

Revista de Direito Civil

Imobiliário, Agrário e Empresarial

Repositório de Jurisprudência autorizado pelo
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sob n. 004/85.



P
R D Civ/IAE
n. 48
1989

ANO 13

ABRIL/JUNHO/1989

48

Revista de Direito Civil

Imobiliário, Agrário e Empresarial

Direção e coordenação: R. LIMONGI FRANÇA

Conselho editorial: ALBERTO BITTENCOURT COTRIN NETO (Rio de Janeiro); ALTINO PORTUGAL SOARES PEREIRA (Paraná); ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO; ANTÔNIO CHAVES; ARNOLDO WALD (Rio de Janeiro); ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA (Sergipe); ARY OSWALDO MATTOS FILHO; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Rio de Janeiro); CARLOS ALBERTO BITTAR; CLÓVIS DO COUTO E SILVA (Rio Grande do Sul); DAISY GOGLIANO; DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA (Mato Grosso); FÁBIO DE CAMPOS LILLA; FÁBIO MARIA DE MATTIA; HELITA BARREIRA CUSTÓDIO (Brasília); JOÃO DE M. ANTUNES VARELA (Bahia); JOÃO NASCIMENTO FRANCO; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (Pernambuco); LUÍS PINTO FERREIRA (Pernambuco); MARCOS AFONSO BORGES (Goiás); MÁRIO MOACYR PORTO (Rio Grande do Norte); MÍLTON FERNANDES (Minas Gerais); MOACYR DE OLIVEIRA (Santa Catarina); ODETE MEDAUAR; OLAVO ACYR DE LIMA ROCHA; ORLANDO GOMES (Bahia); OTTO DE ANDRADE GIL (Rio de Janeiro); ROGÉRIO LAURIA TUCCI; SÍLVIO A. BASTOS MEIRA (Pará); SÍLVIO DE MACEDO (Alagoas); SÍLVIO RODRIGUES; THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS (Rio de Janeiro); TORQUATO CASTRO (Pernambuco); VIRGÍLIO MOTTA LEAL JR. (Bahia); WAGNER BARREIRA (Ceará); WALTER MORAES; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO; WILSON MELO DA SILVA (Minas Gerais); YUSSEF SAID CAHALI (São Paulo)

Diretor Responsável: Lauro Malheiros

Diretor Coordenador: R. Limongi França

Editor: Alvaro Malheiros

Produção Editorial: Afro Marcondes dos Santos

Produção Gráfica: Enyl Xavier de Mendonça

Redação e Administração: Rua Conde do Pinhal, 78 — Tel. (011) 37-2433 — 01501 São Paulo, SP, Brasil

Impressão: DAG Gráfica Editorial Ltda., Av. Nossa Senhora do Ó, n.º 1782 — 02715 — São Paulo, SP, Brasil.

Tiragem: 4.500 exs. — *Área abrangida:* Todo o território nacional

OS ACÓRDÃOS PUBLICADOS EM TEXTO COMPLETO CORRESPONDEM, NA INTEGRALIDADE, AS CÓPIAS RECEBIDAS DAS SECRETARIAS DOS TRIBUNAIS.

As opiniões emitidas nos trabalhos são de responsabilidade de seus respectivos autores.

UMA EDIÇÃO DA

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — 01501 São Paulo, SP — Tel. (011) 37-2433

I — DIREITO CIVIL, GERAL E ESPECIAL

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO DEFICIENTE FÍSICO E MENTAL *

ANTÔNIO HERMEN V. BENJAMIN

I — Introdução. II — A tutela do deficiente: 1. Conceito de deficiente — 2. Razões para tutela do deficiente — 3. Extensão da tutela do deficiente — 4. Proteção do deficiente nos EUA e Brasil — 4.1 EUA — 4.2 Brasil — 5. Deficientes e Ministério Público — 5.1 Considerações gerais — 5.2 O Ministério Público na tutela do deficiente — 5.2.1 Ministério Público no Estado de Illinois — 5.2.2 Ministério Público no Estado de São Paulo — III Conclusões.

“A medida que os interesses particulares se mesclam com os públicos, aí aparece a figura protetora do Ministério Público, pela confiança que inspira, pela imparcialidade e probidade de seus membros, em face do amparo que a Constituição e as leis lhe asseguram”. Alcides de Mendonça Lima *

I — INTRODUÇÃO

A proteção do deficiente, como área jurídica independente, é tema recente no direito comparado. Por um lado, é de admirar que problema tão antigo, que se confunde com a própria origem do homem, só de poucos anos para cá tem merecido a atenção direta do legislador. Mas, ao mesmo tempo, é de espantar os avanços conseguidos em tão pouco tempo. A história da tutela dos deficientes pelo Estado é um relato que salta imediatamente do primitivismo para o modernismo. Não há propriamente uma evolução a relatar, porém tão apenas uma ruptura radical entre dois modelos antagônicos. Todavia, ainda hoje, em qualquer parte do mundo, inobstante os avanços alcançados, “A todo momento, ao cidadão deficiente se nega o direito de educação, emprego, residência entre a comunidade e outras oportunidades que pessoas não deficientes tomam por adquiridas. E tal recusa ocorre somente em decorrência do fato de que o indivíduo é deficiente. Governos municipais e estaduais ou não tem servido estes cidadãos ou os servem apenas inadequadamente e, em casos importantes, de maneira inconstitucional.”¹

De qualquer modo, se pretendemos falar em história da tutela do deficiente, sem dúvida tal é fenômeno do século XX. E neste particular aspecto, os Estados Unidos e os países socialistas têm sido pioneiros.

O Ministério Público não tem assistido passivamente a este movimento. Ao revés, tem sido tal Instituição um dos grandes impulsionadores e executores das novas políticas e legislação em prol dos deficientes. Tudo como parte do seu engajamento na tutela dos chamados interesses difusos.

* “Atividade do Ministério Público no Processo Civil”, in *RF* 257/57, p. 67.

II — A TUTELA DO DEFICIENTE

1. Conceito de deficiente

Todos nós conhecemos alguém que seja portador de deficiência, quer física, quer mental. Mas o que é em verdade “ser deficiente”?

Não tem sido fácil a tarefa de definir, juridicamente, deficiente.² Do mesmo modo, também não está pacificada sequer a adequação da terminologia empregada. Muitos argumentam, com razão, que o termo *deficiente* mais serve para ressaltar as diferenças do indivíduo do que suas similaridades com o chamado grupo “normal”.

Em linhas amplas, deficiente é qualquer indivíduo portador de limitação física ou mental que o traga abaixo do padrão-modelo fixado pelo grupo social. Poderíamos, sem qualquer intenção de limitar seu conceito, dizer que na definição de deficiente dois elementos gerais, um objetivo e outro subjetivo, estão presentes: a) uma limitação física ou mental, real ou imaginária; b) uma atitude social ou pessoal (interior) de reconhecimento desta limitação.

A limitação diz respeito a qualquer dos sentidos importantes do organismo e da vida de modo geral, como p. ex., a locomoção, a audição, a visão, o olfato, a respiração, o aprendizado, o trabalho e atividades manuais, o cuidado pessoal, a aparência física, etc.

O *Rehabilitation Act*, de 1973, nos EUA, define deficiente como alguém que sofre limitação substancial em uma atividade importante da vida. Um indivíduo pode se encontrar limitado substancialmente em uma atividade importante de sua vida de duas maneiras: a) através de uma limitação *real* de uma atividade importante da vida; b) mediante uma limitação subjetiva e, de certo modo, imaginária, (é visto como tendo tal limitação e, portanto, é tratado, socialmente, como deficiente estereotipo). Poder-se-ia citar, a título de exemplo, a obesidade.³

Vale dizer, o “... deficiente é um indivíduo que sofre de debilidade ou incapacitação mental, física ou emocional que faz sua sobrevivência normalmente difícil”.⁴

Também é importante ressaltar que nem sempre o termo “deficiente” tem significado idêntico para a Medicina e para o Direito. Este está mais preocupado com as conotações sociais e culturais do problema que com suas manifestações patológicas. Assim, em alguns casos, o sujeito, ainda que considerado “normal” pela medicina, pode ser merecedor da tutela legal, vez que “visto” como deficiente pelo grupo social. “O *status* legal e constitucional do deficiente físico — tal qual seu *status* na sociedade e na economia — é reflexo de atitudes e pressunções originárias concernentes às deficiências e de políticas sociais baseadas nestas atitudes. Na maioria dos casos é a *definição cultural* de deficiência, em vez da definição científica ou médica, que é instrumental na determinação de capacidades e incapacidades, papéis e direitos, *status* e segurança.”⁵

Por outro lado, deficiência e incapacidade jurídica não se confundem. Se é verdade que quase todo “incapaz por saúde” cabe na definição de deficiente, só apenas uma pequena parte do grupo dos deficientes pode ser incluída na categoria dos incapazes.

A incapacidade diz respeito, fundamentalmente, à impossibilidade de expressão da vontade. Deficiência, ao revés, ocorre face à limitação física ou mental que, normalmente, não atinge os limites da incapacidade jurídica. A grande maioria dos deficientes está apta a expressar sua vontade, a exercer seus direitos

e os quer exercer. Incapacidade tem um sentido extremamente estreito e seus limites estão fixados na norma legal.

Já deficiência é um conceito flexível e mais social que jurídico. Aquele que hoje é considerado deficiente pode não sê-lo amanhã, de acordo com as oscilações dos valores do grupo social. Ademais, face a sua saúde, o indivíduo não pode ser julgado absolutamente incapaz para certas atividades e completamente capaz para outras. O sujeito simplesmente tem ou não tem controle sobre a expressão de sua vontade. Diferentemente, deficiência, via de regra, é sempre uma posição relativa. O deficiente pode ser rejeitado como inapto para certas atividades e ainda ser completamente eficiente em outras.

Por fim, na definição clássica de deficiente não se encontram incluídos aqueles que, em decorrência de seu estado econômico, do meio ambiente em que vivem (presidiários), da idade (menores e idosos) já estão sujeitos à proteção especial.

2. Razões para tutela do deficiente

Há considerações de natureza econômica, política, jurídica e moral para se proteger o deficiente.

No terreno econômico, o deficiente tem-se mantido, via de regra, num estado de improdutividade absoluta, seja pelas barreiras sociais que lhe são impostas, seja por falta de treinamento especial, seja por acomodação pessoal. E se o indivíduo é improdutivo significa que alguém haverá de mantê-lo. No caso dos deficientes, tal sustento ora vem do Estado, mediante utilização de recursos de seus contribuintes, ora advém de entidades filantrópicas. Uma e outra são soluções inadequadas, ineficientes e que mais provocam danos que benefícios para os deficientes. Aquela porque o Estado, face outras prioridades da “maioria”, raramente dá atenção outra às necessidades da “minoría” que não seja aquela meramente cosmética ou de emergência, mas sempre circunstancial, e, em alguns casos, com padrão sub-humano de qualidade. Esta, porque, por maiores que sejam os recursos postos à disposição da entidade filantrópica, nada está a garantir a continuidade dos mesmos e, portanto, dos serviços que presta.

Assim, é mais eficiente e econômico para o Estado e para a sociedade como um todo — incluindo-se aí os próprios deficientes — investir na adequação do deficiente para uma vida auto-suficiente dentro dos limites impostos pela sua condição física ou mental. Enfim, a sociedade economiza recursos preciosos aplicados desnecessariamente, ativa-se o mercado com um contingente antes excluído da produção e do consumo e aumenta-se até mesmo a arrecadação de impostos.

Politicamente, por razões óbvias, o largo grupo deficiente tende a se manter afastado do processo político e, em muitos casos, das próprias urnas. Na medida em que se inserem no contexto social, liberando-se de sua posição de dependência, os deficientes podem participar ativamente da vida política do País. E isto atende aos interesses e afins do processo político democrático, baseado no princípio do envolvimento pleno de *todos* os cidadãos na condução dos destinos do País.

O Direito, por seu turno, reconhece que os carentes, minorias e desfavorecidos merecem tutela especial como condição para que se lhes assegure a garantia constitucional de “igualdade perante a lei”. Assim, estão protegidos certos grupos de indivíduos como os trabalhadores, os menores, os consumidores, etc. Em con-

tradição a tal princípio, até recentemente, os deficientes que não se encontrassem incluídos na categoria daqueles com “limitação na expressão de sua vontade”, só indiretamente eram objeto do cuidado do legislador.

No plano moral, a nossa sociedade, inobstante sua forte influência cristã, preferia esconder e sacrificar a liberdade de seus deficientes, a permitir-lhes uma vida ativa, dentro de suas limitações. Ainda não fazem parte do passado os asilos de cegos e surdos e outras instituições fechadas, tão comuns em todo o Brasil.

É verdade que a sociedade, muitas vezes, prefere meios anti-econômicos e desumanos para solução de seus problemas.

Os deficientes durante muitos anos foram considerados como encargo para a comunidade que lhe prestava favores e opressão quando muitos necessitavam apenas atenção e auxílio. “...Tribunais e legisladores devem se dar conta que o grito por igualdade para os deficientes não é simplesmente um exemplo a mais de pleito especial de um grupo buscando uma fatia maior do bolo... a essência do movimento por igualdade é liberar os deficientes para que eles possam melhor contribuir para a sociedade. Não apenas os deficientes serão beneficiados, mas muitos outros indivíduos também lucrarão.”⁶

3. Extensão da tutela do deficiente

A proteção ao deficiente se dá, basicamente, em quatro áreas:

a) proibição de discriminação no emprego, salários e em qualquer outra atividade;

b) direito à educação especial, gratuita e, de preferência, integrada com não-deficientes;

c) direito a tratamento adequado;

d) direito a acesso a serviços e edifícios públicos, bem como a viver entre a comunidade.

O Estado, por seu turno, protege o deficiente mediante:

a) auxílio financeiro direto ao deficiente ou a sua família: quando o grau de deficiência não permite ao indivíduo se auto-manter;⁷

b) auxílio financeiro indireto: na manutenção de escolas especializadas, centros de reabilitação, prevenção de deficiências, etc.⁸

c) aprovação de leis: quer as de natureza substantiva (criando direitos, como, p. ex., proibindo discriminação e impondo penas e fixando indenização para a vítima), quer as de ordem formal (ação civil pública para os deficientes e para o Ministério Público).

4. Proteção do deficiente nos EUA e Brasil

O despertar para a problemática do deficiente é mundial. Para fins deste trabalho nos limitaremos a analisar, superficialmente, tal movimento nos Estados Unidos e no Brasil.

4.1 EUA

Se o cuidado e a atenção ao deficiente nos EUA é um dos primeiros fatos a impressionar qualquer visitante, tal é, fundamentalmente, um fenômeno recente, melhor dizendo, deste século. Hoje são raros os edifícios públicos que não permitam acesso adequado aos deficientes.

Por outro lado, face a todas as facilidades colocadas a seu alcance, os deficientes americanos participam efetivamente da vida da comunidade. Estão em todos os lugares, nas ruas, nas universidades, no mercado de trabalho, nas competições esportivas, nos cinemas. Enfim, na sociedade americana moderna, o deficiente rejeitou as amarras medievais e o medo de se mostrar em público. Mas nem sempre foi assim. Somente em 1961, o *American National Standards Institute* (ANSI) editou o primeiro regulamento fixando requisitos mínimos quanto ao acesso do deficiente a edifícios públicos.

Em 1968, o *Architectural Barriers Act* era aprovado. A partir daí, diversas leis protetoras entraram em vigor. Algumas dizem respeito ao direito à educação (*Education for All Handicapped Children Act*, 1975), outras, ao direito ao trabalho e contra a discriminação (*Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights Act* de 1976, o art. 504 do *Rehabilitation Act*, aprovado em 1973 e posteriormente emendado em 1978, e o *Fair Labor Standards Act* de 1976). O direito a tratamento foi contemplado pelo *Developmental Disabilities Assistance and Bill of Rights*, arts. 6.001-6.081.

Alguns fatores podem ser apontados no sentido de explicar este despertar para a problemática do deficiente. Entre tantas outras causas, vale mencionar o desenvolvimento de novas tecnologias médicas proporcionando ao deficiente possibilidades antes desconhecidas de adaptação e de atuação de modo útil, a popularização de uma ideologia de oposição à institucionalização, as mudanças na faixa etária da sociedade americana e a guerra do Vietnam com sua legião de incapacitados e mutilados.⁹

Mas ao lado do elemento humanitário há sempre o fator econômico. É esclarecedora a citação do *Relatório do Senado* feita pelo Senador Lowell P. Weicker Jr.: “As maiores implicações destas estatísticas são que os órgãos públicos e contribuintes gastarão bilhões de dólares no período de vida destes indivíduos para mantê-los em estado de dependência e com padrões de vida de adequação mínima. Muitos poderão tornar-se cidadãos produtivos, contribuindo para a sociedade em vez de serem forçados a se manterem como sobrecarga. Outros, através destes esforços, aumentarão sua independência, conseqüentemente reduzindo sua dependência da sociedade.”¹⁰

A legislação norte-americana de tutela do deficiente está organizada em um complexo de normas federais e municipais. Entre todas, as normas que proíbem a discriminação contra os deficientes ocupam posição de relevo. “Em geral, as disposições antidiscriminatórias proíbem condutas, políticas e práticas que resultem em qualquer dos diversos tipos de discriminação contra os deficientes: exclusão intencional, exclusão não-intencional, segregação, serviços, benefícios e atividades desiguais ou inferiores, e o uso de processo seletivo que tenha impacto disparatado e que não se relacione com a capacitação real.”¹¹

No que diz respeito à proibição de discriminação contra os deficientes, principalmente no trabalho, o *Rehabilitation Act* de 1973 é a lei mais importante nos EUA. E o seu art. 504 significou o grande marco da tutela efetiva do deficiente.¹²

Hoje há nos Estados Unidos mais de 30 leis federais, estaduais e municipais proibindo discriminação contra deficientes. As práticas discriminatórias são mais constantes no emprego, na educação, no atendimento médico, nos meios de transportes, no acesso aos edifícios públicos e no lazer e atividades desportivas.

Ademais, o art. 503 da mesma lei, exige que aqueles que possuem contratos com o governo federal de 2.500 dólares ou mais devem agir *afirmativamente* no sentido de empregar e promover deficientes qualificados.

Discriminação, contudo, não é o único óbice no caminho do deficiente. “Deficientes enfrentam um sem-número de obstáculos quando tentam adentrar no mercado de trabalho. Tais obstáculos incluem barreiras arquitetônicas... , dificuldades no transporte, necessidade de adaptações no local de trabalho (tal como horário reduzido e mais flexível), e, provavelmente, o mais devastador, a existência de atitudes preconceituosas por parte do empregador no sentido de empregar deficientes.”¹³

O *Education for All Handicapped Children Act*, de 1975, visa dar às crianças deficientes “oportunidades iguais” no que tange à educação.

Ao Ministério Público compete coordenar a implementação e execução não apenas desta norma (*Rehabilitation Act*), mas ainda de várias outras leis antidiscriminatórias.¹⁴

4.2 Brasil

O Brasil já deu passos, alguns ambiciosos, no sentido de conferir tutela especial aos deficientes. Porém, a lição de Marcia Pearce aplica-se integralmente ao nosso País: “Por diversas razões o Estado continua a excluir, descuidar e abusar dos deficientes. Aqueles com deficiências física, mental ou emocional representam problemas *humanos* muito complexos para o resto da sociedade, a qual vem respondendo tradicionalmente com um comportamento de *o que os olhos não vêem, o coração não sente*. Legisladores e órgãos governamentais têm projetado esta visão em métodos e programas arcaicos e desumanos no relacionamento com os deficientes.”¹⁵

A EC 12, de 17.10.78, estabelece:

“Artigo único — É assegurada aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:

I — educação especial e gratuita;

II — assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;

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

IV — possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.”

O texto constitucional merece aplausos, não só pela extensão de direitos que assegura aos deficientes, mas, ainda, pelo seu caráter pioneiro, quando comparado com outras Constituições estrangeiras.

Sua linguagem clara, que merece ser repetida na nova Constituição que ora se elabora, abrange todas as principais reivindicações dos deficientes e que são objeto de disputa em outros Países. Talvez, com as vistas voltadas para o futuro, fosse melhor dizer “proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários”, em vez da redação atual.

Contudo, a vitória constitucional ocorreu apenas no terreno formal. Tal norma não produziu legislação ordinária que concedesse direitos subjetivos, passíveis de tutela jurisdicional, aos deficientes. Isto não quer dizer, entretanto, que a problemática do deficiente tenha passado despercebida ao legislador. Em vários ordenamentos que vão da educação (Lei 4.024, de 20.12.61, art. 88, Lei 5.692, de 11.8.71, art. 9.º) atributos, do trânsito (Dec. 62.127, de 16.1.68, art. 153) ao lazer (Dec. 86.036, de 27.5.81), da construção civil (Instrução Normativa 123, de 6.7.81, do DASP, ao trabalho e previdência social, o deficiente tem recebido tratamento especial.

Mas a inutilidade de tais ordenamentos está em que ao deficiente não se confere legitimidade para, como integrante de uma classe ou grupo difuso, fazer valer, judicialmente, direitos acaso criados. O veto ao art. 1.º, IV da Lei 7.347, de 24.7.85, negou ao deficiente a tutela efetiva que, de outro modo, estaria incluída na norma de extensão rejeitada.

O Código Civil, ao dar tutela aos incapazes, reconhece *deficiências* mas não tutela os deficientes como categoria ou classe. Os objetivos e extensão das normas do Código e aquelas que compõem o chamado *Direito do Deficiente* são diferentes inobstante o fato de que, em alguns casos, se sobreponham.

O Código Civil protege o indivíduo e indiretamente a classe. O *Direito do Deficiente* tutela a classe e indiretamente o indivíduo. Este busca dar ao deficiente maiores oportunidades e relevância social. Aquele tutela o indivíduo com deficiências mediante o impedimento do exercício de certos atos da vida civil. Ambos protegem. Porém enquanto o *Direito do Deficiente* tutela concedendo, o Direito Civil protege retirando.

O Anteprojeto de Constituição apresentado pela comissão presidida pelo jurista Afonso Arinos, em seu art. 11, § 1.º, diz que “Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de . . . , deficiência física ou mental. . .” e no § 3.º do mesmo artigo, que “Lei complementar amparará de modo especial os deficientes de forma a integrá-los na comunidade.” A letra da atual EC 12 é repetida no art. 376. Por outro lado, o art. 355, IV, prevê a “reabilitação” do deficiente.

O legislador, de fato, caminha no sentido de deferir ao deficiente maiores e mais específicos direitos. O Brasil já amadureceu o suficiente para ultrapassar a fase negra em que os deficientes eram escondidos e isolados, muitas vezes jogados em instituições fechadas e desumanas, juntamente com outros grupos de párias que envergonhavam o grupo social, como os loucos, menores abandonados, prostitutas, idosos e desajustados.

Na sociedade brasileira, se outros tantos injustiçados estão visíveis a olho nu, o deficiente é talvez o único que não se mostra a corpo inteiro porque insistimos em escondê-los, institucionalizá-los, quando não abandoná-los. Como bem o diz Moacyr de Oliveira, “Trata-se de contingente numeroso de indivíduos tendente a aumentar, se levarmos em conta as estatísticas de acidentes de trânsito e de trabalho, das agressões à mão armada, das moléstias congênitas, do emprego de certos produtos químicos na alimentação e medicação e dos poluentes. Outros povos somam a essas causas as guerras e freqüentes rebeliões.”¹⁶

5. Deficientes e Ministério Público

5.1 Considerações gerais

A evolução do Ministério Público — a partir de simples titular da persecução penal — tem sido no sentido de trazer para si a tutela de uma série de interesses que, embora de origem privada, extrapolam a órbita do círculo de valores do indivíduo e adentram aquele outro grupo de interesses que pertencem a uma classe mais ou menos identificada ou a uma comunidade como um todo.

Sem se entrar em detalhes de todo inadequados ao escopo deste trabalho, é importante dizer que não importa a denominação que se dê a tais interesses (difusos, fragmentários, coletivos, meta-individuais ou públicos) desde que se tenha presente as seguintes características principais:

a) são interesses que embora pertençam a cada um dos indivíduos em particular e isoladamente, também podem ser identificados como pertencentes ao grupo como um todo;

b) não são passíveis de exclusão e apropriação absoluta por qualquer dos integrantes do grupo. Assim, p. ex., o ar puro não pode ser concedido para um dos componentes do grupo sem que seus benefícios atinjam, imediatamente, todos seus outros integrantes;

c) a violação do interesse materializado em um indivíduo particular atinge o grupo como um todo;

d) em decorrência da impossibilidade de apropriação absoluta e do, normalmente, pequeno valor econômico do interesse quando considerado isoladamente (sem agregação), o co-titular tem pouco incentivo em buscar sua tutela individualmente.

Diversos têm sido os mecanismos empregados para tutela de tais interesses. Ora públicos, ora privados, ora individuais, ora coletivos. Entre os órgãos públicos a quem se tem delegado tal função, destaca-se o Ministério Público, quer na sua concepção do sistema civil europeu, quer no seu correlato do *Common Law* (*Attorney General*), quer ainda na *Prokuratura* do direito socialista.¹⁷ Tal tarefa conferida ao Ministério Público tem recebido críticas¹⁸ e aplausos.¹⁹

Nesta categoria de interesses difusos incluem-se os direitos do consumidor, dos usuários do meio ambiente, dos idosos, das vítimas de crimes e, também, dos deficientes físicos e mentais.

5.2 O Ministério Público na tutela do deficiente

Nos EUA, tanto o Ministério Público federal, como o estadual, têm atribuições na tutela do deficiente. Cada Estado americano tem sua legislação própria nesta área, sendo, pois, impossível, na dimensão restrita deste trabalho, analisá-los todos. Tomamos a liberdade de escolher para este esforço comparativo e meramente exemplificativo, os Ministérios Públicos dos Estados de Illinois e de São Paulo. Aquele porque foi o primeiro, nos Estados Unidos, a criar uma Coordenação de Proteção ao Deficiente. Este, pelo seu pioneirismo na tutela dos interesses difusos no Brasil.

5.2.1 Ministério Público do Estado de Illinois

A Coordenadoria de Proteção ao Deficiente do Ministério Público do Estado de Illinois foi criada em Agosto/83. Nesta atividade, o *Parquet* tem procurado representar o deficiente como classe ou como grupo difuso.

O texto legal (*Illinois Revised Statutes*, ch. 14, Par. 9) é claro a respeito das atribuições do *Parquet* neste campo: “É criada no Ministério Público uma Coordenadoria para a implantação de Direitos Humanos e Igualdade. A Coordenadoria, sob a supervisão e direção do Procurador Geral da Justiça, deve investigar todas as violações de leis relativas a direitos humanos e à prevenção de discriminação contra pessoas em razão de raça, cor, credo, religião, sexo, nacionalidade, ou *deficiência física ou mental*. Deve, ademais, sempre que tais violações ocorrerem, tomar as medidas adequadas.”

A Coordenadoria recebe suporte de dois importantes Conselhos representativos da sociedade civil: o *Consumer Task Force*, composto de 40 pessoas, e o *Lawyers Advisory Council*, integrado por 40 Advogados com conhecimento na área da tutela dos deficientes. Ambos os Conselhos orientam a atividade do Ministério Público, propiciando os subsídios fáticos e prioridades que muitas vezes são desconhecidos da Instituição. Aconselham, pois, a Coordenadoria no sentido de lhe dar elementos para que seu esforço processual, legislativo ou regulatório seja o mais eficiente possível.

5.2.2 Ministério Público do Estado de São Paulo

O Ministério Público de São Paulo, como em todo Brasil, intervém nas causas aonde há incapazes. A Lei Complementar 304/82, elenca as atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes. O Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo (Ato 1/84, *Justitia* 128/166), por sua vez, nos seus arts. 108/137, traça, de maneira minuciosa, os limites da atividade dos Promotores de Justiça Curadores Judiciais de Incapazes.

Como já afirmamos antes, a tutela do deficiente não se confunde com a proteção do incapaz. Tampouco podem ser tratadas e exercidas conjuntamente, sob pena de se inviabilizar o princípio da especialização tão importante para uma participação efetiva do Ministério Público na área dos interesses difusos.

A tutela do incapaz, geralmente, é parte da tutela do deficiente, é eminentemente judicial e é exercida tendo em vista a tutela do *indivíduo*, embora também baseada no interesse público. A proteção do deficiente, diferentemente, é tanto judicial como administrativa, e é exercida em nome do indivíduo ou do grupo, mas sempre em proveito de todos os integrantes da classe.

Partilhamos a lição de Antônio Celso de Camargo Ferraz e José Fernando da Silva Lopes, no sentido de que o Ministério Público, quando intervém no processo civil em favor dos incapazes, assim como nas novas áreas do meio ambiente e consumidor, o faz em nome do *interesse público*.²⁰ É esse mesmo interesse público que fundamenta sua intervenção na tutela dos deficientes. É que os conflitos de interesses que afetam os deficientes na sua *qualidade* de deficiência e na sua *relação* como deficiente com o restante do grupo, carregam um imenso conteúdo de interesse público. Mesmo que se trate de interesse imediatamente individual, se sua violação traz a possibilidade de agressão a todo o grupo, mesmo que apenas indiretamente, o Ministério Público deve ter legitimação para defendê-lo.

Novamente, no comento precioso do jovem Mestre de Bauru, “Foi ao Ministério Público que se passou a atribuir a realização de necessidades públicas emergentes do processo e do próprio sistema processual dispositivo. Assim e desde certo momento, o Estado, que instituiu um organismo para atuar a lei, viu-se compelido a instituir um outro organismo que estimulasse tal atuação ou que realizasse atividades processuais que conduzissem a um resultado justo, compensando-se as insuficiências de uma ordem processual ainda vantajosamente dispositiva.”²¹ Melhor não se poderia dizer sobre as razões da intervenção do Ministério Público na proteção dos portadores de deficiência.

Assim, o Ministério Público de São Paulo — e do Brasil — embora tenha intervenção relevante na tutela dos incapazes, ainda não adentrou na proteção direta dos deficientes.

III — CONCLUSÕES

1. O Ministério Público é o tutor natural dos interesses dos deficientes físicos, mentais e emocionais;
2. Embora a Constituição atual garanta os direitos mínimos dos deficientes, não há no Brasil um corpo legal adequado a resguardar tais direitos;
3. Com base na legislação atual, incluindo o Código de Processo Civil e a Lei Complementar 40/81, o Ministério Público deve criar, sempre que as condições materiais o permitam, Coordenadorias de Proteção ao Deficiente;
4. O Ministério Público deve, ademais, encetar esforços no sentido da promulgação de uma *Lei de Proteção ao Deficiente*, que ampare o portador de deficiência contra discriminação de qualquer forma, com educação gratuita e especializada, com acesso aos edifícios e serviços públicos e que confira à Associações de Deficientes, Sindicatos e ao Ministério Público legitimidade para propositura de ação civil pública.

NOTAS

1. H. Rutherford Turnbull, III, "Rights for Developmentally Disabled Citizens: a Perspective for the 80's", in *University of Arkansas at Little Rock Law Journal*, v. 4.º, UALR, Little Rock, Arkansas, 1981, p. 401.

2. Para a "Loi Assurant L'Exercice des Droits des Personnes Handicapées", de 1978, da Província de Quebec, "Personne handicapée" ou "handicapé": "Toute personne limitée dans l'accomplissement d'activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d'une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout autre moyen pour pallier son handicap" (art. 1.º, g). O *Dicionário de Medicina Flammarion*, de 1975, apresenta a seguinte definição: "Handicap... , Déficience ou infirmité congénitale ou acquise, somatique, sensorielle ou mentale, que oblige le sujet qui en est atteint (handicape) a un surcroît d'efforts pour garder intactes ses chances de réussir dans l'existence". Ver "Droits des Personnes Handicapées", Ivº Concours de Tribunal-Ecole Interfacultés, Jessup, in *Revue Générale de Droit*, v. 13, Éditions de L'Université D'Ottawa, Canadá, 1982, p. 198.

3. Cf. Thomas Edward Seguire, "What's a Handicap Anyway? Analyzing Handicap Claims Under the Rehabilitation Act of 1973 and Analogous State Statutes", in *Willamette Law Review*, v. 22, n. 4, p. 529.

4. Marcia Pearce Burgdorf and Robert Burgdorf Jr, "A History of Unequal Treatment: the Qualifications of Handicapped Persons as a "Suspect Class" Under the Equal Protection Clause", in *Santa Clara Lawyer*, v. 15, n. 4, University of Santa Clara, Santa Clara, California, 1975, p. 857.

5. Jacobus Tenbroek and Floyd W. Matson, "The Disabled and the Law of Welfare", in *California Law Review*, v. 54, School of Law of the University of California, Berkeley, California, p. 814 (grifos no original).

6. Kent Hull, "The Specter of Equality: "Reflexions on the Civil Rights of Physically Handicapped Persons", in *Temple Law Quarterly*, v. 50, n. 4, Temple University of the Commonwealth System of Higher Education, Philadelphia, Penn., 1977, p. 952.

7. Ver, Charles G. Davis, "Financial and Estate Planning for Parents of a Child With Handicaps", in *Western New England Law Review*, v. 5, n. 3, W.N.E. College School of Law, Springfield, Massachusetts, 1983, pp. 495/535.

8. Sobre o tema da prevenção, conferir Jeffrey A. Parness, "The Duty to Prevent Handicaps: Laws Promoting the Prevention of Handicaps to Newborns", in *Western New England Law Review*, v. 5.º, n. 3, W.N.E. College School of Law, Springfield, Massachusetts, 1983, pp. 431/464.

9. Ver, Richard K. Scotch, "From Good Will to Civil Rights", *Temple University Press*, Philadelphia, 1984, p. 7.

10. Lowell P. Weicker Jr., "The Need for a Strong Education for All Handicapped Children Act", *Connecticut Law Review*, v. 14, n. 3, University of Connecticut School of Law, West Hartford, Connecticut, 1982, p. 472.

11. *United States Commission on Civil Rights, Accommodating the Spectrum of Individual Abilities*, Clearinghouse Publications, 1983, p. 160.

12. O texto do art. 504 encontra-se no 29 U.S.C. 794 e tem a seguinte redação: "No otherwise qualified handicapped individual in the United States, as defined in section 706(7) of this title, shall, solely by reason of his handicap, be excluded from the participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance or under any program or activity conducted by any Executive agency or by the United States Postal Service. The head of each such agency shall promulgate such regulations as may be necessary to carry out the amendments to this section made by the Rehabilitation, Comprehensive Services, and Developmental Disabilities Act of 1978..." A expressão "otherwise qualified" significa que o deficiente deve atender as qualificações mínimas do emprego a despeito de suas deficiências. Significa que a deficiência não impede o indivíduo de exercer a atividade fundamental do emprego. Assim, o empregador pode-se recusar a empregar um surdo para o cargo de telefonista. Não lhe é lícito, contudo, negar o emprego a um cego que se acha habilitado a exercer as funções que, normalmente, são exigidas de um telefonista.

13. Laura F. Rothstein, *Rights of Physically Handicapped Persons*, Shepard's-McGraw-Hill, Colorado Springs, Colorado, 1984, p. 110.

14. A Ordem Executiva 12.250, de 2.11.80, estabelece que "1-201. O Procurador Geral da República deve coordenar a implementação e execução pelos órgãos do Poder Executivo das várias disposições antidiscriminatórias das seguintes leis: (a)... (b)... (c) art. 504 do *Rehabilitation Act* de 1973, tal qual emendado..."

Para exercício destas funções, o Ministério Público recebe largas atribuições na mesma norma.

15. Marcia Pearce Burgdorf and Robert Burgdorf Jr., ob. cit., p. 909.

16. Moacyr de Oliveira, "Deficientes: Sua Tutela Jurídica", in *RT* 553/11, p. 17.

17. Cf. Mauro Cappelletti, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: a Comparative Study", in *Michigan Law Review*, v. 73, n. 5, The Michigan Law Review Association, 1975, p. 798; Mauro Cappelletti e Bryant Garth, "Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective, a General Report", in *Access to Justice*, v. I, Livro I, Dott. A. Giuffrè Editore-Milano, 1978, pp. 36/39.

18. Para um sumário das críticas mais contundentes à posição do Ministério Público no Processo Civil, ver Mauro Cappelletti nas obras acima citadas.

19. Para uma defesa brilhante do papel processual civil do *Parquet*, conferir Antonio Augusto de Camargo Ferraz, Édis Milare e Néelson Néry Jr., *A Ação Civil Pública e a Tutela dos Interesses Difusos*, Saraiva, S. Paulo, 1984.

20. Cf. o magnífico trabalho de José Fernando da Silva Lopes, *O Ministério Público e o Processo Civil*, S. Paulo, 1976, p. 95.

21. José Fernando da Silva Lopes, ob. cit., p. 87.