

15

Inclusão social, processo coletivo e minorias no ordenamento jurídico brasileiro *Social inclusion, collective process and minorities and in the brazilian legal system*

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

Doutorando e mestre em Direito Constitucional, pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru, São Paulo; especialista em Direito Civil e Processual Civil, pelo Centro Universitário de Rio Preto – Unirp, São Paulo; pesquisador do Núcleo de Pesquisas e Integração do Centro de Pós-Graduação da ITE; professor no Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO, São Paulo; advogado.
E-mail para correspondência: dpsiqueira@mdbrasil.com.br

TELMA APARECIDA ROSTELATO

Mestre em Direito Constitucional, pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru, São Paulo; especialista em Direito Constitucional, pela Escola Superior de Direito Constitucional de Sorocaba – ESDC, São Paulo; professora de Direito do Consumidor e Constitucional da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva – FAIT, São Paulo; procuradora jurídica municipal

Resumo

O trabalho desenvolvido demonstra a preocupação dos autores com a inclusão social das minorias, razão pela qual se pontuou a necessidade de definir-se a nomenclatura “minorias”. Para tanto, ocupou-se em abordar, a título exemplificativo, as pessoas com deficiência e os idosos. Destacou-se o importante papel desempenhado pelo processo coletivo na fruição dos direitos por estes grupos de indivíduos, que clamam pela efetiva inclusão social.

Palavras-chave: inclusão social; minorias; processo coletivo.

Abstract

The work demonstrates the concern of authors to the social inclusion of minorities, why is scored the need to set up the naming minorities. For that, they employed accosting, for example, people with disabilities and the elderly. Stick out the important role played by a collective process in fruition rights for these people who clamor for effective social inclusion.

Keywords: social inclusion; minorities; process collective.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo propor uma reflexão a respeito das dificuldades com as quais se deparam determinadas pessoas, para sua inclusão na sociedade, por enfrentarem uma série de discriminações injustificadas e injustas, posto que focadas no desrespeito às diversidades humanas.

Com o objetivo de minudenciar certos indivíduos que enfrentam esta problemática, no intento de seus atos diários, pretendeu-se selecionar a categoria de pessoas com deficiência e os idosos, partindo-se da conceituação e, enfim, indicando quem são considerados integrantes das aludidas categorias destas minorias.

Por oportuno, considerada, ainda, a relevância da compreensão da nomenclatura, buscar-se-á apontar a definição de **minorias**, tão comentada hodiernamente.

Na sequência, procedeu-se à análise dos requisitos que compõem o processo coletivo, de que se dispõe para a tutela destas pessoas, averiguando o seu cabimento e a pertinência à defesa desta coletividade, em face da insuficiência da declaração de direitos, em âmbito constitucional e legislações esparsas, para a efetivação destes direitos, de maneira espontânea.

2. INCLUSÃO SOCIAL

A inclusão compreende a inserção social. A inclusão é um processo e, conforme asseverou Claudia Werneck (2000), “(...) normalizar uma pessoa não significa torná-la normal. Significa dar a ela o direito de ser diferente e ter suas necessidades reconhecidas e atendidas pela sociedade”¹. A inclusão, nos últimos tempos, remete às desigualdades sociais, no dizer de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2004)². Em selecionado artigo, Rossana Teresa Curioni (2003)³ caracterizou a inclusão social:

A inclusão social se fundamenta em princípios éticos de reconhecer e respeitar o preceito de oportunidades iguais perante a diversidade humana, diversidade esta que exige peculiaridade de tratamentos, para não se transformar em desigualdade social.

¹ WERNECK, Claudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. Rio de Janeiro: WVA, 2000. p. 52.

² FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência – garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004. p. 37-38.

³ CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas portadoras de deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Org.). *Direito da pessoa portadora de deficiência: uma tarefa a ser completada*. Bauru: Edite, 2003. p. 422.

A ideia de inclusão, para Rossana Teresa Curioni (2003)⁴, consiste na preocupação com a defesa da igualdade de oportunidade para todos, bem como o acesso a bens e serviços públicos. A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como primado a neutralidade estatal, que se expressa numa postura de não intervenção na esfera individual e social. Esse absentismo se traduz na crença de que bastava inserir-se nas Constituições a garantia da igualdade formal de todos os indivíduos e grupos componentes da Nação, sendo isso suficiente para garantir a harmonia social e a efetiva igualdade de acesso ao bem-estar individual e coletivo. Como se sabe, essa ideia, na realidade prática, mostrou-se totalmente fracassada⁵ e, até, muitas vezes, resultou no oposto. Pietro de Jesús Lora Alarcón (2003)⁶ tratou desse tema, entrelaçando as ideias de Justiça e igualdade, nos seguintes termos:

Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma ideia insuficiente e formal de Justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidade de acesso aos bens sociais (...).

Nesta senda, lecionaram Antonio Celso Baeta Minhoto e Cleber Sanfelici Otero (2009)⁷:

No entanto, uma proximidade do Estado e do direito com sua base humana mais elementar pode significar uma inclusão de mais vozes em seu exercício, bem como criar uma real possibilidade, via edificação de um ambiente propício para tanto, de uma postura mais inclusiva, que torne possível, inclusive, o nascimento de um novo direito, mais inclusivo e menos excludente, mais propositivo e menos impositivo, mais concreto e menos formal, mais efetivo e menos declarativo.

Com essa contradição, emerge o ideal social marxista de que não se deveria buscar proteger apenas o indivíduo, mas precipuamente a sociedade como um todo, tendo como membros todos os indivíduos⁸. A Constituição brasileira de 1988 foi resultado de um amplo processo de discussão, sendo o ápice da derrocada dos

⁴ *Idem*, p. 423.

⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36-37.

⁶ ALARCON, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 2, 2003, p. 214.

⁷ MINHOTO, Antonio Celso Baeta & OTERO, Cleber Sanfelici. Portador de deficiência, federação e inclusão social. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta (Org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 13-64.

⁸ COELHO, Paulo Magalhães da Costa & MATIAS, Matheus Ricardo Jacon. Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David & RAGAZZI, José Luiz (Coord.). *A proteção da pessoa portadora de deficiência um instrumento de cidadania*. Bauru: Edite, 2006. p. 19.

mais de 20 anos de ditadura militar. A formatação do catálogo atual dos direitos fundamentais está intimamente ligada à redemocratização do País. O debate sobre o conteúdo do que viria a ser a atual Constituição pode ser considerado um processo de dimensão gigantesca, sem precedentes na história nacional.

Da mesma forma se deu com relação ao universo dos direitos fundamentais, de modo especial no que diz respeito ao reconhecimento de uma série de direitos econômicos, sociais e culturais, frutos de acirrada discussão. Comparando-se a Constituição Federal de 1988 e o sistema constitucional pretérito, constata-se inovações de significativa relevância na seara dos direitos fundamentais. Pela primeira vez, a matéria recebeu tratamento com a merecida importância, sendo inédita a outorga a eles, pelo Direito Constitucional positivo vigente no Brasil, do *status* jurídico especial que lhes é devido⁹.

O constituinte brasileiro revelou preocupação acentuada com a proteção igualitária de todas as pessoas e com a minoração ou supressão das desigualdades – ou seja, a necessidade de se promover a inclusão social –, de modo que constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, da CF), bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III, da CF), além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV, da CF).

Afinada no mesmo sentido, encontra-se a igualdade estatuída expressamente em várias passagens da Constituição Federal brasileira, repetida nas mais diversas searas (exemplos: artigo 4º, V; artigo 5º, *caput*, I, XLI e XLII; artigo 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; artigo 19, III; artigo 37, VIII; artigo 150, III), o que, mais do que uma simples redundância, demonstra uma real preocupação do legislador constituinte em deixar explícita a vigência desse princípio e sua indispensável observância.

A isonomia deve ser observada desde a edição da lei, em detrimento de apenas nivelar os cidadãos no momento posterior, diante da norma posta. É dizer que esse preceito magno encontra-se voltado tanto para o aplicador da lei como para o próprio legislador. Entretanto, é preciso buscar atingir maior precisão nessa análise, pois a igualdade não é absoluta, já que as pessoas não são todas absolutamente iguais entre si. É aqui que se fala em igualdade formal (perante a lei) e igualdade material (no plano fático, de forma efetiva).

Não basta, contudo, que se recorra à clássica afirmação de Aristóteles, segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida dessa desigualdade. Faz-se necessária uma análise mais crítica e

⁹ ATIQUÉ, Henry. Esporte, inclusão social e a Constituição de 1988. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009. p. 69.

aprofundada da questão. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999), em sua obra sobre o tema. Questionou o referido autor: quem são os iguais? Quem são os desiguais? Qual a medida da desigualdade? A resposta dada pelo eminente jurista foi a seguinte:

(...) qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.

(...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição¹⁰.

Sendo assim, qualquer elemento que resida nas pessoas, coisas ou situações poderá ser considerado pelo legislador como fator de discriminação, não repousando no traço de diferenciação escolhido, em regra desacato ao princípio isonômico. O que não se admite é a ocorrência dessas desequiparações de forma fortuita ou injustificada.

É importante, então, destacar que o constituinte cuidou da igualdade sob dois prismas. Quando o Poder Constituinte originário elaborou o Texto Magno, tratou de estabelecer proteção a certos grupos de pessoas que, no seu entender, mereciam tratamento diverso. Disciplinou a posse indígena (artigo 231, parágrafo 2º), o trabalho da mulher (artigo 7º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII) e outras tantas regras. Para esses casos específicos, o constituinte furtou ao intérprete a tarefa de verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime jurídico. O legislador constitucional se deu pressa em definir que, nessas hipóteses expressamente previstas no texto, deve haver discriminações específicas para proteger determinado grupo de pessoas¹¹.

Por outro lado, não se deve pensar que, por existirem essas distinções expressamente estatuídas, estaria excluída a possibilidade de que se estabeleçam outras, as quais podem ser extraídas da interpretação da própria Constituição, ou veiculadas pela legislação infraconstitucional. São as chamadas ações afirmativas. Sobre essas medidas, assim se manifestou Joaquim B. Barbosa Gomes (2001)¹²:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

¹¹ Ob. cit., p. 72.

¹² Ob. cit., p. 39.

com vistas ao combate à discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Por assim dizer, a sociedade demanda do Estado, e mesmo da iniciativa privada, o compromisso do resgate das minorias e dos grupos vulneráveis, compostos por aqueles que sofreram e sofrem discriminações e dificuldades que os afastam do acesso a direitos que lhes são declarados. E a essas pessoas deve-se garantir que tenham uma vida tão igual quanto possível à das demais pessoas consideradas **incluídas**.

3. QUEM SÃO AS MINORIAS NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO?

Há muitas minorias que, às vezes, não representam necessariamente a correspondência a uma exata minoria, mas mesmo a uma maioria; uma maioria de pessoas, se for analisado o contingente numérico. Minoria é o conceito que se adota com a finalidade de indicar que certas pessoas sofrem discriminações, tendo seus direitos de cidadania desrespeitados.

Observamos que o “termo minoria é, portanto, um termo claramente polissêmico e de apreensão conceitual tormentosa, fruto, especialmente, de sua aplicação e mesmo natureza extremamente variada em face dos diversos grupos classificados como minoritários”¹³. Pode-se indicar exemplificativamente, como indivíduos que integram as minorias¹⁴, as pessoas com deficiência e os idosos.

¹³ MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009. p. 21.

¹⁴ Terminologia questionada por Elida Séguin (SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 09), vez que conceituar minorias é complexo, já que não condiz com um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do País, estando em quantidade menor, em relação à população deste, devendo ser sopesada a realidade jurídica ante as conquistas modernas.

Estas pessoas, componentes das nominadas **minorias** necessitam de um tratamento diferenciado para que possam ser incluídas no seio da sociedade.

O tratamento diferenciado, que se sedimenta na observância ao princípio constitucional da isonomia, reveste-se de seu significado reverso, qual seja, a discriminação positiva, enfim, o princípio da igualdade, visto sob o enfoque de seu mais profundo significado.

Ora, para que se viabilize dispensar tratamento inclusivista às pessoas que ocupam o quadrante das minorias, faz-se necessária a análise de alguns tópicos traçados pela doutrina, sendo frequentemente citada a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003), intitulada *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, em que o insigne autor consignou, dentre outros preciosos ensinamentos, que:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos¹⁵.

O princípio da igualdade é o mais invocado entre todos, no texto constitucional e, como apontou Maria Berenice Dias (2003), com ele “(...) é outorgada específica proteção a todos, vedando discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade”¹⁶.

Ademais, é insuficiente a lei assegurar direitos equânimes, ou seja, assegurar que não sejam feitas distinções que nem a própria legislação tenha estabelecido, como dispõem os artigos 3º, inciso IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, que tratam, em suma, do impedimento de preconceito e discriminação de toda e qualquer natureza e inviolabilidade de diversos direitos, pois necessário se faz estabelecer outros critérios para que se atinja a igualdade, de modo eficaz, com o que a igualdade material requer o “(...) tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas”¹⁷.

É exatamente isso: deve-se buscar o cristalino significado da máxima aristotélica, que preconiza: **a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais**

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 11ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 18.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 02, p. 51-68. São Paulo, Método, 2003.

¹⁷ VILAS-BÓAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 21.

e desigualmente os desiguais, pois não é suficiente tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais; mais que isso, é necessário estabelecer quem são os desiguais e qual a extensão desta desigualdade.

A motivação desta definição é exatamente o que vem justificar a atuação do Estado, na diminuição de obstaculizações, no convívio social, para estes considerados **desiguais**, por intermédio de políticas públicas, intervenção estatal, ações afirmativas e outras técnicas que tenham como objetivo o rechaçamento à discriminação e à marginalização social. São, em síntese, as discriminações positivas.

É através da discriminação positiva que se preserva o princípio da igualdade, pois, por meio dela, busca-se igualar as pessoas e os grupos sociais (componentes das minorias) que se encontram numa posição de inferioridade ou, mesmo, de desequilíbrio dentro do contexto social, seja ela socioeconômica, seja social, cultural e/ou biológica. A vulnerabilidade e a exclusão social de determinados grupos requereram a dispensa de tratamento diferenciado pelo legislador, com o fim de aplicar a igualdade de fato, o que inverte o próprio conceito de discriminação (negativa), importando beneficiar uma minoria.

Não obstante, como asseverado, a nomenclatura “minorias” não corresponde necessariamente à representatividade numérica, posto que, muitas vezes, compreende mesmo uma grande massa populacional, como restará demonstrado. Diversas são as categorias de pessoas que vivem em condições de marginalização social; entretanto, com o objetivo de melhor elucidação do tema, manteve-se a proposta de comentar a categoria das pessoas com deficiência e os idosos.

3.1. Pessoas com deficiência no Brasil

Registra-se toda uma celeuma travada pela doutrina e pela legislação pátria, que por si acaba ocasionando sérias dificuldades para a efetiva aplicabilidade dos preceitos legais, destinados à concessão de direitos vários às pessoas com deficiência. A referida celeuma centra-se na própria conceituação da pessoa com deficiência: afinal, quem é pessoa com deficiência? A história mostra que diversas discussões já foram travadas – algumas enfocam a falha, a imperfeição das pessoas; outras se restringem a comentar a deficiência física, mental e sensorial que portam estes indivíduos.

Independentemente da conceituação, o fato é que, para estas pessoas, mesmo para a prática de singelos atos diários, as mesmas acabam necessitando de auxílio, e este auxílio não pode ser compreendido como sinônimo de beneficência, de caridade, mas sim de atuação do Estado, da sociedade, da comunidade e da família para conceder-lhe meios concretos de inclusão social, sob todos os aspectos, perfazendo tal preceito parte integrante do artigo 4º do Projeto de Lei do Senado, de n. 06/03 (de iniciativa do Senador Paulo Paim), que institui o **Estatuto da Pessoa com Deficiência** e dá outras providências, o qual dispõe:

Art. 4º. É dever da sociedade, do Estado, da comunidade e da família assegurar às pessoas com deficiência a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à alimentação, à habitação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, ao trabalho, ao transporte, ao acesso às edificações, à cultura, à informação, à comunicação, à seguridade social, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Com isso, pode-se afirmar que é insuficiente a classificação das deficiências, restringindo-as, como sendo físicas, sensoriais ou mentais, já que a definição de pessoa com deficiência, traçada por Luiz Alberto David Araújo (2003), contempla outras categorias de deficiências, conforme se pode ver a seguir:

(...) o que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência¹⁸.

A mencionada conceituação é aqui considerada a mais adequada, por ser a mais abrangente, haja vista viabilizar a inserção de demais naturezas de deficiência, como é o caso das pessoas fenilcetonúricas, que são aquelas que possuem deficiência em seu metabolismo, sendo esta detectada por meio do “teste do pezinho”, efetuado em amostras de sangue coletadas após 72 horas de vida do bebê. Uma vez resultando positivo, deve ser iniciado tratamento, mediante alimentação pobre em fenilalanina, com o objetivo evitar deficiência mental¹⁹.

Assim, o indivíduo fenilcetonúrico deve seguir uma dieta balanceada para que possa ter uma vida saudável, o que, por consequência, resulta na prática de atos e hábitos diferenciados daquelas pessoas que não possuem a ausência desta enzima – logo, têm uma vida regrada, tratando-se de uma síndrome genética, que obriga o seu portador a seguir uma dieta especial, com pouca quantidade de fenilalanina.

Na mesma seara, encontram-se abrangidas as pessoas superdotadas, que, ao invés de apresentarem uma falha ou uma ausência, têm na realidade um *plus*, se comparadas com indivíduos ditos “normais”. O mesmo ocorre com as pessoas portadoras de fissura labiopalatal, que podem ser definidas da seguinte forma:

[...] anomalias faciais congênicas, resultantes de qualquer alteração no decorrer do desenvolvimento embrionário humano, que podem variar desde pequenas

¹⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Corde, 2003. p. 23-24.

¹⁹ OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? *In: Revista Sentidos*, n. 54, p. 44-48, São Paulo, Áurea Editora, 2005.

assimetrias nas relações maxilares até defeitos faciais com maiores comprometimentos estéticos e funcionais²⁰.

Inolvidável, portanto, que esta é a conceituação mais adequada ao pretender-se elencar as pessoas com deficiência, por ser aquela bastante abrangente, alcançando diretamente os fins da inclusão social, alicerçados pela Constituição Federal, imiscuindo-se em absoluto toda e qualquer espécie de discriminação e marginalização social, rechaçadas expressamente pelo artigo 3º, inciso III.

Em suma, a categoria de minorias: pessoas com deficiência podem ser compreendidas como sendo aquelas em que se enfatiza a dificuldade do convívio social, o sofrimento enfrentado para a prática de atos corriqueiros, como ir à escola, ter acesso a um emprego, ter tratamento de saúde etc., o que seria atividade absolutamente trivial para os considerados “normais”.

Consigne-se que não se trata, em sua literalidade, de grupo minoritário, pois, segundo dados do IBGE²¹, fundamentados pelo censo demográfico realizado em 2000, no Brasil, as pessoas com deficiência representam, hoje, aproximadamente 24,5 milhões de indivíduos. Logo, a significância de seus integrantes requer a dispensa de tratamento digno e igualitário, a ser efetivado por meio da atuação estatal.

3.2. Idosos na legislação brasileira

Ao pretender-se falar dos direitos que são assegurados a esta categoria de pessoas, primeiramente faz-se necessário indicar quem são os beneficiários, ou seja, quem efetivamente é considerado idoso. A Organização Mundial da Saúde classificou cronologicamente como idosos as pessoas com mais de 65 anos de idade em países desenvolvidos e com mais de 60 anos de idade em países em desenvolvimento. Importa destacar que a conceituação da pessoa idosa pode assentar-se em diversos aspectos: o cronológico, o psicobiológico e o econômico-social. A explicitação de cada um deles foi efetuada por Wladimir Novaes Martinez (1997)²², que ponderou:

(...) na primeira hipótese, está a pessoa com tantos ou mais anos de vida. Critério objetivo, de fácil demonstração fática, geralmente adotado pelas legislações básicas (aposentadoria por idade, imunidade fiscal, políticas governamentais etc.) e assistenciárias (renda mensal vitalícia e amparo assistencial). Mas com embaraços, pois, dos 60 até os 100 anos, são diferentes os estados de longevo.

²⁰ ALVARES, Ana Lúcia Gabos; CAPELOZZA FILHO, Leopoldino; ROSSATO, Claudenir *et al.* Conceitos vigentes na etiologia das fissuras labiopalatinas. In: *Revista Brasileira de Cirurgia*, vol. LXXVIII, n. 04, p. 215-255, São Paulo, RBC, 1998.

²¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

²² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito dos idosos*. São Paulo: Editora LTr, 1997. p. 21.

Sobre o segundo enfoque aventado, a noção é personalizada, diz respeito às condições psicológicas e fisiológicas do indivíduo e, destarte, não importaria sua faixa etária, mas as aptidões físicas do organismo e da mente. Seu aspecto negativo é a subjetividade, ascendência, naturalidade e dados pessoais, dificultando a configuração.

Na última admissão, o importante é o patamar socioeconômico da pessoa, *a priori* pressupondo-se o hipossuficiente necessitar de maior proteção em comparação com o autossuficiente. A legislação securitária cumula com a exigência desse critério. Porque de mensuração fácil e linear.

No caso específico do Brasil, verifica-se que, na Constituição de 1988, inexistente qualquer menção acerca do conceito. Assim, muito embora o tema seja abordado no Título VIII, em seu Capítulo VII, ao lado da Família, da Criança e do Adolescente, não há qualquer conceituação. Por outro lado, recorrendo-se à análise do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), pode-se verificar que o critério cronológico prevaleceu, de modo que os 60 anos constituem o marco para a terceira idade, como consta do artigo 1º da referida lei, que preconiza: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Esta categoria de pessoas clama por tratamento digno e respeitoso, encontrando-se alicerçado no texto constitucional o princípio do bem-estar, o resguardo à solidariedade, o respeito mútuo e fraterno. É fato que o ordenamento jurídico brasileiro demonstrou intensa preocupação com a garantia dos direitos dos idosos, sedimentando a proteção à sua dignidade, o que se pode verificar, na expressa disposição constitucional, nos artigos 229 e 230.

Os aludidos dispositivos, no que se refere à salvaguarda dos direitos dos idosos, asseguram, em suma, o dever dos filhos em amparar os pais, na velhice, na carência ou na enfermidade e, ainda, consagram o dever que recai também sobre o Estado, a sociedade e a família, objetivando a defesa da dignidade e do bem-estar dos mesmos.

A previsão constitucional corresponde necessariamente à proteção do direito à vida, pois, mais importante que ter o direito de viver preservado, é ter o direito à usufruição de uma vida digna, e é neste aspecto que se percebe a conotação protetiva, que igualmente vem frisada pelo legislador infraconstitucional no Estatuto do Idoso, que é fruto de movimentos liderados por representantes da categoria de idosos, o que culminou na normatização, por intermédio de um Estatuto próprio e específico, destinado a regular minuciosamente direitos vários destas pessoas.

Trata-se de um número de indivíduos bastante grandioso no País, contingente classificado como integrante das “minorias”. Entretanto, tal como as pessoas com deficiência, este grupo está longe de ocupar, numericamente falando, as minorias, já que, de acordo com dados de 2006 do IBGE, no Brasil há cerca de 20 milhões de idosos.

4. DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Muito se tem discutido atualmente acerca do instituto “tutela jurisdicional coletiva”, fato este que tem ensejado grande evolução do tema e, como consequência, as grandiosas descobertas a respeito, em face do estudo permanente que o permeia. Deve-se salientar, atualmente, a ligação do direito coletivo com o Direito Constitucional, pois “é dentro desse **segundo plano do direito processual** que se fundamenta o **direito processual coletivo** como um novo ramo do Direito Processual. Portanto, é no **direito processual constitucional** que se encontram as **normas constitucionais** pertencentes ao **direito processual coletivo**”²³.

No estudo do tema “coletividade” e dos institutos de defesa em massa, sempre se verifica surpresa com seu desenvolvimento, pois, nesta seara, ainda existe um grande caminho a percorrer, não obstante já se ter evoluído bastante, afinal, o tema tutela coletiva vem ganhando espaço no ordenamento jurídico nacional a cada dia, sendo que, em todo momento, destacam-se novos posicionamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência, visando a efetivar ainda mais a tutela coletiva.

4.1. Evolução histórica da tutela jurisdicional coletiva

Em que pese o fato de, somente na atualidade, as tutelas coletivas estarem ganhando espaço nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, o seu surgimento remonta há tempos, vez que estas já existem há séculos. Alguns doutrinadores afirmam que seu surgimento já demanda aproximadamente três séculos, fazendo alusão, neste momento, às *class actions* e *representative actions* (ações de classe e ações de representação).

O advento das ações coletivas ocorreu nos Estados Unidos e na Inglaterra, remontando-se à “*common law*”. Alguns doutrinadores discutem a questão atinente ao surgimento das ações coletivas, sendo que, neste contexto, parece já haver sido pacificado pela doutrina o fato de que as ações coletivas surgiram realmente na Inglaterra, no século XVII, conforme lecionou Teori Albino Zavascki (2007: 28):

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da *common law*, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Desde o século XVII, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam, no direito inglês, o *Bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem,

²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 142.

necessariamente, participar do processo, com o que se passou permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesse dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses²⁴.

Mesmo nesta ocasião, o desenvolvimento da ação coletiva ocorreu de forma singela, pois ainda havia uma questão importante que demandava maiores discussões, a qual repousava em se saber o real significado da expressão “interesse comum” para ensinar a propositura das ações coletivas, fato este que ocasionou o **desuso** quase total das ações coletivas.

Deve-se, assim, destacar que tal momento foi marcado realmente por se aquilatar o real significado da expressão “interesse coletivo”, fato este que só veio a ser superado ao final do século XX. O surgimento das ações coletivas deu-se de forma a evitar a multiplicação de demandas, e desestimular lides desnecessárias. Afinal, pleitos que versassem sobre direitos de massa poderiam, a partir de então, ser resolvidos pelas ações coletivas. Com isso, haveria a diminuição de serviços do Judiciário, e, ainda, tais ações teriam a possibilidade de ser solucionadas de forma bem mais eficaz.

Com a aparição deste instrumento, em razão de sua eficiência e celeridade, houve um exagero em sua utilização, na década de 1970, sendo que, em face da desinformação a seu respeito, pela novidade do referido instrumento, ocorreu que a grande maioria destas ações não chegou a ser apreciada no mérito, pois elas não prosperavam por não preencherem as condições de tal meio processual.

Consta, ainda, que, quando do seu surgimento, em função destes problemas, as ações coletivas passaram a não ser mais utilizadas com essa frequência, deixando-se de lado sua utilização, o que imobilizou seu desenvolvimento. Pois bem, ocorre que, posteriormente, o estudo acerca do instituto se efetivou e não só os norte-americanos se habituaram ao instituto, mas, também, todo o mundo, ocasionando, assim, a sua utilização frequente, com estudos mais minuciosos acerca do tema.

4.2. A eficácia da tutela jurisdicional coletiva sob o prisma da dignidade da pessoa humana

Incluir socialmente as minorias que se encontram à margem do núcleo central da sociedade significa muito mais do que simplesmente cumprir deveres constitucionalmente assegurados. Agindo desta forma, estar-se-á prestigiando diretamente a dignidade da pessoa humana, tão logo o eixo central do texto constitucional de 1988, a proteção a vida. E é por meio da tutela coletiva que se torna possível, em

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

uma única lide, alcançar benefícios a um número realmente indeterminado de indivíduos, não se limitando a resolver um único problema, mas resolvendo inúmeros deles, de sorte a modificar a realidade de diversas pessoas concomitantemente. Neste contexto, surgiram os ensinamentos de Antonio Gidi (2007)²⁵:

O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado. Isso é obtido de duas formas. A primeira é através da realização **autoritativa** da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado (*corrective justice*). A segunda é realizada de forma profilática, através do estímulo da sociedade ao cumprimento **voluntário** do direito, através do desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição (*deterrence*). Numa posição intermediária, entre compensação e prevenção, está o cumprimento **voluntário** através da ameaça de realização **autoritativa**: os acordos coletivos.

Trata-se de se materializar a inclusão social das minorias e a possibilidade de efetivar seus direitos por meio da tutela coletiva, sendo que, nesta senda, estará sendo contemplada acima de tudo, a dignidade permanente do ser humano. As minorias, nomenclatura que não remete necessariamente a um contingente numérico, como restou asseverado, foram introduzidas numa categoria com o fito de que lhes fosse dispensado tratamento diferenciado, observado o princípio isonômico, vislumbrando-se a salvaguarda da dignidade de seus componentes.

Logo, as pessoas com deficiência e os idosos, que são os focados no presente trabalho, como exemplo da referida categoria de **minorias**, se não conseguem alcançar a fruição de seus direitos, concedidos espontaneamente, não têm outra alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário, para que este **faça valer seus direitos**. Isto significa não apenas declarar, mas efetivar os direitos destas pessoas.

Para tanto, fundado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pode ser formulado o pedido de tutela ao Poder Judiciário, por meio da tutela coletiva, posto vir tal recurso demonstrando ser, hodiernamente, instrumento célere e, muito embora possa não ser considerado o mais eficaz, retratar amplitude de proteção, em razão de abranger a categoria de pessoas que se encontram diante de uma mesma situação fática, interligadas umas às outras por uma mesma relação.

Assim, por intermédio do processo coletivo, obtém-se não somente a proteção de um indivíduo, mas a proteção da sociedade, em sua totalidade, pois esta clama

²⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

igualmente pela atuação estatal, destinada à efetivação de direitos, à implementação da inclusão social, que subsume a eliminação das desigualdades, da marginalização e discriminação sociais, repugnadas pela Constituição Federal.

5. CONCLUSÕES

A inclusão social é tema que vem sendo constantemente discutido, e o seu fundamento alicerça-se na Constituição de 1988. O que permite tecer esta assertiva advém da interpretação de alguns de seus dispositivos, que pugnam pelo rechaçamento às desigualdades, tais como: artigo 3º, I, III e IV; artigo 4º, V; artigo 5º, *caput*, I, XLI e XLII; artigo 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV; artigo 19, III; artigo 37, VIII; e artigo 150, III.

Com isso, se o fim precípua é o da inclusão, que consiste em afastar as obstaculizações para a prática de atos corriqueiros, necessária se torna a verificação dos beneficiários desta proteção constitucional.

Uma vez mais a interpretação constitucional é o que fornece a resposta: aqueles que se encontram à margem de um convívio social é que necessitam de amparo – são as denominadas **minorias**, que, numericamente falando, correspondem realmente a uma maioria, um grandioso contingente de pessoas, subjugadas a condições de exclusão social.

As pessoas com deficiência e os idosos retratam exatamente a submissão a situações de desigualdade social e, uma vez que estas pessoas representam, na atualidade, aproximadamente 24,5 milhões de indivíduos deficientes no Brasil (segundo informações do IBGE, fundamentadas pelo censo demográfico realizado em 2000) e cerca de 20 milhões de idosos no País (de acordo com dados de 2006 do IBGE), numericamente falando, elas correspondem, mesmo, a uma maioria. Não se reporta, aqui, portanto, a um número ínfimo de brasileiros que vivem sob estas condições.

Os direitos vários, conclamados às duas categorias de “minorias” susmencionadas, não obstante encontrem-se amplamente contemplados, inclusive na seara constitucional, não se demonstram eficazes à efetivação da inclusão social das mesmas.

Aquelas declarações de direitos, apesar de abrangidas pela aplicabilidade imediata e incondicionada do texto constitucional, definitivamente não são observadas e, por isso, o que deveria ser concedido espontaneamente a estas pessoas resta inalcançado.

Sendo assim, vislumbrando minimizar o sofrimento daqueles que ocupam as nominadas categorias de “minorias”, sobeja recorrer-se ao Poder Judiciário, por meio do processo coletivo, para a proteção da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 02, p. 165-198, São Paulo, Método, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ÁLVARES, Ana Lúcia Gabos; CAPELOZZA FILHO, Leopoldino; ROSSATO, Claudenir *et al.* Conceitos vigentes na etiologia das fissuras labiopalatinas. In: *Revista Brasileira de Cirurgia*, vol. LXXVIII, n. 04, p. 215-255.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Brasília: Corde, 2003.
- ATIQUE, Henry. Esporte, inclusão social e a Constituição de 1988. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 11ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa & MATIAS, Matheus Ricardo Jacon. Fundamentos filosóficos dos deveres de inclusão. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David & RAGAZZI, José Luiz (Coord.). *A proteção da pessoa portadora de deficiência um instrumento de cidadania*. Bauru: Edite, 2006.
- CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas portadoras de deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Org.). *Direito da pessoa portadora de deficiência: uma tarefa a ser completada*. Bauru: Edite, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 02, p. 51-68, São Paulo, Método, 2003.
- FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência – garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito dos idosos*. São Paulo: LTr, 1997. p. 21.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta & OTERO, Cleber Sanfeleci. *Portador de deficiência, federação e inclusão social*. In: MINHOTO, Antonio Celso Baeta (Org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009

OLIVEIRA, Claudete. O que é, doutor? In: *Revista Sentidos*, n. 54, p. 44-48. São Paulo, Áurea, 2005.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira & GOTTEMS, Claudinei J. *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WERNECK, Claudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. 2. ed., Rio de Janeiro: WVA, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.