XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

RUI DECIO MARTINS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz, Eloy Pereira Lemos Junior, Rui Decio Martins – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-340-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Certamente é uma honra para nós podermos apresentar aos leitores os resultados das apresentações dos artigos expostos no Grupo de Trabalho de nº 80 – Direitos e Garantias Fundamentais I, no contexto do XXV Congresso do CONPEDI, com a temática central Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, realizado no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, nas dependências da prestigiada UNICURITIBA, a quem desde já ficam nossos profundos agradecimentos pela calorosa recepção e prestimosa organização do evento.

A temática do grupo de trabalho por si só já é auto explicativa quanto à sua importância e necessidade das discussões no universo acadêmico brasileiro, em especial na dimensão dos Cursos e Programas de Pós Graduação em Direito do Brasil.

Foram apresentados, e debatidos, dezenove trabalhos, da lavra dos mais diferentes juristas das mais diversas Universidades e/ou Faculdades de nosso país.

Foi incrível o nível dessas produções sobre as quais restou impossibilitado distinguir se seus autores seriam Professores, ou mestrandos ou doutorandos, tamanha a variedade dos temas abordados e, principalmente, a qualidade dos mesmos.

A começar pelo estudo da propriedade no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguido pela abordagem referente à cidadania, não como algo estanque, mas, sim, como um processo.

Na seara constitucional fomos todos aquinhoados com diversos trabalhos passando por um dos tópicos mais sintomáticos e de importância ímpar, como o é a dignidade da pessoa humana. A relação Direito e Poder consubstancia-se na visão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Também os direitos políticos ganharam um capítulo quando da apresentação do texto sobre a iniciativa popular, prevista em diversos dispositivos constitucionais, e sua aparente ineficácia como um direito fundamental.

As questões de gênero – e suas desigualdades – vêm questionar a efetividade do direito fundamental à igualdade demonstrando que isso ainda não passa de quimera. O tema da igualdade reaparece no contexto dos critérios raciais que norteiam as ações afirmativas de

acesso às universidades no Brasil. Os tributos, com sua especificidade técnica, encontraram um nicho apropriado nesse Grupo de Trabalho sobre direitos e garantias fundamentais ao apresentar as peculiaridades de uma cidadania fiscal e seu exercício. O direito à moradia encontra aqui, um espaço para fundar-se na influência da estrutura fundiário do país para atingir sua plena consolidação. Fechando esse bloco, como não poderia deixar de ser, uma indagação se nos apresenta, qual seja, a da necessidade, ou não, de um Estado Ambiental para se atingir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A atuação do papel do Poder Judiciário não ficou de fora, bastando ver o estudo sobre a efetivação das políticas públicas relacionada à atuação da toga. Num momento de crise política, ética e moral por que passa o Brasil não poderíamos prescindir de artigo sobre as questões de transparência, direito e sociedade na busca de acesso às informações, sempre atrelado às práticas de 'transparência'.

Num mundo virtual, como o atual, não se poderia deixar de lado um estudo sobre a influência da internet na atuação dos tribunais frente ao tema do "esquecimento", como um direito fundamental.

A sociedade atual, no Brasil e alhures, passa por profundas transformações em sua trajetória evolutiva e os direitos sociais são um de seus mais basilares fundamentos, razão pela qual é de interesse vital o estudo sobre a segurança jurídica e a proibição de retrocesso social, aqui apreciado.

O cenário jurídico atual não pode mais ser encarado como gravitando em torno de si mesmo; faz-se necessária a integração com outros saberes. É o que nos traz o trabalho sobre a transdisciplinaridade entre Saúde e Direitos Fundamentais ao analisar a Lei dos 60 dias, em correlação com a Lei da "pílula do câncer". A conferir!

Por fim, coroando a qualidade dos temas já abordados, vemos com satisfação que direito e religião são peças integrantes do mesmo "lego" cultural, independente dos espaços geográficos em que se manifestam como bem o atesta a obra sobre neopentecostalismo, de verniz cristão, em relação com diversas outras manifestações religiosas que têm por matriz a realidade africana. Todavia, ainda nos infelicitamos com a intolerância incidente sobre a questão da restrição ao direito à liberdade religiosa.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz Fundação Universidade de Itaúna - UIT

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior UNIVERSIDADE DE ITAÚNA - UIT

Prof. Dr. Rui Decio Martins - UNIMEP - Univ. Metodista de Piracicaba

CONVIVER: UM DIREITO CONSTITUCIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

LIVING: A CONSTITUTIONAL RIGHT OF THE PERSON WITH DISABILITIES

Ricardo Pinha Alonso [1]
Lucas Emanuel Ricci Dantas [2]

Resumo

O presente trabalho pretende refletir as práticas relativas à inclusão das pessoas com deficiência, desde a perspectiva de uma política constitucional fraternal centrada na necessidade de coexistência de todas as pessoas, de ampliação e garantia de cidadania a todos. Alia-se ao objetivo a preocupação com a emancipação das pessoas com deficiência no Brasil, desde a Constituição de 1988 que provocou uma revisão fundamental de estoicismo como modelo ético a buscar a integração e inclusão das pessoas com deficiência, sem discriminações, que combina a demonstração objetiva da responsabilidade do Estado para promover ações fáticas e políticas para promoção da solidariedade social.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência, Políticas públicas, Fraternidade, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to reflect the practices relating to the inclusion of people with disabilities from the perspective of a fraternal constitutional policy on the need for co-existence of all people, to expand and guarantee citizenship to all. Alia is the objective concern for the empowerment of people with disabilities in Brazil, since the Constitution of 1988 brought about a fundamental revision of Stoicism as an ethical model to seek the integration and inclusion of people with disabilities, without discrimination, which combines demonstration objective of the State's responsibility to promote factual and political action to promote social solidarity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Disabled person, Public policies, Fraternity, Human rights

---

[1] Doutor em Direito do Estado - PUC/SP, Mestre em Direito pela Universidade de Marília, Professor Universitário (FIO e UNIVEM), Procurador do Estado de São Paulo.

[2] Advogado, Mestre Bolsista CAPES no Programa de Mestrado do UNIVEM/Marília. <lucas@lucasdantas.com>

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo, trazer à reflexão a temática da inclusão da pessoa com deficiência, sob o aspecto do neocontistucionalismo, que repercute na ideia da força normativa das constituições, inclusive de seus valores axiológicos, refletindo, especificamente no Estado brasileiro, na necessidade da construção de uma sociedade livre, justa e solidaria. Busca-se, ademais, construir uma ética fraterna, onde todos possam comungar do convívio independentemente de condições que possam gerar discriminação.

Com base na dignidade da pessoa humana, da igualdade e da fraternidade, procura-se demonstrar que conviver é um direito constitucional da pessoa com deficiência, sendo pressuposto para emancipação desta, ou seja, na superação de sua condição de oprimido dentro de uma sociedade opressora.

Essa emancipação, da qual se trata nessa pesquisa é ponto fulcral de um estado democrático de direito. Notar-se-á que conviver demanda participação ativa na sociedade. Consequentemente a emancipação da sociedade deficiente, fará com que a mesma busca a garantia e a implementação dos seus direitos, o que incentivará a universalização dos Direitos humanos no brasil.

Toda inclusão propõem aos incluídos, o desejo de buscarem e conhecerem os seus direitos, ou seja uma pedagogia. Pedagogia essa que instiga os sonhos da pessoa com deficiência a se realizarem dentro da sociedade em que vivem, Dentro desse aspecto o trabalho procura mostrar uma interpretação constitucional pedagógica, comparando a sociedade com a rede de pesca utilizada pelos apóstolos no evangelho cristão.

Com base na obra do Padre Antônio Vieira e de Paulo Freire, por intermédio de uma metodologia descritiva, denota-se que conviver é um direito constitucional que necessita de uma politica publica do estado, baseado em uma ação positiva fática no dizer de Alexy. Com base nesse conjunto de elementos teóricos busca-se uma saída em politica constitucional para inclusão das pessoas com deficiências.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DEFICIÊNCIA NO NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

Os Direitos Humanos têm-se evidenciado no Brasil a partir da Constituição de 1988, fruto da ideia neoconstitucional da forma normativa dos princípios por ela consagrados, especialmente o da dignidade da pessoa humana e da fraternidade. Entretanto observa-se que o caráter humanista do Direito e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana acontece muito antes de 1988, nesse sentido Comparato(2010 p.24) explica:

> A ideia de que os indivíduos e grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba é de elaboração recente na história. Como observou um antropólogo nos povos que vivem a margem do que se convencionou classificar como civilização, não existem palavras que exprima o conceito de ser humano: os integrante do grupo são chamado "homem", mas os estranhos ao grupo são designados por outra denominação a significar que se trata de uma espécie animal diferente.

De acordo com o autor a dignidade da pessoa humana é dividida em homens e não homens, ou seja, todos os homens tem em sua natureza o conceito de dignidade, os elementos da dignidade, porém explica o autor ainda que "foi durante o período axial da história, como se acaba de assinalar, que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens" (COMPARATO, 2010). Entre o período axial e a Declaração de Direitos Humanos da ONU ocorreu um lapso temporal de 25 séculos.

Apesar desse lapso temporal, as escrituras bíblicas já traziam a ideia de igualdade entre homens, quando o apostolo Paulo disse na Carta aos Romanos "Portanto agora não há judeu, nem grego", o ensinamento cristão já produzia essa ideia de igualdade e consequentemente a ideia de fraternidade. A pessoa com deficiência nesse aspecto também já era aceita, pois apesar de haver uma discriminação social na época bíblica, a pessoa de Cristo tocava e comungava com os deficientes e também com os marginalizados como pode ser visto numa sucinta análise dos quatro evangelhos.

A Constituição brasileira de 1988 traz um parâmetro moral e ético para a sociedade brasileira, inclusive para atuação judiciária na solução dos conflitos. Desta maneira resta afirmar que a fraternidade é um passo para a inclusão social e emancipação daqueles que estão à margem da sociedade. Todavia é necessário um parâmetro educacional para a configuração dessa fraternidade na sociedade, pois como explica Pedro Patto (2013 p.36):

> Precisamente porque a fraternidade parte da mente e do coração das pessoas, de escolhas livres, não será certamente do Direito, enquanto sistema institucional e normativo, que dependera essencialmente a constituição de uma Sociedade fraterna. Pode, no entanto o sistema jurídico facilitar e abrir as portas à fraternidade e para ela apontar como meta, além do mais na função pedagógica, na mensagem cultural que transmite.

A função pedagógica é justamente a construção de uma sociedade livre justa e igualitária, não é um estado socialista, entretanto é um estado de bem estar social, que se preocupa com a manutenção do direito na sociedade. A pessoa com deficiência, no núcleo social foi esquecida durante muito tempo no Brasil, tanto é que a Lei nº 10.048, que trata da acessibilidade é datada do ano de 2000, ou seja, do século XXI. Partindo de uma lógica simples, é como se no século XX a acessibilidade teria sido esquecida pelo legislador e tolhido a liberdade da pessoa com deficiência.

A partir de 1948 e progressivamente com vários documentos da ONU referentes a pessoa com deficiência, como por exemplo no ano de 1981, a ONU ter proclamado a ONU ter proclamado o ano do retardado mental e até chegar em 2006 com a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, (Piovezan, 2010). Houve um progresso histórico para afirmação da inclusão social dos deficientes. O reconhecimento dos direitos humanos implica numa mudança social, novamente cita-se o Professor Comparato sobre o assunto (2010, p.72):

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

O reconhecimento dos direitos humanos pelo estado importa reconhecer também a dignidade da pessoa humana a todos, como uma rede de pesca que enreda todos os peixes num conjunto fechado, nesse sentido faz-se um paralelo com o Padre Antônio Vieira, quando o mesmo explica, no sermão da epifania que a chamada a pescadores para o ministério cristão era justamente a extensão da graça divina como uma rede, da qual todos estariam enredados e, portanto, debaixo da graça divina (Vieira, 1959).

Com base nisso o estado necessita adaptar-se em um *welfarestate*, um estado social que abarque a população deficiente, tendo em vista que, para conviverem, as pessoas com deficiência precisam ter uma qualidade de vida mínima dentro do estado.

Um estado social, “seria o estado que garante tipos mínimo de renda, alimentação, saúde, habitação, assegurados a todo cidadão não como caridade, mas como direito politico” (Streck, 2002.)

Entendendo a igualdade como explicado acima na forma de uma rede, pode-se compreender que dentro dessa rede todos precisam conviver e para esse convívio é necessário concordar, nesse sentido o Professor Cortela explica que concordar é “unir os corações” (Cortela 2011). Por isto ora defende-se que conviver é um direito constitucional da pessoa com deficiência, e está diretamente atrelado ao conceito de isonomia. Vê-se que a constituição federal estabeleceu a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º e em seu preâmbulo, o objetivo de construir uma sociedade fraterna, estabelecendo que a igualdade é um dos valores supremos desta mesma sociedade, denota-se que a convivência é um objetivo e porque não dizer um principio constitucional referente a pessoa com deficiência.

Principio que pode ser materializado, por meio de uma ética social, como se verá adiante, podendo ser concretizado com o retorno do estoicismo tendo em vista que a fraternidade está dentro do sistema normativo, portanto institucionalizada e com a formação de um estado social. Streck (2002, p. 67) leciona:

> É razoável afirmar, pois, que por traz da moldura do bem estar vislumbra-se um projeto simbólico de rearranjo das relações inter-subjetivas que está calcado não só no consenso democrático, mas, também, na idéia de um viver comunitário, onde os interesses que atingem os indivíduos produzem inevitavelmente benefícios ou prejuízos compartilhados.

É notório que para construção de um estado democrático de direito, tendo por base a fraternidade como objetivo, necessita-se amoldar no padrão do estado de bem estar social, sendo a convivência pressuposto necessário da inclusão da pessoa com deficiência. Mostra-se então necessário, para diminuição das minorias e consequentemente a integração dessas pessoas, o estabelecimento do gozo de seus direitos sociais. A partir deste gozo pode-se começar como diz o autor acima no compartilhar tanto aspectos positivos quanto os negativos dessa convivência, mas estabelecendo que conviver é uma pratica inexorável para se chegar à inclusão da pessoa com deficiência, necessitando aí políticas públicas neste sentido, como se vê no tópico abaixo.

CONVIVER UMA PRAXIS DA INTEGRAÇÃO SOCIAL DA PESSOACOM DEFICIÊNCIA

Justamente pela dignidade ser um principio e a liberdade também que a convivência está entre esses dois princípios, sendo portanto, no dizer de Alexy uma norma hibrida, visto que apesar de não estar expressa na Constituição torna-se a convivência um fim necessário para cumprimento dos princípios e objetivos constitucionais, nesse sentido, Lauro Luiz Gomes Ribeiro explica (2010 p.35):

> Relaciona-se também a dignidade com a igualdade, a segurança e a justiça. No que concerne a questão das pessoas com deficiência, o problema da dignidade esbarra-se com a acessibilidade, é dizer, com a dificuldade de locomoção e acomodamento de áreas que retiram da pessoa sua auto-determinação, seu livre arbítrio, sua liberdade, que são valores intrínsecos ao ser humano.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o objeto cognocente do Direito teve o foco alterado para a pessoa humana. O Homem torna-se o centro do direito e em torno dele é que deve gravitar. A relação da dignidade com a igualdade, com a segurança e com outros direitos abre espaço à universalidade dos direitos humanos e a recriação de uma nova sociedade onde todos estão inclusos e integrados.

É nítido que a igualdade não pode ser apenas jurídica, do contrário o direito se restringiria apenas a dogmática e não se realizaria o seu fim, que é a paz social. O que pode ser visto é a emancipação das minorias, tanto por meios jurídicos como o mandado de Segurança, a Ação Civil Pública e também através de meios sociais com o surgimento de associações, a criação de Secretarias especializadas e o surgimento de leis especificas relativas a pessoas com deficiência, no plano nacional e internacional. Paulo Freire explica (2008) “Em minha visão, ‘ser’ no mundo significa transformar e retransformar o mundo e não adaptar-se a ele. Como seres humanos não resta dúvida que nossas principais responsabilidades consistem em intervir na realidade e manter nossa esperança.”

O novo constitucionalismo cria a esperança de uma nova sociedade, ética e respeitosa e, dentro desta sociedade não há espaço para corrupções, condutas antiéticas e intervenção estatal que não tenha por finalidade cumprir suas finalidades constitucionais. É preciso, pois, garantir a liberdade de ser diferente dentro dessa multiculturalidade que é o Brasil. Dentro disso devem ser preservados os

relacionamentos sociais entre todos e ser demonstrado que não há igualdade sem diferenças. Com base nesse conceito surge a defesa da pedagogia em favor dos direitos humanos especificamente no direito das pessoas com deficiência, neste aspecto Paulo Freire explica (2008 p.53):

> Também acredito na força das verdadeiras relações entre as pessoas para a soma de esforços no sentido da reinvenção das gentes e do mundo. E não há como negar que a experiência dessas relações envolve, de um lado a *curiosidade humana*, centrada na própria prática relacional, de outro, a curiosidade alongando-se a outros campos. O envolvimento necessário da curiosidade humana gera, indiscutivelmente, achados que no fundo, são ora objetos cognociveis em processo de desvelamento, ora o próprio processo *relacional*, que abre possibilidades aos sujeitos da relação de produção de *inter-conhecimentos.*

Esse inter-relacionamento entre as pessoas é o que vai, como diz o próprio autor desvelar a curiosidade entre todos dentro de uma mesa comunidade, outrora a Declaração de 1948 já deixava em seu preâmbulo que a educação é um elemento fundamental para os direitos humanos. Surge neste momento, ainda que tardio a inter-relação da pedagogia com o Direito ou, melhor dizendo, a utilização da educação em prol da formação de uma ética de aceitação.

O desenrolar dos anos e a globalização que vem acontecendo dos meados de 1990 até os dias atuais, mostra que existe uma preocupação comunitária com o bem coletivo, uma tendência fraterna na sociedade a reconhecer que todos co-participam da sociedade. Por isso volta-se a afirmar que a igualdade é a rede de pesca que cita o Padre Antônio Vieira, e para equilibrar dentro desta mesma rede as desigualdades, aparece a figura do *discrimen*(Melo, 2000). Para que todos possam conviver na mesma rede é necessário uma adaptação do meio, por exemplo: cotas em concursos públicos, acessibilidade nas ruas, políticas públicas de saúde adequada entre outras coisas que vão estender a universalidade do direito da pessoa com deficiência a todas comunidades envolvidas, neste caso o Estado Democrático de Direito.

Outra característica de rede que demonstra Vieira no Sermão da Epiphânia, é que para viver dentro da rede era necessário morrer, um fundamento cristão do batismo, ou seja, da morte e ressureição em Cristo. Entretanto, trazendo para os dias atuais, supondo que todos estão debaixo da graça divina assim como toda a Constituição de

1988 está embaixo da proteção de Deus, então volta-se na época estóica para se buscar uma ética universal, nesse sentido Assis explica (2005 p.110):

> A base da física estóica é afirmação da existência de uma razão universal que produz e governa o mundo. A ordem do universo é garantida por uma lei que implica a concatenação de todas as coisas, formando uma cadeia de casualidade que não deve ser rompida. A razão universal é a garantidora dessa ordem por isso ela é tida como a natureza intrínseca, presente e operante em todas as coisas, de modo que não há uma relação estanque ou incomunicável entre os seres e as coisas do universo. (...)

A física estóica dá origem a uma ética universal que mais adiane Kant vai reconhecer em sua Metafisica dos Costumes que a essa ordem universal dá-se o nome de Deus e demonstrará o surgimento do imperativo categórico e do hipotético dedutivo (Kant, 1984). Retornando a física estóica, Assis explica que (2005) "Para os estóicos, a natureza é vida que produz vida. Natureza (Deus) é um fogo artesão, arquiteto de tudo, que dá inicio a geração, e para isso penetra todas as coisas, procedendo com método".

No estoicismo não há distinção, entre homens ou mulheres, todos participam dos cosmos e estão interligados, portanto reside neste modelo o ponto basilar da isonomia, a cidadania é conferida a todos, pois antes de serem da sua pátria são cidadãos do mundo. Portanto a sociedade se torna virtuosa concebendo o outro como a si próprio e praticando a fraternidade. O conhecimento do outro pode levar a praticas éticas que redundam nesse aspecto fraterno social, Assis explica (2002, p.33):

> A prática da ação sobre a consciência dos cidadãos, com o intuito de incutir-lhe o bem, deve ser realizada com extrema delicadeza. Com benevolência e bondade, sem insultos mas com nobreza e sinceridade, com simpatia e sem ironia e principalmente sem humilhar e com afeição. Essa simpatia deve ser espontânea porque todo artificio e toda afetação destroem a simpatia. Essa simpatia tem o poder de fazer mudar de opinião, de converter, de transformar as pessoas e de impulsiona-las em direção ao bem. O habito de persuadir com respeito e amor, se transforma em espontaneidade, portanto em um ato livre.

O direito de conviver da pessoa com deficiência perpassa a noção de dignidade humana e por isso vai além, indo na busca de uma nova ética estóica, de um novo cuidado e um reconhecimento que todos são iguais, tornando a sociedade simpática as pessoas com deficiência, para isso é necessária a implementação de práticas que

conduzam à fraternidade social, que coloque o país num eixo constitucional adequado de inclusão e integração da pessoa com deficiência.

O projeto de lei 3750/08 conduz a tomada de ações efetivas nesse caminho que se projeta neste trabalho, sugerindo a criação de brinquedos adaptados em parques infantis públicos, e dividindo a responsabilidade entre os entes federais, estaduais e municipais, como manda a Constituição em seu artigo 227.

A iniciativa de posições nesse sentido contribui para a igualdade de oportunidades, demonstrando de forma pedagógica a existência de seres diferentes dentro de uma mesma comunidade, Paulo Freire explica dentro de seu livro Pedagogia do Oprimido (1983 p.40):

> A práxis, porém é reflexão e ação dos homens sobre o mundo para transformá-lo. Sem ela, é impossível a contradição opressor-oprimidos.
> Desta forma, esta superação exige a inserção critica dos oprimidos na realidade opressora, com que, objetivando a, simultaneamente atuam sobre ela.

Não há outra forma para evolução que permita a convivência de todos que não passe pela emancipação de cada um pela educação fraternal.

A FRATERNIDADE COMO OBJETIVO A SER BUSCADO EM POLÍTICAS PUBLÍCAS DE INCLUSÃO

O direito de conviver reside na bilateralidade dos efeitos do principio da isonomia. É chegada a hora em que as pessoas com deficiência quererem participar efetivamente da sociedade e as pessoas sem deficiência devem aceitar a convivência e a deficiência do outro ser humano. O objeto de estudo do principio da isonomia, como já dito não pode ser especificamente dogmático, ele deve produzir caracteres sociais que instigue a todos terem participação democrática na sociedade.

Entenda-se que esta participação democrática está além do sentido político, está focada nos bens que a sociedade pode oferecer e usufruir como um todo. A inserção critica da pessoa com deficiência numa sociedade sem aparentes deficientes, produz o que Paulo Freire chama de Pedagogia do Desejo (Freire, 2008). Modifica a estrutura social da sociedade com deficiência e dá vida a sonhos antes esquecidos.

Colocar a pessoa com deficiência na situação de oprimido, significa que pela evolução constitucional até 1988 essa população foi oprimida em seus direitos básicos, tais como saúde, educação, lazer, desporto entre outros. Por isto mesmo e apenas por isto é necessário o uso de uma pedagogia efetiva da qual os deficientes sejam emancipados de sua condição oprimida e passem a viver em condições de igualdade com toda a sociedade.

Instigar o convívio dentro do meio social, e capacitar a população, para de uma maneira ética respeitar as diferenças, é o ponto nodular buscado pela Constituição de 1988 no tocante aos direitos sociais. A emancipação das pessoas com deficiências faz parte do processo de conceder cidadania a todos os cidadãos. A fraternidade torna-se mola propulsora da efetivação do convívio de todas as pessoas para com todos, por isso a abrangência constitucional atual tende minimizar os conflitos, os litigiosos e aumentar a solidariedade social. Clara Jaborandi (2013, p.81) explica que:

> Por certo, quando o constituinte estabeleceu como objetivo da Republica Federativa do Brasil constituir uma sociedade livre, justa e solidaria, deixou claro que a solidariedade, tanto na dimensão horizontal, identificada com a fraternidade, quanto na vertical, relacionada com a intervenção do estado para redução de desigualdade, é um principio que deve ser observado pela sociedade e pelos poderes públicos no exercício de suas funções.

A fraternidade como elemento principiológico da Constituição, torna-se praticamente um imperativo categórico para efetivação de políticas publicas concernentes a inclusão e a integração das pessoas com deficiência, ora como Kant dizia esse imperativo é *assertórico-pratico*, do qual demanda atitudes praticas para se constituir como base social, lembra-se que o próprio Kant não conseguia provar a existência deste imperativo, entretanto mostra-se latente a necessidade dele para o reconhecimento da dignidade de todas as pessoas.

O reconhecimento da dignidade e consequentemente da cidadania das pessoas com deficiência produz dentro da sociedade o fenômeno da alteridade, que é, a capacidade de todos conviverem em harmonia (Agostini, 2011) e, alteridade produz a ética do convívio, a ética do cuidado, a capacidade da concretização de ideais e objetivos da pessoa com deficiência.

A existência prática de possibilidades como, por exemplo trabalho, acesso a educação, acesso a própria justiça, mostra para a pessoa com deficiência a possibilidade

de um amanha esperançoso, mostra que os princípios constitucionais não ficaram enraizados dentro da codificação positiva, entretanto saíram de lá e estão produzindo frutos de mudança social. Paulo Freire (2008, p.85) explica que:

> (...) Falo da utopia, pelo contrário, como necessidade fundamental do ser humano. Faz parte de sua natureza, histórica e socialmente constituindo-se, que homens e mulheres não precisam em condições normais do sonho e da utopia. As ideologias fatalistas são, por isso mesmo, negadoras das gentes, das mulheres e dos homens.
> Seres programados para aprender e que necessitam do *amanhã* como o peixe da água, mulheres e homens se tornam seres "roubados" se se-lhes nega a condição de participes da produção do amanhã. (...)

A cidadania traz para as pessoas com deficiência a oportunidade de como fala o autor, de construir o amanhã. O que era utopia antes da entrada em vigor da atual Constituição, abre espaço para uma nova sociedade, para uma pós-modernidade que volta a buscar sentidos éticos que a globalização estava fazendo perder. Por isso o Direito volta os olhos para a dignidade da pessoa humana, com objetivo de almejar a fraternidade social e a prática de uma solidariedade mutua entre os concidadãos.

Dentro do aspecto hermenêutico constitucional, urge sustentar o aspecto Habbermasiano do discurso moral, onde a educação surge como aliada de uma ética social, que pode ser emancipadora de uma sociedade oprimida, emancipadora de tal forma que confronta as pessoas a mudarem a realidade social, sobre isso, Catão expõem (1997, p.111):

> Educar eticamente é trabalhar para melhorar a qualidade do inter-relacionamento eentre as pessoas, e contribuirpara uma convivência entre os humanos caracterizada pela justiça e pela solidariedade, pela atenção, respeito e serviço uns aos outros e um dos outros.

Uma pedagogia constitucional, ou seja, a busca de uma ética que permeie toda sociedade, visando o respeito e a aceitação de todos por todos, se justifica em abrir o conhecimento jurídico para todos poderem participar, usufruir e gozar de seus direitos fundamentais. Ora aqui defende-se não a intervenção do Estado para controle da moralidade, mas a gestão da sociedade, conferindo possibilidades aos conviventes de praticar a fraternidade e a solidariedade social tendo sua dignidade respeitada.

O aspecto democrático da constituição se justifica, outrossim, na fraternidade, pois na formação da consciência que se remete a ética estoica, todos vão querer gozar

dos mesmos direitos, abrindo espaço ao fenômeno da reciprocidade por isso concorda-se com Catão (1997, p. 113) quando leciona que:

> A formação da consciência implica um despertar profundo da afetividade em relação ao que belo, justo, bom, fraterno, que mais do que fruto do trabalho da razão, resulta desenvolvimento do agente numa relação interpessoal de amor, no seio de uma comunidade, em que vigora um espirito de beleza, bondade, justiça e fraternidade.

A Constituição de 1988, além de abrir o país para uma democracia participativa, estabelece o vinculo entre o coletivo e o individual, na busca de soluções objetivas de inclusão e de integração das minorias, dos grupos marginalizados, outrora esquecidos pelas outras constituições e banidos de um sistema de participação social. Neste sentido Oliveira (2012 p. 111) explica que:

> Na pós modernidade, abre se um possível caminho a ser seguido: a instituição de um novo paradigma com capacidade de reorientar e reorganizar o direito vigente, que produza, na sociedade, a pacificação dos conflitos entre o individual e o coletivo, permeando a sociedade de sensação de justiça e utilidade social e assegure "a valorização do ser humano e a dignidade de tratamento nas relações entre os homens e destes com a natureza", consubstanciando-se no subjetivismo e possibilitando a abertura do sistema jurídico a outros sistemas formais ou informais.

Dentro da pós-modernidade e do movimento progressista que se instala formalmente na sociedade desde 1988, torna-se possível a universalização dos direitos humanos, tendo como base a convivência de todos os seres humanos. Sendo esta convivência um objeto de reconhecimento da realidade social e de reconhecimento de si mesmo.

A realização de políticas que contribuam para convivência de todos os homens, tendo por objetivo a inclusão dos que por alguma forma biopsicológica se distanciam do padrão de normalidade imposto pela sociedade, levara consequentemente ao respeito ético e a concepção de fraternidade social. Oliveira (2012 p.115) continua explicando que:

> Surge, então, a necessidade do giro filosófico para abrir o sistema jurídico a novas ideologias – "entendida como uma realidade" -, as criticas internas, tornando o permeável a influência de outros sistemas de idéiase de valores, influindo "diretamente no imaginário social, na

> formação da consciência jurídica da sociedade e, portanto, no arbitramento valorativo da norma", com a finalidade de orientar os comportamentos coletivos.

Esse giro filosófico que o autor sustenta, é justamente a incorporação de valores e princípios que são novos no ordenamento jurídico brasileiro, que tem suas reflexões na doutrina processualística como, por exemplo, o Mandado de Segurança, o Mandado de injunção, a Ação Civil Pública, entre outros instrumentos que possibilitam uma participação efetiva da sociedade no judiciário para cobrança de políticas públicas adequadas.

A inclusão da pessoa com deficiência, e especificamente como objeto ora aqui tratado o direito de conviver, tem dois aspectos: o aspecto prático, que reside na consolidação de políticas públicas como o projeto de lei acima mostrado, que trata da construção de brinquedos adaptados em parques de utilização pública, e o aspecto jurídico político na participação democrática para cobrança e efetivação dos direitos sociais.

Esse aspecto pratico, que se mostra realizável como uma politica publica, Alexy nomeia como ``ações positivas fáticas`` a serem cumpridas pelo estado, dentro de uma politica constitucional de direitos fundamentais. Toma-se como exemplo o artigo 227, II[1] da Constituição que para ter efetividade necessita de ações praticas, nesse sentido Alexy (2012, p.202.)

> Trata-se de ação positiva fática quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxilio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito ao mínimo existencial ou quando se considera uma "pretensão individual do cidadão a criação de vagas nas universidades". O fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meiode alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática. É indiferente para a satisfação do direito de que forma ela ocorre.

---

[1]Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

A possibilidade de uma ação fática do estado, demonstra a necessidade de uma abertura democrática e de uma politica pública de governo e de estado. Para tanto é necessário que a população envolvida tome conhecimento das ações e meios jurídicos para concretização dos direitos constitucionais. Entenda-se que apesar de não haver a palavra conviver dentro do texto constitucional, o direito ao lazer, ao desporto, a educação e todos os demais que se digam fundamentais no tocante a pessoa com deficiência demanda ações praticas para serem concretizados, como por exemplo a criação de praças paradesportivas, a formação de cuidadores para educação básica do aluno com deficiência e como já vem sendo realizado adaptação e acessibilidade de moradias oferecidas em planos de habitação do governo dentre outras praticas.

As exigências de novos direitos e o processo de globalização demandou uma mudança no processo jurídico. A pessoa com deficiência tem a necessidade de sua inclusão hoje para poder participar da sociedade, e o Estado necessita efetivar essa inclusão para construir um verdadeiro Estado democrático de direitos. Nesse sentido Espindola (2012, p.10.) observa que:

> Trilhando o caminho para a aproximação do Direito e da comunidade, o Estado brasileiro, erigido constitucionalmente à condição de Estado Democrático de Direito, embora caminhando para a construção de um efetivo Estado Social, ainda padece de suas crises. Dentro dessa perspectiva, verifica-se uma desconexão do direito (e do processo) com a realidade histórica e cultural, o que tornou os novos direitos (direitos de solidariedade, direitos transindividuais, biodireito etc.), nascidos com a modernidade, carentes de sua eficácia social.

Com esses novos direitos, o Brasil precisa se preparar adequando suas politicas à ordem constitucional vigente, buscando também formas de proporcionar a sua população a efetividade de seus direitos fundamentais. Por isto conviver está intrínseco no direito de ir e vir, direito da dignidade da pessoa humana e as demais liberdades fundamentais, Espindola (2012, p.7.) continua observando que:

> O Estado passa a se comprometer com as promessas da modernidade, de modo que a inclusão popular roga ações positivas, cujas omissões são passíveis de controle no tocante aos seus deveres de legislar e prestar. E, nessa nova nuance, o Judiciário assume papel central na garantia das chamadas liberdades positivas.

O papel do Estado torna-se gerir a sociedade, de uma forma que a mesma seja inclusiva e aberta ao respeito dos direitos dos demais conviventes, visto que nisto consistem os objetivos da Republica Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre justa e solidária.

Dentro desse aspecto denota-se que a fraternidade funciona como base da inclusão da pessoa com deficiência e como modelo ético na busca de uma sociedade justa e solidaria. Esta fraternidade tem um aspecto bilateral, pois a comunidade se abre para o convívio com o deficiente, e este com a sociedade.

Esta logica revela o aspecto externo das normas de inclusão, que se baseia na observância do comportamento, ou seja, "O que importa é o comportamento observado, ainda que carente de interpretação" (Alexy, 2009). O que ocorre é justamente um desdobramento das normas de inclusão, que geram as chamadas politicas publicas.

As políticas publicas dão concretude e solidificam os direitos fundamentais, conviver é para pessoa com deficiência a realização das garantias constitucionais atinentes a vida humana, pois é convivendo que os deficientes gozarão das garantias fundamentais. No entanto a parcela do governo se justifica com as políticas publicas em dar condições de acesso aos direitos fundamentais. "Importa dizer que tais direitos não revestem o individuo de um escudo protetivo para toda e qualquer pratica de atividade, uma vez que liberdades individuais devem ser sopesadas diante de liberdades coletivas" (Davies, 2010)

É justamente a liberdade de conviver que dará ensejo ao respeito mutuo entre os conviventes, volta-se a dizer que o reconhecimento da diferença produz a curiosidade de todos para com todos e sendo o direito regulador da sociedade buscando a efetividade de normas no tocante as pessoas com deficiência, a alteridade se formará pelo convívio e produzirá a solidariedade social e a fraternidade que tanto é almejada pelo Brasil como estado democrático de direito.

CONCLUSÃO

Dentro do tema apresentado pode-se concluir que a Constituição brasileira de 1988 e sua feição axiológica e normativa, produziram alterações na dogmática jurídica e também devem produzir alterações no seio da sociedade. A fraternidade social e a solidariedade são alterações que devem ser reconhecidas no atual cenário jurídico

político, inclusive para poder se estabelecer definitivamente uma democracia participativa.

A pessoa com deficiência no atual contexto social tem o direito de conviver, para poder usufruir de seus diretos fundamentais como pessoa humana. Resta que conviver é um direito constitucional, apesar de não haver nenhuma menção constitucional, entretanto deve ser entendido como norma hibrida do principio da isonomia e das liberdades fundamentais.

É inegável que se torna um ponto crucial a estruturação de um estado de bem social onde seja garantido o mínimo em direitos sociais e fundamentais, como alimentação, moradia, educação, entre outros, para se chegar a uma efetiva inclusão da pessoa com deficiência no Estado brasileiro. Torna-se basilar a criação do *welfare state* para se cumprir os objetivos constitucionais elencados pela constituição de 1988 e romper definitivamente com a opressão de alguns direitos fundamentais antes esquecidos da pessoa com deficiência.

O estado de bem estar social se desdobra em uma nova ética, que é fraterna, portanto é necessário reconhecer que atualmente o estado busca junto com a sociedade um retorno ao estoicismo, não que isso seja um retrocesso. Ao contrário, esse retorno serve para incentivar a solidariedade e se salvaguardar dos males que ainda podem surgir com a pós-modernidade.

O Estado tem por obrigação institucional gerir políticas publicas que instiguem uma nova constituição ética na sociedade. Portanto é necessária a compreensão da pedagogia em prol dos direitos humanos, do desvelamento social para a descoberta de novos horizontes, como processo de efetivação de direitos humanos e de emancipação e superação da condição de oprimidos das pessoas com deficiência.

Para serem estabelecidas, a fraternidade e a solidariedade, a comunidade envolvida deve ser compreendida como uma rede de pesca onde todos estão enredados e comungam do mesmo direito. Assim sendo poder-se-ia buscar o retorno da ética estóica, não para construir um estado socialista, mas sim para construir um estado de bem estar social, onde seja garantido o mínimo existencial para todas as pessoas e a inclusão de todos na sociedade.

Concebendo a rede de pesca como sociedade deve-se entender que os seus fios são direitos fundamentais, e os seus nós são políticas públicas de inclusão e de integração social, sendo que os pescadores e/ou feitores dessa mesma rede são o Estado, com suas instituições.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Nilo. **Ética**. São Paulo: FTD, 2010.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito.** São Paulo, Wmf Martins, 2009.

_____ **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2012.

ALVES, Gonçalo, Padre; VIEIRA, Antonio, Padre. **Sermões**. Porto, v. 2. 1959.

ASSIS, Olney Queiroz. O estoicismo e o direito: Justiça, liberdade e poder. São Paulo: Editora Lúmen, 2002.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência**:direitos e garantias. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

Bíblia. TEB. Paulinas, São PAULO, 2000;

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

CORTELLA, Mario Sergio, TAILLE, Yves de La. **Nos labirintos da moral**. Campinas: Papirus 7 Mares, 2009

DAVIES, Ana Carolina Izidorio. **Politicas Publicas: A forma ideal de concretização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.** In: ANSELMO, José Roberto ; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Orgs). Estudo sobre os direitos fundamentais e inclusão social. Birigui, Boreal, 2010.

ESPINDOLA, Angela de Araujo Silveira; VIEGAS, Viviane Nery. **A jurisdição constitucional e a implementação de políticas publicas no cenário brasileiro: O papel do Juiz no processo democrático.** Revista de Direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v.p. 12, n. 12, p. 2-35, julho/dezembro 2012.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____ Ana Maria Araujo Freire (org). **Pedagogia dos Sonhos Possíveis.** 3ª reimpressão. São Paulo. Editora Unesp. 2001.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Implementação de Politicas Publicas á Luz do Constitucionalismo Fraterno.** In: Munir Cury e outros (org). Fraternidade Como Categoria Jurídica. São Paulo. Cidade Nova. 2013. p. 81 – 98

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: 70, 1997. (Textos Filosóficos7).

OLIVEIRA, Mauricio Salvadori Carvalho de. **Justiça Social no Estilo Ético e Estético.** RevistaEm Tempo. Marília, v. 11, n. 11,2012. p. 106 – 123.

PATTO, Pedro Maria Vaz Godinho. **O Pincipío da Fraternidade no Direito.** In: Munir Cury e outros (org). Fraternidade Como Categoria Jurídica. São Paulo. Cidade Nova. 2013. p. 13 – 36

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

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes, **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. 1ª ed. São Paulo. Verbatim. 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.