

A PRIMAZIA DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL DE TUTELA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS PROCESSOS JUDICIAIS

R: 15.05.2016; A: 26.06.2016

*Lauro Luiz Gomes Ribeiro**

RESUMO: Este ensaio é resultado da associação de experiência profissional com estudo acadêmico sobre os direitos da pessoa com deficiência no Brasil e a verificação da pouca utilização dos instrumentos legais pertinentes (legislação própria de direito material e processual) nos julgamentos, pelos magistrados paulistas, de causas envolvendo a questão da deficiência. São trazidos casos concretos.

Palavras-chave: Direito da Pessoa com Deficiência. Aplicação do Direito ao Caso Concreto. Resistência. Violação de Direito.

INTRODUÇÃO

As reflexões que se seguem buscam externar uma preocupação sobre uma situação que temos observado tanto perante os magistrados de piso como perante ilustres desembargadores que atuam no Tribunal de Justiça paulista: falta de utilização de todo o arcabouço legislativo específico sobre o direito das pessoas com deficiência, no plano nacional e internacional, no julgamento de causas específicas sobre o tema, optando-se pela aplicação de legislação que, embora pertinente, deva ser considerada apenas subsidiariamente e a importância de se prestigiar o microsistema protetivo deste segmento social, como forma de efetivação destes direitos.

Esta situação fica mais evidente e instigante após a promulgação de importantes instrumentos legislativos dos quais destacamos a Convenção da ONU sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão, também conhecida por Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Exemplificamos com duas situações distintas:

(a) ao cuidar do direito das crianças e adolescentes com deficiência à educação, os julgadores, muitas vezes, não visitam a LDBEN (lei de diretrizes e bases da educação nacional n.9394/96) naquilo que tem de específico (p.ex. art.58 e seg.), ou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (art.24), embora ela tenha sido incorporada em nosso ordenamento jurídico com equivalência de emenda constitucional (decreto legislativo

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor da Pós-Graduação da Universidade Metropolitana de Santo/UNIMES. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. E-mail: laurorib@mpsp.mp.br.

n.186/08 e decreto n.6.949/09) ou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI ou Estatuto da Pessoa com Deficiência) n.13.146/15 (art.27 e seg.) ou a lei n.12.764/12 (Lei Berenice Piana), que trata de tal direito ao aluno com transtorno do espectro autista, optando em aplicar apenas o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República;

(b) quando se deve utilizar a parte processual, no curso de uma ação civil pública que discuta a questão da deficiência (p.ex. acessibilidade aos prédios públicos), a opção, quase invariavelmente, é pela lei n.7.347/85 e não pela lei n.7.853/89 (que trata da política nacional de defesa das pessoas com deficiência e tem dispositivos processuais mais favoráveis).

Nada obstante sejamos nós quem, preferencialmente e não exclusivamente, oficiamos na Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos em processos judiciais desta matéria que chegam aos tribunais superiores, notamos que o número de processos ainda é pequeno, se comparado com outros temas, como improbidade administrativa, meio ambiente, consumidor, pessoa idosa, dentre outros e ainda assim com rara aplicação da legislação especial.

É este aspecto que pretendemos discutir aqui, qual seja a importância ou não de nós, operadores do direito, insistirmos para que no julgamento da causa o magistrado adote a legislação específica e mais adequada, sem utilizar atalhos em outras leis muitas vezes mais conhecidas e manejadas com maior frequência.

DESENVOLVIMENTO

Um aspecto relacionado a isto ou até anterior diz respeito com uma prévia indagação: era pertinente ou necessária a edição de um estatuto da pessoa com deficiência (LBI), diante de toda a legislação já existente? Ou suficientes o Código Civil, o ECA, o CDC, o Estatuto do Jovem e as leis esparsas já promulgadas?

Confessamos que num primeiro momento esta questão também nos assolou e chegamos a cogitar a impertinência da iniciativa, principalmente porque a experiência com nosso legislativo tem demonstrado o risco de um projeto de lei ingressar na casa legislativa com um propósito positivo, ser totalmente desfigurado – para atender aos fatores reais de poder de que fala Lassalle – e sair uma solução legislativa (lei) para piorar a situação ou alterar, negativamente, outros aspectos não imaginados pelo autor do projeto de lei. E nos

vem à lembrança a célebre frase de Otto von Bismarck: “*Os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis*”.

Todavia, modificamos nosso modo de pensar. Apesar de já haver outros documentos, um dos quais da mais alta estatura jurídica (a Convenção da ONU) tratando da matéria, há necessidade, sim, desta lei nacional para disciplinar concretamente muitos direitos já sufragados e reafirmados como outros novos temas trazidos por aquele tratado internacional, tais como a tipificação da discriminação de pessoas com deficiência, o conceito social da deficiência, o sistema de interdição e da capacidade civil das pessoas com deficiência.

E isto fica mais claro quando observamos que a LBI expressamente dispõe, no parágrafo único do art. 1º, que ela tem por base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo¹.

Uma Convenção Internacional, por ser um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional constitutivo de direitos e deveres, é ontologicamente composta por dispositivos mais abertos, trazendo seu núcleo axiológico fundamental, mas clamando por normas jurídicas mais concretas no âmbito do direito interno de cada país aderente a ela. Este papel, se repita, ficou reservado à LBI.

Portanto, a LBI é uma lei da maior importância neste momento de afirmação dos direitos das pessoas com deficiência e precisa ganhar efetividade, eficácia social, é dizer, alcançar o cumprimento efetivo por parte da sociedade, a concretização de seu comando, sua força operativa no mundo dos fatos.

É importante lembrarmos que o direito não se aplica pela força, mas por sua coercibilidade, ou seja, a possibilidade de coação é dizer, ele se aplica geralmente pela convicção das pessoas de que aquelas regras devem ser cumpridas.

Bem por isto, não basta que estejam escritas em uma lei, necessitando que seja criada uma consciência social de sua obrigatoriedade.

Ao lado desta consciência social, um importante mecanismo garantidor da eficácia de uma norma é a formação de uma consciência jurídica nacional.

O poder judiciário tem papel relevantíssimo em ambos os momentos: as decisões judiciais (sentenças e acórdãos) trazem uma forte carga pedagógica ao esclarecer aos

¹ Este Protocolo Facultativo se constitui em um instrumento complementar de direito público internacional através do qual se possibilita a grupos ou indivíduos (ou seus representantes) formular denúncias de violações de direitos ao Comitê de Monitoramento da Convenção. Estas comunicações de violações devem, obrigatoriamente, ter origem em Estados Partes que ratificarem o protocolo.

indivíduos qual a vontade da lei e quais as consequências do seu descumprimento – não só às partes do processo, mas a todos aqueles que dela tomam conhecimento pelas mais variadas formas –, assim como contribuem para a formação da consciência jurídica através da jurisprudência.

O atual processo de *impeachment* imposto à presidente da República, Dilma Rousseff bem evidencia a força e importância das decisões judiciais – no caso, do Supremo Tribunal Federal –, para afastar a pecha de “golpe”, ao menos do ponto de vista da legalidade do processo. De igual forma, o juiz Sergio Moro tornou-se personalidade internacional por sua atuação correta e firme.

Não fosse só por isto, a relevância do papel de julgar vem da possibilidade da interpretação da lei diante do enfrentamento dos problemas reais, concretos, do direito em ação – “*law in action*” – e não da *verba legis*.

São prova disto os acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o ativismo judicial² (aqui referido como desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional) e os limites objetivos do processo hermenêutico.

Enfim, é notório que a Constituição de 88 deixou para trás uma concepção autoritária própria do período de ditadura militar – um modelo tecnoburocrático – no qual os magistrados reproduziam o antiquado papel de “*juízes boca da lei*” para uma magistratura dentro de um modelo democrático, revestida de garantias materiais e formais e que enroupam os magistrados no importante papel de garantes do processo democrático.

Todavia, juntamente com os bônus de um ambiente democrático também há o ônus e nos referimos ao dever constitucional do juiz de fundamentar e motivar suas decisões judiciais e administrativas (art.93, IX e X da CF/88).

Trata-se de um direito fundamental de todos, que está acima de um dever funcional; constitui-se em uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários.

E ombreado ao dever do magistrado de fundamentar e motivar as decisões, há o direito da parte de ver seus argumentos analisados.

Embora saibamos que reiteradamente nossos tribunais têm afirmado que o juiz não esteja obrigado a enfrentar todos os fundamentos apontados pelas partes (e que muitas vezes são exagerados mesmo) quando um ou algum seja suficiente para a formação de sua convicção, no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do MS 24.268/04, o Min.Gilmar

² Sobre o tema, vale a leitura da obra do professor da USP, Elival da Silva Ramos, **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Mendes, ao tratar deste tema da obrigação constitucional de fundamentação das decisões (art.93,IX) deixou consignado que, por se constituir este princípio verdadeira exigência do Estado Democrático de Direito, as partes têm os seguintes direitos: “(a) *direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informa a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (b) direito de manifestação (...); (c) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berucksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmeberistschaft) para contemplar as razões apresentadas*”. O acórdão incorpora, ainda, a *doutrina de Durig/Assmann*, ao sustentar que o *dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht)*”, para concluir que esta obrigação de enfrentamento sério de todos os argumentos também sérios levantados pelas partes constitui-se em autêntico dever funcional.

Portanto, os argumentos sérios devem sempre ser considerados e analisados com seriedade e para nós uma argumentação pautada na Constituição Federal ou em lei nacional, no nosso caso um “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, é séria e sempre deve ser enfrentada.

Por estas razões, diante de alguns vários processos em que temos oficiado, procuramos apontar em nosso parecer a legislação específica de tutela da pessoa com deficiência, insistindo na sua aplicação, muitas vezes sem sucesso, não por fundamentada demonstração da impertinência de nossas ponderações, mas por pura desconsideração (omissão) sobre as mesmas.

Diante desta moldura fática, optamos em adotar as seguintes providências: (a) ao tomar ciência do acórdão, ingressamos com embargos de declaração apontando a omissão; (b) não acolhidos os embargos de declaração (o que é quase uma regra), ingressamos com recurso extraordinário (quando a omissão é sobre tema constitucional) e/ou recurso especial (omissão sobre matéria de lei federal).

Traremos como exemplo, para nossa reflexão, o seguinte caso real: **proc.n.1005837-10.2013.8.26.0278**: ação civil pública proposta pelo Ministério Público para condenar a Municipalidade de Itaquaquecetuba na obrigação de fazer consistente em adaptar para utilização por pessoas com deficiência (acessibilidade física) locais públicos de atendimento à saúde. Ação julgada procedente – e neste caso o magistrado monocrático se valeu da lei n.7.853/89 –, sem que houvesse recurso voluntário. O julgador de primeira

instância determinou a remessa dos autos para reexame necessário. É a partir daí que surge o problema.

Temos defendido há mais de uma década, inclusive com publicação de artigo acadêmico³, que nas ações civis públicas propostas em defesa dos direitos das pessoas com deficiência contra as fazendas públicas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal) e demais entidades que gozam deste privilégio, não se aplica a regra do reexame necessário que, como sabemos, suspende a eficácia da sentença, inviabilizando sua execução provisória.

Nos autos daquele processo, emitimos parecer à douta Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça paulista nos termos seguintes: *verbis*.

Reexame Necessário: proc. nº. 1005837-10.2013.8.26.0278

Interessados: Ministério Público de São Paulo e Município de Itaquaquecetuba

Comarca: Itaquaquecetuba.

Douta Câmara

Ilustres Desembargadores e Desembargadoras

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo *Parquet* para condenar a municipalidade ré na obrigação de fazer consistente em adaptar os locais públicos de atendimento à saúde para as pessoas com deficiência (acessibilidade física).

Não foi postulada medida de urgência.

Feito contestado e o douto magistrado singular acolheu o pedido, julgando a ação procedente determinando:

‘portanto, que o município de Itaquaquecetuba, cumpra as obrigações seguintes, sob pena da incidência de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), a ser recolhida em prol do fundo de que trata o artigo 13, da lei federal n.º 7347/85:

- elabore, no prazo máximo de doze meses, projeto de acessibilidade para todos os estabelecimentos de saúde de Itaquaquecetuba que ainda não o disponham, na forma da legislação aplicável, especialmente ABNT-NBR-9050, com previsão orçamentária para a respectiva execução;

- execute e conclua as obras de adequação retro, no prazo máximo de doze meses, subsequentes ao interregno anual de elaboração de projetos.

Dê-se pessoal ciência ao atual ocupante do cargo de Prefeito Municipal de Itaquaquecetuba, através de oficial de justiça, com arrimo na possibilidade de que o descumprimento ocasione gravame expressivo ao erário municipal, além do desatendimento ao comando jurisdicional poder, também, em tese, configurar ato de improbidade administrativa’.

Não houve recurso voluntário. Os autos subiram para reexame necessário.

É uma síntese do processado.

2. O recurso de ofício não merece ser conhecido.

Este caso é típico do anacronismo do sistema de reexame necessário na atualidade para a hipótese onde as partes não manejam recurso voluntário e sem que haja qualquer indício de irregularidade.

É privilégio totalmente descabido ao Estado, em indistigável desequilíbrio de armas.

³ O art.475,II, do CPC e a tutela jurisdicional coletiva da criança, do adolescente e da pessoa portadora de deficiência, in **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**, coord.Nelson Nery J e Teresa Arruda Alvim Wambier, vol.4.São Paulo:RT, 2001.

A r. sentença reconheceu o direito constitucional à saúde e à vida das pessoas com deficiência e não há pretensão resistida.

Não fosse só por isto, **o sistema processual civil de reexame necessário é incompatível com uma ação civil pública para defesa dos direitos das pessoas com deficiência.**

Dispõe a lei n.7.853/89 (que institui a Política Nacional de Proteção às pessoas com deficiência e dá outras providências), usada como fundamento na r. sentença que “**A sentença que concluir pela carência ou improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal**” (art. 4º, §1º, com grifo nosso), em uma nítida intenção de proteção ao hipossuficiente cujos interesses estejam sendo tutelados.

Ou seja, esta disposição legal incompatibiliza-se (antinomia aparente) com a regra do reexame necessário previsto no Código de Processo Civil, quando o réu for a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações de direito público (art. 475).

É possível afirmar, portanto, que em ações civis públicas propostas para defesa das pessoas com deficiência contra um destes entes públicos, só haverá reexame necessário na hipótese prevista na lei especial, ou seja, a lei n.º 7.853/89 e em favor do autor, nunca do réu, o que tem o efeito prático de permitir a execução provisória, quando eventual apelo foi recebido no efeito meramente devolutivo, que é a regra nos casos de tutela coletiva⁴.

Em apertada síntese, são os seguintes os fundamentos:

- a) o reexame necessário previsto no Código de Processo Civil é um privilégio concedido à Fazenda Pública, Autarquias e Fundações Públicas e consiste em uma condição de eficácia da sentença proferida contra aquelas, em tese não permitindo execução provisória sem expressa autorização legal;
- b) no caso, a tutela dos direitos das pessoas com deficiência tem gênese constitucional (art.227,§2º para adequações futuras e 244 para adequação dos imóveis existentes à época da promulgação da CF/88 e art.9 da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, da ONU, incorporada pelo decreto legislativo n.186/08 ao nosso ordenamento jurídico com “status” de emenda constitucional – art.5º.,§3º) e exige satisfação efetiva e rápida, em razão da natureza dos valores protegidos;
- c) há uma colisão de direitos - antinomia jurídica aparente - quando em ações civis públicas em que se tutelam interesses das pessoas com deficiência se aplica o regramento do art. 475, I, do CPC;
- d) esta antinomia aparente se resolve com a adoção dos critérios da hierarquia, especialidade e do “valor *justum*”;
- e) prevalecerá a defesa dos interesses coletivos das pessoas com deficiência sobre os da Fazenda Pública, Autarquias e Fundações Públicas e, conseqüentemente, não se deve aplicar a regra prevista no art. 475, do CPC nestes casos;
- f) a incidência da regra do reexame necessário pode levar ao equívoco de não se reconhecer eficácia de decisão concessiva de antecipação de tutela após a prolação de sentença favorável de primeiro grau, que terá seus efeitos suspensos;
- g) o resguardo contra dano irreparável à Fazenda Pública, Autarquias e Fundações Públicas (gênese do instituto do reexame necessário, do século passado) pode efetivar-se através da sistemática recursal das ações civis públicas, com a concessão do efeito suspensivo ao recurso voluntário;
- h) a desídia do responsável pela defesa dos interesses fazendários, autárquicos e das fundações públicas (também outra preocupação do legislador, à época) pode ser apurada e sancionada autonomamente.

Portanto, não deve ser conhecido o recurso de ofício.

3. Mesmo que conhecido, é absolutamente improcedente.

⁴ Assim decidiu a Câmara Especial do TJ de São Paulo, no Mandado de Segurança nº96.048.0/6, sobre atendimento médico a criança autista.

Acessibilidade é um direito fundamental e que garante às pessoas com deficiência a fruição de todos os serviços disponíveis aos demais cidadãos, em igualdade de condições, dentre eles o sagrado direito à saúde, que está ligado, como a sombra ao corpo, ao direito à vida.

Bem por isto, é entendido como sendo a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, dentre outros (conceito encontrado tanto na lei n.10.098/00 como pelo recente Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei nacional n.13.146/15 e em vigor – art.3º, I).

Nota-se que seu conceito é bastante amplo e assim deverá ser entendido no momento da execução deste julgado, não podendo o projeto limitar-se a adaptação física, devendo incluir também a comunicação, informação etc. e para tanto se conta com importantes normas técnicas da ABNT, dentre elas a n.9050/85 (e atualizações).

Além das disposições constitucionais trazidas, há, ainda, lei municipal tratando a respeito. (n.2.062/01).

Desta forma, não poderia ser outro o desate desta causa.

4. Apenas deixamos consignado que no processo foi equivocadamente utilizado o termo “necessidades especiais” que não tem qualquer relação com o tema das pessoas com deficiência; necessidades especiais todos nós temos.

A correta terminologia utilizada pela legislação recente, é **pessoa com deficiência**.

5. Com estas considerações, manifestamo-nos pelo **não conhecimento** do recurso de ofício.

É o parecer (...).

Apesar de todas as considerações lançadas sobre a inaplicabilidade do reexame necessário à luz da legislação própria, o douto Relator, des. Alves Braga Junior, por decisão monocrática, entendeu pelo não conhecimento do recurso, por meio de aplicação analógica do artigo 19 da lei 4.717/65, passando ao largo de nossa argumentação.

Sobre esta omissão foram opostos embargos de declaração que foram conhecidos, mas inacolhidos sob o argumento da ausência de omissão, contradição ou obscuridade.

Ingressamos com recurso especial, ainda pendente de julgamento, onde postulamos, no ponto, o seguinte: reforma do julgado, para a correta aplicação da lei ao caso concreto.

Anotamos nas razões recursais: *verbis*

(...)

4. No segundo ponto, destacamos as incorretas interpretação e aplicação dadas à lei nº 4.717/65, em detrimento do disposto **no artigo 4º, §1º, da lei especial nº 7.853/89**.

Esta **lei nº 7.853/89**, como é sabido por esta d. Corte, dispõe sobre a tutela das pessoas com deficiência (e **não** com “**necessidades especiais**”, termo não jurídico) contendo tanto **parte material como processual e nesta última** o artigo 4º, §1º reza:

“Art. 4º A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

§1º A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal”.

Esta disposição resolve a questão do não conhecimento do reexame necessário, de onde se originou este Recurso Especial, consoante apontado em nosso primitivo parecer (fls. 1.231/1.232).

4.1 Extraímos da doutrina de Tércio Sampaio Ferraz em sua obra “*Introdução ao Estudo do Direito*”, os passos para uma correta decisão: diz o jurista que a subsunção do fato à norma tem relação com a aplicação do direito, não se confundindo com a interpretação, embora a exija, obrigatoriamente.

Uma vez demonstrado o sentido da norma, é preciso demonstrar que o caso a ser decidido nele se enquadra.

A norma estabelece sua hipótese de incidência – a *facti species* – cuja ocorrência desencadeia uma consequência jurídica.

O controle do processo decisório encontra princípios de balizamento de aplicação – especialmente quando em jogo conceitos indeterminados – sendo o principal deles a legalidade, que vincula o juiz à lei. Para flexibilizar esta aplicação direta da lei, vale ao decididor o princípio da discricionariedade (conceito bem mais amplo do Direito Administrativo) que o obriga ao “*telos*” geral do sistema (*op.cit.* p. 316/319). Dispensamos a referência à prova e à argumentação jurídica porque desnecessárias *in casu*.

4.2. Todo este *iter* foi erroneamente perseguido pelo il. relator que, buscando um atalho, valeu-se de lei **inaplicável** à espécie.

Havendo lei especial, o *iter* deve ser preenchido a partir desta legislação específica (princípio da especialidade) e não de lei geral.

4.3. Não se busca neste recurso um **preciosismo jurídico**, mas, sim, a correta aplicação da lei federal n.7.853/89, que traz a reboque relevante **carga pedagógica** não só de **respeito por este segmento social excluído** – embora já esteja protegido até mesmo por Convenção Internacional da ONU, incorporada em nosso sistema com “status” de emenda constitucional (decreto legislativo n.186/08) por poucos conhecida – afastando qualquer **preconceito** no reconhecimento destes direitos, como auxilia na **consientização social** da relevância dos direitos já conquistados e que precisam ser respeitados além, evidentemente, de colocar as coisas no devido lugar.

Lembra Luis Recasens Siches, **uma norma jurídica** – portanto, vale para a legislação especial sobre pessoa com deficiência por nós citada – **é aquilo que ela faz e não aquilo que o legislador imaginou fazer, ou seja, é aquilo que resultar da experiência de sua aplicação** (*Experiencia jurídica, naturaliza de la cosa y logica ‘razonable’*.México:Fondo de Cultura Económica/unam,1971, p.52); é dizer, a lei adequada deve ser aplicada para atingir sua finalidade e alcançar efetividade senão, parafraseando Ferdinand Lassalle a respeito da essência da Constituição, será uma mera folha de papel.

Neste segundo ponto, requer o Ministério Público acolhimento do presente recurso para **reformular-se o v. acórdão recorrido** da 2ª. Câmara de Direito Público para a aplicação dos fundamentos legais apontados pelo Parquet em seu parecer de fls. 1.231/1.232.

Em conclusão, aguarda-se o provimento deste recurso para o fim de, primeiramente, anular-se o v. acórdão proferido nos autos dos embargos de declaração e, não sendo este o entendimento desta Colenda Corte, para reformar a r. decisão colegiada exarada nos autos do reexame necessário “*sub studio*” decidindo que na espécie incide o **artigo 4º, §1º, da lei nº 7.853/89 e não a lei da ação popular nº 4.717/65, de aplicação apenas subsidiária.**

Como destacamos no recurso especial, não se trata de preciosismo jurídico ou estéril discussão acadêmica, mas a afirmação dos direitos conquistados por um segmento

social excluído e que, por isto, não pode ser ignorado, mas antes valorizado, prestigiado e rigorosamente aplicado.

O *misoneísmo*, ou seja, a repulsa a tudo que é novo ou contém novidade, não se coaduna com a evolução do direito nem com o que se espera de um julgador, que deve ser um homem do seu tempo.

Menos ainda – e não queremos acreditar nesta hipótese – esta recusa na correta aplicação de um direito pode revelar um comportamento preconceituoso, de menosprezo ou apequenamento do direito deste segmento social.

O preconceito é um conceito prévio e elaborado sem maior reflexão, uma construção mental formulada sem ponderação, conhecimento ou consideração de fatos e dados da realidade, mesmo que inconsciente, involuntária e tida por natural, que se materializa em processos e ações de distinção, suspeita, intolerância, ódio, aversão, exclusão ou discriminação a outros segmentos sociais, etnias, credos, opiniões, gêneros, culturas ou opções de vida, situação que não se coaduna com os valorosos magistrados que compõem o judiciário paulista.

40

Independentemente do que ficar decidido neste recurso, estamos convencidos do acerto de nossa opção de buscarmos, sempre, prestigiar a aplicação concreta dos direitos das pessoas com deficiência através do manejo da legislação específica, sem prejuízo do reforço argumentativo de outros diplomas legais (e nos referimos ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ao Código de Defesa do Consumidor, à lei n.7.347/85, dentre vários outros).

CONCLUSÃO

Parafraseando Konrad Hesse, afirmamos a necessidade de que todo o microsistema de proteção das pessoas com deficiente, em especial a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência se transformem em uma força ativa e para isto é fundamental a presença, na consciência geral e, especialmente na consciência dos aplicadores da lei, não só de uma “vontade de Constituição” (isto é sempre necessário), como sugere o professor de Freiburg, na República alemã, mas também de uma “vontade de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência”.

Para tanto, é fundamental que nossos magistrados estejam atentos e prestigiem o arcabouço legislativo existente no plano nacional e internacional de proteção dos direitos das

peças com deficiência, atribuindo merecida atenção para a efetivação da Lei Brasileira de Inclusão no julgamento das causas.

THE PRIMARY APPLICATION OF SPECIAL LEGISLATION OF DISABLED PERSONS ON JUDICIAL

ABSTRACT: This essay results from the association of professional experience with academic study on the rights of disabled people in Brazil and the verification of low use of the pertinent legal instruments (own legislation of substantive and procedural law) in judgments - by the magistrates in the State of São Paulo - in cases involving this issue. Concrete cases are brought.

Keywords: Right of the Disabled Person. Application of the Law in Concrete Cases. Resistance. Violation of Law.