos no tópico seguinte.

2.2.2 Análise orçamentária do Programa Federal Viver sem Limites

O plano Viver sem Limites foi instituído pelo Decreto nº 7.612/11, estabelecendo

abuso policial, haverá um alto índice de abuso policial qualquer que seja a lei. A quantia que a comunidade escolhe gastar afeta decisivamente o quanto os direitos fundamentais dos americanos são protegidos e garantidos (Tradução livre).

seus objetivos em seu artigo 1º¹¹ e suas diretrizes no artigo 3º¹². Da leitura dos referidos artigos, nos chama atenção a inexistência de diretrizes expressas que visem a desinstitucionalização das pessoas com deficiências, reforçando o que temos afirmado ao longo deste trabalho de que referidas pessoas não são consideradas cidadãs.

É forçoso concluir que as prestações fáticas de direitos, para serem realizáveis, devam integrar o orçamento público. Assim, todo programa governamental não incluído no orçamento, não tem condições de realização. Isto posto, Xerez (2013, p. 04), explica:

O orçamento público é considerado o instrumento fundamental das finanças públicas e tem como características traduzir os projetos e programas de governo, bem como as políticas financeiras, econômicas e sociais adotadas pelo chefe do Poder Executivo. O orçamento público é considerado o instrumento fundamental das finanças públicas e tem como características traduzir os projetos e programas de governo, bem como as políticas financeiras, econômicas e sociais adotadas pelo chefe do Poder Executivo.

A questão orçamentária envolve a formação de políticas públicas para fruição da cidadania no contexto democrático. Tal quantificação dos direitos é de suma importância para que se exerça um programa de execução de acordo com as demandas constitucionais. Por isso, o orçamento público tem de ser visto “como instrumento da ação governamental capaz de tornar factíveis, ou não, as ações governamentais, a depender do modo como é formalizado” (CÂMARA, 2015, p. 74).

No tocante ao plano Viver sem Limites, houve a formação de uma fonte de

¹¹ Art. 1º Fica instituído o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite, com a finalidade de promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, com status de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

¹² Art. 3º São diretrizes do Plano Viver sem Limite:

- I - garantia de um sistema educacional inclusivo;
- II - garantia de que os equipamentos públicos de educação sejam acessíveis para as pessoas com deficiência, inclusive por meio de transporte adequado;
- III - ampliação da participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, mediante sua capacitação e qualificação profissional;
- IV - ampliação do acesso das pessoas com deficiência às políticas de assistência social e de combate à extrema pobreza;
- V - prevenção das causas de deficiência;
- VI - ampliação e qualificação da rede de atenção à saúde da pessoa com deficiência, em especial os serviços de habilitação e reabilitação;
- VII - ampliação do acesso das pessoas com deficiência à habitação adaptável e com recursos de acessibilidade; e
- VIII - promoção do acesso, do desenvolvimento e da inovação em tecnologia assistiva.

custeio, como pode ser visto no artigo 11¹³ do Decreto nº 7.612/2011. A formação da fonte de custeio do plano federal de inclusão social das pessoas com deficiência insere a questão da deficiência no orçamento público, colocando como base da cidadania o investimento público em inclusão.

Compreende-se que as diretrizes serão alcançadas por meio da estruturação do orçamento, atrelado ao plano de execução e desenvolvimento das diretrizes elencadas.

Quando trabalhamos direitos fundamentais dentro da teoria dos custos, o orçamento público se torna a espinha dorsal para planejamento, consecução e efetivação dos direitos. Nesse sentido, Câmara (2015, p. 74) afirma:

Parte-se da premissa de que o orçamento é um instrumento estruturante da ação governamental, visto que esse instrumento é um filtro de análise da viabilidade de execução das políticas públicas, tanto do ponto de vista econômico quanto político.

A existência de previsão orçamentária deve andar junto com a vontade política para execução dos programas governamentais. O plano Viver sem Limites, que ainda está em execução no cenário nacional, mostrou-se pouco efetivo ao longo dos anos, como pode ser visto em matéria publicada pelo Jornal Folha de São Paulo no mês de setembro de 2018, no texto redigido por Nunes (2018, p. 01):

O Viver Sem Limites tinha metas anunciadas para serem alcançadas até 2014, com previsão orçamentária de R\$ 7,6 bilhões. As ações previstas seriam executadas em conjunto por 15 órgãos do governo federal, sob a coordenação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). O fracasso é evidenciado nos itens acessibilidade e na tecnologia assistiva, assim como na educação e saúde.

Assim como apontado no Relatório Internacional, o Estado Brasileiro tem sérias dificuldades em cumprir as metas preestabelecidas para inclusão da pessoa com deficiência. No caso das pessoas com deficiência asiladas, o plano Viver sem Limites não ultrapassou os muros das instituições, pois, ainda que não haja diretrizes específicas de desinstitucionalização, a saúde e a educação são direitos que devem chegar a todos os

¹³ Art. 11. O Plano Viver sem Limite será custeado por:

I - dotações orçamentárias da União consignadas anualmente nos orçamentos dos órgãos e entidades envolvidos na implementação do Plano, observados os limites de movimentação, de empenho e de pagamento fixados anualmente;

II - recursos oriundos dos órgãos participantes do Plano Viver sem Limite que não estejam consignados nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União; e

III - outras fontes de recursos destinadas por Estados, Distrito Federal, Municípios, ou outras entidades públicas e privadas.

deficientes.

A ineficácia do plano se apresenta em todos os direitos fundamentais, havendo uma negligência estatal permanente quando se trata de cidadãos que possuem algum tipo de deficiência. Desta forma, os deficientes que têm acesso aos direitos fundamentais básicos são uma parcela mínima da população, haja vista que as diretrizes básicas não foram cumpridas pelo plano Viver sem Limites:

Na educação, o plano previa ações como transporte escolar acessível, para viabilizar o acesso dos alunos com deficiência às instituições de ensino; a adequação arquitetônica de escolas públicas e instituições federais de ensino superior, com a intenção de dar condições adequadas de acessibilidade; a implantação de novas salas de recursos multifuncionais e a atualização das já existentes; e a oferta de até 150 mil vagas para pessoas com deficiência em cursos federais de formação profissional e tecnológica. Não obteve êxito, nas escolas públicas e, tampouco as escolas particulares seguem o padrão necessário para o acolhimento das pessoas com deficiência (NUNES, 2018, p. 01).

A ausência de gerenciamento eficaz dos recursos orçamentários feita pelo Estado seleciona as pessoas com deficiências, as quais têm o “super direito” de receberem seus direitos fundamentais dotados de garantias institucionais. Na verdade, as instituições de asilamento, além de garantirem economia ao Estado, funcionam como uma poderosa ferramenta para dar invisibilidade à desigualdade na deficiência.

Tal situação esta empiricamente demonstrada, pois, sendo o ensino inclusivo umas das diretrizes do plano Viver sem Limites, não se alcançou os deficientes institucionalizados, mesmo tendo fonte de custeio para tal, conform o relatório internacional:

Em São Paulo, a Human Rights Watch visitou duas instituições para crianças com deficiência com necessidade de apoio intensivo; nenhuma delas tinha acesso à educação. Em uma instituição para 49 crianças e adultos com deficiências intelectuais e múltiplas em Ceilândia, apenas uma pessoa frequentava uma escola regular, e o restante não frequentava nenhuma escola (HRW, 2018, p. 37).

A falta de ensino inclusivo é replicada em dezenas de instituições pelo Brasil. As crianças são colocadas em ensino especial incompatível com as diretrizes do programa que ora se analisa, desrespeitando também a lei brasileira, como se vê adiante:

Nas instituições visitadas pela Human Rights Watch, apenas frequentam as escolas as crianças que os funcionários consideram possuir algum nível de autonomia. Crianças com deficiência que vivem em instituições gerais ou que não têm deficiência intelectual são

geralmente encaminhadas a escolas regulares nas comunidades locais. Em alguns casos, as crianças que vivem em instituições também frequentam escolas especiais na comunidade, que são exclusivamente para crianças com deficiência, em vez de frequentar escolas regulares para todas as crianças. Algumas instituições oferecem às crianças com deficiência intelectual ou sensorial programas de educação especial dentro da instituição, que não tem status oficial de estabelecimento educacional. As crianças recebem um certificado que não é um diploma oficial e não permite que o indivíduo continue sua educação em outro lugar (HRW, 2018, p. 37-38).

Todas as informações apontam para uma falta de gerenciamento do orçamento destinado à inclusão das pessoas com deficiência. A análise orçamentária do Plano Viver sem Limites, divulgadas pela Controladoria-Geral da União demonstram que, nos anos de 2017, 2018 e 2019, o orçamento projetado para inclusão das pessoas com deficiência não foi investido em sua totalidade, demonstrando uma subutilização do orçamento já empenhado (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020).

A mesma análise aponta que, no ano de 2017, o plano Viver sem Limites teve um gasto de R\$ 605,91 milhões em suas diretrizes de inclusão, perfazendo um total de 0,03% dos gastos públicos gerais da união (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020).

Do total gasto em 2017, podemos verificar que o único investimento não relacionado à área da saúde e assistência social é a quantia de R\$ 2.258.987,39. Tal quantia é destinada à assistência de estudantes do ensino superior, correspondente a 0,37 dos investimentos do programa. O fomento à pesquisa corresponde a 0,06% do programa, em uma quantia de R\$ 384.612,22, demonstrando que há um reforço por parte do Estado na visão biomédica da deficiência (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020).

Os dados de 2017 demonstram que a União investe 0,03% de seus rendimentos em 14,5% de sua população. A situação se mostra mais alarmante em 2018, quando a despesa do programa se reduz a R\$ 65,67 milhões, correspondendo a 0,00% do orçamento geral, de modo que a evolução legislativa não acompanha o investimento estatal, insistindo na manutenção de um estado de vácuo (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020).

A despesa correspondente no ano de 2018 traz uma marca histórica, pois, houve uma mudança no comando do Executivo, com uma linha política tendente a centro/centro direita. É importante salientar que a distribuição de bens sociais está diretamente ligada à situações políticas que tendem a inclusão da participação social como ferramenta de gestão governamental.

Analisando os dados de 2018 é importante reprimir que, quando verificada a

distribuição do orçamento em ações, pode-se constatar que os valores distribuídos (como no caso da assistência ao estudante de ensino superior) foram de R\$ 1.664.398,85, correspondentes a 2,46% do investimento; e o fomento, a pesquisa em desenvolvimento em áreas básicas e estratégias, o valor das despesas foi de R\$ 1.261.806,72, correspondentes a 1,87% do investimento (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020).

Quando se analisam as ações distribuídas pelas entidades e órgãos correspondentes verificamos que entre as 5 (cinco) maiores entidades que receberam recurso do plano estão a Universidade Federal de Santa Catarina, que recebeu R\$ 5.402.482,79, e a Universidade Federal do Espírito Santo, que recebeu R\$ 4.074.095,78. No detalhamento das despesas pode-se ver que grande parte do investimento foi para custear a manutenção de auxiliares para pessoas com deficiência nas próprias Universidades (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020).

Chama atenção da nossa pesquisa a ausência de investimentos em setores de educação básica, bem como o reforço da conceituação médica da deficiência, revestido pela maior parte do investimento em questões assistenciais e de saúde. Todavia, é importante frisar que essas pessoas institucionalizadas não estão abarcadas pelo investimento do Plano Viver sem Limite, pois a estas não são oportunizadas a possibilidade de participação dentre os serviços oferecidos extra instituição. A ausência de investimento direto na inclusão dos deficientes asilados demonstra diretamente a terceirização da responsabilidade estatal, com entidades privadas e do terceiro setor.

Analisando o ano de 2019, para tecermos considerações referente aos 3 (três) anos, podemos concluir que houve uma alteração drástica na agenda governamental de inclusão do Executivo Federal. O Plano Viver sem Limite teve como despesa o valor de R\$ 16,85 milhões de reais, correspondente a 0,00% dos gastos públicos do Governo Federal. Constata-se que a cidadania da pessoa com deficiência ficou mais barata ou menos importante para o Governo Federal, demonstrando o aumento da fragilidade das garantias institucionais dos direitos fundamentais desta população (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020).

Na distribuição por ações, podemos verificar que no ano de 2019 houve uma alteração no investimento realizado dentro das diretrizes do plano ora estudado, sendo que o fomento às ações de graduação, pós-graduação, ensino, pesquisa e extensão tiveram uma despesa no valor de R\$ 10.265.537,39, correspondente a 60,91% do investimento. Já a despesa com assistência ao estudante de ensino superior, teve o valor de R\$

1.032.995,02, correspondente a 6,13% da despesa (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2020).

A tendência do Estado nos últimos 2 anos, com a nova gestão do Executivo sob o comando do Presidente Jair Messias Bolsonaro, demonstra um decréscimo, empiricamente comprovado, nas ações de inclusão da pessoa com deficiência, demonstrando também uma alteração drástica no tipo de investimento, sendo os maiores gastos atuais em fomentos à pesquisa e à tecnologia.

Da análise dos números apresentados, podemos estabelecer uma correlação lógica entre a existência de garantias institucionais dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência e sua debilidade, dada a falta de planejamento estratégico para a execução de referidos direitos fundamentais. Pela ingerência estratégica dos orçamentos atrelados aos planos de inclusão existentes no país, os deficientes pagam com a sua cidadania.

A ausência de planejamento estratégico conduz à falta de educação, de saúde, ao asilamento compulsório, entre outras coisas. O grande problema da desigualdade social no país vem se revelando por falta de planificação estratégica dos direitos fundamentais que surgiram após a Constituição de 1988.

Sobre a técnica da planificação estratégica, Felcman (2013, p. 243), expõe:

La planificación estratégica es una tecnología de gestión basada en el análisis e identificación de la brecha existente entre una situación requerida a futuro y una situación actual, teniendo en cuenta escenario futuros más probables y elaborando políticas, planes y acciones destinados a reducirlas.

A planificação estratégica visualiza a situação futura a partir do direito existente, planejando ações e políticas públicas que levem a sociedade a gozar plenamente de seus direitos constitucionais. Ao contrário do que apresenta o relatório internacional, e também ao contrário do que apresenta os gráficos ora estudados, pode-se verificar que a inclusão social da pessoa com deficiência no país não é um problema apenas jurídico, mas também de alta complexidade gerencial.

Pouco se ouviu das pessoas com deficiência e das famílias dessas pessoas para elaboração de um plano adequado de inclusão social. A bem da verdade, a proposta legislativa das políticas públicas de inclusão e as referidas fontes de custeio não são medidas e/ou avaliadas depois que são postas em prática no cenário brasileiro. A lacuna existente pode ser percebida, empiricamente, quando uma das diretrizes do Plano Viver sem Limites, de 2011, encontra-se atualmente incompleta. Isso pois, a ausência de ensino

inclusivo para pessoas com deficiência no Relatório Internacional, datado de 2018, aponta que, em 7 anos, o Governo Federal não foi capaz de implementar uma das diretrizes básicas de seu programa de inclusão social.

O grande problema neste cenário é a ausência de uma planificação estratégica que atenda os ditames da democracia, a qual deve ser participativa. Nesse sentido, Felcman (2013, p. 244), aponta:

En particular, pondremos ênfasis en la participacion estratégica participativa que, aplicada, en el sector público estatal, especialmente en el ámbito sectorial pretende promover a través de un rol activo del Estado, una vision compartida de todos los actores sociales para obtener como producto final un proyecto coletivo de futuro.

A ausência da participação social no projeto de desenvolvimento das políticas públicas de inclusão geram situações como as apontadas no relatório internacional, tendo em vista haver um aumento do gasto público e, mesmo assim, não resolver questões relativas a implementação de direitos fundamentais esculpido como *clausula pétrea*.

Nessa toada, a discussão central deste trabalho se volta à permanência de pessoas com deficiência em estado de privação de liberdade, tortura, e toda face de ausência de direitos fundamentais sem a oportunidade de retirada das pessoas do estado que se encontram.

Quando defendemos a planificação estratégica dos investimentos de modo participativo o fazemos porque, situações como a de Leonardo (referidas no relatório), poderiam ser resolvidas se houvesse uma atenção básica de saúde e um direcionamento específico à não institucionalização. Só que, para tal evento acontecer, tanto Leonardo quanto sua genitora deveriam participar das estratégias de investimento do Estado em políticas públicas de inclusão.

Não há uma participação da agenda estatal sobre a inclusão da pessoa com deficiência, de modo que a planificação estratégica de modo participativo é o único meio que pode conduzir à transformação do cenário social. Por isso, Felcman (2013, p. 247), argumenta:

La planificación estratégica participativa, en este contexto, se sitúa como una herramienta privilegiada de transformación, baseada em el conocimiento teórico-práctico, capaz de promover el desarrollo de la sociedade a partir de imaginar el futuro y de un conocimiento del presente, sobre un proceso consensuado de transformación de la realidad en el largo plazo.

Não há como estabelecer planos de inclusão sem ouvir as pessoas com deficiência. A gestão participativa, como já fundamentada em capítulo anterior, é o ponto central da planificação estratégica, de forma a permitir que os orçamentos públicos relativos à inclusão possam ser utilizados de maneira ativa e eficiente. Felcman (2013, p. 247) explica a efetividade da participação para a transformação social dentro da planificação estratégica:

A partir de la elaboracion colectiva del plan, se busca estimular la responsabilidad ciudadaria y el involucramiento de la sociedad, apuntalar un proceso de fortalecimiento institucional y la construcción de un Estado flerte y, finalmente, vigorizar la relación entre la sociedade y sus representantes políticos.

A falta da planificação estratégica nas políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência têm levado o Estado a descumprir normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais, com as respectivas sanções de cada violação, objeto de estudo detalhado no tópico seguinte. Temos que considerar que está comprovado a dificuldade estatal na distribuição de recursos, fator que tem obstaculizado a efetiva justiça social.

2.3 Violação de normas de direitos fundamentais das pessoas com deficiência

No Brasil, a pessoa com deficiência recebe um tratamento especial pelo ordenamento jurídico, haja vista ser o país signatário da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, que foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado após a EC 45/2004, que incorporou o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal.

A incorporação da Convenção Internacional deu origem ao Decreto Legislativo 186/08, que abriu caminho para o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15). A incorporação do documento internacional, nos moldes do § 3º, ampliou o bloco de constitucionalidade de direitos das pessoas com deficiências por ter ingressado no ordenamento jurídico nacional com força de emenda constitucional.

O Estado Brasileiro, ao se colocar como signatário de tratados de direitos humanos após a EC 45/2004, permitiu a ampliação do plexo de direitos fundamentais na Constituição de 1988, posto que “ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma

constitucional” (PIOVEZAN, 2010, p. 49).

A proteção constitucional aos direitos humanos ganha contornos ímpares quando o Estado permite a incorporação automática dos referidos tratados internacionais, ampliando, desse modo, as normas constitucionais. De antemão, deve-se considerar que “a Constituição brasileira de 1988 passou a dispensar tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos onde a pessoa humana passa a ocupar posição central” (EMERIQUE, 2008, p. 06). A preocupação central do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, inclusive para atingir os objetivos fundamentais da república. Neste aspecto, importa considerar que as normas do Decreto Legislativo 186/08 são de eficácia imediata, pois se tratam especificamente de direitos fundamentais. Nesta senda é o entendimento de Piovezan (2010, p. 49):

A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referente a direitos e garantias fundamentais que a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

A incorporação dos tratados internacionais por meio do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal possibilita a ampliação dos compromissos do Estado para com a população deficiente, pois “rompe-se com a idéia de soberania absoluta para uma concepção mais flexibilizada, em prol da pessoa humana e da proteção de seus direitos” (EMERIQUE, 2008, p. 14). Importa esclarecer que a ampliação da constitucionalidade coloca o Estado em papel de segurador dos direitos do Decreto Legislativo 186/08 e que evidente desrespeito cometido deve ser apurado tanto pela ordem jurídica nacional, quanto pela ordem jurídica internacional.

É importante considerar que a incorporação de tratados de direitos humanos, nos moldes do artigo 5º § 3º da Constituição Federal, possibilita que o Estado Brasileiro participe de um constitucionalismo regional que é fruto da globalização e do reconhecimento específico de minorias internacionalmente já reconhecidas. Nesse sentido, Piovezan (2010, p. 49-50), identifica e clarifica todo este processo:

Essa conclusão decorre também do processo de globalização que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional – abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade” que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.

Não querendo incorrer em tautologia, é forçoso concluir, *a priori*, a necessidade

das garantias fundamentais para respaldar os direitos ampliados pela Convenção Internacional, tema já tratado em tópico anterior. Por isto se mostra tão relevante e, a nosso ver, crucial, a questão orçamentária do direito, dado que, quando há represamento do orçamento temos que falhas estruturais permanecem na situação das pessoas com deficiência, como as apontadas pelo relatório internacional.

Fatos estes que denotam a incapacidade de sustentar um regime jurídico que contenha uma clausula de abertura, de modo a permitir a ampliação objetiva dos direitos materialmente fundamentais. Todavia, não compete ao Estado administrar a incapacidade de seu regime jurídico, e sim, implantar os compromissos assumidos perante a comunidade internacional.

O que estamos expondo é a responsabilidade do Estado por violação de direitos fundamentais às pessoas com deficiência, direitos esses que foram pelo próprio Estado assumidos, sem contudo ter respaldo de todos os poderes envolvidos para concretização dos direitos fundamentais ampliados. Emerique (2008, p. 16), contribui para este debate:

Por sua vez, considera-se direito materialmente fundamental aquele que é parte integrante da Constituição material, contendo decisões essenciais sobre a estrutura basilar do Estado e da sociedade e que, podem ou não, encontrarem-se disposto no texto constitucional sob a designação de direito fundamental. Assim sendo, a idéia de fundamentalidade material permite: a) a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas com assento na Constituição formal; b) a aplicabilidade de aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais

A garantia da efetividade dos direitos fundamentais, assumidos internacionalmente, demonstram ser uma baliza necessária para a efetividade da democracia aos grupos diretamente afetados pela ampliação do bloco de constitucionalidade.

A existência do Decreto Legislativo, bem como da Lei Brasileira de Inclusão, não define qualquer avanço legal no tratamento das pessoas com deficiências quando acontecem situações como as apontadas pelo relatório internacional, que se agravam ainda mais quando ausente uma atividade responsiva por parte dos órgãos estatais.

É importante afirmar ainda que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a fundamentalidade formal e material dos tratados internacionais quando do julgamento do recurso extraordinário 466.343/SP, do qual pode se extrair a intelecção do eminente Ministro (à época), Cezar Peluso:

Por isso, adiro à posição do grande publicista Paulo Borba Casella, o qual sustenta que a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constituição, é sempre ipso facto materialmente constitucional. E é possível extrair da conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem status de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são material e formalmente constitucionais (STF - RE 466.343, p. 201, Min: Cezar Peluso).

A questão assentada pela jurisprudência atual do STF reconhece a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos aprovados nos moldes do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. O aumento do bloco de constitucionalidade em relação à pessoa com deficiência impõe a necessidade da demanda de políticas públicas, não podendo se cogitar serem essas novas normas programáticas, sob pena de se inverter a axiologia do sistema constitucional.

O caráter imediato, conferido aos direitos fundamentais, demanda uma atividade judicante diferenciada que permita garantir a efetiva tutela constitucional aos direitos fundamentais assumidos pelo Estado.

Para tanto, o Ministro Cesar Peluso continuou a explicar em seu voto vista:

Ou seja, é preciso que a Corte, no curso da história, diante de fatos concretos, vá descobrindo e revelando os direitos humanos que estejam previstos nos tratados internacionais, enquanto objeto da nossa interpretação, e lhes dispense a necessária tutela jurídico-constitucional (STF - RE 466.343, Voto de vista, p. 201, Min: Cezar Peluso).

Ora, se a pessoa com deficiência teve seus direitos fundamentais ampliados, o Estado Brasileiro demonstrou que buscaria uma atividade e atitude responsiva para retirar da marginalidade social as pessoas com deficiência. Chama-nos a atenção a inefetividade do cumprimento da norma internacional, bem como a ingerência da Corte em fiscalizar este cumprimento.

A questão que nos cingimos, evidencia uma falha bilateral tanto do Executivo em não priorizar as políticas públicas, quanto do Judiciário em deixar de dar efetividade naquilo que prescreve a sua jurisprudência. Claramente, há que se considerar a inexistência, por parte do STF, do efeito *non liquet*, haja vista não preservar o entendimento consolidado no acervo jurisprudencial da Corte.

A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, à época do julgamento do RE 466.343/SP, já demonstrava que produziria hiatos, pois, não era possível padronizar a aplicação ou a tutela jurídica adequada a todos os casos demandados

(referentes aos tratados internacionais). O Ministro Gilmar Mendes suscitou referida questão quando proferiu seu voto:

Por outro lado, teríamos de reconhecer que esses tratados passam a integrar o catálogo de normas constitucionais com todas as conseqüências, inclusive no que diz respeito a controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da causa petendi aberta, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade. Portanto, estamos aqui realmente num contexto muito específico e que pode provocar uma grave, gravíssima insegurança jurídica. (STF - RE 466.343, p. 201, Min: Cezar Peluso).

O grande problema aventado é que o Tribunal, ao reconhecer a supra legalidade, deixa de reconhecer que os deficientes asilados não buscam a Corte e, por tal fato, perpetra-se uma inefetividade de direitos fundamentais que culmina nas violações apontadas pelo relatório internacional. Em verdade, é necessário ressaltar que a omissão estatal está diretamente ligada à ingerência do STF em guardar corretamente a Constituição Federal, nos moldes de seu artigo 102.

Quando se fala em violação de direitos por omissão estatal, importa esclarecer que se está falando de grupos vulneráveis ou que, por situações momentâneas, estão sendo vulnerabilizados em sua dignidade. Nesses casos, o Estado deve se responsabilizar por tal violação, quando a ineficiência/inexistência de direitos for resultante do descompromisso estatal com o pré-estabelecido na legislação constitucional, matéria debatida no tópico seguinte.

2.3.1 A responsabilidade civil do estado por omissão

Conforme visto no tópico anterior, as pessoas com deficiência são protegidas em âmbito brasileiro pela legislação nacional e internacional, inclusive nos direitos que compõem o bloco de direitos constitucionais fundamentais. Nessa linha de raciocínio, quando se compara a legislação e a realidade do Relatório Internacional, que ora se estuda, é verificada a omissão do Estado em cumprir os preceitos constitucionais relativos à pessoa com deficiência.

A omissão constitucional deve ser visualizada não apenas por ausência legislativa, mas também por falta de coordenação política que viabilizem a mudança da realidade social do cidadão. Campos (2016, p. 54) explica como a deficiência na articulação da efetividade de direitos constitucionais afeta diretamente as políticas públicas:

Por sua vez, o dia a dia dos direitos fundamentais revela que a proteção deficiente desses, a encerrar omissão estatal inconstitucional, pode originar-se da falta de coordenação entre leis e ação administrativa, culminando na deficiência de políticas públicas.

A ineficiência em cumprir os mandamentos constitucionais que afetam diretamente a dignidade da pessoa humana, demanda uma necessidade de responsabilização do estado pela situação de indignidade na qual determinados cidadãos são colocados.

É importante entender que a dignidade humana tem o mínimo que deve ser aceito para sua existência, por quanto “significa dizer que existe um núcleo de condições materiais que compreende a noção de dignidade humana de forma tão essencial que sua inexistência implicará indubitavelmente uma situação de indignidade” (HACHEM, 2008, p. 62).

Essa situação de indignidade que coloca o autor, caracteriza uma evidente omissão do Estado ao autorizar que parte de seus cidadãos vivam em um sistema constante de violação de direitos fundamentais, sem que haja alternativas públicas para superação desse estado.

Há que se considerar a existência de uma violação transversa, onde primeiro se tem uma violação aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência ao se manterem asiladas, e por consequência, viola-se o princípio da dignidade humana, quando nesses ambientes há restrições de liberdades, torturas, e controle de corpos pela via da medicalização, ou instrumentos não aconselháveis pelas autoridades de saúde. Portanto, tem de se concordar com Hachem (2008, p. 62) quando explica:

Conquanto a dignidade humana possa ser promovida em maior ou menor grau conforme a intensidade da proteção aos direitos fundamentais, é possível identificar uma linha abaixo da qual não há dignidade, que pode ser alcançada não por uma violação ativa, mas omissiva, por parte do Estado, de garantias mínimas de existência digna.

A conduta omissiva do Estado impõe a responsabilidade objetiva extracontratual, pois, condiciona uma pessoa ou um grupo de pessoas a viver em uma situação injusta para a análise dos preceitos constitucional de 1988. Não estamos discutindo apenas a prestação material dos direitos fundamentais, para além disso, estamos discutindo o cumprimento das obrigações estabelecidas pelo próprio Estado, no sentido de evitar uma proteção deficiente de direitos que culminem em indignidade.

Chama-nos atenção a situação em que as pessoas com deficiências asiladas estão

colocadas, bem como a ausência de modificação de realidade estrutural, que promova a prestação material dos direitos fundamentais. Estas pessoas asiladas, da qual a deficiência não é motivo para o asilamento, devem ser indenizadas por terem sua dignidade retiradas dentro do Estado Democrático de Direito. Freitas (2005, p. 21) demonstra a necessidade da readequação da doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado, afirmando:

A doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento das tarefas estatais defensivas e positivas e reparar os danos juridicamente injustos. Trata-se de duplo movimento, que consiste em assimilar a proporcionalidade como proibição de excessos e vedação de inoperância ou injustificável fuga dos deveres objetivamente estabelecidos.

A situação demonstrada pela Ong Human Rights Watch (2018) desmonta uma utopia existente no imaginário social de que o Estado responderá pelas violações a direitos fundamentais, por violações a dignidade da pessoa humana e por violações ao cumprimento de normas assumidas internacionalmente. A ausência de punições ao Estado Brasileiro fomenta a violação sistêmica de direitos fundamentais, referente a populações que não geram capital político.

As pessoas com deficiência asiladas não votam e não influem nas decisões políticas governamentais, pois estão cerceadas da democracia, dentro dos muros das instituições, permitindo a tomada de atitudes antijurídicas pelo Estado. Freitas (2015, p. 22) na esteira do que vem apresentando justifica:

Em confluência com a assertiva anterior, convém, desde logo, frisar que a quebra nuclear da proporcionalidade faz antijurídica - com todos os efeitos daí decorrentes - a ação ou a omissão estatal causadora de dano juridicamente injusto. Seguindo tal raciocínio, as condutas comissivas, uma vez presente o nexos de causalidade com o evento danoso, serão sempre antijurídicas, se e quando reprováveis à luz da proporcionalidade.

A existência de atitudes antijurídicas referendadas pelo Estado geram o nexos causal para indenização, independente da ação volitiva de causar danos. Diferentemente do direito privado, temos que no direito público a inação em realizar prestações positivas fáticas é causadora de reparação de danos. A violação de valores básicos, como o da dignidade da pessoa humana, pressupõe injustiça imensuráveis para com os cidadãos que são violados, pois, “a omissão causa o dano injusto que se consuma pelo não-cumprimento do dever estatal incontornável” (FREITAS, 2015, p. 23).

Pelo estudo realizado pela Ong Human Rights Watch verificamos a ineficiência

estatal em garantir os direitos fundamentais das pessoas com deficiências, contudo, não se pode afirmar que apenas 5.250 pessoas estão sob o manto da invisibilidade, pois nem todas as instituições brasileiras foram verificadas, fato que nos leva a crer que uma “nação invisível” é vulnerabilizada todo dia.

A violação das normas nacionais e internacionais de direitos das pessoas com deficiências nos coloca diante de um quadro de omissão específica, podendo se dizer que “a omissão específica se verifica nas hipóteses em que o evento danoso decorreu diretamente a inação do ente público, figurando a inércia administrativa como causa direta e imediata da ocorrência do resultado danoso” (HUPFNER, 2012, p. 177). A caracterização da omissão específica se clarifica quando as situações atingem um grupo delimitado de pessoas, como no caso as pessoas com deficiências.

Não se quer aqui alegar que o Estado tem o papel de segurador universal, entretanto há que se afirmar que os princípios fundantes da República Federativa do Brasil devem ser preservados. No momento em que há uma série de desrespeitos e violações que se assemelham à tortura, é forçoso concluir que o Estado se encontra em descompasso/desequilíbrio com o prescrito na Constituição Federal. A violação de direitos não se encerra apenas no desrespeito da dignidade da pessoa humana, mas também, no princípio da constitucionalidade. Nesse sentido, Hachem (2015, p. 67) esclarece:

Conseqüentemente, se compete à Administração prestar os serviços essenciais à promoção da dignidade humana, em especial aqueles que atendam ao mínimo existencial (saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça), sempre que a sua omissão ocasionar dano ao cidadão, ver-se-á o Estado obrigado a repará-lo. Isso porque, no Estado Constitucional contemporâneo, vige o princípio da constitucionalidade, que erige a Constituição como Lei Maior, cujas normas devem nortear todo o ordenamento jurídico. No que diz respeito ao princípio da constitucionalidade, deve-se destacar que “não somente por ação se viola o texto constitucional, mas também por omissão”.

Quando afirmamos que existe uma “nação invisível” de pessoas com deficiências que não recebem as prestações positivas de seus direitos, temos que existe uma falha estrutural na efetivação de direitos fundamentais dessa gama da população. Tal gama permite que o estado coloque uma parcela de seus deficientes em estado permanente de violação,

“A omissão, implicando proteção deficiente de direitos fundamentais caracteriza-se como um quadro permanente de falhas estruturais” (CAMPOS, 2016, p. 56).

Evidentemente, a omissão pode ser o divisor de águas entre a dignidade e a indignidade, a cidadania e a não cidadania, o pertencimento ou a invisibilidade e a vida ou a morte. Essas características são importantes quando se trata da responsabilização estatal, por sistemáticas violações de direitos nas quais cabe à administração pública o sacrifício de alguns direitos para preservação máxima de direitos fundamentais:

Em nenhuma circunstância, um direito fundamental deve suprimir inteiramente outro na eventual colisão de exercícios. Apenas deve preponderar topicamente. A razão está em que os princípios nunca se eliminam, diferentemente do que sucede com as regras antinômicas e, ainda assim, por preponderância principiológica. O agente público, dito de outro modo, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais.

A grande questão que se enfrenta é o porquê de o Estado permanecer com as falhas estruturais, mesmo quando há orçamento para o desenvolvimento de políticas públicas inclusivas e da desinstitucionalização das pessoas com deficiência. A não concretização dos direitos básicos da população com deficiência asilada revela dano juridicamente injusto, pois, não há como justificar que uma enorme parcela da população ainda viva sob vulnerabilidade excessiva por causa de suas patologias.

A existência dos direitos constitucionais das pessoas com deficiência, ampliando o bloco de constitucionalidade quando da ratificação da convenção internacional de direitos desta população, revelou como o Estado, principalmente o Executivo, colabora para a negação dos direitos e liberdades individuais dos deficientes. Nesse sentido, mostra-se inaceitável, diante da ordem constitucional, os danos causados pela inação do ente estatal, desenhando claramente a figura do dano juridicamente injusto, como sustenta Freitas (2005, p. 29):

Em poucas palavras, o dano juridicamente injusto, que prejudica direito ou interesse legítimo (individual ou transindividual), caracteriza-se por ser: (i) certo, (ii) especial (não-eventual), ainda que reflexo e (iii) discrepante dos parâmetros do social e normalmente aceitável. Numa palavra: desproporcional.

A desproporcionalidade entre a realidade fática e a norma juridicamente posta gera o dever de indenização dos caracteres suscitados acima. Todavia, há que se considerar que as falhas estruturais não serão sobrepostas pela quantificação pecuniária do dano, o que se tem visto é que há uma inação histórica, quando se trata de direitos das pessoas com deficiência.

Toda sorte de violações se estende para todo o sistema de proteção de direitos, o

Legislativo legisla e aprova para garantir o compromisso do Estado Brasileiro com os direitos humanos, frente às organizações internacionais; por seu turno, o Executivo deixa de cumprir as imposições legislativas, sempre por ausência de recursos ou pseudocrises econômicas, que *a priori* justificaria a falta do compromisso constitucional com os direitos fundamentais.

Nesta falta de responsabilidade e fiscalização pelo Judiciário, o Brasil já perdeu vidas deficientes sendo, inclusive, sancionado internacionalmente por tais situações, como o caso Damião Ximenes Lopes, assunto que será devidamente abordado no próximo tópico e que corrobora com a noção de responsabilidade estatal, e também com a perpetuação da existência de falhas estruturais.

2.3.2 O caso Damião Ximenes Lopes

Há muito tempo no país tem-se reconhecido a violação aos direitos e dignidade da pessoa com deficiência internadas/asiladas em alguma instituição no Brasil. Em 1999 o Brasil teve um caso que ganhou repercussão internacional, que foi o caso Damião Ximenes Lopes *versus* Brasil, sendo o primeiro caso no qual o Estado Brasileiro foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Damião Ximenes Lopes tinha deficiência intelectual e fora internado na Casa de Repouso Guararapes, no Município de Sobral/CE, no dia 1 de outubro de 1999. No dia 4 de outubro de 1999, a senhora Albertina Ximenes foi visitar o filho e, quando lá chegou, encontrou a seguinte cena deplorável:

Ele [Damião] veio até ela [mãe] caindo e com as mãos amarradas atrás, sangrando pelo nariz, com a cabeça toda inchada e com os olhos quase fechados, vindo a cair a seus pés, todo sujo, machucado e com cheiro de excrementos e urina. Que ele caiu a seus pés dizendo: polícia, polícia, polícia, e que ela não sabia o que fazer e que pedia que o desamarrassem. Que ele estava cheio de manchas roxas pelo corpo e com a cabeça tão inchada que nem parecia ele (ROSATO, 2011, p. 99).

Um curioso detalhe sobre a Clínica de Repouso Guararapes é que aquela era instituição privada credenciada ao SUS e que “seu proprietário era Sergio Antunes Ferreira Gomes, primo dos irmãos Cid Gomes então prefeito de Sobral/CE e Ciro Gomes, Deputado Federal [...] (FILHO, 2012, p. 184). Importa trazer tais considerações ao estudo, pois, conforme verificamos, nunca fora apresentado o contrato entre o Sistema Único de Saúde e a Casa de Repouso Guararapes.

A saga da senhora Albertina pode ser descrita por Nadine Borges (2009, p. 45-46), que demonstra claramente a falha estrutural existente no sistema de cuidado e apoio para pessoas com deficiência, intelectual ou não, traduzindo o relato da mãe a autora explica:

Relata que Damião adoeceu e o levou para o hospital para que fosse medicado e no quarto dia, ao visita-lo, encontrou seu filho quase morto. Ao entrar, foram logo dizendo que não era para ela entrar porque Damião não estava bem, mas ela insistiu e entrou para ver seu filho. Quando chegou lá e olhou por cima daqueles doentes, todos nus, e procurou por seu filho, gritou o nome dele e este veio caindo aos pés da mãe com as mãos amarradas para traz, todo rasgado, cheio de manchas rochas e o nariz sangrando. [...] conta que saiu correndo atrás de um médico que estava no laboratório com um enfermeiro mal-encarado, chorando e pedindo que socorressem o filho dela que estava para morrer, e o médico dizia “a gente nasce é para morrer mesmo” [...]. Ao sair, encontrou um rapaz cheio de cicatrizes, e ao vê-la chorando disse “dona não chora, olhe como eu estou, todo retalhado também, isso aqui é de tanto apanhar. Seu filho vai ficar bem porque eu fiquei”

Damião veio a falecer naquele mesmo dia. A autópsia, realizada na Casa de Repouso Guararapes, afirmou que o corpo de Damião não apresentava nenhuma lesão, e deu como *causa mortis* apenas uma parada cardiorrespiratória. Após uma nova autopsia, realizada em Fortaleza-CE, ficaram constatados danos ao corpo de Damião, motivo que ensejou uma longa jornada de responsabilização civil e criminal contra Casa de Repouso e o proprietário da referida clínica.

A irmã de Damião Ximenes, Irene Ximenes, ao constatar diversas irregularidades processuais, peticionou Junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como explica Rossato (2011, p. 100):

Para enfrentar essa grave situação, a família de Damião ajuizou ação criminal e ação civil indenizatória contra o proprietário da clínica psiquiátrica, e também peticionou contra o Estado Brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), através da irmã de Damião, Irene Ximenes Lopes. Posteriormente, uma organização não-governamental brasileira que realiza ações para denunciar violações de direitos humanos, chamada Justiça Global, entrou no caso como copeticionária.

O Estado Brasileiro sofreu a sua primeira condenação internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006. Neste ano, a Corte teceu várias recomendações que foram seguidas pelo Brasil, das quais - além das indenizações a serem pagas para a família de Damião-, alterações legislativas que surgiram a partir deste caso, ensejando mudanças paradigmáticas no tratamento das pessoas com deficiência no Brasil.

Rossato (2011, p. 103) explica algumas mudanças pontuais:

Mesmo antes da sentença final da Corte, já foi possível perceber avanços importantes que refletem como o caso teve uma repercussão interna positiva. Dentre os principais progressos, vale destacar: a clínica Casa de Repouso Guararapes, onde ocorreu a morte de Damião, além de ter tido o seu descredenciamento como instituição psiquiátrica para prestar serviços ao SUS em julho de 2000, foi desativada quase um ano depois do acontecido; em 2004, houve a concessão de uma pensão vitalícia para a mãe de Damião por parte do Estado do Ceará e também houve a inauguração de um centro de saúde chamado “Damião Ximenes Lopes”, dentro da nova política de saúde mental, no marco da Lei n. 10.216/2001

O caso Damião Ximenes deve ser analisado de forma superficial, apenas para demonstrar que o relatório internacional da Human Rights Watch não revela nada de novo, ou seja, nada do que já não ocorre no país há quase um século. Quando do caso de Damião, não havia a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência e nem o Decreto Legislativo 186/08, que ratificou a referida convenção e abriu caminho para a Lei 13146/15 (Lei Brasileira de Inclusão).

Essas datas chamam a atenção, pois, há no Brasil uma dupla jurisdição quando tratam dos direitos das pessoas com deficiência, nacional e internacional, contudo não há monitoramento de implantação das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos internacionalmente assumidos. As falhas estruturais se perduram e demonstram que a condenação internacional do Brasil no caso Damião (processo nº 12.237) não surtiu efeitos práticos na vida das pessoas com deficiência, demonstrando apenas um avanço legislativo referente à política de saúde mental.

O caso Damião Ximenes aguçou a discussão sobre a luta antimanicomial, demonstrando a necessidade de se extinguir casas de repouso, internatos ou nosocômios que, de alguma maneira, dispendessem tratamento desumano às pessoas com algum tipo de transtorno. Dessarte, Colling (2010, p. 13), assevera com minúcias:

A luta contra o modelo manicomial no Brasil, começou a partir da década de 1980, sendo que, em 2001, após a condenação do Estado Brasileiro pela morte de Damião, foi então promulgada a lei federal nº 10.216, a qual dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, a qual redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

A grande questão teórica que sempre volta à tona, quando se analisa as pessoas com deficiência asiladas, é a confusão conceitual entre deficiência motora e/ou sensorial com deficiência intelectual.

Frise-se que, não se objetiva descortinar as diferenças patológicas de cada deficiência; todavia, a institucionalização/asilamento/encarceramento de pessoas deficientes se dá com base na anormalidade associada a uma pseudo ideia de loucura.

O caso Damião traz inovações no tratamento ambulatorial de pessoas com deficiência intelectual, como por exemplo a criação dos CAPS (Centro de apoio psicossocial) e novas orientações para o tratamento da pessoa com transtorno mental. Teoricamente, instituiu-se a partir do caso Damião, uma nova ética para o tratamento do deficiente intelectual, como continua observando Colling (2010, p. 13):

Como dito, a promulgação da referida lei se deu, justamente, em razão dos fatos ocorridos com Damião Lopes Ximenes, uma vez que, além do pagamento da condenação pecuniária em favor da família deste, ainda, o Estado Brasileiro necessitava dar respostas à demanda internacional, através de medidas que implicassem melhorias no sistema de saúde e proteção aos portadores de doença mental.

As melhorias ocorridas no sistema de saúde realmente aconteceram com a edição da portaria 365 GM e da portaria nº 189, ambas do ano de 2002. Houve o desenvolvimento de ambulatórios, centros de convivência, entre outras situações que são demonstradas por Rossato (2015, p. 106), o qual nos incumbe citar, para demonstrar que há uma evidente disparidade estrutural no tratamento das pessoas com deficiência que não fora sanada ou melhorada pela condenação internacional sofrida pelo Estado Brasileiro:

A definição e as diretrizes para o funcionamento dos CAPS estão previstas na Portaria nº 336/GM, de 19 de fevereiro de 2002, os quais estão categorizados por porte e clientela, recebendo as denominações de CAPS I, CAPS II, CAPS III, CAPSi e CAPSad. Ademais, registre-se a Portaria nº 189, de 20 de março de 2002, que institui nova sistemática de financiamento para os procedimentos que podem ser cobrados pelos CAPS cadastrados no Sistema Único de Saúde (SUS). Além dos CAPS, compõem a rede de atenção em saúde mental outros serviços, como os ambulatórios e clínicas ampliadas, os hospitais-dia, as residências terapêuticas (SRTs), o Programa de Volta para Casa, os Centros de Convivência, os leitos integrais em hospitais gerais e os leitos em hospitais psiquiátricos.

O caso Damião desvelou algo que já era muito comum em Barbacena MG, a Casa de Repouso Guararapes apenas reproduziu o que acontecia no hospital mineiro. Todavia, houve evolução legislativa, moral e política. Não obstante, o relatório internacional “Eles ficam até morrer” da Ong Human Rights Watch (2018), demonstra uma série sucessiva de violações que não acompanham a evolução jurídica, configurando nitidamente um círculo vicioso ligado ao retrocesso de práticas que, humanamente, são inaceitáveis.

A somatória de fatos, na linear histórica que o Estado Brasileiro apresenta sobre o tratamento das pessoas com deficiência, evidencia um único ponto: não é a falha do Legislativo, do Executivo, nem do Judiciário, mas sim, é a falha de todo um sistema de proteção que deveria garantir os direitos das pessoas com deficiência.

Conclui-se, portanto, que caso Damião está diretamente ligado às instituições visitadas pela Human Rights Watch.

Assim como Damião, poderíamos citar Almerindo - do documentário “A casa dos mortos” (Diniz, 2007)-, assim como Almerindo, poderíamos citar Leonardo Barcellos - do relatório internacional ora estudado- e, assim como todos esses, poderíamos citar as mais de 5.250 pessoas com todos os tipos de deficiência que se encontram asiladas/confinadas em instituições brasileiras. Tais agruras, lamentavelmente nos fazem procurar uma saída jurídica possível para garantir a dignidade desse contingente populacional, nos obrigando a mergulhar no denso estudo do Estado de Coisas Inconstitucional, fato que se faz no próximo capítulo.

3 ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

No presente capítulo, buscaremos adaptar a questão dos deficientes asilados de acordo com a teoria Colombiana do estado de coisas inconstitucional. Para tanto, nos utilizaremos de direito comparado e analisaremos, também, a possibilidade da existência de um juiz constitucional “transformador”. Além disso, nos pautaremos na nossa Corte Constitucional, ou seja, o Supremo Tribunal Federal e a atuação de seus respectivos membros.

3.1 Da omissão inconstitucional ao Estado de coisas inconstitucional

Conforme temos trabalhado no desenvolver dos dois capítulos anteriores, a questão do relatório internacional “Eles ficam até morrer”, temos que a questão dos deficientes asilados tem sofrido com a falta de investimento e com a falta de cumprimento dos deveres constitucionais assumidos pelo Estado. Em vista de tal fato, o Caso Damião Ximenes Lopes retrata diretamente a omissão de deveres constitucionais por parte do Estado.

Interessa apontar que a figura do estado de coisas inconstitucional deve ser identificada previamente dentro de uma omissão inconstitucional, que conforme identifica Campos (2016, p. 25), pode ser conceituada como:

A toda evidência tensões entre juiz e legislador/executivo, constituição e lei/regulamentação, constitucionalismo e democracia, surgem com ainda mais intensidade se o controle judicial dirige-se a omissão inconstitucional.

A omissão inconstitucional se caracteriza pela incompatibilidade entre a constituição e a realidade fática, demonstrando a necessidade de uma intervenção judicial para correção e equilíbrio de valores, de modo a preservar a dignidade e a própria democracia. Verificamos que, com a modernização das constituições e com a democratização dos países na América Latina, a democracia se tornou elemento singular na construção da igualdade social, sendo a omissão inconstitucional figura central de garantia dos valores democráticos. Nesse sentido, Campos (2016, p. 26) leciona de forma assertiva:

Essa ideia está ligada a um novo papel desempenhado pelas constituições na conformação e construção do Estado: a relevância constitucional da omissão normativa, máxime a legislativa, é inerente as informações políticas e normativas associadas a passagem do Estado Legislativo de Direito ao Estado Constitucional de Direito.

Na história pós constituições democráticas, pode-se verificar que a constituição é base para análise integral do Direito, muitas vezes equiparando a legalidade com a constitucionalidade, trazendo o que é ilegal para inconstitucional, como afirma Zambrano (2014, p. 04) “Hoy se usa la noción de constitucionalidad, llegando en algunos casos incluso a reemplazar la noción de legalidad”. A inconstitucionalidade remete, a todo tempo, à questões patentes de legalidade.

Claramente, mostra-se lógico afirmar que tudo que é ilegal é inconstitucional, entretanto, importa reconhecer que após as constituições democráticas o conceito de constitucionalidade se tornou muito mais objetivo que o conceito de ilegalidade, sendo utilizado para identificar fatores importantes que ocorrem na sociedade em direção oposta aos mandamentos constitucionais.

Em efeitos práticos, o reconhecimento da ilegalidade mostraria algo a ser resolvido de forma individual. Todavia, o reconhecimento da inconstitucionalidade amplia as lentes, garantindo uma visão macro das irregularidades frente a constituição. Esta questão terminológica é basilar para que se compreenda a dimensão da vulneração de direitos, e tem sido adotada em contexto constitucional contemporâneo, como afirma Zambrano (2014, p. 04):

La terminología se transforma como un signo aparente de un cambio del ordenamiento jurídico que ocurrió después de la segunda guerra mundial en países en los cuales la constitución se ha convertido en el elemento central. Las características de la legalidad devienen de la manera en que está constituida: en primer término es para ser aplicada y ser impuesta únicamente por la autoridad competente y segundo es una construcción hecha por la misma autoridad jurisdiccional. En el Estado de derecho la legalidad es un componente de la constitucionalidad y adopta un papel distinto del que tenía en el Estado de legalidad. “La legalidad fue reemplazada por la constitucionalidad por lo menos en dos funciones: al ser fuente de fuentes y vehículo de valores esenciales o fundamentales”.

A legalidade, como sendo componente da constitucionalidade, permite uma visão do Estado em que este se coloca na ilegalidade por descumprimento da constitucionalidade, sendo fato que não precisa da atividade, podendo ser resultado da inatividade. Esclarecemos que a atividade do Estado, como já dito, é baseada em critérios

orçamentários, podendo-se afirmar, com clareza, que o pano de fundo da omissão estatal sempre será uma questão de falta e/ou escassez de investimentos em determinada área.

A questão das pessoas com deficiência asiladas é ilegal e inconstitucional, sendo também inconveniente, pois viola dispositivos de tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, mais precisamente o artigo 3º do Decreto Legislativo 186/08. A questão posta pelo relatório internacional que aqui se estuda demonstra a existência da proteção deficiente dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

A existência de direitos fundamentais pressupõe o princípio da proporcionalidade e a dimensão da proibição da proteção deficiente destes direitos. Nesse sentido, Campos (2016, p. 84) explica a nova concepção do princípio da proporcionalidade:

Trata-se de ferramenta utilizada para conter o arbítrio dos governantes. Entretanto, esse princípio, contemporaneamente, vem ganhando uma nova dimensão diante dos deveres de proteção que os poderes públicos devem cumprir em favor dos direitos e da garantia do bem-estar coletivo. Essa nova dimensão do princípio da proporcionalidade corresponde a proibição de proteção deficiente (*untersassverbot*) dos direitos fundamentais.

Ao aplicar a proporcionalidade, o Estado se vincula a garantir o máximo de efetividade dos direitos fundamentais aos seus cidadãos, ficando obrigado a justificar eventuais restrições, restando consignado que qualquer restrição a direitos fundamentais que sejam incompatíveis com os valores constitucionais não pode preceder de otimização. Sobre este tema, Novais (2019, p. 757) pondera:

Na ponderação de bens a que se recorre no quadro da justificação de uma restrição a direito fundamental, trata-se de verificar se um direito fundamental deve ou não ceder perante a eventual maior importância ou peso relativo que apresenta, num caso concreto, um outro bem jurídico que com ele colida. Ora, aí, atentas a força constitucional dos direitos fundamentais e a sua natureza de trunfos em Estado de Direito, bem como, no nosso problema, a ausência de indicações constitucionais precisas e inequívocas sobre essa possibilidade de cedência, entende-se que o direito fundamental só deve ceder se os interessados na restrição puderem demonstrar a prevalência do bem, interesse, valor ou princípio que se opõe a liberdade protegida. Legislador, administração e tribunais vinculados directamente pelos direitos fundamentais, estão obrigados a sua realização otimizada e, enquanto tal, mesmo no âmbito da sua concordância prática com outros bens igualmente dignos de proteção jurídica, tem de justificar como impreterivelmente exigida pela realização de bens opostos a eventual cedência dos bens jusfundamentalmente protegidos.

Por tais razões, as atuações do Estado, inclusive do Judiciário, ficam voltadas a garantir a validação dos princípios constitucionais de forma a superar as omissões

existentes. É forçoso concluir que “O Estado só atuará legitimamente se oferecer em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos uma proteção que observe as exigências do princípio da proporcionalidade” (CAMPOS, 2016, p. 85). A ausência de medidas que nos levem a um patamar de superação da omissão inconstitucional coloca o Estado em uma lógica de constante violação de preceitos fundamentais, como pontua Clérigo (2008, p. 121-122):

De acordo com a fórmula do *Untermassverbot*, existe uma violação ao cumprimento de uma obrigação de prestação ou de prestação positiva fundamental, quando a) as regulamentações atacadas e as medidas estatais sejam inidôneas ou defeituosas para alcançar o fim de proteção obrigatória ou quando restem muito por trás do obrigado ou b) o poder estatal permaneça totalmente inativo.

Com relação às pessoas com deficiência asiladas, temos visto a inação estatal frente ao problema levantado pela Ong Human Rights Watch. Frente a essa inação, - somada à omissão inconstitucional -, seria o ECI a solução para coibir tais violações? Entendemos que a teoria do estado de coisas inconstitucional, diante da omissão inconstitucional existente, é um passo à frente na efetivação de direitos fundamentais.

Neste sentido, é importante esclarecer que a jurisprudência Colombiana é muito diferente do que o Brasil reconhece por estado de coisas inconstitucional em sede da ADPF 347/15.

A jurisprudência Colombiana, ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional, evidenciou alguns caracteres importantes que demandam a declaração da existência do ECI. Essas características servem como um limitador de casos para que haja a configuração da inconstitucionalidade. Tais características limitadores servem para que a figura do ECI não seja banalizada em todo e qualquer caso que envolva litígios concretos de direitos fundamentais.

Nesse sentido, é importante clarificar que o ECI não é medida de sopesamento de direitos fundamentais e que, segundo Zambrano (2013, p. 13), as características estipuladas pela Corte Constitucional Colombiana para declaratória do ECI são:

La Corte Constitucional , ha estipulado los siguientes factores: a) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas, b) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos, c) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; d) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales

necesarias para evitar la vulneración de los derechos; e) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de várias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones que exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; f) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

A vulneração de direitos fundamentais, que afeta uma grande quantidade de pessoas, determina a tomada de medidas por parte do Judiciário juntamente com os demais poderes, de modo a enfrentar as lesões a direitos e superar a situação de vulnerabilidade. O estado de coisas inconstitucional trabalha com uma ideia de falha estrutural, que leva em consideração que diversos ramos do poder público falharam na concretização e efetivação dos direitos fundamentais de uma determinada população.

Importa aqui esclarecer que não estamos retomando o debate de Konrad Hesse sobre a força normativa da constituição, isso pois, já identificamos que a força normativa não se materializa na realidade e que os instrumentos jurídicos existentes não são coercitivos ao ponto de transformar a realidade social. Esse quesito se torna fundamental para a importação e adequação da tese Colombiana do estado de coisas inconstitucional, haja vista que não se questiona mais o caso concreto individualizado, e sim, as instituições que ameaçam os valores constitucionais. Emiliano Dantas (2016, p. 06) assevera com precisão:

Nesse sentido, essas ações buscam tutelar não um incidente concreto, mas o próprio funcionamento dessas organizações. O objetivo não é reparação de uma lesão ocorrida no passado, mas a eliminação de uma ameaça contínua a valores constitucionais representados pelos direitos fundamentais dos indivíduos. Trata-se, portanto, de ações que buscam tutelar direitos fundamentais e reorganizar instituições que provocam violações aos direitos dos indivíduos em virtude de falhas estruturais e da má performance no exercício de suas atribuições.

Quando aplicamos a tese do ECI às pessoas com deficiência asiladas temos, mediante estudo empírico, que uma grande parte da população deficiente sofre violação em seus direitos fundamentais básicos, não havendo possibilidade de eleger apenas um culpado para tal situação, sendo uma questão de falha na estrutura a no sistema de inclusão social da pessoa com deficiência. Por isso se estudou com detalhamento numérico o orçamento do programa federal “Viver sem Limites”, dado que a falha estrutural demonstra uma carência de recursos, bem como uma situação de pobreza e violência perpetrada em face da população vulnerabilizada.

Zambrano (2013, p. 11) explica o engendramento de fatores que levam à existência do ECI:

La violencia, la corrupción, la extorsión y la carencia de oportunidades, dan lugar al estado de cosas inconstitucional; puesto que a la evidente violación de los derechos fundamentales como la dignidad, la vida, la integridad personal, los derechos de la familia, la salud, trabajo; son objeto de protección para el Estado Social de Derecho, que se configura en Estado Constitucional cuya función es precisamente su garantía

Toda disruptura estatal pode levar à consagração do estado de coisas inconstitucional, ainda mais quando uma determinada população fica sem ser assistida em políticas públicas basilares para o desenvolvimento de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, deve-se entender que “No ECI, a Corte afirma que falhas estruturais de políticas estatais são fatores centrais desse estado contrario à Constituição.” (CAMPOS, 2016, p. 98). Assim, o reconhecimento do ECI está diretamente ligado à inexistência de políticas públicas, e que a violação massiva de direitos fundamentais apenas existe porque não há políticas direcionadas ao grupo que está sofrendo violação.

Existem dois panos de fundo que estão por trás da necessidade da existência do ECI: o primeiro, a violação massiva de direitos fundamentais, decorrente da pobreza em que se encontra o cidadão e a dificuldade de acesso aos bens constitucionais; e o segundo, que atrelado ao primeiro, consolida a omissão inconstitucional do poder público.

Nesse sentido, Montenegro (2015, p. 33) esclarece as delimitações do estado de coisas inconstitucional:

En todos los ECI el carácter omisivo de las autoridades ha sido pieza clave para su declaratoria, pues en cada una de las situaciones la Corte ha tenido que cuantificar la omisión para calificar la existencia de un ECI. Aunque en algunos escenarios más gravosos que em otros, este factor ha sido muy esencial que junto a otras circunstancias hace que una realidade sea contraria a la normalidad constitucional.

A tese do ECI trabalha múltiplos órgãos, para superar a deficiência existente na concretização de direitos de uma determinada população. A denominada falha estrutural é, por assim dizer, a consagração de que todos os poderes falharam e precisam, de forma conjunta, - e não necessariamente harmônica -, buscarem a solução inerente ao caso concreto. Assim ocorreu em sete decisões já proferidas pela Corte Constitucional Colombiana, na qual Ortega (2014, p. 05) explica a sentença T-153,1998, que discutia a superlotação carcerária:

En ese mismo año la Corte Constitucional declaró (Sentencia T-153, 1998) un nuevo E.C.I, por la violación sistemática y reiterada de derechos fundamentales de la población reclusa en establecimientos penitenciarios y carcelarios. En dicha ocasión se arguyó, entre otras razones, que la situación de hacinamiento en la mayoría de las cárceles del país, se había convertido en una problemática que ameritaba órdenes complejas para su solución, dirigidas estas a “distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema

A sentença T-153,1998 se amolda ao caso da ADPF 347/15, pois, trata da superlotação carcerário e do tratamento desumano em que se encontram os presos, naquele caso, da nação Colombiana. A grande questão que está atrás do ECI é o trabalho em conjunto dos órgãos públicos para superação do quadro de violação. No caso em comento, o mero reconhecimento do estado de coisas inconstitucional não alteraria a situação vivenciada pelos presos Colômbianos, por isso a necessidade da determinação de sentenças estruturais ou, como são chamadas na Colômbia, macrosentenças.

A figura do estado de coisas inconstitucional pretende a coordenação dos poderes e da administração pública na execução dos direitos sociais e econômicos, por isso, o objeto é sempre a concretude dos direitos fundamentais. Carlos Alçexandre de Azevedo Campos (2016, p. 162) explica referida citação:

Os casos nos quais a Corte declarou o ECI revelam que a atuação é realizada, principalmente, no campo dos direitos sociais e econômicos. A Corte depara-se com a ausência ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias implicando ausência de efetividade do cumprimento pelo Estado de suas prestações positivas em favor dos ditos direitos sociais.

Da leitura da teoria do ECI, pode-se constatar que este é o remédio mais eficaz para a ineficácia dos direitos fundamentais, como se numa relação alexyana de direitos fundamentais houvesse uma ruptura e, desde que as pessoas afetadas fossem múltiplas, o estaque desta ruptura fosse o estado de coisas inconstitucional. Nesse passo, tem-se que a sentença declaratória do estado de coisas inconstitucional muito se difere de uma sentença de obrigação de fazer, pois, determina a necessidade de uma política pública e acompanha o seu desenho institucional. Essa declaratória necessita ser acompanhada pela Corte e discutida com os atores envolvidos, mediante diversas audiências públicas.

A sentença declaratória do ECI demonstra que, além de sanar problemas com direitos sociais e econômicos, é um procedimento que visa a democracia, pois dá a possibilidade de ouvir os atores sociais interessados, que acompanham os efeitos da

sentença e colaboram na mudança social pretendida.

Nesse sentido, Cesar Garavito (2019, p. 15) explica esse desdobramento da sentença declaratória do ECI:

Al requerir el diseño de políticas y convocar audiencias públicas periódicas para discutir las, la Corte estableció un procedimiento participativo y gradual de implementación del fallo. Como se verá, la combinación de este tipo de órdenes con mecanismos de seguimiento públicos creó espacios de deliberación que ofrecen alternativas novedosas y potencialmente democratizadoras para la aplicación judicial de los derechos constitucionales.

O estado de coisas inconstitucional se torna o melhor remédio jurídico para resolver violações massivas de direitos fundamentais, isso pois, vai de encontro com o que preceitua a Constituição Federal de 1988, preservando a democracia e garantindo a deliberação da população em questões que atingem a desigualdade social e afetam os objetivos da república esculpidos no artigo 3º da Constituição Federal.

É importante esclarecer que o ECI, nos moldes propostos pela jurisprudência Colombiana, trata-se de ação de reserva em relação às questões atinentes a direitos fundamentais, ou seja, só deve ser utilizada quando a maximização do problema não puder ter solução por nenhum outro meio jurídico.

Seguindo nessa linha, o ECI não pode ser utilizado como pedido em ações individuais que tutelam direitos fundamentais. De outro modo, não haveria problema de o Supremo Tribunal Federal se utilizar do recurso do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDRs) para aglutinar ações de um mesmo tema e declarar o estado de coisas inconstitucional. Ressalte-se que essa questão procedimental e processual será objeto de estudo em tópico próximo.

A junção de fatores que levam ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional mostra que existem falhas na administração pública, pois, para existência de um estado constitucional, Zambrano (2013, p. 17-18) afirma que “Se puede deducir que para el cumplimiento de los fines del Estado, se requiere que la función administrativa sea eficiente para responder a las obligaciones de un Estado Constitucional.”. O não cumprimento dos fins do Estado, ou melhor dizendo, da entrega dos direitos constitucionais aos cidadãos, necessita ser corrigido pelo órgão competente para tal fato, neste caso, a Corte Constitucional se mostra ajustada à necessidade do fim do ECI, como bem Pontua Cesar Garavito (2019, p. 17):

[...] señalamos casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los derechos constitucionales. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional — que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes—, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos.

No Brasil, o STF é o órgão competente para correção das falhas estruturais, pois, a ele compete a guarda da Constituição conforme o comando constitucional do artigo 102, da Constituição Federal de 1988. Pois bem, a constatação e a declaração do ECI, além de trabalhar com diversos órgãos públicos, possibilita que a Corte Constitucional interfira no ciclo das políticas públicas, como afirma Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 63) “A Corte interfere nas políticas públicas, cuidando da dimensão objetiva dos direitos, o que representa solução ao estado de inconstitucionalidades em favor de todos igualmente”.

Esta interferência pela Corte é a via corretiva dos próprios defeitos que o Estado apresenta em gestão, formulação e administração das políticas públicas relativas a direitos fundamentais. O grande ponto interessante do ECI é a demonstração de fatores de exclusão de uma determinada população. Em uma análise superficial, temos que a superlotação carcerária não precisaria ser objeto da ADPF 347/15 se houvesse investimento e preocupação política com a situação carcerária no Brasil.

É forçoso concluirmos que o ECI é instrumento processual de inclusão social, não apenas corrigindo falhas estruturais e ordenando políticas públicas, mas também priorizando a inclusão e igualdade social das minorias esquecidas pelo poder político. O ECI se torna um movimento contra-opressivo e equalizador das diferenças sociais dentro do estado democrático.

Assim como na ADPF 347/15, a Corte Constitucional Colombiana julgou caso semelhante naquele país na sentença T-153,1998 que, ao ser analisada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 131), pode-se constatar:

A falta de representação política dos presos e a indiferença dos governantes em face dessa minoria marginalizada apontam para a improbabilidade de que a solução da violação massiva de direitos fosse alcançada sem interferência da Corte. O notório ECI tinha na inexistência de políticas públicas motivos de existência e agravamento. Nesse ambiente de passividade estatal e aumento progressivo da transgressão sistemática de direitos fundamentais dos presos, a Corte assentou estar o juiz constitucional “obrigado a assumir o clamor das

minorias esquecidas, isto é, daqueles grupos que dificilmente tem acesso aos organismos políticos”.

Tem-se que, a falta de representação política, a impossibilidade de participação democrática e o esquecimento governamental de certas minorias, levam à referida passividade citada pelo autor. Assim como no caso dos presos Colômbianos estão os presos brasileiros e as pessoas com deficiência asiladas e, ainda que este terceiro grupo não esteja encarcerado por questões penais, estão encarcerados em instituições e tratados com indiferença pelo Estado.

A adequação do ECI, ao caso em estudo, precisará observar questões de procedimentos Colômbianos e brasileiros para adequação e importação correta da teoria Colombiana, tema que será objeto de estudo mais aprofundado no tópico seguinte.

3.1.1 Aspectos processuais do estado de coisas inconstitucional

Para trabalhar a tese do ECI no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário compreender os aspectos processuais e procedimentais da sentença declaratória que reconhece o estado de coisas inconstitucional. O pressuposto inicial básico é a existência de violação constitucional de direitos fundamentais, aliado a uma nova postura hermenêutica dos interpretes do direito, que se iniciou com as constituições democráticas contemporâneas.

É forçoso compreender que o ECI surge na esteira do neo-constitucionalismo, permitindo a ampliação do poder do juiz constitucional, pois, é na ampliação do poder do juiz constitucional que urge a faculdade de se alterar a realidade social por meio de decisões judiciais.

Ponderando sobre o neo-constitucionalismo, German Montenegro (2015, p. 21) explica:

La teoría del Neo-constitucionalismo se caracteriza principalmente por ampliar las facultades del juez constitucional al no limitarse a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación.

A partir das constituições democráticas contemporâneas - com definições genéricas de direitos fundamentais -, o Judiciário é obrigado a contornar situações das quais o Estado se mostra ineficiente em produzir o pressuposto de sua legislação constitucional. Dentro deste quadro, a ação que declara o ECI se mostra como um litígio

estrutural “caracterizado por alcançar número amplo de pessoas, várias entidades e por implicar ordem de execução complexas dirigidas a modificar instituições governamentais em mau funcionamento” (CAMPOS, 2016, p. 187-188).

O estado de coisas inconstitucional serve para correção de instituições governamentais e viabilização de direitos fundamentais a um determinado número de pessoas. Dentro da identificação do ECI temos que considerar que suas sentenças e seus efeitos se dão de forma (macro), por isso, temos neste processo estrutural uma macrosentença, com múltiplas ordens de execução para superar o quadro violativo de direitos.

O mecanismo processual do ECI se torna complexo, pois se trata de processo que preserva a democracia e busca ouvir todos os envolvidos na situação estabelecida pela vulneração massiva de direitos. Por isso há critérios importantes que não de ser levados em conta dentro de um processo que trabalha o litígio estrutural. À primeira vista, deve-se esclarecer que não é um processo rápido, pelo contrário, trata-se de um processo longo, haja vista a necessidade de se envolverem todas as organizações governamentais e não governamentais dentro deste macro processo.

Explicando tal situação, Jackeline Saravia (2015, p. 128) expõe:

La Corte en las decisiones que ha tomado en el proceso invita a los afectados a ser parte del mismo, para escuchar directamente sus necesidades y poder incidir en la satisfacción de estas, guiando a las instituciones encargadas para que realicen las acciones que determinen pertinentes, siempre con el fin de buscar en el proceso soluciones duraderas que se encaminen al retorno o reasentamiento digno o seguro, es decir, el cese de la situación contraria a la Constitución.

A existência do litígio estrutural se torna mais demorada, pois a necessidade de se chamar todos os envolvidos faz parte da reforma necessária a ser aplicada na situação vulneradora. A saber, uma única decisão não seria capaz de modificar a realidade do grupo afetado pela violação sistemática dos direitos, de modo diverso, ações individuais que buscassem a mesma tutela provocariam grande congestionamento processual, dado o número de cidadãos envolvidos na situação massiva de vulneração.

Os desafios de um processo estrutural do porte do ECI Colômbiano se dão pela necessidade de se confrontar diretamente a realidade de um número indefinido de pessoas com os valores constitucionais estabelecidos pelo país. Voltando ao capítulo 1 desta tese, temos que o ECI tende a superar a situação de vácuo em que está uma grande parcela da população. Por isso, Owen Fiss (2013, p. 03) explica que:

O processo estrutural é aquele em que o juiz, confrontando uma burocracia estatal frente a valores de dimensão constitucional, encarrega-se de reestruturar a organização para eliminar ameaças a esses valores constitucionais impostas pelos arranjos institucionais em vigor. É *injunction* é o meio por meio do qual essas diretivas reconstrutivas são transmitidas.

O litígio estrutural deve ser resolvido por meio de ordens que são emitidas pela Corte Constitucional. Todo processo de litígio estrutural, bem como a sentença estrutural, originalmente trabalhada por Owen Fiss, dá-se por meio de diretrizes a serem acompanhadas pelo órgão declarador. Em um estudo mais profundo que será feito adiante, poderemos verificar as diferenças procedimentais entre as sentenças Colombianas e a ADPF 347/15 em solo brasileiro.

Contudo, é relevante para trilharmos o caminho do ECI, entender que a razão de sua existência é garantir a dignidade, os direitos humanos e a própria constituição. A necessidade do ECI pressupõe a existência de situações indignas que precisam de correções não apenas jurídicas, mas também em sua realidade e em sua história social. German Montenegro (2015, p. 23) delinea a referida situação:

Por otra parte la razón de ser del ECI se da en situaciones que explican, en parte, el interés dela C. Const. Colombiana en el constitucionalismo internacional. Debido a que la expedición de fallos como los estudiados da un giro paradójico a la historia social y jurídica, precisamente porque Colômbia siendo uno de los países con violaciones más graves de los DDHH há pasado a ser un país exportador o referente de jurisprudencia constitucional y de innovaciones DDHH.

O pressuposto de violações de direitos humanos, sucessivas e generalizadas, contrárias à Constituição, demanda a estrutura da jurisprudência Colombiana. Contudo, o ECI não é uma figura jurisprudencial exclusiva da Colômbia, tendo sido aplicado em países como Índia, Estados Unidos, Argentina e África do Sul, como bem explica German Montenegro (2015, p. 24), citando Garavito Rodrigues:

Según Rodriguez garavito entre los fallos más conocidos está la jurisprudencia de la Corte Suprema de Índia, que ha abordado temas sociales estructurales como el hambre y el analfabetismo, y ha desarrollado figuras similares al ECI para crear fallos comisiones judiciales de consulta que le hacen seguimiento a la implementación de los Asimismo, la C. Const. Sudafricana se ha convertido en un espacio institucional fundamental para la promoción de derechos tales como la vivienda y la salud, y para obligar al Estado a tomar acciones en contra del legado económico y social del apartheid. Algunas Cortes Argentinas han venido desarrollando una jurisprudencia protectora de derechos

tales como la pensiones seguridad social en salud y, al mismo tiempo, han experimentado con mecanismos públicos de seguimiento a la implementación de sentencias activistas, similares a los del ECI, en temas tales como los derechos de las personas detenidas y la protección del medio ambiente. El Tribunal Constitucional del Perú, utilizó la técnica de la declaración del ECI, donde la finalidad era expandir los alcances de la sentencia en un proceso de tutela de derechos fundamentales con efectos, prima fase, inter partes. Y las Cortes Estadounidenses vienen utilizando figuras jurisprudenciales similares al ECI desde hace 60 años, como lo muestran el papel muy activo que han tenido en promover reformas estructurales en ámbitos de políticas públicas que van desde el sistema carcelario hasta el sistema educativo y los programas de vivienda social.

À medida que direitos fundamentais são violados e o Estado, como ente governamental, não consegue resolver situações de marginalização extrema e de vulnerabilidade aparente, o ECI, por meio do Poder Judiciário, torna-se a “tábua de salvação” dos direitos fundamentais e da própria dignidade humana. Tal fato não pode ser encarado como mera intervenção de ativismo judicial, ou criação de instituto que promova a desarmonia entre os poderes, mas sim, deve ser encarado como instituto jurídico que promova ou reduza a desigualdade social.

Questões como previdência, saúde, deslocamento forçado, ausência de concurso público para provimento de cargos, foram razões motivadoras nos países onde o ECI surgiu jurisprudencialmente. É forçoso concluir, em um primeiro momento, que o ECI é um instrumento que contrabalança as constituições democráticas contemporâneas. Esse é o fator que Konrad Hesse não tinha previsto, por não ser da sua época, como elemento que transformasse a realidade material dos direitos constitucionais.

A experiência Indiana na declaratória do ECI tem sido diferenciada e inovadora na doutrina global do estado de coisas inconstitucional, pois, conforme argumenta Carlos Alexandre Campos (2016, p. 197):

A experiência Indiana é espetacular porque mostra ao mundo que, mesmo na ausência de arranjos institucionais relevantes, a própria Corte suprema ou constitucional pode estabelecer como agente de mudanças sociais. O acesso direto e facilitado a jurisdição constitucional da Suprema Corte Indiana não decorre do esquema constitucional em si, mas na falta desse, foi elaborado pela própria jurisprudência da Corter, ante o déficit institucional vigente, viabilizando a si mesmo o papel de enfrentar os poderes políticos em favor de diferentes grupos desprotegidos e majoritários, como cidadãos Indianos mais pobres, crianças, mulheres e homossexuais.

A experiência Indiana traz luzes a uma teoria do estado de coisas inconstitucional para o Brasil, pois, na ausência de leis ou procedimentos específicos para declarar o ECI,

a própria jurisprudência criou os mecanismos adequados de transformação da realidade social por meio do papel do magistrado constitucional. As evidências que acompanham os países que declaram o ECI são punjantes no Estado Brasileiro, haja vista que a deficiência em direitos fundamentais para a população marginalizada não consegue ser superada.

O relatório internacional da Human Rights Watch demonstra claramente a dificuldade do Estado Brasileiro em estabelecer políticas públicas de inclusão e buscar os objetivos da República Federativa do Brasil constantes do artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

A dificuldade de incluir, que é patente no Estado Brasileiro, faz com que olhemos os casos Colômbianos e a experiência Indiana com foco determinante a fazer distribuição da justiça social por meio do Poder Judiciário. Na Colômbia, existe procedimento específico chamado de “acciones de tutela”, todavia, na Índia, “a estratégia foi a instituição da denominada public interest litigation (PIL) [...]” (CAMPOS, 2016, p. 198).

O desenvolvimento da PIL pela Corte Indiana amplia a legitimidade de acesso à Corte por qualquer pessoa ou interessado que denuncie violações massivas de direitos fundamentais. Tanto a PIL como acciones de tutela são elementos que democratizam o acesso à Corte institucional e permitem a denúncia de violação de direitos fundamentais, contudo, não há no Brasil elemento semelhante aos elementos internacionais aqui suscitados.

A única forma de acesso à Corte Constitucional pelo cidadão seria por meio de habeas corpus, desde que ultrapassadas todas as instâncias inferiores e seu mérito seja relativo à restrição de locomoção. Este fato se mostra interessante, pois demonstra que apesar de a Constituição ser democrática, ela não democratiza a sua Corte Constitucional, no caso, o STF.

A Corte Indiana, ao desenvolver, por meio da jurisprudência a PIL, “tornou-se um dos atores do processo colaborativo de justiça social que ainda envolve os próprios requerentes, movimentos sociais e os poderes políticos” (CAMPOS, 2016, p. 198). Isso porque, ações que envolvem a inércia estatal demandam a urgência necessária para reparar a violação de direitos que sofre a população envolvida.

Diante deste quadro, torna-se necessária a coordenação para atingir a reforma institucional adequada ao caso concreto.

Trabalhar o ECI é trabalhar políticas públicas de inclusão, garantindo participação democrática e igualitária de todos os cidadãos para o gozo de seus direitos fundamentais.

Portanto, as decisões declaratórias de ECI afetam diretamente a inconstitucionalidade de determinada situação, “ou seja, decisões que impõe obrigações judiciais contínuas aos outros poderes, mediante supervisão judicial, como medida adequada à correção da situação de inconstitucionalidade verificada” (DANTAS, 2016, p. 159).

Todos os casos de ECI julgados pelo mundo demandaram uma mudança estrutural e significativa na situação envolvida, transformando o ECI em um dos processos mais democráticos que tramitam perante cortes constitucionais, pois, além da supervisão judicial exercida sobre os demais poderes, tem-se ainda a participação dos autores envolvidos em audiências públicas e a prestação de contas necessárias para o desenvolvimento e a implantação das ordens declaratórias durante todo o processo do ECI.

Ao nos depararmos com o desenvolvimento do ECI na Colômbia, na Índia e em alguns outros países, é forçoso constatar pontos importantes de um Estado Democrático de Direito, como a participação social, a democracia das decisões e o *accountability*, necessários a dar a transparência adequada na reforma de uma situação de vulnerabilidade social. Por isso, o ECI é um instrumento de reforma administrativa, dado que por meio do Judiciário se tem o impulso para formulação de políticas públicas. Emiliano Dantas (2016, p. 172) aborda a questão democrática do ECI:

Já o efeito deliberativo decorreu do estabelecimento de um diálogo entre o Governo, a sociedade e Corte, em especial nos atos subsequentes à decisão. Nesse sentido, o principal mecanismo de diálogo com a Corte foram as audiências públicas realizadas, atos públicos que serviram como mecanismo do debate democrático, prestação de contas, publicidade e pessoas transparência no desenho e avaliação da política pública do deslocamento forçado de pessoas.

O autor, comentando a sentença T-105/2004, demonstra todos os efeitos democráticos decorrentes da declaratória do estado de coisas inconstitucional. O importante é se observar - inclusive para uma importação adequada da tese do litígio estrutural -, como o Estado Brasileiro se adaptaria, por meio do Supremo Tribunal Federal Federal, para resolver as demandas estruturais que pede o país.

Ressalva-se que a ADPF 347/15 não traz, na análise da sua medida cautelar, mecanismos de monitoramento ou supervisão judicial. No mesmo sentido, não há as ordens declaratórias que devem emanar de uma tutela de ECI, haja vista que a eficácia da decisão traz efeitos diretos e indiretos, tendo como resultado a mudança social. Emiliano Dantas (2016, p. 171, grifo do autor) esclarece referida situação:

No que toca à eficácia das decisões, é importante ressaltar que decisões estruturais possuem efeitos que decorrem diretamente das ordens contidas na decisão e efeitos indiretos e de longo prazo, como os incentivos para criações de organizações sociais destinadas a buscar a efetivação dos direitos tutelados e para o ajuizamento de novas ações pelos vencedores da demanda, que passam a atuar na condição *repeat players* como estratégia para alcançar mudanças sociais.

A grande dificuldade em se importar a teoria do ECI, não é apenas a ausência de legislação processual que defina o procedimento adequado para a declaração, até porque, teoricamente, o reconhecimento da ADPF 347/15 superaria esta ausência por meio da jurisprudência, assim como fez a Corte Indiana. Entretanto, cabe lembrar que na Corte Indiana a jurisprudência definiu os procedimentos, algo que não foi feito pela Corte Brasileira. Desta feita, interessa observar que não há uma definição específica e objetiva que demonstre para que serve o ECI em solo brasileiro, já na Colômbia, há uma evidente delimitação do ECI, como bem aponta German Montenegro (2015, p. 28):

Es un Mecanismo protector de DDHH. La declaratoria formal del ECI debe estar en la parte resolutive: La declaratoria formal del ECI debe estar descrita literalmente en la parte resolutive de la sentencia, pues si bien es cierto no es una característica delineada por la Corte ni por la doctrina, a lo largo de esta investigación se puede observar que en muchas sentencia la Corte a pesar de existir los elementos necesario para hacer una declaratoria formal no lo hace ejemplo (i) sentencia T-760 de 2008 caso a la salud, (ii) sentencia mesadas pensionales. Sentencia declaradora de un ECI por si misma es impulsadora de Políticas Públicas. Rompe con los esquemas tradicionales de los efectos inter-partes que caracterizan los fallos de tutela pues sus efectos Erga Omnes. La declaratoria del ECI no es un problema jurídico, La declaratoria es una herramienta creada por la C. Const. para salir de un estado estructural. La carga de demostrar que las condiciones que dieron lugar a la declaratoria del ECI han sido superadas recae sobre el gobierno nacional. Emisión de órdenes complejas. Mecanismo Excepcional.

Ao que nos parece, temos que festejar que o STF adotou a teoria do estado de coisas inconstitucional, todavia, é necessária a delimitação do procedimento e a correção do mesmo, bem como definir a legitimidade adequada para peticionar junto à Corte Constitucional. Os elementos descritos acima foram definidos pela Corte Colombiana, na sentença T-105/2004, que tratou do deslocamento forçado da população em virtude de ordens das FARC, organização de tráfico internacional com poder político na Colômbia.

As junções de todos esses elementos criam a figura do estado de coisas inconstitucional, mas é importante também o julgador se considerar agente de mudança social, caso contrario, não haverá efetividade alguma, restando ordens meramente

jurídicas sem que sejam acompanhadas/monitoradas até a sua execução.

O caso das pessoas com deficiência asiladas é um caso típico de ECI, pois presentes todos os requisitos delimitados pela Corte Constitucional Colombiana, fato este que demonstra que a mera decisão da ilegalidade da situação existente no Brasil não ocasionará a mudança social necessária para o fim da vulneração de direitos dessas pessoas, haja vista a inconstitucionalidade e inconveniência ser patente, dado o Decreto Legislativo 186/08.

Reitera-se, nesse sentido, a figura do juiz transformador de realidade social que, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 96), pode-se dizer:

Diante de quadro dessa natureza, faz-se em jogo, segundo aponta Clara Inés Vargas Hernández, magistrada da Corte Constitucional Colombiana, o “compromisso ético do juiz constitucional de não permanecer indiferente e imóvel frente a diversas situações estruturais, que se inter-relacionam lesando de maneira grave permanente e continua numerosos direitos inerentes ao ser humano”. O juiz constitucional, de acordo com a magistrada, é chamado a cumprir o papel de “garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista”.

As questões levantadas na Colômbia são, exatamente, questões de garantias fáticas dos direitos constitucionais, que deveriam ser providas pelo Executivo e Legislativo. Entretanto, o Judiciário é chamado a intervir não em um papel de ativista, mas, em um papel de garantidor. Desta feita “as cortes assumem para si a tarefa de agentes de transformação social em casos excepcionais” (CAMPOS, 2016, p. 217).

A importância da transformação social encampada pela Corte se justifica, pois, não há como órgão estatal superar a situação da inconstitucionalidade massiva que vive certo número da população. Desta forma, a Corte Constitucional reconhece a necessidade da intervenção de várias autoridades para solução da problemática social e não guarda apenas o direito, mas, contribui para reger a sociedade nos moldes da distribuição igualitária de direitos fundamentais. Ao declarar o ECI, a Corte Constitucional reforça a cidadania dentro do Estado Democrático.

A importância do juiz constitucional como agente de transformação social demonstra que o ECI é o único meio de equilibrar as ações do Estado e corrigir más práticas administrativas. Por isso, German Montenegro (2015, p. 35) explica que as situações apresentadas pela Corte Constitucional Colombiana são evidentemente anti-jurídicas:

Otro punto particular sobre esta práctica constitucional es la vulneración de más derechos como el de la igualdad que debe haber en las actuaciones del estado, pues quien no instauraba acción de tutela quedaba en desventaja pues de quien si lo hacía, cuando la Corte se percató de esta práctica la C. Const. la catalogó como antijurídica.

Torna-se necessário o processo declaratório do ECI para levar ao conhecimento da Corte situações de vulnerações de direitos fundamentais que conduzem à indignidade. Sem o mecanismo declaratório do ECI questões cruciais para o desenvolvimento da pessoa humana ficam aquém da democracia, como podemos notar na questão dos deficientes asilados. Os fatores somados para afirmação da vulneração desses deficientes são: falta de representação política, falta de investimento em políticas de inclusão e ausência de remédio processual para superação do estado em que se encontram.

A tese do ECI se mostra inovadora no Brasil, pois em nenhum outro momento da história o Supremo Tribunal Federal agiu de forma efetiva para reparar situações de vulnerabilidade massiva de minorias. Indaga-se, portanto, qual que é o sentido de “guardar a Constituição”, se não há atuação jurídica para eliminação da desigualdade?

Ora, obviamente entendemos que a guarda dos direitos é função precípua do STF, entretanto, é necessário entender que esta “guarda” é também juridicamente necessária no que tange à realidade material dos direitos ditos fundamentais. Dito isso, importa esclarecer que, assim que a demanda do ECI chega à Corte Constitucional, ao Estado automaticamente é imputada a falha das políticas públicas desenvolvidas. Sobre este assunto, German Montenegro (2015, p. 41) enfatiza com precisão:

Las condiciones para la superación del ECI está basada en un diagnóstico mixto, por un lado se analizan las acciones realizadas por las distintas entidades con el fin de superar en las fallas estructurales en los procesos de políticas públicas y por el otro que sus resultados sobre el goce efectivo de derechos sean reales por parte de la población afectada. La evaluación sobre los avances en la protección de dichos derechos y sobre la eventual declaratoria de superación del ECI debe combinar estos dos tipos de criterios, de esa misma forma la C. Const. en varios autos de seguimiento estableció que las condiciones para declarar la superación del ECI no debe ser la realización de un esfuerzo presupuestal específico, el rediseño de políticas públicas, la expedición de nuevas y mejores leyes, la creación de macro estructuras administrativas, la entrega periódica de asistencia en especie o en dinero a las víctimas del desplazamiento, o el simple paso del tiempo, sino la garantía efectiva de los derechos.

A atuação da Corte Constitucional se revela, dentro do ECI, como uma atuação que vai além de ordens jurídicas, e também, de monitoramento da realização das ordens emanadas pela própria corte. Deste modo, as decisões da Corte Constitucional têm o centro

na efetividade do direito e não meramente na eficácia, por isso “o ECI é ferramenta legítima desde que utilizada com prudência, aplicada a situações de fato dramáticas de violação a direitos fundamentais e que requerem a intervenção estrutural das cortes”. (CAMPOS, 2016, p. 176).

Reconhecido o ECI, e delimitado o seu campo de atuação, mostra-se necessário à presente tese o estudo do direito comparado entre a ADPF 347/15 e a sentença T-125, para evidenciar a dificuldade da implantação da teoria no Brasil, bem como a necessidade do aprimoramento processual e procedimental para o reconhecimento correto do ECI, que se pautem não apenas na eficácia, mas também, na efetividade.

3.1.2 Análise comparativa da Sentença 125/08 e da ADPF 347/15

Com a intenção de desenvolver um direito comparado, abordaremos neste tópico o caso da ADPF 347/15, que está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal e a sentença T-125 da Corte Constitucional Colombiana, que trata a situação do deslocamento forçado naquele país.

As escolhas se deram mediante critérios de gravidade da situação e desenvolvimento avançado do caso Colombiano em matéria de políticas públicas e políticas legislativas. Poderíamos trazer comparações dos sistemas carcerário Colombiano com o sistema carcerário Brasileiro - objeto de mérito da ADPF 347/15 -, entretanto, as dificuldades de avanço, tanto no caso Colombiano, quanto no caso brasileiro, impedem uma análise mais acurada relativa ao desenvolvimento e instrumentalização do processo a nível Brasil.

A ADPF 347/15 surge como litígio estrutural que discute a superlotação carcerária, violação de direitos fundamentais e humanos, bem como a violação da convencionalidade do Estado Brasileiro com diversos tratados internacionais ratificados. A arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta traz, como assevera o relator Ministro Marco Aurélio, as seguintes situações:

Em relação ao mérito, discorre sobre o quadro fático sobre o sistema penitenciário do Brasil. Argumenta serem as prisões “verdadeiros infernos dantescos”. Destaca a seguinte situação: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infecto contagiosas, comida intagável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticados tanto por outros detentos quanto por agentes do estado, ausência assistência judiciária

adequada, bem como de acesso a educação a saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais daniadas por facções criminosas. Saliencia ser comum encontrar em mutirões carcerários presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos (BRASIL, 2015, p. 04).

A análise da argumentação de mérito feita pelo Partido Socialismo e Liberdade demonstra a existência de problemas estruturais, organizacionais e que não conseguem ser resolvidos apenas com uma decisão judicial. É se dizer que a demanda proposta reclama do Supremo Tribunal Federal uma adjudicação dos valores públicos previstos na formação do Estado Constitucional, que nas palavras de Owen Fiss (2017, p. 23) “A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos”.

A realidade da superlotação carcerária não é problema novo no país, é algo que já reconhecido há anos, como bem pontuado na própria relatoria da ADPF 347, que afirma:

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206.000 vagas, salta os olhos o problema da superlotação que pode ser a origem de todos os males. No relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”. (BRASIL, 2015, p. 23)

Assim como no Brasil, o problema do deslocamento forçado na Colômbia também perdura há vários anos, sendo deixado de lado pelos poderes públicos, de modo que a resolução dos referidos problemas não faz parte da agenda de desenvolvimento do país, criando, como já afirmado no capítulo 1, cidadãos não passíveis de dignidade, ou melhor dizendo, cidadãos que não têm acesso aos direitos constitucionais. O caso do deslocamento forçado na Colômbia não é novo, como bem explica Cezar Garavito (2010, p. 67):

El desplazamiento forzado no es un fenómeno nuevo en el contexto del conflicto armado Colombiano. Así, por ejemplo, entre los años 1946 y 1966 –período en el que se enmarca la época de La Violencia (1948-1953) –, cerca de dos millones de personas migraron forzosamente y nunca retornaron (Roldán 2003). En tiempos más recientes, entre 1984 y 1995, aproximadamente 600.000 personas fueron víctimas del desplazamiento (Conferencia Episcopal de Colombia 1995).

Assim como no Brasil, a Corte Constitucional Colombiana foi instada a se

manifestar sobre problemas preexistentes que necessitam de uma reforma estrutural, com a garantia da efetividade constitucional, bem como, com o enfrentamento da burocracia estatal por parte do Judiciário. Por isso, Owen Fiss (2017, p. 26), o criador da teoria do litígio estrutural, explica:

O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.

Sempre que a Corte Constitucional é chamada a se manifestar em litígios estruturais os julgadores assumem dupla função: a de declarar a existência do estado de coisas inconstitucional, declarando a necessidade de reforma estrutural do sistema; e também, a função de garantir a efetividade dos valores constitucionais. Por isso, Owen Fiss (2017, p. 78) afirma “Direitos e medidas judiciais são, contudo, duas fases de um processo social único – a tentativa de dar significado aos valores públicos”.

O juiz constitucional, ao receber a demanda estrutural, compromete-se a garantir que os valores públicos estabelecidos na constituição sejam preservados, e no Brasil, em especial, a dignidade da pessoa humana. Nesse passo, a sentença T-125, da Corte Constitucional Colombiana, nos ensina muito como preservar direitos e garantias fundamentais quando se tem as falhas estruturais.

Cesar Rodrigues Garavito (2010, p. 85) evidencia que a Corte Constitucional analisou não apenas a situação apresentada, mas os índices de recursos e investimentos destinados à população deslocada:

La Corte también comprobó resultados insuficientes en relación con el acceso de los menores desplazados a la educación. Asimismo, constató que los desplazados no conocían sus derechos básicos. Destacó, además, la reducción cercana al 50% ó n de los desplazados, al pasar de 130.000 millones de pesos en 2002, a 70.000 millones en 2003. Por todo lo anterior, la Corte estimó violados múltiples derechos fundamentales tanto de los desplazados actores en el proceso como de la población desplazada en general, y, por ese motivo declaró un estado de cosas inconstitucional em materia de desplazamiento forzado.

Da mesma forma que no Brasil existem normas nacionais e internacionais que combatem o asilamento de pessoas com deficiência e incentivem a inclusão e autonomia dessas, reconhecemos haver, na sentença Colombiana, medidas legislativas para combater os deslocamentos forçados. Contudo, a existência de legislação que não era observada pelo Estado, deu indícios à consagração do ECI.

O tratamento da Corte Constitucional Colombiana, conferido ao caso do deslocamento forçado, demonstrou um aperfeiçoamento da tese declaratória do ECI, culminando no compromisso da Corte Constitucional em garantir a solução da problemática que era demandada perante aqueles juízes. Neste sentido, Ronaldo Jorge Araujo Junior (2015, p. 17-18) explica esta evolução da Corte Colombiana:

Na Sentencia de Tutela (T) n° 25, de 2004, a Corte apreciou 108 (cento e oito) pedidos de tutelas formulados por 1.150 (mil e cinquenta) núcleos familiares deslocados. Declarou o “estado de coisas inconstitucional”; exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou que fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficiente para proteger os direitos individuais dos demandantes. Diferentemente do ocorrido com o caso do sistema carcerário, desta vez as ordens foram flexíveis, dirigidas a um número elevado de autoridades públicas, além de ter havido intenso diálogo da Corte com os outros Poderes e com a sociedade sobre a adequação das medidas judiciais determinadas durante a fase de sua implementação.

A inobservância legal das normas estatais leva a Corte Constitucional a declarar o ECI. Esclarecemos que a mera existência de legislação que aborda a temática da demanda estrutural não exige o Estado de sofrer uma condenação em uma ação declaratória de ECI. À vista disso, Cesar Rodrigues Garavito (2010, p. 87) explica exatamente essa relação entre a existência da norma e a existência do ECI:

Por otro lado, el ECI indicaba que en materia de desplazamiento forzado eran escasos los instrumentos legislativos, administrativos y presupuestales para evitar la vulneración de los derechos.

A experiência Colombiana demonstra as dificuldades que o Supremo Tribunal Federal não quer enfrentar no julgamento da ADPF 347. Desde a sua propositura no ano de 2015, as únicas medidas tomadas pela Corte Constitucional Brasileira foram a liberação do fundo penitenciário, o qual até a data atual não se mostrou o investimento e a implementação da audiência de custódia, que já era um compromisso do Estado Brasileiro quando da assinatura do pacto de San José da Costa Rica.

Na esteira dos acontecimentos, no caso do deslocamento forçado na Corte Constitucioonal Colombiana, o Supremo Tribunal Federal tenta, de maneira “abrasileirada”, importar a teoria, conforme ressaltado em trecho do acordão o Ministro Marco Aurélio:

Apesar de muitos dos direitos violados serem assegurados na lei n° 7.210/84 – Lei de Execução Penal – e na Lei Complementar n° 79/94 – Lei do Fundo Penitenciário Nacional -, assiste-se a omissão reiterada e

persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos poderes executivo e legislativo para transformar o quadro (BRASIL, 2015, p. 27)

A constatação da situação, por si só, não resolve o problema da demanda estrutural. A superlotação carcerária, como já demonstramos, trata-se de um problema antigo, assim como o deslocamento forçado na Colômbia. Reconhecer a existência desse problema de forma jurídica não resolve os problemas estruturais que geraram a demanda, de modo que seu mero reconhecimento não tem o condão de alterar a realidade social, ou de tratar o litígio estrutural como ele deve ser tratado.

A Corte Constitucional Colombiana, para resolver o problema do deslocamento forçado, além de preservar sua competência sobre o caso, emitiu diversas ordens, por diversos anos para remediar a necessidade estrutural que era demandada, separando as ordens por fases de cumprimento da sentença, como demonstra Cesar Rodrigues Garavito (2010, p. 86):

El proceso de seguimiento por medio de autos ha tenido três fases. La primera comprende desde finales de 2004 hasta 2006 y se caracterizó por ser un juicio a la política pública. Por ello, la mayoría de los autos importantes de este período siguieron el mismo esquema: evaluaron el grado de cumplimiento de las autoridades respecto a las órdenes dadas por la sentencia, precisaron la responsabilidad de cada institución frente al tema y decretaron órdenes para ayudar a mejorar la política.

Sintetizando as três fases de implementação da sentença Colombiana, o Professor Garavito (2010, p. 87-90), demonstra como se realizou o quadro de superação do ECI envolvendo o deslocamento forçado:

De otro lado, la Corte hizo más específicos sus diagnósticos y sus órdenes mediante una serie de autos importantes sobre la situación de los grupos desplazados más vulnerables: las mujeres, los menores de edad, los pueblos indígenas, las comunidades negras y las personas con discapacidad. En todos estos autos, las órdenes de la Corte fueron mucho más detalladas que las de autos de períodos anteriores. Por ejemplo, el Auto 092 de 2008, que abordó el tema de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado, ordenó la creación de 13 programas específicos para suplir los vacíos de la política pública frente a las mujeres, las jóvenes y las niñas desplazadas. En el mismo sentido, en el auto sobre los pueblos indígenas (el 004 de 2009), la Corte determinó que se adoptaran 34 planes de salvaguardia étnica, uno para cada uno de los pueblos en riesgo de desaparición. Asimismo, el Auto 006 de 2009 ordenó el

diseño y la implementación de cinco proyectos piloto en el ámbito de prevención y atención de las personas desplazadas con discapacidad. En síntesis, entre la primera y la tercera fase, la Corte pasó de juzgar la política pública y dar lineamientos para fortalecer la política pública existente, a construir indicadores que permitan medir el progreso de los esfuerzos para superar el ECI y, finalmente, a reformular y contribuir al diseño de una nueva política, que incluye programas para grupos específicos.

Quando se compara a decisão Colombiana com o processo em andamento no Supremo Tribunal Federal, pode-se verificar a incoerência existente no desenvolvimento da ADPF 347/2015, em um primeiro ponto pela inexperiência brasileira de se trabalhar litígios estruturais, e em um segundo ponto de se buscar um julgamento simples, como se fosse mera ação coletiva.

A ausência de disciplina legal referente a litígios estruturais é um dos problemas que teremos que enfrentar. Com os novos ECIs quem virão a rugir no país, reconhecendo que o julgamento da demanda como uma demanda meramente coletiva não resolve a situação estrutural e que um eventual termo de ajuste de conduta não traria eficácia necessária para a superação do ECI.

Desta forma é necessário considerar que o litígio estrutural é um litígio onde o objeto é a eficácia do Direito e não a mera declaração. Neste sentido, Owen Fiss (2017, p. 76), faz a diferenciação entre a medida judicial e a mera declaração de direitos:

Uma medida judicial, por outro lado, é um esforço da Corte para dar um significado concreto a determinado valor público. Assim, a medida é mais específica, concreta e coercitiva do que a mera declaração do direito; ela constitui a realização do direito.

A questão levantada por Fiss é uma questão de procedimento, sendo que a medida judicial são as *injunctions* propostas pelo próprio Fiss. A declaratória de ECI que não traz ordens específicas com sanções coercitivas pela não realização do determinado pela Corte Constitucional, demonstra não se tratar de ECI, sendo apenas uma ação que cumpre a formalidade de declarar a existência de grupos marginalizados.

A dificuldade brasileira na ADPF 3447/15 é exatamente reconhecer que o ECI vem acompanhado de falhas estruturais e que estas falhas só podem ser resolvidas mediante a implementação da declaração do estado de coisas inconstitucional. Qualquer orientação diversa desta demonstra a inexistência de uma decisão adequada a um litígio estrutural. Por isso, Fiss (2017, p. 76) continua afirmando:

Se o propósito da medida é conferir eficácia ao direito declarado, então deveria ser entendida como subordinada ao direito. Ainda assim, é importante reconhecer que o significado de um valor público é o resultado – produto ou consequência – da declaração e de sua implementação. Direitos e medidas judiciais, em conjunto constituem o significado de um valor público.

As críticas que fazemos ao STF são críticas procedimentais, que demonstram a ausência de interesses em resolver a demanda da superlotação carcerária. Entendemos, ainda, que na ADPF 347/15 cabe ao STF garantir o significado dos valores dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais relativos à população carcerária, devendo trabalhar meios para garantir a prevalência desses valores públicos, tendo em vista ser esta a função da Corte, por força do artigo 102 da nossa Constituição Federal.

Da mesma maneira, em relação às pessoas com deficiência asiladas, o aparato procedimental para o julgamento dessa questão deve ser igual, com medidas judiciais que deverão ser implementadas paulatinamente até a superação do estado de coisas inconstitucional. Dessa forma, para que haja a cooperação institucional para o efetivo cumprimento das ordens declaratórias de estado de coisas inconstitucional, serão necessários ajustes na legislação, matéria que será objeto de estudo no tópico seguinte.

3.2 Medidas de aperfeiçoamento do estado de coisas inconstitucional em solo brasileiro

3.2.1 A possível validade do compromisso significativo e análise do Projeto de Lei 736/15

Analisando a construção do julgamento da ADPF 347/15, pelo Supremo Tribunal Federal, temos que a dificuldade da implementação, bem como a ausência de órgão que faça o monitoramento da implementação das decisões emanadas pela Corte, frustram o objeto de mérito da ADPF 347.

A atuação incisiva do STF, frente ao problema estrutural, permite a inclusão da discussão jurídica na agenda política do país, possibilitando maior envolvimento da população com questões que afetam a dignidade de uma parcela da população. Por isso, a atuação do STF “pode mudar a opinião pública sobre o tema, despertar a atenção da sociedade sobre o quadro, colocando o problema na agenda política brasileira” (CAMPOS, 2016, p. 276).

Olhando para o julgamento do caso de deslocamento forçado na Corte Constitucional Colombiana, verifica-se que necessitamos aprender alguns elementos para garantir a efetividade do ECI em solo brasileiro.

Apesar de não tratar sobre pessoas com deficiência, no caso da ADPF 347/15, torna-se modelo paradigmático para resolução do abordado no relatório internacional da Human Rights Watch, pois o aperfeiçoamento da ADPF 347 levará à efetividade de novas situações de ECI no Brasil.

Portanto, um dos primeiros pontos necessários para efetividade das decisões do STF é a retenção da jurisdição, assim como feito na sentença T 025/2004, pois, “retendo jurisdição sobre o problema, o Supremo ou instituição capaz, por ele designada, deve monitorar a fase de implementação de suas decisões” (CAMPOS, 2016, p. 277). Foi retendo a jurisdição que a Corte Colombiana elaborou as *injuctions*, para contornar e resolver o problema do deslocamento forçado.

Já a Corte Constitucional da África do Sul criou um instrumento denominado compromisso significativo, com o objetivo de garantir a participação dos entes envolvidos e da sociedade na efetivação das medidas determinadas pela Corte. A figura do compromisso significativo se mostra como processo de tomada de decisão conjunta em torno de garantir efetividade a situações de ECI, como bem aponta Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior (2015, p. 31):

Importante consignar que o “compromisso significativo” não se confunde com a consulta pública hoje existente, especialmente quando o Poder Executivo pretende ouvir as manifestações da população previamente à edição de atos normativos ou minutas de projeto de lei de matérias complexas. A consulta pública, diferentemente do “compromisso significativo”, não assegura que as manifestações dos cidadãos sejam incorporadas às decisões oficiais, ou aos textos dos atos normativos. No “compromisso significativo”, a premissa básica é de que as decisões sejam tomadas de forma conjunta pelos participantes, pelos representantes do Estado e pelas pessoas afetadas pela ação ou omissão do Estado na implementação de dada política pública.

A existência do compromisso significativo presume a tomada de decisões de forma democrática, possibilitando a participação da população na formulação das políticas públicas necessárias para superação do estado de coisas inconstitucional. Entretanto, o compromisso significativo não pode ser confundido também com técnicas de mediação.

A Corte Constitucional Sul-Africana desenvolveu o instrumento para implementar no país a agenda de direitos humanos junto com a população local,

desenvolvendo um movimento democrático, em um período pós *apartheid*, conforme explicam Katya Kozicky e Bianca Schneider (2019, p. 268, grifo do autor):

a Corte Constitucional desenvolveu o que denomina de *Meaningful Engagement* (“Compromisso Significativo”), estabelecendo a necessidade da celebração de um acordo detalhado entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados, em busca de uma solução compartilhada para o litígio, sob a supervisão do Poder Judiciário.

O compromisso significativo na África do Sul se revelou como importante instrumento para efetividade dos direitos de uma população que sofreu as mazelas do autoritarismo. A técnica, quando aplicada ao ECI, se orienta por caminho de mediação entre a população afetada e o Executivo, por meio de seus órgãos públicos.

A bem da verdade, o compromisso significativo busca o envolvimento da população que está em situação de vulnerabilização pelo ECI, contudo, não compromete os órgãos públicos a seguirem as demandas expostas pela população consultada. Neste ponto, Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior (2015, p. 31) demonstra que o compromisso significativo não pode ser confundido com as técnicas processuais já existentes:

O “compromisso significativo” não se confunde, também, com a mediação, visto que nessa forma alternativa de solução de conflitos, uma terceira parte é chamada, voluntariamente, pelas partes envolvidas para contribuir para a consecução de um acordo na questão objeto da controvérsia.

No Estado Brasileiro, há uma séria complexidade em se tentar instituir o compromisso significativo, por três pontos importantes: o primeiro ponto deriva do ECI ser um processo coletivo e de se tentar dar uma roupagem ao compromisso significativo de Termo de Ajuste de Conduta (TAC), fato que o tornaria ineficiente, pois não trabalharia com a multiplicidade dos órgãos governamentais envolvidos. Em um segundo ponto, a baixa densidade da participação popular atrapalharia o comprometimento dos atores sociais envolvidos na situação de vulnerabilidade. Em um terceiro ponto, a falta da obrigatoriedade em se vincularem as demandas propostas pelos atores sociais à realização pelo Estado, o que inviabilizaria o compromisso significativo no Estado Brasileiro, haja vista que como continua lecionando Vieira Junior (2015, p. 31), o compromisso significativo é algo determinado pelo Poder Judiciário, que presume o intercâmbio entre a comunidade e os poderes envolvidos:

O “compromisso significativo” é um processo determinado pelo Poder

Judiciário, de constante intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, em que as partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, um acordo na formulação e implementação de programas socioeconômicos que afetam comunidades ou grupos de pessoas.

Falta, na população brasileira, maturidade democrática para desenvolver programas socioeconômicos necessários. Olhando para o caso ora estudado, indaga-se, como as pessoas com deficiência asiladas participariam do compromisso significativo? Não haveria condições mínimas para ouvir essas pessoas que estão privadas do convívio social há muitos anos, além de que faltaria representatividade política para as pessoas com deficiência em asilamento.

O Senador Antonio Carlos Valadares, em 2015, apresentou o Projeto de Lei 736/2015, com o objetivo de fazer alterações na Lei 9.882/99 e a Lei 13.105/2015, Lei da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e código de processo civil, respectivamente. A intenção do Senador Valadares foi regulamentar o ECI, trazendo balizas ao controle de constitucionalidade e regulamentando a figura do compromisso significativo no Estado Brasileiro.

O foco deste tópico é a análise da figura do compromisso significativo, pois, entendemos que o ECI nas cortes constitucionais em que foi julgado, tratou-se de figura jurisprudencial, dadas as situações extremas de vulnerabilidades coletivas. Portanto, sendo o ECI remédio estrutural de caráter singular, entendemos desnecessária a regulamentação, visto que não há capacidade jurídica para haver a banalização do instituto.

Pois bem, na tentativa de regulamentar o compromisso significativo, o Projeto de Lei incorporava o artigo 9º - B e 9º - C na Lei 9.882/99. À vista disso, citamos o primeiro artigo para análise detalhada:

Art. 9º-B. Reconhecido o estado de coisas inconstitucional, nos termos do art. 9º-A, o Supremo Tribunal Federal determinará a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos. Parágrafo único. O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada.

O parágrafo único do artigo 9º - A já demonstra a inviabilidade da regulamentação

em solo brasileiro, pois, partimos com o exemplo da ADPF 347/15, que deveria ser composto um conselho de presos para dialogar com os estados, o Governo Federal e o Legislativo, para resolução da superlotação carcerária. Vejamos que a proposta não inclui representatividade, e sim, participação direta dos atores sociais envolvidos.

No caso da ADPF 347, o compromisso significativo seria inócuo ante a falta de representatividade e a impossibilidade de participação da população carcerária. No caso objeto desta tese, novamente a inefetividade seria patente, haja vista diversas patologias que não conseguem a sua vontade ou participar de um consenso deliberativo da natureza que se propõe.

Vemos no projeto de lei do Senador Valadares a tentativa de instituir mecanismo processual que proteja o Estado da declaratória do ECI, violando, inclusive, jurisprudência já sedimentada como a reserva do possível na ADPF 45/2004. O artigo 9º - C e seus incisos demonstram essa proteção do Estado para evitar o combate à situação inconstitucional de vulnerabilidade.

Art. 9º-C. O compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, observará as seguintes diretrizes, para que seja considerado válido e eficaz:

I – observância ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, mediante a preservação de suas competências e prerrogativas constitucional e legalmente fixadas;

II – respeito às balizas orçamentárias previstas constitucionalmente e nas leis que estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, e os orçamentos anuais;

III – respeito às vinculações orçamentárias constitucionalmente fixadas;

IV – respeito à destinação legal dos recursos que integram os fundos da administração pública;

V – compatibilidade com as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;

VI – observância à disponibilidade financeira dos entes federados interessados;

VII – respeito à legitimidade dos Chefes do Poder Executivo na definição de prioridades da ação governamental e à sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional.

§ 1º A inexistência de disponibilidade financeira, de que trata o inciso VI, deve ser objetivamente demonstrada, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal valer-se do auxílio dos órgãos de controle externo e, se necessário, a contratação de perícia especializada para aferir a pertinência das alegações feitas pelo ente estatal competente.

§ 2º A manipulação da situação financeira ou político-administrativa, descrita no § 1º, pela autoridade pública competente, com o objetivo de criar obstáculo artificial à efetivação de preceitos fundamentais em favor dos segmentos populacionais envolvidos, não impedirá a

concretização dos direitos fundamentais pleiteados e será caracterizada como ato de improbidade administrativa de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a ser apurado em processo específico.”

Da leitura do artigo 9º - B, verifica-se que a questão orçamentária se mostra como uma barreira para concretização da efetividade das políticas públicas a serem determinadas pelo Supremo Tribunal Federal, pois, ainda que haja o parágrafo 2º, trata-se de norma aberta de procedimento não estabelecido que obstaculizaria ainda mais a efetividade do remédio estrutural.

Observamos que há uma tendência a tentar evitar o ativismo judicial com o fim de garantir a competência do Poder Executivo para a realização de políticas públicas. Todavia, como já afirmado, o ECI só será declarado quando houver total ineficiência do Estado em promover as políticas públicas adequadas para a preservação dos valores constitucionais e da dignidade humana de seus cidadãos.

Afirmamos a inefetividade da regulamentação e a necessidade do compromisso significativo em solo brasileiro, pois, temos instrumentos processuais adequados para fazer a mediação entre a Corte Constitucional e a população, haja vista que esta mediação é precípua para a concretização das mudanças determinadas pela declaratória de ECI. Neste sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 277), explicando sobre a função do STF no julgamento da ADPF 347/15, argumenta:

Promovendo o diálogo institucional e provocando maior participação popular nos processos decisórios, o Tribunal deve designar a realização de audiências públicas periódicas, com a presença de todas as autoridades públicas envolvidas e de diferentes setores da sociedade civil, máxime os movimentos sociais e as associações de defesa dos direitos dos presos, com o objetivo de verificar o progresso das escolhas dos meios. Com esses remédios estruturais a declaração do ECI pela Corte poderá surtir efeitos diretos e indiretos, instrumentais e simbólicos, em especial a superação dos bloqueios políticos e institucionais e o aumento da deliberação pública sobre o tema da superlotação carcerária e das condições desumanas e cruéis dos presídios, o que, por si só representa valioso ganho democrático.

Este diálogo institucional entre o STF, as autoridades públicas e os setores sociais envolvidos, não precisa de um compromisso significativo para acontecer. A bem da verdade, já temos no ordenamento jurídico pátrio a instituição das audiências públicas como instrumentos eficazes para auxiliarem no monitoramento das decisões constantes da declaratória de ECI.

As audiências públicas são instrumentos eficazes para promoverem tanto o monitoramento quanto a tomada de decisão deliberativa, dando foco no princípio

democrático. A audiência pública, ao promover a participação social no processo decisório empodera os cidadãos, como bem aponta Fernando de Brito Alves (2013, p. 219):

Em todas as modalidades acima descritas, a audiência pública resulta em uma concepção nova de povo/multidão e do seu papel, isso porque não se trata de mera consulta, mas, da possibilidade de interferência positiva que decorre do seu empoderamento e da recuperação do seu poder de agenda.

Nas palavras do referido autor, audiência pública é meio de participação social que devolve a diretriz constitucional do poder ao povo, inserindo-a na agenda de desenvolvimento do país. Referido fato é determinante na formulação de políticas públicas que serão usufruídas pelo povo e pelos setores interessados na superação da vulnerabilidade massiva demandada pelo STF.

Poderia se afirmar que a regulamentação do compromisso significativo e do próprio ECI se trataria de ativismo judicial, entretanto, tal afirmação não se sustenta, haja vista que os instrumentos servem para garantir efetividade ao direito já existente, priorizando a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Renato Bernardi e Ana Paula Meda (2016, p. 21) expõem:

Judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o ativismo judicial, que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz “cria” uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador; quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.

Regulamentar o compromisso significativo e o ECI, como quis o Senador Valadares, demonstra um excesso de zelo para tentar blindar um suposto ativismo judicial que nunca existiu, dado que o ECI é apenas remédio estrutural para corrigir violações constitucionais, como sustentam Bernardi e Meda (2016, p. 21) ”Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito considerado”.

Dessa forma, afirmamos ser desnecessária a regulamentação ou a existência do instrumento de compromisso significativo para garantir efetividade às sentenças declaratórias de ECI. Há, na verdade, a necessidade de se implantar órgãos de monitoramento para garantir a concretização das decisões emanadas pelo STF, objeto de

estudo que analisaremos no próximo tópico.

3.2.2 A necessidade de órgãos de monitoramento para a implementação do ECI

Como vem sendo debatido ao longo desse estudo, o ECI é remédio estrutural que necessita de múltiplas organizações envolvidas para efetividade da cessação da condição massiva de vulnerabilidade que se apresenta perante a Corte Constitucional. O caso T-025 de 2004 é padrão nesse estudo, porque tem se desenvolvido de forma aperfeiçoada dentro do território Colômbiano, dado o comprometimento das partes envolvidas e dos órgãos de monitoramento de cumprimento das fases da sentença.

Por este quesito, continuamos a defender a desnecessidade da regulamentação do compromisso significativo, conforme exposto no tópico alhures, pois, os mecanismos processuais existentes e uma reforma institucional nos órgãos de defesa jurídica da população, poderiam solucionar grande parte dos problemas estruturais existentes no Brasil, inclusive os das pessoas com deficiência asiladas.

Para melhor compreensão do tema que aqui se aborda, faz-se necessário compreender a atitude da Corte Constitucional Colombiana no julgamento e monitoramento do caso T-025/2004. A referida Corte, ao verificar que não havia mecanismos de inclusão das vítimas do deslocamento forçado, intimou o Executivo para definir políticas públicas e prazos necessários para conclusão dessas, de modo a incluir as vítimas dos deslocamentos, como bem aponta Cesar Rodrigues Garavito (2010, p. 133):

El contrario, la orden consistió en pedir a la admin pública que fuera ella la que, en el ámbito de suco hiciera el cálculo de las sumas requeridas para atender la emergencia del desplazamiento. Se trató, por tanto, de un caso clásico de reenvío del problema el Ejecutivo, en el quel poder judicial busca desbloquear el proceso de políticas públicas sin arrogarse el poder de definir los detalles de éstas.

Para não incorrer na grande questão jurídica do ativismo judicial, a Corte Constitucional entregou a formulação das políticas públicas ao Executivo, solicitando apenas um plano e prazo para realização de tais políticas a serem definidas. Esta inversão promove o desbloqueio institucional, de modo a forçar a liberação de investimento orçamentário na questão que estava sendo esquecida pelo poder público.

Nesse sentido, a Corte, ao devolver para o Executivo a concretização da efetividade do direito, obriga o mesmo a destravar dotações orçamentárias represadas

para solução da demanda, como continua ensinando Garavito (2010, p. 134):

En términos financieros, la cifra de 4,7 billones de pesos calculada por el Gobierno es un aumento considerable si se tiene en cuenta que durante el periodo 1995----2004, el Estado invirtió cerca de 1,3 billones de pesos de 2005 para el desarrollo de la política de atención integral a la población desplazada.

A Corte identificou que existia orçamento para uma política de inclusão das vítimas de deslocamento forçado, contudo, este investimento não era utilizado de forma adequada, tornando a política pública deficitária. Com essas características, pode-se afirmar que “o estado não estava apenas executando ou financiando de forma insuficiente uma política pública, mas a própria política pública formulada era deficiente” (CAMPOS, 2016, p. 148).

A existência de uma política pública deficiente por questões orçamentárias, reforça os elementos discutidos quando da análise do programa federal “Viver sem Limites”. A existência da legislação de inclusão social das pessoas com deficiência não afastou a vulnerabilização massiva relatadas pela ONG Human Rights Watch.

Ao olhar o caso dos deslocamentos forçados, conseguimos traçar bases para o julgamento de um ECI frente às pessoas com deficiência asiladas, e teorizar o procedimento a ser utilizado para real inclusão dessas pessoas que vivem em abrigos, hospitais e entidades congêneres.

A sentença T-025/2004, foi dividida em várias partes, dado que “Para além da justificação e formulação das ordens estruturais, a Corte preocupou-se com a ‘sentença em movimento’” (CAMPOS, 2016, p. 152). Quando falamos em teorizar o ECI para a pessoa com deficiência, já podemos identificar que o ECI da ADPF 347/15 está com procedimento errado, e por isso não surtiu efeito em relação à superlotação carcerária nos últimos 5 anos.

É importante frisar que toda demanda que envolva vulnerabilidade massiva de direitos fundamentais é uma demanda primordialmente que trata de questões orçamentárias, pois, se há política pública deficiente, há evidentemente falta de investimentos na referida política pública.

Pensando desta forma, a Corte Constitucional Colombiana, ao priorizar o destravamento de recursos financeiros para as vítimas de deslocamento forçado, induz o Executivo a investir em políticas públicas por ele mesmo formuladas. Neste sentido, Garavito (2010, p. 137-136), esclarece o documento de metas e priorização de recursos

elaborados pelo Executivo colombiano para dar andamento à sentença T/025:

Igualmente, el documento de política pública Conpes 3400 de 2005, titulado “Metas y priorización de recursos presupuestales para atender a la población desplazada por la violencia en Colombia”, sometió a consideración del CNAIPD el esfuerzo financiero y las metas de las entidades del SNAIPD para atender las necesidades de la población desplazada entre los años 1995 y 2005. El documento fue expedido explícitamente para cumplir con los autos de seguimiento, y reconoció que para los años 2005 y 2006, las entidades del SNAIPD destinaron recursos de inversión por un total de 1,3 billones de pesos monto que, como se vio, equivale al total de los recursos invertidos por el Estado en el período 1995-2004. Además, presentó el presupuesto necesario para atender a la población desplazada durante el periodo 2007-2010 y lo calculó en 3970 millones de pesos.

A priorização dada pela Corte Colombiana era para resolver o problema em termos efetivos, haja vista que não teria como declarar o estado de coisas inconstitucional sem que houvesse a implantação jurídica da decisão. Desta forma, os elementos centrais e diferenciais desta demanda foram a retenção da jurisdição, o desbloqueio institucional e a devolução da matéria para que o Executivo criasse a política pública.

Ao olhar a jurisprudência Colombiana, sabemos que erros na importação da tese pelo Estado Brasileiro não podem ser cometidos, sob pena de não resolver a situação demandada, como já visto na ADPF 347/15. Ao analisar a sentença T-025/2004, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 149) afirmou que:

Além de procurar resolver de imediato o caso dos demandantes, a Corte proferiu decisão interferindo na elaboração do orçamento público exigindo atenção especial na destinação dos recursos para o auxílio e atenção à população deslocada.

Apesar da sentença proferida na Corte Colombiana ocorrer em movimento e se prolongar durante os anos, era questão primordial que o Executivo começasse a dar andamento em situações e políticas que pudessem culminar na superação do estado de coisas inconstitucional. A sentença em movimento e o monitoramento servem para garantir o objetivo final da declaratória do ECI, que não é apenas a efetividade do direito, mas também, a total superação do estado de inconstitucionalidade, desenhando uma efetiva política pública para resolução da situação levada à Corte.

Importa esclarecer que o sistema judiciário Colombiano não tem a Defensoria Pública do Estado e a Defensoria Pública da União, como existe em solo brasileiro. Na Colômbia existe a Defensoria del Pueblo, órgão que tem como missão assessorar a população nas demandas convencionais, e também, fiscalizar as instituições públicas,

como está delineado na parte institucional de seu sítio eletrônico:

De esta manera se constituye en autoridad estatal, cuya misión consiste en el control de la actividad de la institucionalidad pública y de algunos particulares a quienes se les ha delegado funciones de carácter público, respecto de los derechos fundamentales y las garantías para ejercerlos, para lo cual se le ha surtido de procedimientos flexibles, informales y expeditos para desempeñar sus acciones y tareas. La finalidad del ente Defensorial es la protección de los derechos humanos y de las libertades de todas las personas frente a actos, amenazas o acciones ilegales, injustas, irrazonables, negligentes o arbitrarias de cualquier autoridad o de los particulares. La Defensoría del Pueblo se instituye, entonces, como el organismo tutelar de los derechos y garantías de los habitantes del territorio nacional como de los Colômbianos residentes en el exterior (DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2021, p. 1).

A finalidade da Defensoria Colombiana é ampliada frente às finalidades das Defensorias do Brasil, isso pois, além da propositura de demandas, a Defensoria Colombiana tutela e fiscaliza os direitos dos cidadãos, tornando-se importante órgão que complementa a garantia das decisões estruturais da Corte Constitucional. O trabalho conjunto de todos os órgãos envolvidos assegura a garantia de que haverá uma mudança política em relação à situação de violação massiva de direitos fundamentais.

Vislumbra-se que o Juiz Constitucional transformador necessita dos órgãos de monitoramento para que suas decisões sejam estendidas ao mundo fático real. Decisões estruturais como a do deslocamento forçado, da superlotação carcerária, e de um eventual ECI em relação às pessoas com deficiência asiladas, demandam alteração política para haver concretude.

Nesse sentido, “o objeto da medida estrutural não é utilizar a “violação no sentido implícito no princípio determinante, mas eliminar a ameaça imposta pela organização aos valores constitucionais” (FISS, 2017, p. 71).

A mudança de hermenêutica no litígio estrutural é clara, não poderia a Corte Constitucional apenas declarar o ECI se utilizando de astreintes para aguardar a efetividade da decisão, pois seria necessário que houvesse “*uma longa manus*” que fiscalize a implantação do quanto determinado pela Corte Constitucional, tarefa esta da Defensoria Del Pueblo junto com os demais atores sociais envolvidos.

Dessa forma, uma evidente configuração da Defensoria Colombiana é que esta, juntamente com as procuradorias, atua com função de Ministério Público, conforme escrito em sua missão institucional:

Junto con la Procuraduría General de la Nación y las personerías municipales, la Defensoría del Pueblo hace parte de lo que se denomina el Ministerio Público, y se constituye, como ya se señaló, en la entidad rectora de la defensa, promoción, protección y divulgación de los derechos humanos (DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2021, p. 1).

A constituição de uma Defensoria que consegue defender os direitos do cidadão em âmbito nacional favorece a fiscalização do cumprimento das ordens dos litígios estruturais. A Defensoria Colombiana, além de fazer essas fiscalizações, trabalha também com direitos humanos, como devidamente instituído em sua Lei Orgânica, demonstrando que o órgão nacional pode internacionalizar e/ou defender direitos internacionalizados.

O Decreto Oficial Colômbiano nº 25 de 2014 traz em seu artigo 2º o objeto da Defensoria Del Pueblo, demonstrando que esta deve defender direitos fundamentais e direitos humanos:

Artículo 2º. OBJETO. La Defensoría del Pueblo es la institución responsable de impulsar la efectividad de los Derechos Humanos mediante las siguientes acciones integradas: promover, ejercer, divulgar, proteger y defender los Derechos Humanos y prevenir sus violaciones; fomentar la observancia del Derecho Internacional Humanitario; atender, orientar y asesorar en el ejercicio de sus derechos a los habitantes del territorio nacional y a los Colômbianos en el exterior; y, proveer el acceso a la administración de justicia, en los casos señalados en la ley (COLÔMBIA, 2021, p. 01).

O objeto central de defesa da Defensoria Colombiana é a efetividade de direitos humanos e a observação dos mesmos direitos para garantir que, nacionalmente, estejam sendo respeitados os direitos assumidos pela nação Colombiana internacionalmente. Aquela Defensoria é órgão central para garantia das decisões da Corte Constitucional, haja vista que o seu objeto de trabalho é a garantia de efetividade.

São duas as questões a serem trabalhadas em solo brasileiro: uma reforma legal na Lei Orgânica da Defensoria Pública da União e uma via alternativa que possa unificar as Defensorias quando da existência de litígios estruturais no STF.

Se esses pilares não forem trabalhados, teremos a inefetividade de um ECI brasileiro e o consequente arquivamento da ADPF 347/15 por ausência de órgão que possibilite a superação do ECI com o objetivo final que é o desenho da política pública necessária àquela superação.

Mostra-se inegável a necessidade de comparar a formação da Defensoria Colombiana, com a formação da Defensoria Pública da União, importando ressaltar que a DPU Brasileira não tem como objeto central a preocupação com a efetividade de direitos

humanos e a fiscalização de instituições públicas, como ocorre com a Defensoria del Pueblo. A lei organizacional da Defensoria Pública da União (Lei complementar 80/94) demonstra em seu artigo 1º o objeto de trabalho desta instituição, trazendo evidentes entraves quando comparada com a instituição Colombiana:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

A comparação dos objetivos das duas Defensorias demonstra como estão diametralmente opostos os objetivos da Defensoria Brasileira com os da Defensoria Colombiana, impossibilitando que a DPU consiga estabelecer o monitoramento e garantir a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de populações que estão em situação de vulnerabilidade massiva de sua dignidade.

Por meio da Lei Complementar nº 132^a, a Lei Orgânica da Defensoria Pública da União teve uma alteração substancial no ano de 2009, incluindo o artigo 3º A. Entretanto, a questão que podemos afirmar é que a inclusão do referido artigo apenas trouxe para à Lei os objetivos fundamentais da República do artigo 3º da Constituição Federal, não objetivando grandes diferenciações que possibilitem colocar a DPU no combate à inefetividade de direitos humanos e fundamentais em solo brasileiro.

De acordo com a alteração promovida, apesar de ter havido uma sensível alteração nos objetivos da DPU, essa alteração não se mostrou significativa:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Conforme já amplamente exposto e dissecado o tema dos litígios estruturais, temos que o ECI é procedimento de múltiplos atores envolvidos, no qual o Juiz se posiciona contra uma burocracia institucional, adjudicando valores públicos, de forma a

garantir a transformação na realidade social. Por isso, sustenta-se aqui a necessidade de uma alteração legislativa que garanta que a Defensoria Pública da União possa fiscalizar a implantação da sentença em movimento, ou seja, a macrosentença dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Esclarecemos que a regionalização do país e federalização das instituições não pode se tornar obstáculo para o monitoramento das decisões judiciais emanadas pelo STF em litígios estruturais. Sempre lembrando que esses litígios visam a alteração da realidade social e, no caso que aqui se estuda, a inclusão em todos os níveis das pessoas com deficiência asiladas. Owen Fiss (2017, p. 68) explica que a reforma estrutural tem o objetivo de alterar a realidade social:

A reforma estrutural é fiel a essa função e adapta a forma tradicional do processo judicial à realidade social em transformação – o domínio da nossa vida social pelas organizações burocráticas.

Adaptando a Defensoria Pública da União aos objetivos da Defensoria Colombiana, sugerimos, por meio de Lei Complementar, a inclusão do artigo 3º B determinando que:

Em caso de litígios estruturais a Defensoria Pública da União zelará pelo efetivo cumprimento das ordens emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, garantindo o envio para o Tribunal de relatórios, em relação ao efetivo cumprimento pelos poderes públicos.

Importa esclarecer ainda que os entraves federativos não podem ser obstáculo para o monitoramento da macrosentença, desta forma, é necessário reconhecer que a Defensoria Pública da União não tem competência material para atuar em questões estaduais, e a capilarização das Defensorias Públicas Estaduais pode dificultar a fiscalização das ordens emanadas pelo STF.

Com o objetivo de formar um sistema de monitoramento que consiga garantir a efetividade do processo estrutural, nos moldes da doutrina de Owen Fiss, mostra-se pertinente a realização de um convênio entre a Defensoria Pública da União e as Defensorias Públicas Estaduais, de modo que dentro do litígio estrutural e apenas dentro do litígio, estes órgãos públicos atuem de forma cooperativa, como se fossem apenas um.

O que estamos identificando é a existência de vários ECIs no Estado Brasileiro, contudo, não há formação da sistemática processual para julgamento destes casos estruturais. A mera constatação de uma necessidade de uma política pública não reduzirá a violação massiva de direitos fundamentais de uma determinada população, por isso a

implantação de um órgão nacional de monitoramento se faz tão necessária. Nesse sentido, a Lei Orgânica da DPU já prevê a possibilidade desses convênios, especificamente em seu artigo 14, parágrafo 1º:

Art. 14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

§ 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição referidos no caput, no desempenho das funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 98, de 1999).

A possibilidade estabelecida no artigo 14 abre caminho para direcionar nosso estudo na fixação de um termo de convênio entre Defensorias com o objetivo de sanar a violação massiva de direitos fundamentais em todo território nacional. Por isso, mostra-se necessária a edição, por meio de Lei Complementar, do artigo 14-B, que deverá dispor “para fins de execução do porposto no artigo 3º-B a Defensoria Pública da União deverá estabelecer convênios com as Defensorias Públicas Estaduais, submetendo estes ao Supremo Tribunal Federal para fins de monitoramento das decisões estruturais”.

A justificativa da necessidade desse convênio é a inexistência de órgãos unificados que possam monitorar a superação parcial ou total do estado de coisas inconstitucional. Pois bem, a ADPF 347/15 é exemplo de ingerência judicial por inexistirem órgãos de monitoramento. Neste caso específico, as penitenciárias superlotadas são federais e estaduais, devendo, perante o STF, serem monitoradas por um só órgão, ou pelo menos por um convênio que tenha uma única representação.

A inclusão desses novos objetivos na Lei Orgânica da Defensoria Pública da União permite, além do monitoramento das etapas da sentença estrutural, a discussão no âmbito do STF do controle de convencionalidade, objeto de estudo do próximo tópico.

3.2.3 O controle de convencionalidade em relação a situações que demandam o ECI

Conforme temos observado, a inclusão da expressão “direitos humanos” na Lei Orgânica da Defensoria Pública União, oportuniza a defesa de direitos internacionalmente protegidos, que podem estar sendo violados dentro do âmbito interno do Estado. A partir dessa consideração, torna-se evidente que todos litígios estruturais

violam precedentes de direito internacional, como por exemplo, ADPF 347/15 viola o pacto de San José da Costa Rica, a Declaração de Direitos Humanos, entre outros tratados internacionais.

A importância do recorte epistemológico em relação aos Direitos Humanos se resume em garantir que a ordem jurídica internacional seja respeitada quando o Estado Brasileiro ratifica tratados de determinada matéria. Por isso, importa esclarecer que há uma evidente diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, aqueles relativos aos direitos positivados na Constituição Federal, “enquanto a expressão direitos humanos costuma ser empregada em referência aos direitos reconhecidos pela ordem jurídica supranacional, [...]” (OLSEN, 20103, p. 31).

Pode-se verificar também que, em solo Colombiano, a questão não é diferente. Todos os ECIs versaram sobre questões humanitárias que são reconhecidas na ordem jurídica internacional. O caso 153/08, estudado em tópico anterior, relativo ao deslocamento forçado de pessoas, confirma a tônica que ora defendemos. Naquele caso, a Organização das Nações Unidas ingressou no processo e modificou a jurisprudência Colombiana, como bem aponta Cesar Rodriguez Garavito (2010, p. 180):

Los diagnósticos sobre la falta de participación efectiva de las víctimas y los llamados a garantizarla han sido una constante desde la expedición de las primeras políticas y normas sobre el desplazamiento, a mediados de los años noventa. Por ejemplo, la Ley 387 de 1997 creó mecanismos de participación para esta población en el CNAIPD y los comités territoriales. En la práctica, sin embargo, estas normas tuvieron escasa aplicación. Esto sucedió a pesar de que, por la misma época, la obligación de involucrar a la población desplazada fue reforzada por los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la ONU que, como vimos, fueron incorporados rápidamente por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

O que se verifica é o contraste de normas internacionalmente assumidas e a realidade prática interna do Estado. Tal fato pode ser facilmente percebido em relação às pessoas com deficiência asiladas, dado que a autonomia e a inclusão são princípios centrais da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, da qual o Brasil é signatário, e tem status de Emenda Constitucional em decorrência de sua ratificação pelo Decreto Legislativo 186/08.

Questões relativas a direitos humanos são objetos de controle de constitucionalidade, mas também devem ser objetos de controle de convencionalidade, de modo a comparar a legislação e as práticas nacionais com os compromissos assumidos pelo Estado na ordem jurídica internacional. Neste sentido, Sidney Guerra (2017, p. 05-

06) contrasta a diferença entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade:

O controle de convencionalidade tem recebido atenção especial nos estudos da atualidade, com repercussões nas decisões dos tribunais de vários países. Tal controle diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade).

Dentro de Estados que ratificam tratados internacionais, assim como o Brasil, a existência do controle de convencionalidade se mostra como uma ferramenta de suma importância a garantir que a dignidade da pessoa humana seja respeitada. Este instrumento permite a adequação de práticas internas a uma legislação que preserva acima de tudo a dignidade, garantindo um respeito integral ao cidadão. Sidney Guerra (2017, p.

06) explica a utilidade do instituto:

Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção.

Toda questão estrutural é uma questão inconstitucional e inconveniente, pois, para alcançar a necessidade de se declarar um ECI, deve-se demonstrar a precariedade de políticas públicas que garantam a dignidade das pessoas envolvidas no litígio estrutural. Não se trata apenas de uma questão de efetividade de direitos fundamentais, trata-se de um colapso em relação ao ordenamento jurídico constitucional e aos tratados internacionais.

A questão dos deficientes que se encontram em asilamento, demonstra a gravidade desse sistema de direitos colapsado, que não garante nem a própria liberdade de expressão da pessoa com deficiência em idade adulta e, mesmo algumas dessas pessoas tendo acesso a alguns direitos fundamentais, não tem controle sobre sua autonomia e seu próprio corpo, como bem aponta o relatório internacional da Human Rights Watch:

Funcionários das instituições visitadas pela Human Rights Watch também mantêm o controle sobre os horários e as escolhas pessoais dos residentes. Por exemplo, a Human Rights Watch perguntou a um homem de 29 anos com deficiência física e que estuda em uma universidade sobre o controle sobre sua rotina na instituição. Em relação aos horários de dormir, ele disse que não tinha escolha a não ser

obedecer aos funcionários. "Eu tenho que ir para a cama quando eles me mandam", disse ele. A Human Rights Watch tentou entrevistar adultos com deficiência nessa instituição, mas um funcionário se referiu a residentes adultos como se fossem crianças: "Pra que você vai conversar com as crianças diretamente? Elas não são responsáveis por si mesmas, nós somos. Você deve falar conosco, não com elas". Em uma instituição em São Paulo, a Human Rights Watch conversou com dois residentes que concordaram em participar da entrevista, mas uma diretora administrativa interveio e encerrou a conversa. Ela disse: "Eles são pessoas com deficiência, você não pode considerar tudo o que eles dizem como verdade." Ela se recusou a reconhecer o consentimento que eles deram à entrevista como válido, dizendo que apenas a direção da instituição pode dar tal autorização.

As práticas institucionais verificadas nas instituições demonstram a incompatibilidade do sistema jurídico de proteção nacional e internacional e a realidade brasileira. Um sistema de direitos colapsado é um sistema com uma falha estrutural tão profunda que não consegue garantir o mínimo de dignidade aos cidadãos, por isso, o controle de convencionalidade é ponto fundamental para que se discuta a declaração do ECI dentro do litígio estrutural.

A análise dos tratados internacionais assumidos pelo Estado permite que a Corte Constitucional faça de forma interna o controle de convencionalidade, ou que este seja feito por tribunais internacionais, dado que "o controle de convencionalidade constitui-se de uma espécie de controle de constitucionalidade que adota como parâmetro os tratados internacionais" (RUSSOWSKY, 2017, p. 62).

O estudo do ECI só existe porque evidentemente há o descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos. Sem adentrar no mérito da teoria monista ou dualista, é necessário esclarecer que, ao analisar o ECI, a Corte Constitucional tem o dever de garantir as normas internacionais ratificadas pelo Brasil. Nesse sentido, Sidney Guerra (2017, p. 07), demonstra a competência de matéria que a Corte Constitucional tem para zelar pelo cumprimento das obrigações internacionais em relação aos direitos humanos:

Com isso, a Corte tem competência *ratione materiae* para utilizar o controle de convencionalidade, cujo objetivo é de verificar o cumprimento dos compromissos estabelecidos pelos Estados que fazem parte desta Convenção, já que ela tem o dever de proteção internacional sobre os direitos humanos.

A bem da verdade, a Corte Constitucional também funciona como um órgão de monitoramento quando a questão se relaciona com o cumprimento dos deveres internacionais. Partindo do pressuposto que, ao declarar o ECI a Corte Constitucional não faz somente um movimento de controle de constitucionalidade, mas também, de controle

de convencionalidade, fica claro que o resultado prático da declaratória é o desenho de uma política pública, o que demonstra também que o Estado está tendo uma postura constitucional e convencional.

Tal fato poderia justificar a retenção de jurisdição pela Corte Constitucional Colombiana, haja vista que, ao mesmo tempo que a Corte declara o ECI, também monitora a convencionalidade das normas assumidas pelo Estado Colômbiano. A questão se torna relevante, pois, se o Supremo Tribunal Federal tivesse realizado referido controle no caso *Damião Ximenes Lopes*, a situação não precisaria ter chegado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda que naquele caso não houvesse a ratificação da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, a violação existente era incompatível com a Declaração Universal de Direitos Humanos, possibilitando o controle de convencionalidade concentrada - pela Corte Interamericana -, assim como foi realizado. Sergio Guerra (2017, p. 08) explica sobre a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

O órgão que possui competência jurisdicional para realizá-lo no sistema Humanos americano é Corte Interamericana de Direitos e se apresenta como uma espécie de “controle concentrado de convencionalidade”, pois por meio de uma sentença judicial proveniente de um caso concreto, seus efeitos geram modificação, revogação ou reforma das normas ou práticas internas em benefício dos direitos da pessoa humana.

Contudo, quando afirmamos que o STF pode realizar o controle de convencionalidade, estamos identificando que o ECI permite que referido controle, que era feito em tribunal externo, possa ser feito de ofício dentro do sistema jurídico interno, ampliando a competência da Corte Constitucional, que vai exercer um controle de convencionalidade difuso.

A convenção de direitos da pessoa com deficiência, ao ser compatibilizada com a situação do relatório internacional “Eles ficam até morrer”, permite que o STF faça o controle de convencionalidade ao declarar o ECI, de formas a desbloquear os entraves institucionais que geram indignidade às pessoas com deficiência. A competência de fazer a convencionalidade de ofício se torna uma obrigação para os tribunais internos, no caso do Brasil o STF, como afirma Iris Saraiva Russowsky (2017, p. 71):

[...] quando um Estado ratificou um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus juízes também estão

submetidos à ela, o que gera a obrigação dos mesmos garantirem o efeito útil da Convenção, assim, os órgãos do poder judiciário devem não só exercer o controle de constitucionalidade das leis, como também o controle de convencionalidade, inclusive ex officio, entre as normas internas e a convenção.

A submissão dos tribunais internos e de seus juízes às convenções internacionais ratificadas pelo Estado, foi pacificada no considerando 225 do caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México*, em 2010, quando a Corte Internacional de Direitos Humanos decidiu a obrigatoriedade de garantir os tratados internacionais ratificados pelo Estado. Especificamente sobre este considerando, Iris Saraiva Russowsky (2017, p. 76-77) explica a vinculação do Estado às Convenções Internacionais:

No considerando 225, houve manifestação da Corte no sentido dos juízes e autoridades internas estarem submetidos à lei, mas quando se submetem à um tratado internacional, como à Convenção Americana, seus órgãos e seus juízes também estarão obrigados a zelar pelos seus efeitos. Além disso, a Corte reafirma o entendimento de que os juízes e órgãos estão obrigados a exercer o controle de convencionalidade ex officio.

A razão de estudar o controle de convencionalidade se justifica porque há uma real incompatibilidade entre a situação dos deficientes asilados e a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificada pelo Brasil. A bem da verdade, o ECI que se apresenta é também uma situação patente de inconventionalidade, porquanto o colapso do sistema de políticas públicas e a inclusão são resultado de um desrespeito contínuo à legislação internacional ratificada pelo Estado.

Conforme já explanado, a necessidade de políticas públicas em atenção às pessoas com deficiência asiladas só pode ser resolvida pelo litígio estrutural, não havendo outra hipótese, senão o ECI, que conduza os deficientes asilados à inclusão social. É ausente no sistema processual brasileiro qualquer ação que possibilite uma tomada de decisão tão significativa que possa romper os bloqueios institucionais existentes.

Todavia, é necessário estudar quais as políticas públicas necessárias que possam resolver a situação desta população com deficiência. O STF, juntamente com os órgãos estatais, podem viabilizar estas políticas, garantindo a superação da patente inconstitucionalidade demonstrada pelo relatório internacional.

Desse modo, este é o objeto de estudo que aprofundaremos no próximo capítulo, buscando viabilizar a efetividade do ECI para inclusão social dos deficientes asilados.

4 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INCLUSÃO EFETIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ASILADAS

No presente capítulo, buscaremos analisar e sugerir políticas públicas que tenham o condão de superar a situação de estado de coisas inconstitucional frente às pessoas com deficiência que se encontram asiladas, partindo do pressuposto da necessidade do desenho de uma política pública adequada para superação do ECI.

Abordaremos, ainda, questões de interpretação e aplicação do Direito que garantam a realização do sistema necessário para a devida superação da inconstitucionalidade.

4.1 A implantação de residências terapêuticas por meio do Sistema Único de Saúde

Conforme extensamente argumentado nos capítulos 1 e 2, a deficiência se constitui a partir de modelos, e também por paradigmas que, associados a esses modelos, condicionam a cultura social em relação às patologias. O modelo médico, ainda que descontextualizado da legislação vigente, está arraigado no imaginário social, sugerindo a deficiência ser uma forma de incapacidade e, por esta razão, os indivíduos deficientes serem intelectualmente inferiores às demais pessoas.

Em razão desta confusão social sobre o que é deficiência, a deficiência intelectual, principalmente, tornou-se sinônimo de loucura, abrindo caminho para institucionalização que culminou na situação demonstrada pelo relatório internacional ora estudado. Uma das alternativas brasileiras foi a criação das residências terapêuticas, para desinstitucionalizar as pessoas com deficiência que estavam em internação de longa permanência. Nesse sentido, Neulma Pinheiro de Carvalho (2014, p. 05), explica a fundamentação da criação das residências terapêuticas:

As residências terapêuticas foram criadas dentro da perspectiva do Sistema Único de Saúde (SUS) e são moradias na comunidade destinadas às pessoas com transtornos mentais que não têm laços familiares e nem suporte social. Assim, essas moradias são ocupadas, na maioria das vezes, por pessoas egressas de internações psiquiátricas de longa permanência (dois anos ininterruptos ou mais).

A intenção da criação das residências terapêuticas foi garantir a desinstitucionalização dos deficientes, de modo que não houvesse situações como as

apontadas pelo relatório internacional, sendo importante reconhecer que a política pública dessas residências é voltada, especificamente, para questões de saúde mental, conforme exterioriza Neulma Pinheiro de Carvalho (2014, p. 01):

Fundamentada no movimento de Reforma Psiquiátrica, a Lei 10.216, sancionada em 06 de abril de 2001, redireciona a assistência à pessoa em situação de sofrimento mental e dispõe sobre a sua proteção e direitos. Merece destaque o direito ao “acesso ao melhor tratamento do serviço de saúde, consentâneo às suas necessidades” A pessoa assistida em serviços de saúde mental deve ser considerada em sua integralidade, para que sejam garantidos seus direitos estabelecidos nesta lei, nas leis orgânicas do SUS e na Constituição Federal. Desde então, prioriza-se a desinstitucionalização que visa transformar as relações de poder entre as instituições e os sujeitos, entre quem cuida e é cuidado, restituindo os direitos e as capacidades, a interlocução, a escuta e o respeito, mudando progressivamente o estatuto jurídico e social do paciente.

A residência terapêutica surge como uma tentativa de libertar as pessoas encarceradas em razão de suas patologias. A bem da verdade, qualquer política pública demanda investimento estatal e organização multisetorial.

Nesse passo, podemos verificar que o surgimento dessas residências é anterior à Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência e ao próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, de 2015. Teoricamente, a existência de uma política pública anterior à legislação especializada sanaria o problema relatado pela Ong Human Rights Watch.

Importa observar que as residências terapêuticas, como as existentes no Brasil, estão longe de serem modelos absolutos de desinstitucionalização, a bem da verdade, essas moradias não garantem a preservação da autonomia da pessoa com deficiência. Neste sentido, o relatório da Human Rights Watch (2018, p. 68-69) identifica esta problemática:

O programa de residência inclusiva tem o potencial de ajudar pessoas com deficiência atualmente sob cuidados de instituições a adquirirem as habilidades e autonomia necessárias para deixarem as instituições, viverem de forma independente e exercerem controle sobre suas próprias vidas. No entanto, elas não devem ser vistas como uma solução definitiva e adequada por si mesmas. O Comitê da CDPD tem reiterado que lares pequenos, como as residências inclusivas do Brasil, ainda são uma forma de institucionalização que segrega pessoas com deficiência e limita a autonomia pessoal, não podem ser confundidas com alternativas de moradia independentes.

Contudo, o que vemos no panorama atual da pessoa com deficiência, além da existência da institucionalização, é a banalização dos direitos fundamentais básicos e da

dignidade da pessoa humana aliados à uma falta de compromisso das instituições públicas com a legislação nacional e internacional vigentes. Tais fatos possibilitam o desenvolvimento de um sistema jurídico de inclusão, bem como um sistema jurídico especializado de direitos da pessoa com deficiência, como pretende a Lei 13.146/15.

Da constatação do ECI em relação às pessoas com deficiência asiladas, podemos verificar que a situação que ganha projeções internacionais atuais já existia na década de 80, quando o psiquiatra Franco Basaglia conheceu o Hospital de Barbacena. Nesta época, “Franco Basaglia visita o Brasil e conhece o Hospital; demonstra perplexidade com o quadro da instituição e compara-a a um campo de concentração nazista” (FASSHEBER; VIDAL, 2007, p. 198). A constatação do psiquiatra Bassaglia deu início, no Brasil, ao movimento da reforma psiquiátrica, com vias a desmontar os manicômios e sanatórios existentes no Estado Brasileiro.

Foi com a reforma psiquiátrica que ocorreu em todo o mundo que surgiram as residências terapêuticas, casas que aprimoram o serviço de saúde mental e priorizam a autonomia do paciente com deficiência intelectual. Neste sentido é a explicação de Vanessa Barreto Fassheber e Carlos Eduardo Leal Vidal (2007, p. 196):

Em todo o mundo, a reforma psiquiátrica foi concebida como um processo que envolve duas dimensões: a diminuição de leitos nos hospitais psiquiátricos e o desenvolvimento de um serviço de saúde mental comunitário adequado, incluindo a infra-estrutura residencial e de serviços e o atendimento dos pacientes por equipes multidisciplinares. Na segunda dimensão desse processo, situam-se os serviços residenciais terapêuticos (também conhecidos por residências terapêuticas), modalidade substitutiva de atendimento que se destina a abrigar pacientes egressos de longas internações em instituições psiquiátricas.

O surgimento dessas residências demonstra a tentativa do Estado em garantir a reinserção da pessoa com deficiência institucionalizada ao seio social, contudo, permite ao mesmo tempo colocar todas as deficiências, inclusive as intelectuais, como problema de ordem psiquiátrica. O Hospital Colônia de Barbacena é o grande resumo do que acontece nas instituições Brasil à fora, as quais a ONG internacional visitou e relatou as inconstitucionalidades com as pessoas com deficiências.

As residências terapêuticas surgem, nesse aspecto, como tentativa de alterar o paradigma de institucionalização, de modo a permitir uma dinâmica social mais inclusiva para os deficientes desinstitucionalizados. Conforme já explicitado, a formação das residências terapêuticas surgiu como resposta à condenação do Brasil pela Corte

Internacional de Direitos Humanos, no caso Damião Ximenes Lopes.

A concretização dessas residências se deu por meio de portaria emitida pelo Ministério da Saúde, no ano de 2004, como bem aponta Neuma Pinheiro de Carvalho (2014, p. 05):

No entanto, em 2004, iniciou-se o estímulo para a criação desses serviços, por meio da Portaria 2068/2004, a qual foi substituída pela Portaria 246, em 2005. Esse estímulo foi previsto, em ambas as portarias, por meio da instituição de incentivo financeiro de dez mil reais – valor para ser aplicado na melhoria e/ou implantação de residências terapêuticas nos municípios. O repasse é feito em parcela única e não onera os tetos estaduais e municipais, visando à consolidação da rede extra-hospitalar de atenção à saúde mental em todas as unidades da Federação. Já em 2011, a Portaria 3090 classificou os serviços residenciais terapêuticos em tipo I e tipo II e, diante dessa classificação, redefiniu as diretrizes de funcionamento e o incentivo financeiro para cada um deles.

A primeira constatação que se pode retirar é que a implantação da residência terapêutica, apesar de ser uma política pública extra-hospitalar, demanda um investimento que parece, a nosso ver, pequeno em razão do dinheiro já contingenciado para tratar da inclusão da pessoa com deficiência. Notadamente, o que se tem é a confusão entre doença psiquiátrica e pessoa com deficiência, confusão essa que agrava a inconstitucionalidade da situação das pessoas com deficiência asiladas.

Uma segunda constatação, que aprofunda o estado de inconstitucionalidade, é a verificação das residências terapêuticas como única alternativa ao asilamento das pessoas com deficiência, aparentando que este asilamento decorre de patologias necessárias de serem hospitalizadas. Pois bem, a diferenciação entre residências terapêuticas do tipo I e do tipo II se dá em razão da gravidade da limitação apresentada pelos deficientes desinstitucionalizados. Nesse sentido são os apontamentos de Neuma Pinheiro de Carvalho (2014, p. 05-06):

A residência terapêutica classificada como tipo I destina-se às pessoas que estão em processo de desinstitucionalização e nela podem residir até oito pessoas que devem ser referenciadas por um cuidador, o qual é acompanhado por uma equipe técnica de saúde mental que tem a responsabilidade de estabelecer projetos terapêuticos individualizados para os moradores. Tanto esses projetos como os cuidados prestados por esse(a) cuidador(a) de referência devem fundamentar-se na (re)estruturação da rede social desses moradores por meio do trabalho, da educação, do lazer e de outras estratégias existentes na comunidade, as quais favoreçam a reabilitação psicossocial desses sujeitos. Já as residências classificadas como tipo II acolhem pessoas (mínimo de quatro e máximo dez moradores) com maior grau de dependência,

resultante, sobretudo, de comprometimentos físicos que exigem a prestação de cuidados contínuos. Nessa classificação, o cuidado é prestado por aproximadamente cinco cuidadores (em regime de escala de trabalho) e um técnico de enfermagem, que trabalha diariamente; esses profissionais também são acompanhados por uma equipe técnica de referência em saúde mental que estabelece um projeto terapêutico durante o processo de desospitalização de cada morador.

A grande questão elucidativa é que as residências terapêuticas funcionam como um braço hospitalar fora do hospital psiquiátrico, dando a entender que a pessoa com deficiência precisa se reabilitar para conviver em sociedade. O que se busca não é apenas criticar a política pública de implantação de residências terapêuticas, mas sim, constatar que esta política pública esconde uma falha estrutural do Estado Brasileiro, qual seja: a ausência de rede de saúde básica e assistência social para a pessoa com deficiência.

Dentre os entrevistados pela Human Rights Watch, encontra-se Leonardo Barcellos, que já fora citado neste trabalho, contudo, merece citação novamente, pois sua internação se deu dada a falta de assistência para a mãe de Leonardo ter possibilidades de criar e conviver com o seu filho em sua residência. Nesse sentido, “Celia Barcellos, uma mulher que vive no Rio de Janeiro, disse à Human Rights Watch que gostaria de criar em casa seu filho Leonardo, agora com 25 anos, mas não conseguiu por razões financeiras” (HRW, 2018, p. 59).

A institucionalização de Leonardo se deu exclusivamente pela falha estrutural no sistema de direitos das pessoas com deficiência no Brasil, ao passo que as residências terapêuticas podem agravar, ou fazer permanecer este problema. A falta de assistência social e saúde básica foram motivos determinantes que cessaram os direitos à educação de Leonardo e de uma convivência social inclusiva. Suas diferenças não eram o problema, mas sim, a falta de investimentos do Estado. Esse é o teor da entrevista concedida por Célia Barcellos à ONG internacional:

Eu sofri profundamente quando Leonardo teve que ser transferido à instituição quando completou 15 anos – mas eu não tinha alternativa. [...] O Estado não me dá nenhum apoio e não tenho direito a receber o BPC porque ganho mais que o salário mínimo. Tem sido muito difícil para nós. Leonardo teve que abandonar a escola porque as autoridades disseram que não podiam prestar assistência durante o dia, e que eu tinha que ficar com ele durante o horário escolar se ele quisesse continuar estudando. Eu tenho que trabalhar e não conseguia fazer isso, então ele só conseguiu terminar o primeiro ano do ensino médio. (HRW. 2018, p. 59)

A falta de estrutura de políticas públicas para pessoas com deficiência levaram

Leonardo à institucionalização, conforme demonstrado pela fala da mãe de Leonardo. Isso demonstra a falha estrutural de todo o sistema, que obstaculiza o acesso à educação, à convivência familiar, ao emprego e aos demais direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Diante dessa situação específica, podemos esclarecer que o ECI, em relação a essas pessoas, não surge apenas pelo abandono de familiares, mas também, pelo abandono do Estado em relação à população com deficiência.

Dentro de uma lógica, pode-se afirmar que o asilamento existe, pois não há condições necessárias para que as famílias cuidem de seus entes com deficiência.

As residências terapêuticas não são a única política pública de desinstitucionalização das pessoas com deficiência, todavia, é uma alternativa de libertação de um sistema corrompido pelo sofrimento humano e pela indignidade de seus usuários. Quando se refere à reforma psiquiátrica, que é o centro da temática da criação das residências terapêuticas, Paulo Delgado (2013, p. 229) afirma:

O maior problema ainda é de aceitação da dificuldade do outro. A reforma psiquiátrica é de certa forma, abolição da escravidão do doente mental, seu fim como mercadoria de lucro dos hospitais fechados, da exploração do sofrimento humano com objetivos mercadológicos.

É nessa escravidão que se encontram as mais de 5.250 pessoas analisadas pelo relatório internacional, contudo, este reduativismo biológico, que coloca todas as deficiências no mesmo lugar, impede o avanço da legislação e de políticas públicas de inclusão social.

Dessa forma, estudar as residências terapêuticas é a mesma coisa que estudar a desinstitucionalização de pacientes psiquiátricos, e necessitamos estudar esta política como política geral para desinstitucionalização de pessoas com deficiência, que não necessariamente são pessoas com transtornos psiquiátricos.

Todavia, a quebra do paradigma da institucionalização deve ser realizada com os meios disponíveis na legislação vigente, e a institucionalização traz para a pessoa com deficiência asilada um desejo de autonomia e gerência de vida de forma independente. Tais questões podem ser resolvidas com as residências terapêuticas, de modo transitório. Sobre este assunto, Francisca Bezerra de Oliveira, Maria Lucinete Fortunato e Rafaela Maciel Dantas (2010, p. 571), ao entrevistarem pessoas incluídas em residências terapêuticas, afirmam:

A partir das entrevistas realizadas, percebe-se que os usuários desejam que o SRT seja implantado, e esperam que esse espaço lhes proporcione principalmente condições favoráveis de moradia, de atenção específica e de qualidade para o devido seguimento dos seus tratamentos, de autonomia para realização das suas atividades diárias e para administração do seu próprio dinheiro. A realização de tarefas cotidianas, a negociação constante entre necessidades, vontade expressa e a disponibilidade fazem parte do processo de reabilitação psicossocial.

As residências terapêuticas devolvem ao indivíduo a possibilidade de contratar, ou seja, gerenciar os atos de sua vida, administrar suas finanças, usar o seu dinheiro para comprar o que desejar, bem como ter um lar de referência ao invés de um ambiente hospitalar. A referência dada pela residência terapêutica é formada pela desconstrução do ambiente hospitalar e reconstrução da subjetividade de cada indivíduo, por isso, Vanessa Rezende Fasheber e Carlos Eduardo Vidal Leal (2007, p. 205) afirmam “A residência terapêutica permite uma reapropriação subjetiva muito rica, uma vez que o indivíduo readquire o seu poder de contratualidade e de controle sobre o uso de seu tempo.”.

A maioria das residências terapêuticas são subsidiadas com incentivos governamentais de R\$ 10.000,00, que são investidos para implantação e melhoria das residências, sendo que estas possuem, na maioria das vezes, o benefício da prestação continuada para poder gerir suas vidas financeiras. Sobre o investimento governamental em residências terapêuticas, Neuma Pinheiro de Carvalho (2014, p. 05), afirma:

No entanto, em 2004, iniciou-se o estímulo para a criação desses serviços, por meio da Portaria 2068/2004, a qual foi substituída pela Portaria 246, em 2005. Esse estímulo foi previsto, em ambas as portarias, por meio da instituição de incentivo financeiro de dez mil reais – valor para ser aplicado na melhoria e/ou implantação de residências terapêuticas nos municípios. O repasse é feito em parcela única e não onera os tetos estaduais e municipais, visando à consolidação da rede extra-hospitalar de atenção à saúde mental em todas as unidades da Federação.

Existe uma fonte de custeio para implantação dessas residências terapêuticas no país, todavia, é de se considerar que sempre que falamos em residências terapêuticas, estamos invariavelmente falando de saúde mental e catalogando todas as deficiências como problemas associados à psiquiatria ou à loucura. O aparato dessas residências no Estado Brasileiro não foi capaz de se tornar uma política pública para superação do Estado de coisas inconstitucional, conforme relato pelo ONG Human Rights Watch.

Importa observar, também, que as residências terapêuticas não são criações do Estado Brasileiro. A formação de um sistema inclusivo dentro de um estado de direito

pressupõe o fortalecimento de um sistema de saúde e de assistência social que garanta às pessoas com deficiência o direito de conviver em sociedade. Neste aspecto, a Holanda tem se destacado no que concerne à implantação de moradias assistidas.

No país holandês, e também na Bélgica, as moradias assistidas são comuns e funcionam com o financiamento de uma pensão oferecida a todo cidadão com deficiência, como afirma Fatima Kwant (2017, p. 04-05):

Na Holanda e Bélgica, essa forma de moradia é bastante comum e popular há décadas. Em média, existe uma ou mais moradias por cidade, atendendo adultos jovens e mais velhos no Espectro do Autismo. As instituições são geralmente financiadas pelas respectivas prefeituras, pelo seguro de saúde (obrigatório para todos os cidadãos) ou pelo governo, em forma do PGB – Het Persoonsgebonden Budget – um orçamento (pensão) oferecido a todo cidadão holandês que: Seja ou esteja doente; autistas; portadores de transtornos psicossociais ou do comportamento; deficientes físicos e/ou mentais.

As moradias assistidas, tanto na Holanda, quanto na Bélgica, visam garantir o serviço de autonomia às pessoas com deficiência, excluindo a visão do abandono, e garantindo que o serviço seja contratado pelo deficiente ou pelo seu responsável, de acordo com a limitação existente. De acordo com Fatima Kwant (2017, p. 05-06) “Este serviço poderá ser parcial ou integral, dependendo do tipo de contrato que o cliente (ou seu responsável) vai assinar com o centro de moradia assistida onde o cliente irá viver”.

Ainda que a autora se refira à pessoa com autismo, essas moradias são utilizadas para qualquer pessoa com deficiência, sendo interessante destacar que, no modelo de moradias assistidas, diferentemente do Brasil, os deficientes são vistos como clientes e não como pacientes. Os clientes com deficiência têm o seu próprio apartamento dentro da moradia assistida, sendo que podem cultivar sua individualidade e ter a sua privacidade respeitada. Fatima Kwant (2017, p. 07) explica a divisão existente nas moradias assistidas:

Os prédios onde os autistas adultos vivem, são, principalmente, ambientes espaçosos, mas não muito populosos. Geralmente vivem no máximo 70 clientes por prédio, cada qual com seu pequeno apartamento particular.

Outros exemplos internacionais têm dado certo, como no Casquistão e na Croácia, que garantem moradias independentes aos seus deficientes como alternativa à institucionalização, como bem aponta o relatório internacional da Ong Human Rights Watch (2018, p. 69):

Outros países têm boas práticas de alternativas às instituições, as quais podem servir como exemplo de como garantir que as pessoas com deficiência possam viver de forma independente e fazer escolhas em igualdade de condições com os outros, com o apoio necessário. Por exemplo, o governo da Croácia garantiu apartamentos para algumas pessoas com deficiência intelectual e psicossocial que anteriormente viviam em instituições e lhes deu a opção de morarem nos apartamentos, com apoio na administração de tarefas diárias, se necessário. Programas similares no Cazaquistão, um administrado pelo governo e dois por organizações não-governamentais, apoiam 60 pessoas com deficiências intelectuais, de desenvolvimento e psicossociais a morarem em apartamentos ou casas.

A grande dificuldade de se estabelecer um modelo padrão de moradias assistidas e/ou residências terapêuticas no Estado Brasileiro, é a divisão jurídica existente em relação a esta política pública. Consoante temos demonstrado, as residências terapêuticas são iniciativas do Sistema Único de Saúde, tendo seu custeio definido nas portarias específicas editadas no âmbito da saúde. Doravante, temos que afirmar que não há uma lei específica definindo como é o serviço de moradia assistida e, muito menos, elaborando o seu plano de custeio.

A experiência da Holanda, que também é replicada na Bélgica e em outros países, denota que as moradias assistidas são de competência da assistência social e não da saúde, fato que se torna relevante, pois, migra a figura do paciente para a figura do cliente, e desvincula qualquer iniciativa inclusiva referente a este modelo com situações hospitalocêntricas, garantindo, dessa maneira, o reforço do paradigma da inclusão e afirmação do conceito social de deficiência.

Identificamos, neste aspecto, uma nova falha estrutural: a origem das residências terapêuticas. Não temos, no Estado Brasileiro, políticas públicas de assistência social à pessoa com deficiência asilada, mas temos políticas públicas de saúde mental reforçando que certos indivíduos não tem a competência para viverem/sobreviverem em sociedade.

Ao verificar a existência dessa falha estrutural, torna-se imperioso afirmar que a moradia assistida, apesar das ausências legislativas, é uma das alternativas viáveis à superação do estado de coisas inconstitucional vivenciado pelas pessoas com deficiência asiladas. Entretanto, é importante verificar outras alternativas legais que permitam também a superação deste ECI, como por exemplo, a adoção de pessoas com deficiência, tema a ser tratado no próximo tópico.

4.2 A possibilidade de uma política pública de adoção de pessoas com deficiência

O grande objetivo do ECI é conseguir superar a situação violadora de direitos fundamentais, retirando a população envolvida da condição de sub-humanidade, garantindo a possibilidade de que o cidadão tenha acesso a bens e direitos fundamentais como todas as pessoas que vivem sob o mesmo Estado Democrático de Direito.

As residências terapêuticas, conforme demonstrado em tópico anterior, apesar de serem uma política pública exclusiva da área da saúde mental, é mola propulsora para desinstitucionalização de deficientes no Brasil. Contudo, seu dinamismo não propicia diretamente uma inclusão plena, trazendo muitas vezes situações hospitalares para o contexto das residências. Diante de tais fatos, a necessidade de vias alternativas em políticas públicas, como desdobramento de um ECI, merecem atenção mais detalhada.

A adoção de pessoas com deficiência é um tema existente, porém, muito pouco difundido na sociedade e na doutrina acadêmica.

Todavia, o próprio relatório internacional aponta um exemplo de sucesso da desinstitucionalização por meio da adoção e formação de vínculos parentais:

Francisca (nome fictício), de 3 anos, tem deficiência física e intelectual e foi adotada por uma família no Rio de Janeiro em 2016. Quando Francisca foi adotada, não conseguia andar; sob os cuidados da família, ela gradualmente começou a desenvolver habilidades motoras. Sua mãe, Flávia, disse: “Francisca surpreende meu marido e eu todos os dias. O neurologista nos disse que ela não seria capaz de fazer nada. Mas agora temos a prova de que isso não é verdade. Ela agora pode comer sozinha em vez de ter que ser alimentada com uma seringa. [...]. Sua capacidade de aprendizado está se desenvolvendo rapidamente, ainda que as habilidades motoras possam melhorar muito mais. Ela superou todas as nossas expectativas” (HRW, 2018, p. 61-62).

Verifica-se, do relato, que a adoção possibilitou para essa criança um melhor desenvolvimento de reabilitação e saúde, fazendo preservar os direitos fundamentais básicos de todas as crianças, guardando respeito, também, ao artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Depreende-se, portanto, que a adoção de crianças com deficiência tem dado certo como alternativa de desinstitucionalização para algumas instituições asilares no Brasil.

Os benefícios da adoção se revertem em desenvolvimento físico e mental, pois, a saída da instituição retira da criança com deficiência toda vida de maus tratos relatados pela ONG internacional e trabalhados nesta pesquisa.

Um outro exemplo foi a adoção de duas crianças com deficiência intelectual, que

demonstra a diferença que faz na vida de uma pessoa com deficiência o apoio individualizado em detrimento do apoio geral dado pela instituição de asilamento. Neste sentido, o relatório internacional demonstra:

Neiva Correa Marins e Carlos Eduardo Cruz são um casal que adotou duas meninas com deficiência intelectual, Silvana e Sofia, de 3 e 4 anos, em 2016. Neiva disse: “Nossas filhas progrediram bastante. Silvana não conseguia andar na instituição, mas depois de seis meses morando com a gente, agora ela está andando. Tem tudo a ver com apoio individualizado. Todos ficaram surpresos quando Silvana voltou para visitar os amigos na instituição e viram que ela estava caminhando (HRW, 2018, p. 62).

A questão levantada é que há 5.250 pessoas com deficiência asiladas, segundo o relatório internacional, o que fazer para dar amplitude a essas estratégias de adoção de crianças? E, por que não autorizar a adoção de adultos com deficiências, independente da dicotomia incapacidade/capacidade? Para responder estas questões é preciso adentrarmos um pouco no instituto jurídico da adoção.

Primeiramente, existe muita desinformação em torno de questões de adoção. Popularmente, adoção pode ser vista como abandono ou, também, como um ato de amor e cuidado para com os filhos biológicos, dada a dura realidade social de muitas famílias brasileiras.

É nesse sentido que explica Bianca Sawada Beltran (2018, p. 11):

No entanto, a realidade de determinadas famílias demonstra que, na verdade, não é questão de escolha, mas sim o fato de simplesmente não ter escolha, ou outra opção/alternativa para proporcionar o bem-estar que a criança mereceria ter. Não só bem-estar, mas também carinho, afeto, suporte, arcando com todas suas necessidades, com meios materiais e afetivos importantes ao crescimento e desenvolvimento dela. “Escolher” colocar o filho para a adoção, então, muitas vezes pode ser explicado pelo fato dos pais desejarem vê-lo nas mãos de pessoas que podem proporcionar tudo aquilo que estes não poderiam, sendo mais que um ato de entrega, mas sim um ato de confiança e, acima de tudo, coragem.

Frente à leitura do relatório internacional, podemos verificar que, em muitas das situações, a colocação do parente com deficiência no asilamento se dá pelos motivos elencados para a adoção, conforme explicado pela autora. O caso do jovem Leonardo Barcellos é um exemplo prático dessa situação, onde a falta de suporte governamental para a família da pessoa com deficiência conduz diretamente o cidadão deficiente no caminho da institucionalização.

Em muitas das vezes, o asilamento não se dá por abandono, e sim, por falta de

alternativa em razão das dificuldades sócio-econômicas suportadas pela família do deficiente. Entretanto, o Estado não garante o suporte fático nem para a família nem para as instituições, sendo a adoção uma oportunidade de reposicionamento da pessoa com deficiência na sociedade.

A possibilidade de adoção de pessoas com deficiência é uma alternativa à desinstitucionalização e reinserção social do cidadão deficiente. É necessário esclarecer que o artigo 47, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente garante preferência à adoção de crianças e adolescentes com deficiência, contudo, há evidentes lacunas legais que impossibilitam a adoção de pessoas com deficiência adultas, quando estas não conseguem exprimir sua vontade. É importante ressaltar que a adoção é um processo legal resguardado pelo Juiz da Vara e Juventude, mediante estágios de convivência e transferência do poder familiar. Nesse prisma, Gisele de Mosi (2015, p. 21) leciona:

Atualmente, a prática pode ser exercida por qualquer adulto com idade igual ou superior a 18 anos, independentemente do seu estado civil ou condição de fertilidade. A adoção constitui prática irrevogável para a família biológica que entregou um filho para adoção e, legalmente, não existe diferenciação de direitos entre filhos biológicos e filhos adotivos. Entre os princípios que regem a Lei nº 12.010/09, está a visibilidade das crianças e jovens como sujeitos de direitos, consoante ao entendimento das diretrizes atuais das convenções de direitos internacionais da criança.

Quando se coloca a adoção como uma alternativa ao estado de coisas inconstitucional, vislumbra-se que é necessário o desenvolvimento/desenho de uma política pública que estimule a preferência dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, caso contrário, entraremos na mesma dicotomia da efetividade de normas constitucionais e da análise da efetividade realizada em capítulo anterior sobre a ADPF 347/15.

Estamos diante de uma legislação que não pode ser simbólica, mas tem que ser real. O próprio relatório internacional analisa as questões do cadastro nacional de adoção e os números em relação às pessoas com deficiência. Da análise realizada pela ONG Human Rights Watch (2018, p. 76-77), pode-se verificar que há uma barreira para adoção dos candidatos com deficiência, situação que deveria ser tratada como uma política pública de inclusão para desinstitucionalização desta população asilada:

Existe um sistema de adoção no Brasil, mas apesar dos esforços empregados, as crianças com deficiência raramente são adotadas. Os juízes das Varas da Infância e da Juventude são obrigados a realizar uma busca ativa para que crianças com deficiência encontrem pais

adotivos. Até 30 de janeiro de 2018, o cadastro de adoção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) registrava 40.058 crianças disponíveis para adoção e 40.831 candidatos buscando adotar. Das 7.271 crianças que foram adotadas no Brasil entre 2013 e 2018, apenas 8% tinham alguma deficiência ou “doença”. De acordo com o cadastro do Conselho Nacional de Justiça sobre adoção, a maioria das famílias adotivas está disposta a adotar somente crianças sem deficiência. Do total de candidatos (40.831), quase 64% informaram que não aceitam crianças com deficiência ou outras condições de saúde. Seis por cento (2.560 candidatos) declararam disposição de adotar crianças com deficiência física e apenas 3% (1.374 candidatos) adotariam uma criança com deficiência psicossocial.

Da leitura dos dados contidos no próprio relatório, podemos extrair considerações importantes referentes à adoção de pessoas com deficiência. Isso pois há, evidentemente, a falta de uma política pública a ser construída em torno desta temática. A desinformação, somada à estigmatização, e os paradigmas anteriores da conceituação social, impedem a superação do estado de coisas inconstitucional vivenciado pelas pessoas com deficiência em situação de asilamento.

A reforma estrutural necessária não se dá apenas com alteração do arcabouço legislativo vigente, mas também, se dá com a definição de uma agenda intersetorial que há de ser implantada para superação do sistema caótico em que se encontram os deficientes asilados. “Eles ficam até morrer”, mas, eles não podem ficar até morrer, por algo puro e simples no sistema jurídico, que é a incompatibilidade do sistema constitucional vigente com a situação real vivenciada.

Um outro tipo de adoção é a adoção de pessoas adultas, que não é regulamentada no nosso sistema jurídico, tornando-se também um entrave à inclusão dos deficientes asilados. A ausência da regulamentação da adoção de adultos presume a necessidade de declaração de vontade de ambas as partes - adotante e adotado - para que se considere juridicamente o vínculo de filiação, que neste caso, se dará por sócioafetividade. Nesta linha de raciocínio explica Jenifer Land Gollo (2020, p. 12):

A adoção de adulto geralmente ocorrerá quando uma pessoa que se vê amparada desde sua infância, ou adolescência, por alguém que não é seu genitor, ou genitora, mas que a cria e contribui efetivamente para seu desenvolvimento moral, intelectual e material, o elege como pai/mãe. É uma forma de adoção na qual pai/mãe e filho socioafetivo “adotam-se” um ao outro, constituindo uma relação mais solidificada na acepção jurídica e social.

Partindo do pressuposto que o foco dessa pesquisa é trazer alternativas de superação do ECI demonstrado pelo relatório internacional, é importante verificar que a

sócioafetividade, como elemento central para adoção de pessoas adultas, torna-se um bloqueio institucional enorme para desinstitucionalização de pessoas com deficiência maiores de 18 anos, haja vista que nem todas conseguem exprimir sua vontade para querer sair da tutela do Estado e passar para uma tutela privada em uma determinada família.

Referido bloqueio institucional demonstra que “A lei ainda é falha na abordagem deste tema, observando-se um aprofundamento apenas na adoção de menores” (GOLLO, 2020, p. 12). Além da política pública de incentivação à adoção de crianças com deficiência, é necessária a previsão legal específica para adoção de adultos com deficiência. Isso pois, esta previsão, aliada a uma política pública que fortaleça e incentive programas de adoção específicos, além de desonerar o Estado, produz efetividade às normas nacionais e internacionais referentes às pessoas com deficiência.

A inclusão de dispositivo legal que incentive a adoção de pessoas com deficiência adultas deve vir com o amparo da Lei Orgânica da Assistência Social, garantindo que essas pessoas com deficiência adotadas recebam o Benefício da Prestação Continuada (BPC), para que a família seja incentivada a desenvolver a reabilitação e a inclusão social dos adotandos.

Uma outra situação para as pessoas com deficiência no Brasil é o Programa de Acolhimento Familiar, como demonstra o relatório internacional:

Alternativas ao acolhimento institucional para crianças estão se desenvolvendo no Brasil lentamente. O acolhimento familiar é uma forma de cuidado que ocorre dentro da casa de uma família. Antes de ser nomeada como família acolhedora, os candidatos passam por treinamento com uma equipe técnica. Um juiz concede a guarda provisória da criança a uma família. O acolhimento familiar é temporário e deve ser avaliado periodicamente, priorizando a reintegração com a família biológica e, quando isso não for possível, identificando uma solução de longo prazo para a criança. De acordo com a legislação brasileira, uma família acolhedora não pode se tornar uma família adotiva. Uma família acolhedora só pode cuidar de uma criança ou até três irmãos. Quando são mais de três irmãos, as crianças são colocadas em instituições. (HRW. 2018, p. 74/75).

A possibilidade do acolhimento familiar é uma alternativa que garantiria uma certa efetividade à inclusão da pessoa com deficiência, mas, também precisaria de alterações legislativas, de forma a possibilitar que a família acolhedora pudesse se tornar família adotiva, tendo em vista a necessidade de reabilitação constante das pessoas com deficiência.

Qualquer alternativa relativa à adoção ou ao acolhimento, visa garantir que não

seja realizado o abandono que é configurado pelo Estado em instituições de asilamento.

Quando da feitura do relatório internacional não havia, no Estado Brasileiro, nenhuma criança ou adolescente com deficiência dentro de um programa de acolhimento familiar. A ausência de políticas públicas, nesse sentido, reforça o modelo assistencialista e caritativo do Estado para pessoa com deficiência, fomentando a permanência das instituições ora estudadas.

Sobre os dados de acolhimento familiar, a Human Rights Watch (2018, p. 75) esclareceu, numericamente, a situação brasileira:

Até novembro de 2016, 1.107 crianças no Brasil viviam em acolhimento familiar. Segundo Isabel Penteado, diretora executiva do Instituto Fazendo História, uma das principais organizações que promovem o acolhimento familiar em São Paulo, apenas uma pequena porcentagem das crianças que poderiam se beneficiar do acolhimento familiar o fazem. Além disso, mesmo os programas mais bem-sucedidos atualmente não incluem crianças com deficiência.

A ausência de inclusão de pessoas com deficiência em programas de acolhimento familiar, dificulta a possibilidade de adoção dessas pessoas e, conseqüentemente, reforça o padrão de institucionalização. Vemos, dessa forma, outra grande falha estrutural que existe dentro deste ECI, qual seja, a dificuldade de se estabelecer políticas públicas que preservem o Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo que pessoas com deficiência sejam adotadas.

O Estado parece reafirmar uma postura excludente mesmo quando a inclusão reduziria seus gastos com a demanda dessa população com deficiência. O acolhimento familiar auxiliaria na colocação de crianças e adolescentes com deficiências, que estivessem institucionalizadas, em famílias adotivas.

Gisele de Mozi (2015, p. 98), na realização de uma pesquisa empírica com pais adotantes de pessoas com deficiência, constatou que o período de adoção de crianças deficientes é muito mais rápido que a adoção de crianças não deficientes, afirmando “O período para a efetivação da adoção relatado pelos pais entrevistados variou entre 3 meses a 1 ano e 6 meses, aproximadamente [...]”.

Esse período reduzido está atrelado ao fato da rejeição de crianças e adolescentes com deficiência como possíveis adotados e o reforço do padrão biomédico da deficiência no imaginário social. Por isso, o incentivo do acolhimento familiar induziria a um contato real com a deficiência e uma possibilidade efetiva de adoção, bem como a criação de novas oportunidades para esses deficientes que, além do convívio familiar, poderiam ter

melhores condições de reabilitação do que nas instituições de asilamento.

O prévio conhecimento da deficiência, e a possibilidade de incorporá-la em seu seio familiar, é ponto fundamental que auxilia na adoção de crianças com deficiência. Nesse sentido, Gisele de Mozi (2015, p. 98) traz considerações importantes sobre a questão do prévio conhecimento e da agilidade dos referidos processos de adoção:

É preciso considerar que alguns pais participantes desta pesquisa conheceram a criança antes de terem realizado qualquer cadastramento para dar entrada ao processo de adoção. Foi a partir do conhecimento de uma criança específica que estas famílias decidiram exercer a parentalidade por meio da adoção e, a partir daí, iniciaram o processo judicial, bem como todo o procedimento burocrático e avaliativo envolvido, para formalizar a adoção daquela criança com quem já mantinham contato. Neste caso, não houve tempo de espera para a chegada da criança, apenas a formalização da adoção, o que deu agilidade aos processos.

A situação relatada pela ONG Human Right Watch, além de demonstrar uma falha estrutural e intersetorial no cuidado das pessoas com deficiência, demonstra também a ineficácia de políticas públicas para inclusão, levando a uma conclusão lógica de que a legislação nacional e internacional que protege as pessoas com deficiência é meramente simbólica dentro do recorte epistemológico do asilamento.

Este simbolismo não se traduz apenas pela ausência de Estado, conforme já estudado no capítulo 2, mas também, pelo esquecimento de garantir efetividade à legislação vigente, no caso da adoção a alteração incluída no artigo 147 § III do Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual não tem efeitos práticos em solo brasileiro.

Deve-se considerar, então, que grande parte das adoções de pessoas com deficiência advém do conhecimento prévio, e não de uma política pública ou política legislativa que incentive essa conduta social. Esse conhecimento prévio da criança ou do adolescente, além de facilitar o processo de adoção, traz para os pais adotantes a concepção da situação de inconstitucionalidade que vivem essas pessoas com deficiência. Assim, os estudos de Mozi (2015, p. 103) afirmam:

São eles: o entendimento de que as crianças e jovens com deficiência costumam não fazer parte do grupo de crianças frequentemente escolhidas pelos pretendentes à adoção que aguardam em fila de espera; e a necessidade diferenciada de cuidados e atendimento especializado que estas crianças podem demandar devido à sua condição corporal e de saúde, especificidades que as instituições de acolhimento parecem não dar conta de suprir.

Esse conjunto de fatores que levam à concretização da adoção de crianças e

adolescentes com deficiência relembra a questão do efeito mediato da declaratória de ECI, onde o conhecimento da situação de vulnerabilidade de certos cidadãos leva ao engajamento político e social da população. Neste caso, o conhecimento prévio da criança com deficiência, e da situação que esta vive, bem como da rejeição de outros pais adotantes, levam à adoção (GARAVITO, 2010).

Referida situação fica evidenciada no depoimento de uma das mães adotivas entrevistadas por Mozi (2015, p. 105), a qual afirma que a situação em que se encontrava a criança com deficiência a levou a ingressar com um processo judicial de adoção. A referida mãe conta como foi o processo desde a ligação da assistente social afirmando que havia uma criança com deficiência para adoção:

Mãe 7: E daí ela me, me retornou dizendo do casal que, que queria ficar com a menina e depois a mulher que foi até lá e não quis ficar por causa da situação da [nome da filha adotiva]. Porque quando tu chegas lá e vê a [nome da filha adotiva], num berço, com 8 quilos, fedorenta, com o cabelinho todo horroroso, sem cabelo atrás, com os pés que pareciam umas, mãos! É meio assustador! Tu pensa assim, 'tá e agora? Eu vou dar conta?' E até agora não, não, até a gente chegar, ninguém dava, ninguém achou que ia dar conta, sabe!? [...] E ela ficaria naquele abrigo por muitos anos! É o que eu acho! Porque as pessoas iam lá e não ficavam com ela.

Do relato da entrevistada, verifica-se uma intrínseca conexão entre a deficiência e a doença, sendo esta a geradora de gastos que impossibilita a criação ou a aceitação de uma pessoa com deficiência na família, existindo, portanto, uma lógica financeira que impossibilita a efetividade dos direitos da pessoa com deficiência.

Neste sentido, Mozi (2015, p. 107) continua afirmando que, referente a mentalidade da geração de gastos que pode surgir com a adoção de uma criança com deficiência:

A associação entre deficiência e doença e a ideia de que toda criança com deficiência possui problemas de saúde que irão demandar mais tempo, maiores cuidados e mais recursos financeiros por parte das famílias adotivas parece funcionar como um elemento que impede antecipadamente a aceitação de qualquer variação corporal,

Dentro das perspectivas analisadas, é importante observar que toda política pública de inclusão passa, necessariamente, pelo ponto de aceitação da deficiência como uma condição social e não meramente biológica e/ou médica. O desenvolvimento de uma política pública que incentive a adoção dos deficientes asilados deve ter como preocupação principal a desconstrução da narrativa médica, bem como a catalogação das

patologias.

A própria organização internacional Human Rights Watch (2018, p. 79-80) estimula o Estado Brasileiro a desenvolver políticas públicas de acolhimento familiar, adoção e colocação de pessoas com deficiência em família substituta, como forma de dar fim à institucionalização dessa população:

Assegurar a implementação efetiva da política existente, dando prioridade a cuidados alternativos centrados na convivência familiar para crianças que não podem permanecer com suas famílias biológicas, incluindo o acolhimento por família extensa ou ampliada, famílias adotivas e acolhedoras, quando necessário.

As crianças não devem ser colocadas em instituições de acolhimento, exceto quando outras alternativas não sejam possíveis ou para impedir a separação de irmãos, e por um período limitado, com o objetivo planejado de reintegração familiar ou colocação sob outro cuidado alternativo de longo prazo apropriado como melhor saída para a criança. Bebês e crianças de até três anos de idade não devem ser institucionalizadas, e sim colocadas em ambientes familiares, como acolhimento familiar provisório.

A superação do ECI em relação às pessoas com deficiência se deve dar de forma coordenada com políticas públicas que implementem a agenda do modelo social, por isso, o fato econômico relacionado aos direitos das pessoas com deficiência se torna altamente relevante, colocando a dignidade desses cidadãos em uma lógica custo/benefício e benefício/capital político. Desse modo, ainda que se definam políticas públicas de incentivo à adoção dessas crianças deficientes, não podemos esquecer um outro recorte importante a ser estudado: a desinstitucionalização de adultos com deficiência.

Conforme já mencionado neste tópico, a adoção de adultos se dá por forma de declarações de filiação sócioafetiva, contudo, não há uma regulamentação nacional que permita tal situação. Uma das possibilidades que auxiliariam na desinstitucionalização dessas pessoas seria a regulamentação jurídica da adoção de pessoas adultas com deficiência.

Obviamente, a possibilidade de adoção de adultos se fundamenta no Direito Constitucional à liberdade que garante a possibilidade de escolher o grupo familiar a que se pertencerá, por isso, Jenifer Land Gollo (2015, p. 18) afirma “O direito de liberdade é soberano nas relações familiares, uma vez que justifica a capacidade da pessoa em escolher aquele que comporá seu núcleo familiar”.

Ainda que o direito de liberdade seja soberano na composição e na formação de relações familiares, a existência de uma normativa em relação a essa situação em

particular auxiliaria na inclusão das pessoas com deficiência.

A regulamentação da adoção de adultos deficientes seria, de certo modo, uma das formas de superar o bloqueio institucional frente à situação de asilamento experimentada pela população deficiente e relatada pelo relatório internacional “Eles ficam até morrer”. Isso porque, a pretensão de adotar é um ato de autonomia de vontade, ainda mais quando se busca a inserção de uma pessoa com deficiência adulta em seu núcleo familiar, por isso, “O direito de liberdade é incontestável na pretensão de se adotar uma pessoa adulta como filho” (GOLLO, 20215, p. 19).

Evidentemente, mostra-se urgente a regulamentação da adoção de pessoas adultas com deficiência, com vistas a destravar as rupturas estruturais causadas pela institucionalização desta população. É importante que a adoção seja um viés possível para todas as pessoas com deficiência asiladas - tanto crianças e adolescentes quanto pessoas adultas -, mostrando-se pontual a criação de uma política pública que incentive a adição de crianças e adolescentes com deficiência, visto que essa já se encontra regulamentada.

De igual modo, o incentivo ao acolhimento familiar propiciará os objetivos da inclusão social que preconiza a lei brasileira de inclusão, garantindo autonomia, possibilidade e todos elementos necessários para que a pessoa com deficiência tenha uma vida com dignidade.

No próximo tópico abordaremos as questões de autonomia e tutela da pessoa com deficiência, verificando as dificuldades que podem ser enfrentadas para superação do estado de coisas inconstitucional.

4.3 Autonomia da pessoa com deficiência: a garantia da efetividade do macrossistema jurídico de inclusão no estado brasileiro

Ao longo do presente trabalho, temos enfrentado a constitucionalidade da legislação, a omissão estatal e a realidade retratada pela ONG Human Rights Watch. Dessa forma, o estado de inconstitucionalidade se perfaz na ausência de uma comunicação intersetorial entre os poderes constituídos e a retirada de autonomia de um específico grupo de pessoas com deficiência.

Como já retratamos, o asilamento, por si só, não é resultado meramente do abandono familiar, mas também, do abandono estatal, da falta de políticas públicas que objetivem a superação da inconstitucionalidade, da falta de capital político que permita a resolução efetiva da demanda dessa população deficiente e da falta de coordenação entre

os três poderes da República. Assim, o estado de inconstitucionalidade, que se dá a partir do reconhecimento de um estado de vácuo, só pode ser superado com a atividade intersetorial, como recomenda o relatório internacional da ONG Human Rights Watch (2018, p. 78):

Embora algumas dessas recomendações devam ser implementadas por autoridades ou órgãos governamentais específicos, a maioria poderá ser implementada somente por meio de um esforço intergovernamental e intersetorial significativo em nível federal, estadual e municipal. O governo do Brasil deve estabelecer um grupo de trabalho intergovernamental e intersetorial para tratar das ações e políticas de curto e longo prazo e outras mudanças necessárias para garantir os direitos das crianças e adultos com deficiência no Brasil.

O próprio relatório internacional identifica as bases para concretização do caminho do ECI, conforme fora abordado no capítulo 3. Entretanto, temos que considerar que uma das propostas da recomendação é a garantia do microssistema jurídico que protege as pessoas com deficiência no Estado Brasileiro, e que é composto da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência (Decreto Legislativo 186/08) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15). Tem-se que, ambas as legislações compõem este micro sistema jurídico e garantem a preservação da autonomia da pessoa com deficiência.

O asilamento ou a institucionalização de pessoas com deficiência abre colisão frontal tanto com a convenção internacional, quanto com o estatuto supramencionado, respectivamente, em seus artigos 2º e 6º. Todas as situações extraídas do relatório internacional e aqui comentadas, traduzem-se em retirada da autonomia da pessoa com deficiência. Pois bem, é importante entender como o microssistema jurídico afetou a capacidade legal dos deficientes e garantiu a ampliação da sua autonomia. Neste sentido, Priscilla Jordanni Silva Oliveira (2021, p. 106-107) explica:

Desse contexto decorre a emergência de um microssistema jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência fundado no respeito pela sua dignidade inerente e, a partir dele tem se a revisão da sua posição jurídica na Teoria das Capacidades.

A revisão das capacidades, garantindo a autonomia da pessoa com deficiência, independente da sua patologia, alterou o Código Civil e reduziu o sistema de curatela (o qual muitos deficientes eram inseridos, em decorrência apenas da existência da patologia). Em consonância com o modelo social da deficiência, temos que a patologia, por si só, não afirma a incapacidade jurídica da pessoa com deficiência, afirmando a

existência de sua capacidade legal independente de sua condição física, psíquica e/ou sensorial. Nesse prisma, a legislação internacional “seguidamente e em respeito a essa capacidade legal, dispõe que os mecanismos do direito protetivo devem se consubstanciar em apoio e não na substituição de vontades” (MENEZES, 2015, p. 04).

Preservar a autonomia da pessoa com deficiência, de forma a garantir a não substituição de vontade por um eventual curador, é garantir a constitucionalidade da convenção internacional e verificar a impossibilidade jurídica da existência das instituições trazidas no relatório internacional. Nesse ponto, lembremos que o sistema de institucionalização é permitido pela curatela do estado dada à instituição, ou autorização de parentes (vontade alheia) da pessoa com deficiência.

Em qualquer das hipóteses acima aventadas, não há substrato fático que permita validade jurídica dessas situações. Por isso, a inconstitucionalidade se concentra na ruptura do sistema, ou do microsistema de direitos que guarnecem a pessoa com deficiência no Estado Brasileiro. Sobre a capacidade legal, Priscilla Jordanni Silva Oliveira (2021, p. 106-107) afirma:

As aprovações da CDPD pelo Brasil em 2009, bem como a posterior promulgação do EPD, conferiram normatividade ao modelo social de abordagem da deficiência, derivando da presunção universal de igual capacidade legal um Microsistema Jurídico, ordenado para proteção e garantia do exercício pleno equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e respeito pela sua dignidade humana.

A evolução do sistema jurídico da pessoa com deficiência, garantindo capacidade e autonomia aos deficientes independente da condição patológica, cria princípios norteadores para tomada de decisão em relação às políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado. A existência desse microsistema jurídico demanda a superação da inconstitucionalidade do asilamento, haja vista que, como sustenta Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 05), a capacidade se torna fundamental ao tratar dos direitos das pessoas com deficiência:

A convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência foi ratificada pelo Brasil com status de norma constitucional. Constitui o primeiro tratado do sistema universal de direitos humanos do século XXI, cujos princípios cardeais são o “indubio pro capacitas” e o da “intervenção mínima” e, nesse aspecto promove uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontade.

A inconstitucionalidade que se busca superar já tem na legislação a base para

reestruturação das políticas públicas que envolvem as pessoas com deficiência asiladas. Dessa forma, ainda está ausente no Brasil um sistema protetivo de garantia de vontades desses deficientes institucionalizados. Questões como: onde residir? Com quem residir? Como gerir o próprio dinheiro e demais situações são inerentes à personalidade da pessoa com deficiência.

Como apontado nos capítulos anteriores, a institucionalização da pessoa com deficiência retira sua autonomia, permitindo a ocorrência de diversas situações violadoras de direitos. É possível que pessoas com deficiência intelectual e/ou sensorial tenham certa dificuldade para compreender institutos do direito como compra e venda de bens e outras complexidades derivadas do poder de contratar, contudo, é importante lembrar que decisões individuais e afetivas não podem ser tomadas pelo sistema da substituição de vontades, como é no caso da curatela. Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 08) explica essa situação:

Por essa razão, é mais fácil justificar que uma pessoa com limitação intelectual ou psíquica tenha mais dificuldade de compreender as implicações presentes na formação de um contrato de compra e venda, nos atos de administração societária e, assim, necessite da interferência do curador ou do apoio de alguém. Por outro lado, é possível que essa mesma pessoa reúna condições de compreender e decidir sobre assuntos pertinentes a sua vida pessoal e afetiva, identificando, por exemplo o sujeito que lhe inspira mais confiança para exercer o múnus de sua curatela, as pessoas com quem deseja morar, o lugar de sua residência, o seu parceiro afetivo etc.

Diante desse quadro de decisões personalíssimas, que não necessariamente envolvem poder de contratação ou de pactuação, tem-se a institucionalização como forma de subtrair os direitos inerentes à possibilidade de escolhas que não podem ser operadas por terceiros. Evidenciamos que a efetividade do microsistema jurídico que protege a pessoa com deficiência é inexistente no asilamento, dado que não se preserva o princípio basilar de todo esse sistema que é a capacidade do indivíduo.

Portanto, temos que apontar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao eleger a capacidade e a autonomia como fundamentos basilares de sua efetividade, cria no sistema jurídico interno a figura da tomada de decisão apoiada, que se mostra como alternativa à curatela para pessoas com deficiência terem o mínimo de sua capacidade e autonomia preservadas, independentemente das questões patológicas afirmadas pela condição do deficiente. Nesse sentido, Nelson Rosenthal (2015, p. 02) explica o instituto da tomada de decisão e como ela deve ser implementada:

Na tomada de decisão apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. Assim, esse modelo poderá beneficiar pessoas deficientes com capacidade psíquica plena, porém com impossibilidade física ou sensorial (v.g. tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e portadores de outras enfermidades que as privem da deambulação para a prática de negócios e atos jurídicos de cunho econômico).

Pode ser verificado que a instituição da tomada de decisão apoiada necessita de regulamentação própria que garanta a restituição da capacidade aos deficientes que estão asilados, demandando muito além de simples política pública para efetivação deste instrumento dentro das instituições asilares de pessoas com deficiência. Desta forma, tem-se como necessária a proposição de uma lei complementar que estabeleça as medidas e os tempos adequados para restituição da capacidade que fora subtraída dos deficientes quando estes ingressaram dentro dos muros da instituição.

A efetivação deste microssistema jurídico permite verificar, com exata certeza, a concretização do estado de coisas inconstitucional. É importante lembrar que, assim como era no Hospital Colônia em Barbacena MG, objeto de estudo do capítulo 2, as instituições obtêm a curatela das pessoas com deficiência institucionalizadas e definem seu tempo de permanência mediante avaliação da patologia. Por este fato, é necessária a restituição da capacidade civil da pessoa com deficiência para promoção efetiva da desinstitucionalização, como bem observa Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 11):

Uma vez que se reconhece a capacidade civil à pessoa com deficiência e, inclusive, permite que esta venha a traçar um plano de apoio para as suas decisões, por meio da chamada tomada de decisão apoiada, não é razoável negar-lhe a possibilidade de pleitear a sua própria curatela e indicar o seu curador.

A regulamentação de como garantir a efetividade da tomada de decisão apoiada dentro das instituições de asilamento é um primeiro passo para desinstitucionalização das pessoas com deficiência. A necessária regulamentação deve ser uma das medidas a serem decretadas para superação do estado de coisas inconstitucional. Teoricamente, o que se necessita, nesses casos, é implementação dos órgãos de monitoramento aliados a uma efetiva regulamentação que preveja a tomada de decisão apoiada mesmo quando as pessoas com deficiência estiverem institucionalizadas.

Quando se trata da capacidade das pessoas com deficiência, a curatela e a tutela

devem ficar no passado, haja vista que a tomada de decisão apoiada aponta para um futuro de não invasão à liberdade pessoa dos indivíduos com deficiência. É nesta linha de raciocínio que Nelson Rosenvald (2015, p. 02-03) clarifica a exatidão do instituto jurídico, de modo a abandonar os antigos institutos que retiravam a capacidade volitiva da pessoa com deficiência:

Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa.

Ora, diante dos abusos cometidos pelas instituições brasileiras - relatados pelo relatório internacional da ONG Human Rights Watch -, não restam dúvidas de que a capacidade de autodeterminação dos deficientes que moram definitivamente dentro dessas instituições foram subtraídas, permanecendo de forma definitiva no estado de coisas inconstitucional.

Pois bem, a lógica não deixa dúvidas de que a ausência da capacidade dos indivíduos com deficiência afeta todos os demais direitos fundamentais, dando margem à sucessão de atos ilícitos, inapropriados e inconstitucionais, como por exemplo, a medicalização forçada, utilização de camisas de força, entre outros elementos demonstrados pelo relatório internacional.

Desta forma, a devolução da capacidade deve ser realizada mesmo antes da desinstitucionalização, caso contrário, estaríamos novamente diante da necessidade de uma reforma psiquiátrica (a qual seria somente para pessoas sem patologias psiquiátricas). O que se evidencia é que pessoas com deficiência - mesmo tendo legalmente a sua capacidade preservada, inclusive como direito constitucional -, não são respeitadas pelo Estado em âmbitos institucionais onde o próprio Estado exerce o controle social.

A tomada de decisão apoiada surge no ordenamento jurídico como alternativa à curatela e à preservação das decisões existenciais tomadas pela pessoa com deficiência. Joyceane Bezerra de Menezes (2018, p. 141), explica essa mudança feita a partir do microsistema jurídico que garante os direitos da pessoa com deficiência:

Em virtude das mudanças operadas no âmbito do regime das incapacidades, a curatela também assumiu novas conformações. Uma vez que a pessoa com deficiência tem hígidos os seus direitos de personalidade e reconhecida a sua capacidade, os poderes do curador não poderão incidir sobre as questões existenciais que o legislador

arrolou no art.85, §1º do Estatuto, quais sejam: o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

A formação deste microsistema jurídico, que é constituído pela Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, orienta todas as ações estatais e o desenvolvimento de políticas públicas em relação à população brasileira com deficiência. O microsistema é regra de ordem hermenêutica tanto para atividade privada quanto para atividade pública, neste ato englobando as prestações estatais que devem ser garantidas indistintamente a qualquer cidadão com deficiência.

Quando definimos o recorte epistemológico da presente pesquisa e focalizamos a atenção para as pessoas com deficiência asiladas (fundamentado nos dados quantitativos apresentados pela ONG internacional Human Rights Watch no relatório “Eles ficam até morrer”), entendemos que devemos nos preocupar não apenas com a efetividade do microsistema, mas também, com os meios necessários para atingir os objetivos prescritos na normativa especial.

Pois bem, é clara que a falha estrutural está existente, pelas próprias observações já anotadas pela ONG internacional, contudo, é evidente a falta de uma regulamentação que determine como desenvolver a decisão apoiada? Como interpretar judicialmente a tomada de decisão apoiada? Como aplicar o referido instituto dentro das instituições até que se promova a desinstitucionalização, ou a superação da inconstitucionalidade?

A tomada de decisão apoiada é medida que visa promover a capacidade da pessoa com deficiência independente de seu aspecto patológico, o que gera discriminação social, permitindo o isolamento do deficiente e de suas vontades, como bem aponta Nelson Rosenvald (2015, p. 03):

Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio curatelado, a tomada de decisão apoiada é uma medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais.

A superação da curatela pelo ordenamento jurídico denota uma mudança paradigmática no Direito Privado, influenciada pela constitucionalização do Direito Público que rompe com a ideia da deficiência como condição incapacitante. A manutenção da curatela, como era antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, permitia

a consagração do modelo médico como conceito de deficiência e exclusão dessas pessoas da sociedade. Priscila Jordanne e Silva (2021, p. 128) comentando referida situação, afirma que “Dessa forma, é possível inferir uma constante no Direito Privado, qual seja: a perpetuação da deficiência – sob suas múltiplas designações – como causa de incapacidade”.

É óbvio que a regulamentação da tomada de decisão apoiada, inclusive dentro das instituições que abrigam pessoas com deficiência, é uma das medidas necessárias à superação do estado de coisas inconstitucional, dado que a superação da inconstitucionalidade se fará mediante o desbloqueio institucional, atividade intersetorial e o desenho de uma política pública.

Tem-se, portanto, que nas etapas de conclusão desse ECI é necessária a criação de lei complementar que delimite o exercício da tomada de decisão apoiada como forma de garantir a preservação de questões existenciais e capacidade jurídica às pessoas com deficiência.

Situações como: medicalização forçada; definição de horários para atividades corriqueiras da vida, como dormir, tomar banho entre outras; escolhas indiretas sobre o que ler/assistir e sobre o direito de ir e vir devem ser coibidas por meio dessa lei complementar, que também deve restaurar a capacidade jurídica dessas pessoas com deficiência, estabelecendo uma ouvidoria itinerante do Ministério Público e/ou da Defensoria Pública da União e dos Estados que possibilite ao deficiente institucionalizado denunciar abusos ocorridos dentro da instituição.

O aperfeiçoamento do microssistema jurídico se dará mediante o aperfeiçoamento do instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, pois, este instituto garantirá a capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência e coibirá abusos em prol de fatores que não se justificam na legislação nacional e internacional. Por isso, a possibilidade de comunicação, independentemente do tipo de deficiência, é condição *sine qua non* para preservação da capacidade, como bem fundamenta Nelson Rosendal (2015, p. 03):

Por inúmeras razões, um contingente enorme de seres humanos possui limitações no exercício do autogoverno, não obstante preservem de forma precária a aptidão de se expressar e de se conectar com o mundo.

O autor identifica a necessidade de uma gradação sobre a capacidade de autogoverno da pessoa com deficiência, ficando a curatela como possibilidade residual dentro do sistema jurídico nacional. Ainda que de certa forma esta pesquisa discorde do

referido autor, mostra-se necessário demonstrar a gradação proposta por Nelson Rosenvald (2015, p. 03):

[...] haverá uma gradação tripartite de intervenção na autonomia: a) pessoas sem deficiência terão capacidade plena; b) pessoas com deficiência se servirão da tomada de decisão apoiada, a fim de que exerçam a sua capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais; c) pessoas com deficiência qualificada pela curatela em razão da impossibilidade de autogoverno serão interditas.

A discordância proposta reside na situação de que o microssistema jurídico de direitos das pessoas com deficiência não permite a existência da incapacidade absoluta, não havendo razão para subsistência da curatela para pessoas com deficiência. Ao propor a gradação, o autor identifica que todas as pessoas com deficiência devem se valer da tomada de decisão apoiada, contudo, tal assertiva se mostra errônea, pois, a tomada de decisão apoiada também é opcional para a pessoa com deficiência.

De igual forma, ao entender pela existência residual da curatela dentro do ordenamento jurídico, afirma-se a possibilidade de haver pessoas deficientes incapazes. Dessa forma, haveria a não aplicação do princípio da autonomia e da capacidade, conduzindo novamente as pessoas com deficiência a uma situação de exclusão social, perpetuando indiretamente o paradigma da institucionalização, reforçando a inefetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, ratificada pelo Brasil.

Torna-se significativamente importante a edição de lei complementar que determine o que é a tomada de decisão apoiada e os seus limites, bem como a aplicação desse instituto nas instituições asiladas. Assim, colocar a curatela como elemento residual de instituto de capacidade da pessoa com deficiência possibilita o retrocesso no avançado microssistema jurídico existente.

A preservação da autonomia da vontade garante a capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência mesmo quando em ambiente de institucionalização devido a ineficiência estatal, por isso, “a tomada de decisão apoiada guarda nítidos traços de proteção a direitos existenciais, como patrimoniais da pessoa capaz que apresente alguma deficiência” (GABURRI. 2016, p. 130). A insistência na capacidade é justamente pela possibilidade jurídica postulatória da pessoa com deficiência, que restitui sua dignidade ao passo que conquista capacidade.

Ousamos afirmar, ainda, que o relatório internacional propõe uma reforma no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Verificamos a necessidade de edição de leis

complementares ao Estatuto que possibilitem a exata compreensão, tanto hermenêutica quanto jurídica, da norma para aplicação judicial correta dos julgadores que enfrentam a temática da capacidade e autonomia da pessoa com deficiência. O relatório internacional sugere duas reformas legais necessárias à implementação da capacidade plena da pessoa com deficiência (HRW. 2018, p. 84):

Reconheçam plenamente a capacidade legal de todas as pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas, independentemente da natureza de sua deficiência, revogando qualquer dispositivo que perpetue o sistema de tomada de decisão substitutiva e desenvolvam um modelo de tomada de decisão apoiada que assegure a autonomia, vontade e preferências das pessoas com deficiência; Harmonizem a Lei Brasileira de Inclusão, o Código Civil e o Código de Processo Civil para criar um sistema no qual as pessoas com deficiência contem com a tomada de decisão apoiada, se necessário e solicitado por elas, em vez de privadas de sua capacidade legal. As reformas devem ainda assegurar que quaisquer medidas legislativas relativas à capacidade legal se apliquem igualmente à população geral no Brasil, e não com base na deficiência;

A incompatibilidade das instituições que asilam pessoas com deficiência com os elementos normativos do microsistema jurídico e os dispositivos constitucionais, deve ser combatida com uma exata dimensão social e jurídica de que a curatela para pessoas com deficiência se findou em 2016, com a entrada em vigor da Lei 13.146-15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). A extinção da curatela, teoricamente obstaculiza a institucionalização por falta de fundamento legal que permita a tutela dessas pessoas que estão asiladas.

Estruturalmente, a superação da inconstitucionalidade deve se dar de forma concomitante, tanto com as políticas públicas de adoção e residências inclusivas, quanto com a melhora do aparato legislativo que permita o desenvolvimento da capacidade da população deficiente.

Nesse sentido, temos que a legislação necessária a complementar o instituto da tomada de decisão apoiada deve alterar padrões jurídicos de decisões judiciais em casos concretos, haja vista ser necessário que a jurisprudência acompanhe a legislação vigente, não restando margem para o retorno da curatela.

Importa esclarecer que a tomada de decisão apoiada não objetiva avaliar o discernimento da pessoa com deficiência, mas sim, objetiva a preservação da vontade da pessoa com deficiência frente às decisões existenciais e jurídicas que devem ser tomadas. Neste sentido, Fernando Gaburri (2016, p. 130-131) delinea claramente a novidade

proposta pelo instituto da tomada de decisão apoiada:

Se a tutela e a curatela pressupõem a incapacidade de fato da pessoa vulnerável, seja em razão da tenra idade ou devido ao pouco ou nenhum discernimento, a tomada de decisão apoiada, por seu turno, pressupõe a capacidade de fato da pessoa a ser apoiada, pois é ela, pessoalmente, quem terá legitimidade processual para requerer tal medida. Assim, a pessoa deverá contar com 18 anos completos ou, se maior de 16, estar emancipada e, em ambos os casos, em gozo de completo discernimento. Trata-se de um negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado, em que o interesse da pessoa com deficiência apoiado e dos dois ou mais apoiadores convergem para um objetivo comum, que é a preservação da livre manifestação de vontade da pessoa apoiada.

A restituição da capacidade pelo instituto jurídico da tomada de decisão apoiada é um dos passos necessários à superação da inconstitucionalidade apresentada pelo relatório internacional “Eles Ficam até Morrer”. A conjugação de medidas legislativas com políticas públicas promoverá o desbloqueio institucional frente à situação vivenciada pelos deficientes asilados.

Obviamente que será necessário desenvolvimento de órgãos de monitoramento que fiscalizem a implementação da sentença que declara o estado de coisas inconstitucional. Isso porque, por meio de tais órgãos poderá ser fiscalizada a efetividade da tomada de decisão apoiada dentro das instituições, até a efetiva desinstitucionalização de todas as pessoas com deficiência.

Contudo, além das políticas públicas a serem implementadas para efetiva desinstitucionalização da pessoa com deficiência, será necessário também o implemento legislativo, com a evolução dos contornos referentes à capacidade da pessoa com deficiência, que foram alterados com a lei 13.146/15 (Estatuto da pessoa com deficiência).

Por isso, quando defendemos a regulamentação legal da tomada de decisão apoiada, estamos falando de um novo conceito de dignidade da pessoa com deficiência, calcado na teoria das capacidades de Martha Nussbaum, que será objeto de estudo doravante em derradeito tópico.

4.4 A dignidade da pessoa com deficiência sob o aspecto das capacidades de cada indivíduo

A novidade implementada pelo estatuto da Pessoa com Deficiência em relação ao instituto jurídico da tomada de decisão apoiada preserva a capacidade da pessoa com

deficiência, demonstrando que a dignidade e a própria autonomia da vontade não estão adstritas ao critério da racionalidade. Por isso, temos defendido a necessidade da regulamentação específica da tomada de decisão apoiada (TDA), de modo a obrigar a sociedade brasileira e o judiciário a utilizar os institutos da curatela de forma estritamente residual quando se tratar de processos que envolvem as pessoas com deficiência.

Dessa forma, é necessário entender que o novo diploma legal traz uma ideia de justiça e um novo conceito de contrato social para pessoa com deficiência, fundamentado nas teorias das capacidades de Martha Nussbaum, que defende o desenvolvimento de capacidades individuais de cada ser, independente de suas deficiências ou impedimentos, como são descritos pela filósofa americana.

Da mesma forma como era proposto por Rawls, Nussbaum entende a dificuldade de pensar a justiça social a partir de dilemas racionais, entendendo a diversidade dos cidadãos bem como, compreendendo que muitos destes não conseguem fazer escolhas racionais.

Nussbaum (2013, p. 115) argumenta “parece ser chegada a hora de ver o que um exame desses problemas nos mostrará sobre a justiça social, e o que uma teoria alternativa pode oferecer”.

A questão embasada pela filósofa vai ao aposto de tudo o que foi mostrado em relação aos deficientes asilados, isso pois, a teoria das capacidades pressupõe um novo contrato social, onde se mostra desnecessário o critério racionalidade, haja vista a existência de pessoas capazes que não conseguem exprimir suas vontades.

Martha Nussbaum (2013, p. 120) delinea em sua teoria sociológica que:

Crianças e adultos com impedimentos mentais são cidadãos. Qual sociedade descente deve responder as suas necessidades de assistência, educação, autorrespeito, atividade e amizade. As teorias do contrato social, no entanto imaginam os agentes contratantes que projetam a estrutura básica da sociedade como “livres, iguais e independentes”, e os cidadãos cujos interesses representam, como “membros plenamente cooperantes da sociedade ao longo de uma vida completa”. Também muitas vezes, os imaginam caracterizados por uma racionalidade particularmente idealizadas. Tais abordagens são insatisfatórias, mesmo em casos de impedimentos e deficiências físicas graves.

Todo critério defendido nesta nova teoria de justiça implementa a capacidade do cidadão com deficiência, independentemente de critérios avaliativos de capacidade intelectual. Veja bem, a capacidade irrestrita reforça o conceito social e se choca com o paradigma da institucionalização, onde há um estado que seja regido pela capacidade. O

asilamento, em qualquer situação, mostra-se como resultado patente de uma omissão inconstitucional.

A questão da capacidade, reconhecida legalmente no Estatuto da Pessoa com Deficiência e compondo bloco constitucional de direitos da pessoa com deficiência, por critérios da ratificação da Convenção Internacional feita pelo Brasil em 2008, fomenta a ideia da teoria das capacidades, de modo a garantir o melhor desenvolvimento possível para as pessoas com deficiência. Priscilla Jordanni Silva Oliveira (2021 p. 172), explicando sobre a teoria das capacidades, aduz:

A referida teoria oferece um modelo alternativo para questões relacionadas ao desenvolvimento humano e, notadamente, questões proeminentemente complexas que envolvem adversidade e a pluralidade como pressupostos necessários para problematizar o que as pessoas com deficiência são realmente capazes de fazer e de ser, bem como quais as oportunidades que elas têm a sua disposição para fazer tudo o que são capazes.

Há uma real inversão entre o que se pensava, o que se pensa, e o que a lei pensa em relação à pessoa com deficiência. Dessa forma, permitir o desenvolvimento de capacidades é ampliar o instituto da tomada de decisão apoiada, de modo a quase zerar a imposição da curatela às pessoas com deficiência no Estado Brasileiro.

Pois bem, se a legislação é pró-capacidade, mostra-se necessário o desenvolvimento das medidas legais que garantam efetiva capacidade. Em uma situação teórica, a garantia da capacidade não deixaria subsistir instituições de asilamento com permanência da pessoa com deficiência até o óbito, dado que não haveria medida jurídica que justificasse referidas instituições ou que respaldasse decisões não autônomas de tamanha intervenção estatal na vida do indivíduo com deficiência.

A teoria das capacidades reconhece que a pessoa com deficiência não pode ser tratada a partir de sua patologia, mas sim, que deve ser tratada de forma individual, mediante as capacidades que possa desenvolver com as oportunidades disponíveis para esses cidadãos. Janimara Rocha (2019 p. 13) explica que:

A partir da compreensão que cada ser humano é único torna-se possível pensar a teoria das capacidades como algo essencial para a vida de toda e qualquer pessoa, capaz de orientar questões relativas a educação e associar a cada um e a cada uma a significação da qualidade de vida.

Ao preservar autonomia, a teoria das capacidades individualiza a pessoa com deficiência, permitindo a melhor delimitação de políticas públicas que preservem a sua

dignidade. Por este fato, a incapacidade, relativa ou absoluta, fica apartada do cenário jurídico nacional quando se fala de deficiência. A dignidade, portanto, não está restrita a critérios racionais, permitindo o estabelecimento de bases contratualistas independentemente do discernimento da pessoa envolvida.

Foi nessa linha de raciocínio que Martha Nussbaum desenvolveu a sua teoria das capacidades, pensando em uma forma de justiça que leve em conta os impedimentos físicos e mentais das pessoas que convivem dentro de um mesmo seio social que outros cidadãos que não possuem nenhum tipo de impedimento. A filósofa americana, ao comentar sobre a teoria da capacidade e casos práticos de pessoas que tenham impedimentos intelectuais, afirma que:

A lista das capacidades deve permanecer igual quando consideramos a vida de cidadãos com impedimentos mentais? E o nível social mínimo deve também permanecer o mesmo? Nosso foco aristotélico na funcionalidade característica do ser humano parece causar uma confusão neste ponto. Sessa não irá votar, não porque ela tenha uma concepção abrangente de valor que a proíbe votar, mas porque suas capacidades cognitivas jamais alcançaram o nível em que ela tenha uma possibilidade significativa de votar. De modo similar, a liberdade de imprensa não significa nada para ela, não pelas razões dos ultraortodoxos, mas porque o seu nível cognitivo torna a leitura e a comunicação verbal impossíveis. Tente o que quiser, a sociedade não vai trazê-la para um nível em que ela tenha tais capacidades em qualquer sentido significativo. Agora pareceria que a visão que enfatiza a norma da espécie nos forçaria a escolher: ou dizemos que Sessa tem uma forma completamente diferente de vida, ou dizemos que ela jamais será capaz de ter uma vida humana realizada, a despeito de nossos melhores esforços (NUSSBAUM, 2013, p. 229).

A discussão de Nussbaum se refere a uma pessoa com deficiência, portadora de autismo, onde está ausente a comunicação verbal e a capacidade de compreensão intelectual da vida e de seus próprios direitos. Temos visto que o Estado Brasileiro relega as capacidades desses cidadãos, com o intuito de reforçar o paradigma da institucionalização.

Quando o microsistema jurídico de direitos da pessoa com deficiência elege a capacidade como um princípio, muda-se a ótica do conceito de justiça, permitindo que a dignidade chegue indistintamente a todos os cidadãos. Baseado neste fato é que defendemos a regulamentação legal do instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, elemento legislativo de suma importância para superação do ECI. Inclusive, uma das etapas da macrosentença a ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal é a devida regulamentação pelo legislativo do instituto jurídico mencionado.

Observando a justiça pelas lentes da capacidade, verifica-se que a deficiência pode ocupar um espaço social quando se leva em conta o contexto em que vive certo deficiente e os direitos que lhe são proporcionados pelo Estado. Ao comentar a teoria das capacidades, Priscilla Jordanni Silva Oliveira (2021, p. 176) argumenta sobre estas, afirmando, “Portanto, representam um conjunto de alternativas e oportunidades que as pessoas têm para escolher e agir, considerando suas faculdades inatas e seu entorno político, social e econômico”.

Nussbaum (2017, p. 37-65) define quatro tipos de capacidade, sendo elas: as básicas, que representam as capacidades físicas, intelectuais, cognitivas ou sensoriais; as capacidades internas, que são as possibilidades de interação com o meio ambiente em que vive determinada pessoa; as capacidades centrais, que seriam o mínimo necessário para uma vida digna, como por exemplo, o desejo de viver uma vida boa, o direito de poder participar de atividade laboral, etc.; e, por fim, as capacidades combinadas, que são as interações entre as capacidades, representando concretamente o que cada pessoa pode fazer/ser em seu meio ambiente.

A consideração das capacidades permite que a deficiência se consagre dentro do modelo social, como quis a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, haja vista que as possibilidades que irão garantir a inclusão ou não do cidadão deficiente é a interação com o meio ambiente em que vive, dependendo, exclusivamente, das condições proporcionadas pelo Estado.

Nesse sentido, a teoria das capacidades afirma que cada cidadão com deficiência se desenvolverá mediante as suas capacidades básicas e a interação dessas com a localização a qual pertencem. A possibilidade de desenvolver capacidades torna-se um requisito indispensável para conquistar a cidadania, por isso, Priscilla Jordanni Silva Oliveira (2021, p. 176) afirma “A teoria do enfoque das capacidades pressupõe que cada pessoa é um fim em si mesma e compromete-se com as possibilidades efetivas de autodeterminação dessas pessoas”.

A superação da inconstitucionalidade em que vivem as pessoas com deficiência asiladas se torna patente quando contrastada com a teoria da capacidade e a legislação internacional e nacional vigentes. O Estado Brasileiro não se preocupa com o desenvolvimento de funcionalidades das pessoas com deficiência, e tal situação só poderá ser modificada a partir da declaratória do ECI, dado a necessidade de superar os bloqueios institucionais, e também, os culturais da sociedade e do pensamento político em relação aos deficientes. Nussbaum (2013, p. 231) se mostra assertiva quando reflete sobre a

necessidade de uma mudança paradigmática sobre as pessoas com deficiência:

A tendência persistente de todas as sociedades modernas é a de denegrir a competência das pessoas com impedimentos, assim como seu potencial de contribuição para a Sociedade. Em parte, porque o apio total para suas habilidades é muito custoso, é mais fácil evitar a evidência de que pessoas com impedimento grave podem, na verdade, em muitos casos, chegar a auto nível de funcionalidade. O uso de termos que sugerem a inevitabilidade e “naturalidade” de tais impedimentos mascara a recusa em se gastar o suficiente para mudar em amplamente a situação das pessoas com impedimentos. Há não muito tempo teria sido presumido que uma pessoa cega ou surda simplesmente não poderia participar da educação superior ou da vida política, que uma pessoa em cadeira de rodas não poderia praticar algum esporte ou realizar algo em um amplo campo de tarefas. Impedimentos que eram completamente sociais pareciam ser naturais. Dessa forma, parecia possível evitar os altos custos de remodelar as instalações públicas para acomodar essas pessoas.

A declaração de estado de coisas inconstitucional em relação às pessoas com deficiência asiladas é um primeiro passo a se conquistar no direito das pessoas com deficiência, com o fim de propiciar a visão do Estado e da sociedade sobre o deficiente sob as lentes da capacidade, independentemente da patologia. O ECI permitirá, por meio de efeitos diretos e indiretos, o envolvimento social necessário para garantir a mudança paradigmática trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em relação à capacidade e à autonomia destes cidadãos.

O desbloqueio institucional gerado pelo ECI, nos dias atuais, mostra-se como único instrumento jurídico capaz de propiciar a desinstitucionalização do deficiente, garantindo seus direitos fundamentais básicos e, principalmente, sua liberdade de conviver em sociedade, independentemente da patologia que se encerra no corpo com deficiência.

A situação gravíssima de violação dos direitos humanos apontadas pelo relatório internacional “Eles ficam até morrer”, da ONG Human Rights Watch, só pode ser considerada mediante atuação do Supremo Tribunal Federal, com o aprimoramento e aperfeiçoamento da técnica do ECI já declarado pela Corte, no bojo da ADPF 347/15.

Os passos trazidos até aqui, bem como alterações legislativas apresentadas, são pontos fundamentais para se estabelecer uma agenda de inclusão que contemple as pessoas com deficiência asiladas. Desse modo, o ECI apresenta-se como a única hipótese que permitirá devolver a capacidade e a vida que foram retiradas dessas pessoas quando da institucionalização.

CONCLUSÃO

A presente tese se preocupou em trabalhar a população de pessoas com deficiência que vivem asiladas em hospitais ou casas abrigos, tendo como ponto de partida o relatório internacional denominado “Eles ficam até morrer”, da ONG Human Rights Watch. O objetivo foi apresentar soluções jurídicas que permitam a desinstitucionalização dessas pessoas e a conseqüente inclusão no seio social.

Em um primeiro momento, demonstramos a história da pessoa com deficiência e sua luta pelos direitos conquistados a nível mundial. Demonstramos que a questão da deficiência hoje é vista pelo modelo social, por movimentos que surgiram na década de 70, no Reino Unido, encabeçados por Paul Hunt, que questionava a questão patológica como sendo único fator de conceituação da deficiência.

Contudo, para chegarmos a essa conceituação, analisamos a questão da deficiência sobre dois paradigmas: o da institucionalização e o do suporte. O primeiro deles é voltado para a exclusão da pessoa com deficiência, institucionalizando-a para o resto da vida, ou adaptando-a à “normalidade”, o que permitiria sua reinserção no meio social.

Já no paradigma do suporte, o Estado e a sociedade fornecem condições de adaptabilidade para que o cidadão com deficiência consiga viver em sociedade, independentemente de sua patologia. Esse paradigma, além de garantir cidadania às pessoas com deficiência, permite retirar a opressão que o Estado exerce, através da institucionalização, sobre o corpo deficiente

Analisando conceitos e paradigmas, demonstramos que a primeira associação de luta pelos direitos das pessoas com deficiência surgiu no Reino Unido, sendo capitaneada pelo filósofo, e também deficiente físico, Paul Hunt, que se denominava UPIAS, dando início a um movimento de conquista de direitos que, por meio de diversas associações, entidades representativas e conselhos populares, se expande internacionalmente até os dias de hoje,

Dentro desta tônica, analisamos o conceito de cidadania e a sua aplicação a partir do conceito de pessoa com deficiência, ficando esclarecido que cidadania é pressuposto básico do Estado Democrático de Direito e condição fundamental para efetivo exercício e gozo dos direitos fundamentais e das liberdades constitucionais.

Neste ponto específico, restou clarificado que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), na esteira do que manda a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência, editou o artigo 28, que prioriza a participação da

pessoa com deficiência em assuntos públicos e em determinações de políticas públicas. Tal mandamento deve ser cumprido mesmo quando estas pessoas estiverem institucionalizadas, motivo pelo qual a legislação incentiva a criação de conselhos e consultas populares em relação às pessoas com deficiência.

Estabelecidos os parâmetros do Estado Democrático de Direito, identificamos a existência de um outro estado - que optamos por denominar “estado de vácuo” -, onde estão as pessoas com deficiência asiladas em abrigos, hospitais ou asilos. As características deste “estado de vácuo” são marcadas por experiências onde a Constituição Federal de 1988 e a legislação ordinária brasileira não penetram. Neste estado, os deficientes são sub-cidadãos, podendo ser classificados como tendo uma cidadania de 4º grau em razão de não terem direitos de escolhas básicas como o que vestir, o que comer, etc.

Partindo do pressuposto da existência deste novo estado, analisamos, na história recente do Brasil, a institucionalização da pessoa com deficiência, focalizando os nossos olhares para o Hospital Psiquiátrico Colônia de Barbacena, em Minas Gerais. Verificamos a existência de um hospital que, à década de 2.000, encarcerava deficientes até a morte, sem observar práticas aceitas pela medicina psiquiátrica e utilizando, na maioria das vezes, tortura, medicalização forçada e condições degradantes para o tratamento de pessoas com deficiência.

Olhando a trágica história do Hospital Colônia, passamos a analisar as condições atuais das instituições que asilam pessoas com deficiência no Brasil, a partir do Relatório Internacional produzido pela ONG Human Rights Watch, denominado “Eles ficam até Morrer”.

A partir do Relatório Internacional, verificamos a reprodução, ainda nos dias atuais, de práticas exercidas entre as décadas de 30 e 70 no Hospital Colônia. Dentre estas práticas, pudemos verificar: utilização de camisa de força, falta de produtos de higiene pessoal, compartilhamento de roupas e itens de higiene como sabonete e escovas de dentes, ausência de absorventes para mulheres com deficiência, bem como, utilização de grades e amarração de pessoas em camas e berços.

Dentro desta perspectiva, começamos a analisar as políticas públicas, o investimento em direitos, e a atuação do Estado para tentar resolver a situação relatada pela ONG internacional.

No segundo capítulo da tese, analisamos o impacto da teoria das políticas públicas no Direito Constitucional Brasileiro, verificando que, para além da materialização de um

direito fundamental, a política pública é necessária para o exercício da cidadania e da democracia. A teoria das políticas públicas, portanto, rompe com o positivismo jurídico e deixa no passado a teoria das normas programáticas, dada a imediatividade dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a política pública surge como um instrumento de redistribuição moderna de direitos, garantindo, por meio de programas e ações estatais, o acesso do cidadão aos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Nessa linha de raciocínio, podemos concluir que existem custos para a efetivação desses direitos, pois envolvem planejamento orçamentário e planificação estratégica para o desenvolvimento correto de uma política pública a ser executada.

Partindo do pressuposto dos custos dos direitos, verificamos que os cidadãos têm direito a crédito com o Estado, devendo o aparato estatal fornecer os elementos básicos para o exercício da dignidade da pessoa humana. Isso não quer dizer que o Estado tenha responsabilidade de ser segurador universal de todos os direitos, contudo, os direitos fundamentais assumidos na Constituição de 1988 são obrigatórios.

Apresentamos, então, a situação relatada pelo relatório internacional e concluímos que o Estado pouco ou nada investe nas pessoas com deficiência asiladas, tornando-se uma cidadania “barata” ao Estado, que terceiriza sua responsabilidade para entidades do terceiro setor e entidades de cunho religioso ou filantrópico.

Esta terceirização da responsabilidade conduz o Estado Brasileiro a reforçar o modelo médico da deficiência. Também reforça o paradigma da institucionalização, indo de encontro com o preceituado na Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Propusemos, então, a necessidade de uma reforma da Administração Pública, que passaria da fase gerencial para a fase societal, abandonando o tecnicismo exacerbado e a burocracia para dar voz às comunidades envolvidas nas políticas públicas. Tais mudanças ocorreriam por meio de conselhos populares, audiências públicas e quaisquer outros meios de participação. Neste cenário, demonstramos que algumas prefeituras do Brasil desenvolveram o conceito de orçamento participativo, fator que permitiu melhor desenvolvimento de políticas públicas, como o orçamento participativo do município de Porto Alegre - RS.

Ainda, seguindo na linha da teoria de custos, verificamos que o não investimento em pessoas com deficiência asiladas gera apátridas dentro do Estado de Direito Constitucional. Ademais, indagamos quanto custaria desinstitucionalizar os deficientes?

A resposta foi de difícil solução, todavia, fica evidente que a cidadania da pessoa com deficiência asilada depende do orçamento público.

Verificada a teoria das políticas públicas, que está umbilicalmente ligada à teoria dos custos do direito, analisamos os investimentos do Programa Federal de Inclusão Viver sem Limites, nos anos de 2017, 2018 e 2019, programa instituído pelo Decreto 7.612/11, com objetivos e fontes de custeio definidos.

Dá análise dos dados apresentados pela Controladoria Geral da União, pode-se verificar que há um evidente retrocesso do orçamento investido em inclusão social da pessoa com deficiência no Brasil, bem como, a total exclusão das pessoas com deficiência asiladas dos objetivos do Programa Federal. Apesar de não conter dotação orçamentária específica para desinstitucionalização de pessoas com deficiência, pode ser verificada também a ausência de políticas públicas para fruição de direitos fundamentais básicos em relação aos deficientes asilados.

Essa situação chamou atenção, haja vista que, independentemente do asilamento, crianças e jovens com deficiência têm direito à inclusão educacional, e este direito vem também sendo negado nos intramuros das instituições para pessoas com deficiência.

Visualizamos, dessa forma, a inexistência de uma agenda estatal para inclusão deste público com deficiência, denotando a necessidade, por meio do Estado, de uma planificação estratégica e participativa que possa promover políticas públicas de inclusão, amparadas nos direitos constitucionais, internacionais e ordinários previstos pela legislação brasileira.

Finalizamos o segundo capítulo apontando a inclusão no ordenamento jurídico nacional, por meio do artigo 5º, § 2º e 3º da Constituição Federal, de tratados internacionais com força de emenda constitucional, os quais tiveram como seu primeiro expoente a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, originando o Decreto Legislativo 186/08, que culminou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja, a Lei 13.146/15.

Dessa forma, demonstramos a primeira condenação internacional do Brasil por maus tratos e torturas de pessoas com deficiência institucionalizadas, no famoso caso *Damião Ximenes Lopes*. Demonstramos, também, as consequências legais que demandaram a condenação do Estado Brasileiro em decorrência do crime cometido na Casa de Repouso Guararapes, caracterizando a responsabilidade civil do Estado por omissão.

A omissão Inconstitucional do Estado, frente ao relatório internacional “Eles

ficam até morrer” e diante dos dados teóricos coletados até o momento da pesquisa, permitiu verificar a existência de um estado de coisas inconstitucional (ECI) em relação à pessoa com deficiência asilada, trilhando a necessidade do estudo dessa figura jurídica na Colômbia, como modelo a ser aplicado no Brasil. Restou claro que a omissão inconstitucional reside no fato de haver incompatibilidade entre a Constituição e a realidade fática vivenciada pelos cidadãos.

Quando esta omissão atinge um grupo específico de pessoas, violando diversos direitos fundamentais, há a existência do ECI. A configuração do referido instituto demonstra a necessidade de correção de falha estrutural no sistema de direitos envolvendo os três poderes constituídos da República, bem como a sociedade em geral.

Nesse prisma, tomamos como base a figura Colombiana e comparamos jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana. à ADPF 347/15, que declarou o ECI frente à superlotação carcerária no Brasil.

A comparação da aplicação do ECI no Brasil visa, dentre outros, demonstrar a necessidade de modificação do sistema para que o estado de coisas inconstitucional em relação às pessoas com deficiência asiladas venha a dar certo e surta efeitos práticos, não sendo apenas uma declaração do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma a nossa crítica foi que a ADPF 347/15, na verdade, não representa as teses colombianas de estado de coisas inconstitucional ao passo que, para comprovar essa afirmação, utilizamos a Sentencia T 025 de 2004, do caso do deslocamento forçado de cidadãos colombianos de suas áreas, em razão da atuação do narcotráfico.

Verificamos que, diferentemente do Brasil, a Colômbia tem uma estrutura para declarar o estado de coisas inconstitucional, contando com órgãos de monitoramento que acompanham a efetividade das partes da sentença declaratória de ECI. Processualmente falando, a Colômbia tem a Defensoria Del Pueblo, que ora atua como Defensoria, ora como Procuradoria. Ressalte-se que, diferentemente do Brasil, na Colômbia existe uma única Defensoria para todo o país, não havendo a divisão em Defensorias Públicas Estaduais e Defensorias Públicas da União.

Verificada essa questão, conseguimos observar que a Defensoria Pública da União não tem legitimidade legal para trabalhar questões relativas a direitos humanos, por isso, propusemos uma alteração legislativa que permita a incorporação desta competência na Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, para que essa possa se constituir como órgão de monitoramento frente ao cumprimento de decisões que declaram o ECI.

Em razão disso, defendemos a inclusão do artigo 3º b da Lei Complementar 80/94,

com a seguinte redação “em caso de litígios estruturais a Defensoria Pública da União zelará pelo efetivo cumprimento das ordens emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, garantindo o envio para o tribunal de relatórios, em relação ao efetivo cumprimento pelos poderes públicos”.

Ainda no tocante à eficácia da sentença declaratória de estado de coisas inconstitucional, mostra-se necessária uma segunda alteração na Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, de modo a adaptar o sistema jurídico nacional, possibilitando o efetivo monitoramento das etapas da sentença a serem definidas pelo Supremo Tribunal Federal. Em razão disso e da federalização do país, com diversas Defensorias Estaduais, propusemos a inclusão do artigo 14 b na Lei Orgânica da DPU, a fim de complementar a inclusão do artigo 3º b.

Olhando pela ótica do sistema de garantias de Direito e para que tenhamos um efetivo órgão de monitoramento, mostra-se necessária a adição do artigo 14 b nos seguintes termos: “Para fins de execução do proposto no artigo 3º b a Defensoria Pública da União deverá estabelecer convênios com as Defensorias Públicas Estaduais, submetendo estes ao Supremo Tribunal Federal para fins de monitoramento das decisões estruturais”.

Esclarecemos que a superação do estado de coisas inconstitucional é o efetivo desenho de uma política pública de inclusão, e finalizamos o nosso último capítulo com análises de políticas públicas existentes e sugestões de melhoria nessas políticas públicas e no sistema legislativo que garante e protege a pessoa com deficiência.

Observamos que o Estado Brasileiro já tem legislação específica, com políticas públicas que implantaram residências terapêuticas no país. Tais residências foram criadas como forma de reduzir a institucionalização de deficientes por meio de abrigos em casas, com uma equipe multidisciplinar e auxílio de subsídio governamental.

Por meio da portaria do SUS 246/2005, que veio em substituição à portaria 2068/2004, fora instalado o programa de residências terapêuticas no Brasil, contudo, a desinstitucionalização ainda é vista pelos olhos da patologia psiquiátrica, estando atrelada à assistência social.

A bem da verdade, as residências terapêuticas funcionam como um braço hospitalar, de modo a suprir a ineficiência do Estado que não protege a dignidade dessa população com deficiência. Tendo em vista o orçamento já estudado, e verificando que há dotação orçamentária contingenciada, não assiste razão de não haver moradias individuais e a formação de um programa que garanta uma total autonomia de pessoas

com deficiência, como demonstrado nos exemplos feitos na Holanda e na Bélgica.

Um outro problema que conduz à institucionalização de pessoas com deficiência é a falta de uma política pública de incentivo à adoção desses deficientes, e também, de uma legislação que permita a adoção de adultos com deficiência, haja vista que no Brasil não há possibilidade legal de adoção de adultos. Tal fato permitiria aumentar a desinstitucionalização e garantir inclusão e tratamento adequados às pessoas com deficiência.

O próprio relatório internacional traz adoções que se mostram exitosas em relação ao desenvolvimento de crianças com deficiência. Nesse sentido, o desenho dessa política pública, bem como a possibilidade de adoção/acolhimento de pessoas com deficiência institucionalizadas em idade adulta, permitiria a tentativa de superação do estado de coisas inconstitucional apresentado.

Além do desenvolvimento de uma política pública de adoção, a superação da falha estrutural ocasionada pela institucionalização de pessoas com deficiência, empiricamente demonstrada pelo relatório internacional, pode se dar também pela regulamentação dos objetivos do instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, determinando, assim, maior autonomia aos deficientes que foram inseridos em residência terapêuticas.

Se a capacidade é regra no microsistema de direitos da pessoa com deficiência, com base na Lei 13.146/2015, não se pode aceitar a curatela de pessoas com deficiência com base na incapacidade, meramente por catalogação patológica. Nesse sentido, reforçamos que, a permanência de pessoas com deficiência em residências terapêuticas, não pode tolher suas autonomias e nem seus efetivos poderes de contrato, por isso defendemos uma regulamentação específica do instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, de modo a não termos pessoas capazes interdidas apenas por suas patologias.

Nesse sentido, reconhecendo o ECI existente para os deficientes que se encontram em asilamento, temos a necessidade de aprimoramento do instituto, inspirado na origem Colombiana, de modo a garantir, ainda que paulatinamente, a desinstitucionalização e consequente extinção dessas entidades que abrigam deficientes.

À vista de todo o exposto neste tese, concluímos que, atualmente, o aprimoramento do instituto, com a consequente efetivação do ECI para pessoas com deficiência, é a única alternativa jurídica que permite garantir a democracia, a participação social, a cidadania e a inclusão social dos deficientes esquecidos dentro das instituições brasileiras.

REFERÊNCIAS

- ABBERLEY, Paul. The concept of oppression and the development of a social theory of disability. **Disability, handicap & society**, [s.l., s.n.], v. 2, n. 1, p. 5-19, 1987. Disponível em: https://www.um.es/discatif/PROYECTO_DISCATIF/Textos_discapacidad/00_Aberley.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.
- ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. *In: Revista de Processo*, São Paulo, p. 569-584, 2017.
- ABREU, Cilair Rodrigues de; CÂMARA, Leonor Moreira. O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. **Revista de Administração Pública**, [s.l., s.n.], v. 49, n. 1, p. 73-90, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122015000100073&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 11 maio 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA, José Luiz Gastão de; SILVA, Marcela Rodrigues da; FILHO, Roberto Alves de Oliveira. Estatuto da pessoa com deficiência e a nova teoria das incapacidades: operabilidade em risco. *In: FIUZA, César (org). Temas relevantes sobre o estatuto da pessoa com deficiência*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 33-82.
- ALVES, Duarte Alves; NETO, Josué Mastrodi. Sobre a teoria dos custos dos direitos. *In: Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 9, n. 2, maio 2016. DOI: 10.12957/rqi.2016.19270. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Josue_Mastrodi/publication/267263801_SOBRE_A_TEORIA_DOS_CUSTOS_DOS_DIREITOS/links/552433670cf22e181e738bd1.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.
- ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. "Crise" da democracia representativa e a função política do Judiciário: é o Judiciário a "tábua de salvação" da democracia? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, UFC*, v. 35 n. 2, jul./dez., 2015.
- ARBEX, Daniela. Holocausto brasileiro: 50 anos sem punição. **Tribuna de Minas**, v. 20, 2011. Disponível em: <https://tribunademinas.com.br/noticias/cidade/20-11-2011/holocausto-brasileiro-50-anos-sem-punicao.html>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. Belo Horizonte: Geração Editorial, 2013.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BELTRAN, Bianca Sawada; PARDO FILHO, Milton. **A adoção de crianças e adolescentes com deficiência**. 2018, 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/1762>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Citizenship and democracy. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, CEDEC, n. 33, p. 05-16, 1994, ISSN: 1807-0175. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0102-644519940002. Acesso em: 12 abr. 2020.

BONFANTE, Patrícia dos Santos. **Conselhos de direitos e a atuação das pessoas com deficiência no contexto da democracia participativa**: experiências do município de Criciúma. 2017, 233 f. Dissertação (Pós-Graduação em Desenvolvimento socioeconômico) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, São Paulo, FGV, v. 34, n. 4, p. 07-26, 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6289>. Acesso em: 15 abr. 2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário. 466.343-SP**. Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação Fiduciária [...]. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 03 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45 MC/DF, Tribunal Pleno**. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas [...]. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de justiça 30 abr. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 15 maio 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, Enap, v. 47, n. 1, p. 02-184, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHAES, Paulo Sergio. Princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito brasileiro. **Revista Científica FacMais**, Goiás, v. 4, n. 1, 2. Semestre, 2015.

CARVALHO, Neuma Pinheiro de. **Residência terapêutica e desinstitucionalização**. 2014, 19 f. Monografia (Especialização em Linhas de Cuidado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Feira de Santana, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CAVALCANTI, Paula Arcoverde *et al.* Sistematizando e comparando os enfoques de avaliação e de análise de políticas públicas: uma contribuição para a área educacional. **Repositório da Produção Científica e Intelectual da Unicamp**, Campinas, SBU, 2007.

CLÉRICO, Laura. El Examen de Proporcionalidad: entre el exceso por Acción y la insuficiencia por Omisión o defecto. *In*: CARBPONELL, Miguel; CASTRO, Pedro Grández (coord.). **El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo**. Lima: Palestra, 2010.

COLLING, Priscila Schuster. O movimento antimanicomial do Brasil a partir do julgamento do caso Damião Ximenes Lopes na Corte Interamericana de Direitos Humanos *In*: I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos, 2018, Rio Grande do Norte. **Anais** [...] Rio Grande do Norte, 2018. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/conabipodihu/article/view/9329>. Acesso em: 12 maio 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência. **Viver sem limites**. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/programas-de-governo/01-viver-sem-limite?ano=2018>. Acesso em: 10 maio 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, v. 737, p. 11-22, 1998. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002742991>. Acesso em: 06 abr. 2020.

COUTINHO, Carlos Nelson. Cidadania e modernidade. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, v. 22, n. 1, 1999. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/2087>. Acesso em: 08 jul. 2020.

CRESPO, Ana Maria Morales. **Da invisibilidade à construção da própria cidadania: os obstáculos, as estratégias e as conquistas do movimento social das pessoas com deficiência no Brasil, através das histórias de vida de seus líderes**. 2009, 399 f. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. *In*: DAGNINO, Evelina. **Anos 90: Política e sociedade no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 103-115.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DAMIN, Cláudio Júnior. Democracia, exceção e a possibilidade de Guantánamo. **Revista Organizações & Democracia**, v. 13, n. 2, p. 73-92, 2012. Disponível em: <http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/orgdemo/issue/view/206>. Acesso: 30 jun. 2020.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016.

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

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 6, n. 11, p. 65-77, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1806-64452009000200004&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 10 jul. 2020.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. *In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, p. 16-43, 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/novasaquisicoes/2014-04/991828/sumario.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DUBET, François. **Status e oportunidades como repensar a justiça social?** Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2015.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 10, n. 90, p. 01-34, 2011. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/252>. Acesso em: 15 jul. 2020.

FASSHEBER, Vanessa Barreto; VIDAL, Carlos Eduardo Leal. Da tutela à autonomia: narrativas e construções do cotidiano em uma residência terapêutica. **Revista de Psicologia: ciência e profissão**, v. 27, p. 194-207, 2007.

FELCMAN, Isidoro; KRIEGER, Mario; LAROCCA, Héctor. **Planeamiento estratégico**. Gobierno. Administración Pública. Empresas. Organizaciones Culturales. Justicia. Buenos Aires. ERREPAR, 2013.

FERNANDES, Lorena Barolo; SCHLESENER, Anita; MOSQUERA, Carlos. Breve histórico da deficiência e seus paradigmas. **Revista InCantare**, Paraná, v. 2, jul., 2014, ISSN 2317-417X. Disponível em: <http://periodicos.unesp.br/index.php/incantare/article/view/181/186>. Acesso em: 11 jul. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito e cidadania na Constituição Federal.**

Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm#:~:text=O%20texto%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de,que%20alcan%C3%A7a%20tamb%C3%A9m%20as%20desigualdades>. Acesso em: 15 maio 2020.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. Cidadania das crianças, adolescentes e portadores de deficiência e sua implicação nas empresas. **Revista da FAE**, v. 7, n. 2, 2004.

Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/419>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FISS, Owen M. **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade.**

Curitiba: Juruá, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento?** Dilemas da justiça na era pós-socialista. Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, 2001.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. O Estado, a responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado/AJURIS-ESM, p. 179-196, 2005.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma análise a partir do caso Damião Ximenes Lopes. **Revista Brasileira de Direito Internacional - RBDI**, v. 3, n. 3, 2006. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/6594>. Acesso em: 20 jul. 2020.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do estatuto da pessoa com deficiência no direito civil. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 7, n. 13, p. 118-135, 2016.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOLLO, Jenifer Land. **Adoção de Adulto: uma Análise de sua configuração.** 2020, 25 f. Artigo de Conclusão de Curso (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020.

GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 46, p. 01-21, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 8, n. 34, p. 59-71, 2008. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/518>. Acesso em: 20 jul. 2020.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 102, p. 371-395, 2007. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67760>. Acesso em: 10 maio 2020.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: SA Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: WW Norton & Company, 1996.

HOSPITAL CRUZ VERDE. Disponível em: <http://www.cruzverde.org.br/a-cruz-verde/unidades-de-servico/hospital/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Eles ficam até morrer: uma vida de isolamento e negligência em instituições para pessoas com deficiência no Brasil**. Rio de Janeiro, 23 maio 2018. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2018/05/23/318044>. Acesso em: 01 jul. 2020.

HUPFFER, Haide Maria *et al.* Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 109-129, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23981>. Acesso em: 30 jun. 2020.

JUNQUEIRA, Ana Luisa Cellular; DIAS, Joelson. Do direito à participação na vida pública e política. *In*: LEITE, Flavia Piva Almeida *et al.* (coord). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. O “compromisso significativo” (meaningful engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. **Espaço Jurídico Journal of Law**, EJLL, v. 20, n. 2, 2019. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/18445>. Acesso em: 20 jul. 2021.

KWANT, Fátima. Moradias ou residências assistidas – a busca pela independência dos autistas. **Autimates**, 2018. Disponível em: <http://www.autimates.com/moradias-ou-residencias-assistidas/>. Acesso em: 14 set. 2020.

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. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2654>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. The State of Unconstitutional Affairs in the ADPF 347 and the law's allure: the impact of the interim order and the political powers' responses. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019.

MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica da FA7**, v. 12, n. 1, 2015.

MAYOS, Gonçal. Vulnerabilidad, precarización y cambio social. Del capitalismo nofordista al postfordista. *In*: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo (Orgs). **Law and vulnerability: Derecho y vulnerabilidade: Direito e vulnerabilidade**. São Paulo: Oficina das Letras, Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito; Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, 2016.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o “compromisso significativo” A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. **Revista Em Tempo**, v. 15, p. 11-34, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 4, n. 1, p. 1-34, 2015.

MENON, Isabella. De longe, mãe viu filho com paralisia cerebral superar a Covid-19. **Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/07/de-longe-mae-viu-filho-com-paralisia-cerebral-superar-covid-19.shtml>? Acesso em: 10 set. 2020.

MONTEIRO, Daniel. Coronavírus: pessoas com deficiência precisam de atenção especial durante a pandemia. **Câmara Municipal de São Paulo**, 2020. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.leg.br/blog/coronavirus-pessoas-com-deficiencia-precisam-de-atencao-especial-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MONTENEGRO MONTENEGRO, Germán Santiago. Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana, el desplazamiento de los resguardos Nulpe Medio y Gran Sábalo de la comunidad indígena Awá. **Catálogo da Universidade Católica da Colombia**, 2015. Disponível em: <https://catalogo.ucatolica.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=2726>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MOZZI, Gisele de. **A adoção de crianças e jovens com deficiência: um estudo com famílias adotantes**. 2015, 217 f. Dissertação (Pós Graduação em Psicologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. A origem histórica da Má Doutrina da Constituição Portuguesa sobre regimes de Direitos Fundamentais. **e-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público**, v. 6, n. 3, p. 121-136, 2019.

- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988:** estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.
- NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça:** deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, 2018.
- OLIVEIRA, Francisca Bezerra de; FORTUNATO, Maria Lucinete; DANTAS, Rafaela Maciel. Residência terapêutica: um espaço de inclusão social. **Saúde em Debate**, v. 34, n. 86, p. 566-575, 2010.
- OLIVEIRA, Priscilla Jordane Silva. **A curatela e a tomada de decisão apoiada:** a proteção e a promoção da autonomia da pessoa com deficiência. São Paulo: Dialética, 2021.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais:** efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations and Disability:** 70 years of the work towards a more inclusive world. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2018/01/History_Disability-in-the-UN_jan23.18-Clean.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.
- ORTEGA, Michelle Andrea Calderón. Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. **Academia & Derecho**, n. 8, p. 71-97, 2014.
- PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **RAE-Revista de Administração de Empresas**, v. 45, n. 1, p. 36-49, 2005. Disponível em: <https://rae.fgv.br/rae/vol45-num1-2005/administracao-publica-brasileira-entre-gerencialismo-gestao-social>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- PAVAN, Fernando Baptista. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, n. 2, p. 195-205, 2003. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=540>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2015.
- PIOVEZAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PRADO FILHO, Ney Vieira. O caso Damião Ximenes Lopes - violação dos direitos a vida, a integridade pessoal, a garantia e proteção judicial, previstos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CAMPELO (coord). BÓRIO, Livia Gaigher (org). **Estudos e debates em Direitos Humanos**. v. 2. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

ROCHA, Janimara. **A teoria das capacidades de Martha Nussbaum e o papel da formação humana na educação contemporânea**. 2019, 81 f. Dissertação (Pós-graduação em Educação) – Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2019.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César *et al.* El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, dez., 2013, ISSN: 1851-684X.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 5, p. 115-134, 2011. Disponível em: <https://sur.conectas.org/caso-damiao-ximenes-lobes/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ROSEVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM**, n. 10, p. 11, 2015.

RUSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 2, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Demodiversidade**: imaginar novas possibilidades democráticas. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTANA, Priscila de Oliveira; SILVA, Osni Oliveira Noberto. Educação de Pessoas com Deficiência: caminhos para a inclusão. *In*: CAVALCANTE NETO, Jorge Lopes; SILVA, Osni Oliveira Noberto da (org). **Diversidade e Movimento**: diálogos possíveis e necessários. Curitiba: Editora CRV, 2016. p 15 -40

SANTORO, Emilio. A democracia é ainda adaptável às sociedades multiculturais. *In*: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson. **Direito à democracia**: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 71-108.

SARAVIA CABALLERO, Jackeline; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrea. Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. **Revista Prolegómenos**, v. 18, n. 35, p. 121-134, 2015.

SILVA, Ana Cristina Cardoso da; OLIVER, Fátima Correa. Pessoas com deficiência no caminho da democracia participativa. **Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional**, v. 27, n. 2, p. 279-292, 2019, ISSN 2526-8910. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2526-89102019000200279&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 12 maio 2020.

SILVA, Iúri Daniel Andrade. Estado de coisas inconstitucional, litígios estruturais e compromisso significativo. **Diálogos Interdisciplinares**, v. 8, n. 3, 2019.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das políticas Públicas: a Efetividade da Cidadania. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio *et al.* (org). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-15.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. **Texto para Discussão**, Biblioteca do Senado, n. 186, p. 38, 2015, ISSN: 19830645.

XEREZ, Sebastião. A evolução do orçamento público e seus instrumentos de planejamento. **Revista Científica Semana Acadêmica**, Fortaleza, v. 1, ed. 43, 2013, ISSN 2236-6717. Disponível: <https://semanaacademica.org.br/artigo/evolucao-do-orcamento-publico-e-seus-instrumentos-de-planejamento>. Acesso em: 10 mar. 2020.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 67, p. 139-190, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452006000200006&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 20 maio 2020.

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. Poder discrecional de la corte constitucional em estado de cosas inconstitucional. **Via Inveniendi Et Iudicandi**, v. 7, n. 2, p. 1-33, 2013.