

TESE 60

Proponente: Daniel Guimarães Zveibil

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula: O defensor público deve considerar o local de domicílio civil do portador de deficiência como sendo o foro competente para o deficiente demandar ou ser demandado, com esteio na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ressalvada hipótese do caso concreto merecer proteção de outro direito fundamental em conflito.

Assunto.

O assunto da presente proposta diz respeito ao direito fundamental de *acesso à Justiça dos portadores de deficiência*, sustentando a proposta, nesta perspectiva, que o portador de deficiência possui o direito fundamental de propor demandas ou respondê-las na comarca em que estiver residindo. A finalidade é facilitar o acesso à Justiça deste vulnerável segmento da população.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública.

Item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública na Lei Complementar estadual n.º 988 de 09 de janeiro de 2006:

“Art. 5.º – São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

IV – promover:

(...)

b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

c) a tutela individual e coletiva (...) das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

(...)”

Fundamentação jurídica.

a) *Direito fundamental de acesso à Justiça e a questão do portador de deficiência.*

É de conhecimento geral a importância capital do direito de *acesso à Justiça* para efetivação de inúmeros direitos que têm sido reconhecidos em prol de indivíduos e coletividades, pois que a mera titularidade de tais direitos seria destituída de sentido se não existissem mecanismos judiciais a lhes garantirem pelo menos alguma proteção. Não é sem razão, aliás, que *acessar a Justiça* não só tem sido visto como o direito “mais básico dos direitos humanos”, como “o ponto central da moderna processualística”[1].

Devido, portanto, à crescente importância do tema elaborou-se estudo que se tornou clássico por identificar alguns dos obstáculos de efetivação do *acesso à Justiça*, catalogando e reunindo-os em três grandes grupos: (i) *custas judiciais*, (ii) *possibilidade das partes*, e (iii) *problemas especiais dos interesses difusos*[2].

Evidentemente, acessar nosso sistema judicial continua sendo grave problema para significativa parcela da população, recrudescendo mais ainda quando envolve segmentos minoritários e mais vulneráveis da população. É o caso, sem dúvida, dos *portadores de deficiência*. A propósito, neste sentido é inequívoco o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 186 de 09 de julho de 2008[3], por formalmente reconhecer o fato de que, não obstante diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo[4].

b) A questão à luz da Constituição brasileira de 1988.

As Nações Unidas também aponta que os clássicos obstáculos de acesso à Justiça agravam-se quando submetem pessoas pertencentes ao vulnerável grupo das pessoas portadoras de deficiência. É o que explica a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas prescrever no artigo 13, "01", que:

"Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares".

Antes de adentrarmos no mérito do texto transcrito, importa ressaltar que o Tratado Internacional de Direitos Humanos intitulado e conhecido como *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 186 de 09 de julho de 2008 nos termos do § 3.º do artigo 5.º da Constituição Federal, sendo, portanto, o primeiro Tratado de Direitos Humanos com natureza formal de emenda constitucional no Brasil[5]. Logo, valendo-nos da conhecida classificação de Flávia Piovesan, este Tratado não pertence ao *bloco constitucional* brasileiro somente pelo aspecto material[6], mas igualmente encontra assento formal no texto constitucional[7], resultando no efeito prático deste Tratado voltado à proteção dos deficientes ser insuscetível de denúncia por conta do art. 60, § 4.º, IV da Constituição Federal[8]. Sendo assim, o artigo 13 supra transcrito é componente formal do texto constitucional brasileiro, além de estar entre as cláusulas pétreas.

Pode-se dizer, portanto, com inequívoco acerto que a Constituição Federal de 1988 prescreve formalmente a facilitação do acesso à Justiça aos portadores de deficiência, observando-se suas peculiaridades. Esta interpretação baseia-se no fato do texto do art. 13 prescrever que *"os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas"*. Tal prescrição é complementada pelo art. 1.º da mesma

Convenção, o qual prescreve que devem ser consideradas portadoras de deficiência “*aquelas [pessoas] que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*”.

Vê-se, portanto, que a combinação dos textos dos art. 1.º e 13 da Convenção em análise formam exata premissa maior no sentido de existir mandamento jurídico autorizando que o Estado dê tratamento processual desigual, ao longo do procedimento judicial, quando vise atender às peculiares limitações de parte(s) portadora(s) de deficiência. Nossa conclusão, em verdade, é corolário natural do aspecto mais básico do princípio da igualdade: *tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente*[9].

Ademais, o art. 13 da emenda constitucional de que cuidamos não pára por aí: estende aludida autorização *a todo e qualquer procedimento judicial*, investigações e fases preliminares inclusive. Daí o porquê deste mandamento constitucional não se cingir à família, mas incide sobre todos os campos do direito.

Desta forma, é a partir do texto constitucional em foco que sustentamos pela presente proposta de tese institucional *o direito fundamental do portador de deficiência demandar ou ser demandado, como regra geral, na comarca em que tenha seu domicílio civil*; direito este corolário do direito de acesso à Justiça.

Para melhor compreensão deste direito fundamental, é preciso que se tenha em mente que o direito positivo vigente, sobretudo a emenda constitucional em discussão, marca profunda mudança do paradigma ético-jurídico nas atitudes e abordagens do Estado brasileiro em relação aos portadores de deficiência. Porque instaura formalmente em favor do portador de deficiência, no plano constitucional e amparado no princípio constitucional da dignidade humana (art. 1.º, III), *o processo de especificação do sujeito de direitos* a que se referiu Norberto Bobbio[10], na medida em que prescreve mandamentos que concretizam direitos específicos de uma classe especial de cidadãos: a dos portadores de deficiência.

Neste passo, reconhecer, como regra geral, a competência para demandas do portador de deficiência na comarca em que ele possui domicílio civil, de fato é realizar direito que corresponde a mais um passo no longo processo de concretização dos direitos humanos; o passo posterior à especificação abstrata do sujeito *pessoa portadora de deficiência*.

c) Objetivos fundamentais da República e o direito fundamental em questão.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja natureza é de emenda constitucional, reconhece em seu Preâmbulo que “(...) a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza”[11].

Portanto, é perfeitamente compatível aos objetivos fundamentais da Constituição admitir válido o direito fundamental em questão:

“Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quais outras formas de discriminação.”

Não é o direito que sustentamos, portanto, pouca coisa. Não pode ser desprezado. Porque neste mesmo Preâmbulo da aludida Convenção, os Estados Partes salientam o fato de que *a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, reconhecem a necessidade crítica de lidar com o impacto negativo da pobreza sobre pessoas com deficiência*^[12].

d) Colisão de direitos fundamentais.

Ninguém ignora que o sistema constitucional é campo fértil para colisão entre direitos fundamentais, já que vigora o princípio da unidade da Constituição e que a Constituição protege, simultaneamente, outros grupos vulneráveis. Não é tão difícil imaginar colisões autênticas na hipótese em discussão: basta pensarmos que ambas as partes podem ser portadoras de deficiência; ou que o litígio se dê entre portador de deficiência de um lado, e idoso em idade avançada do outro, que depende de cuidados especiais; ou que o alimentante seja deficiente, enquanto o alimentado criança, que, pela sua condição, usufrui de proteção integral em absoluta prioridade reconhecida pela Constituição^[13], princípio ao qual se vincula a regra infraconstitucional do art. 100, II do CPC. E assim por diante.

Evidentemente, estes possíveis conflitos devem ser resolvidos pela *técnica da ponderação*, tomadas, no entanto, devidas cautelas contra perigosos voluntarismos ou meros caprichos do intérprete, que são muitas vezes consequentes do exacerbado subjetivismo próprio da técnica aludida. Assim, de um lado, como parte desta técnica deve o intérprete avaliar quem é a parte mais vulnerável naquele processo e principalmente pelas condições pessoais das partes e também pelas exigências da lide, porquanto “no juízo de ponderação indispensável entre valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso.”^[14] De outro lado, porém, o intérprete deve observar alguns elementos de segurança que a doutrina vem trabalhando, a fim de que voluntarismos ou meros caprichos não torpedeiem o núcleo essencial e próprio de cada direito fundamental^[15].

Exemplificando.

A menos que haja alguma particularidade específica do caso concreto, tendemos a acreditar, por exemplo, que a criança merece preferência em ação de guarda, porquanto o processo exige que a criança seja acompanhada de perto por profissionais do Fórum da comarca de seu domicílio civil, para feitura de laudos inclusive. Em ação de alimentos, no entanto, novamente excluindo a hipótese de alguma particularidade do caso concreto que nos obrigue a conclusão diversa, considerando que é prescindível a presença física da criança no Fórum, e sendo a condição social do alimentante agravada pela sua deficiência física, não seria absurdo dar preferência ao portador de deficiência em detrimento da criança.

O que não se pode admitir é a negativa do direito fundamental que sustentamos pela presente proposta de tese institucional em virtude, pura e

simplesmente, das possíveis colisões com outros direitos fundamentais, até porque é a própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja natureza é de emenda constitucional, que em seu art. 5.º, alínea "3", dispõe sobre a ideia de *adaptação razoável* – que nada mais é do que o princípio da razoabilidade-proporcionalidade. *In verbis*:

"Art. 5.º (...)

3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a ***adaptação razoável*** seja oferecida." (grifado)

E o dispositivo 2.º da mesma Convenção define "adaptação razoável":

"(...) 'Adaptação razoável' significa as modificações e os ajustes ***necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido***, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;" (grifado)

Ou seja, no fim das contas a própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência admite que os direitos do portador de deficiência possam entrar em rota de colisão com outros direitos protegidos pelo direito positivo, oferecendo, ainda que não expressamente, a técnica da ponderação que deve se apoiar no princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

e) Importância da proposta.

Ainda que o direito fundamental sustentado pela presente proposta de tese institucional proteja minoria vulnerável de nossa população, qual seja, pouco mais de dez por cento dela, em tese beneficiaria quase vinte e cinco milhões de brasileiros. É que de acordo com a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), órgão da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, o IBGE acusou no censo de 2000 quase vinte e cinco milhões de pessoas portadoras de deficiência em todo o Brasil^[16], em meio a uma população total de mais de cento e sessenta e nove milhões de brasileiros^[17].

Ademais, não se pode olvidar que o direito fundamental em questão reforça mais ainda a teia constitucional de proteção aos portadores de deficiência, tecida pelo Poder Constituinte originário por meio de inúmeros dispositivos constitucionais^[18], não sendo exagero admitir a existência de princípio constitucional, mesmo que implícito, de proteção especial aos portadores de deficiência. A propósito, indo além e se referindo exclusivamente ao Título I da Constituição, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que "a proteção das pessoas portadoras de deficiência já pode ser extraída dos comandos principiológicos anunciados."^[19] Assim, na presente proposta de tese institucional é a implementação deste princípio constitucional de proteção especial aos portadores de deficiência que está em jogo.

Finalmente, a importância da presente proposta de tese institucional decorre do fato de ser inovadora mesmo entre autores que se dedicam ao tema dos portadores de deficiência. A despeito da amplitude do Brasil, que torna, portanto,

impossível pesquisar todo o universo que engloba doutrina e jurisprudência brasileiras, não se encontrou nada parecido ao conteúdo da presente proposta de tese institucional. A proposta é nova, solidamente embasada no texto constitucional e na contemporânea doutrina de Direito Constitucional, e é capaz de contribuir grandemente na efetivação de acesso à Justiça ao portador de deficiência. Seria uma grande contribuição da Defensoria Pública do Estado de São Paulo ao resto do país e, pelo prisma da carreira, contribuição especial dos defensores públicos da área de família.

F) *Fontes.*

Obras citadas:

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 13.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano de Gama Kury. 5.^a edição. Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9.^a edição. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 (reimpressão 2002).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: RAMOS TAVARES, André; LENZA, Pedro; e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005, cap. "5".

Sítios digitais citados:

IBGE: , acesso em 23 de julho de 2009.

Ministério da Justiça do Brasil: , acesso em 23 de julho de 2009.

Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009.

Fundamentação fática.

A presente proposta de tese institucional não é mera elucubração acadêmica, mas nasceu justamente no cotidiano do dramático palco de nossas triagens. Uma senhora de setenta e oito anos de idade, deficiente física, havia perdido filho cujo domicílio civil era na cidade de Barueri/SP. Pelo texto expresso do art. 96

do CPC o inventário, sob forma de arrolamento, deveria ser proposto na comarca de Barueri/SP, a trezentos quilômetros da comarca em que residia a deficiente física: Bauru/SP. Não adiantava, no caso prático, tentar apelar para os incisos I ou II do art. 96 do CPC, pois a situação do bem era em Pirajuí/SP, e o óbito deu-se em Barueri/SP.

O desespero da senhora manifestado em seus apelos, os quais exclamavam a impossibilidade de seu deslocamento a qualquer dessas cidades dada sua precária condição social agravada pela deficiência física, foi o que nos impeliu à pesquisa empreendida e resumida na presente proposta de tese institucional.

Diante da fundamentação jurídica que apresentamos, o MM. Juízo da 2.^a Vara de Família e Sucessões da comarca de Bauru/SP deu-se por competente para processar e julgar o inventário daquela senhora, afastando a regra processual do art. 96 do CPC e concretizando o art. 13 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Este resultado, sem dúvida, não só pode ser alcançado em outros processos da área de família, como é viável para o restante da área cível e também para o âmbito penal.

Sugestão de operacionalização.

Pode ser extraída do exemplo do item "V" de nossa proposta de tese institucional.

É importante salientar, no entanto, que na atividade forense nossa proposta de tese institucional deve ser apresentada na petição inicial fora do mérito e sob a roupagem de *preliminar*, porquanto é matéria ligada a pressuposto de validade da relação jurídica processual (competência).

Apresentada a tese em defesa, em regra deve ser apresentada por meio de *exceção de incompetência*, porquanto a competência em discussão, sem dúvida, é de natureza territorial.

Conclusão.

Requer o subscritor a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual dos Defensores Públicos da Família/2009.

Termos em que,

p. deferimento.

São Paulo, 28 de julho de 2009

Daniel Guimarães Zveibil

3.º Defensor Público de Bauru

[1] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 (reimpressão 2002), cap. I, p. 11/13.

[2] *Ibidem*, cap. II, p. 15/29.

[3] Cf. no sítio digital do Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009

[4] Item "k" do Preâmbulo. Cf. no sítio digital do Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009.

[5] Confira no sítio digital do Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009.

[6] CF/1988, art. 5.º, § 2.º.

[7] CF/1988, art. 5.º, § 3.º.

[8] Ao contrário do que acontece com os Tratados de Direitos Humanos que são exclusivamente constitucionais pelo ponto de vista material, devido ao § 2.º do art. 5.º da CF/1988. Cf.: o que sustenta PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: RAMOS TAVARES, André; LENZA, Pedro; e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005, cap. "5", p. 68/77.

[9] Faz muitos séculos que Aristóteles esclareceu o mundo com esta valiosa reflexão: "(...) Por exemplo, parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também só o é entre aqueles que não são iguais" (ARISTÓTELES. **A Política**, São Paulo: Martin Claret, 2004, Livro terceiro, capítulo V, § 8.º). Com base nela, disse Rui Barbosa em um de seus mais memoráveis escritos: "A regra da igualdade não consiste senão em quinohar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real" (BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano de Gama Kury. 5.ª edição. Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1999, p. 26).

[10] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9.ª edição. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, Primeira Parte, capítulo "A Era dos Direitos", p. 78: "Além dos processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, aos quais me referi no início, manifestou-se nestes últimos anos uma nova linha de tendência, que se pode chamar de *especificação*; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Ocorreu, com relação aos sujeitos, o que desde o início ocorrera com relação à idéia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje: basta pensar na tutela da própria imagem diante da invasão dos meios de reprodução e difusão de coisas do mundo exterior, ou na tutela da privacidade diante do aumento da capacidade dos poderes públicos de memorizar nos próprios arquivos os dados privados da vida de cada pessoa. Assim, com relação ao abstrato sujeito "homem", que já encontrara uma primeira especificação no "cidadão" (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão?"

[11] Item "m" do Preâmbulo. Cf. no sítio digital do Senado Federal: , acesso em 15 de fevereiro de 2009.

[12] Item "t" do Preâmbulo. Idem.

[13] CF/1988, art. 227.

[14] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, cap. 5, item "3.5.3.1", p. 336.

[15] Luis Roberto Barroso admoesta sobre cuidados do intérprete ao realizar a técnica da ponderação: "De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deve o intérprete: a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico,

a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador; b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas; c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, Parte II, cap. IV, item V (A técnica da ponderação), p.334 e seguintes).

[16] Consulte no sítio digital do Ministério da Justiça do Brasil: , acesso em 23 de julho de 2009.

[17] Confira o sítio digital do IBGE: , acesso em 23 de julho de 2009.

[18] CF/1988, *caput* do art. 5.º, art. 7.º, XXXI, art. 23, II, art. 24, XIV, art. 37, VIII, art. 203, IV e V, art. 227, § 1.º, II e § 2.º, e art. 244. Sem contar os direitos expressamente previstos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

[19] ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, Parte 10, item “6” (A proteção das pessoas portadoras de deficiência), p. 503.