

© 2010 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE.

ORGANIZAÇÃO: Rebecca Monte Nunes Bezerra – Promotora de Justiça;
Fladja Raiane Soares de Souza – Promotora de Justiça;
Naide Maria Pinheiro – Promotora de Justiça;
Iadya Gama Maio – Promotora de Justiça;
Patrícia Albino Galvão Pontes – Promotora de Justiça;
Gerliana Maria da Silva Araújo Rocha – Promotora de Justiça;
Lenildo Queiroz Bezerra – Promotor de Justiça;
Patrícia Antunes Martins – Promotora de Justiça;
Sandra Nogueira Maciel Alves – Servidora.

DIAGRAMAÇÃO: Jeann Dantas;
Megg Thurner;
Roberta Gurgel.

CAPA: Jeann Dantas.

REVISÃO: José Isaias do Nascimento;
Luciano Henrique Lourenço dos Santos.

M665m Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

Manual de Atuação - Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Inclusão. / organizado por Rebecca Monte Nunes Bezerra, Fladja Raiane Soares de Souza, Naide Maria Pinheiro, Iadya Gama Maio, Patrícia Albino Galvão Pontes, Gerliana Maria da Silva Araújo, Lenildo Queiroz Bezerra, Patrícia Antunes Martins e Sandra Nogueira Maciel Alves . – Natal, 2010.

103p. 1v.;15x21 cm

1. Inclusão. 2. Portadores de Deficiência. 3. Acessibilidade.
4. Ministério Público. I. Título.

CDU: 342.7

**PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

(Em 30 de junho de 2010)

PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

Manoel Onofre de Souza Neto

PROCURADORA GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTA

Mildred Medeiros de Lucena

CORREGEDOR GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Luiz Lopes de Oliveira Filho

CHEFE DE GABINETE

João Vicente Silva de Vasconcelos Leite

SECRETÁRIO GERAL

Heilder Bezerra Soares

COORDENADOR DO CAOP INFÂNCIA E JUVENTUDE

Sasha Alves do Amaral

COORDENADORA DO CAOP INCLUSÃO

Rebecca Monte Nunes Bezerra

COORDENADORA DO CAOP CIDADANIA

Zenilde Ferreira Alves

COORDENADORA DO CAOP MEIO AMBIENTE

Rachel Medeiros Germano

COORDENADORA DO CAOP PATRIMÔNIO PÚBLICO

Izabel Cristina Pinheiro

COORDENADOR DO CAOP CRIMINAL

Fernando Batista de Vasconcelos

COORDENADORA DO CEAF

Suely Magna de Carvalho Nobre Felipe

COORDENADOR DO GAERCO

Fausto Faustino de França Junior

OUVIDORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

PREFÁCIO

Caro colega,

Chega às suas mãos um instrumento técnico produzido com o objetivo de auxiliá-lo no desempenho de seu mister no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Longe de ser uma peça pronta e acabada, o Manual de Atuação Funcional é um suporte jurídico para nortear o Membro do Parquet no cumprimento de sua missão institucional.

A qualificação e atualização de Promotores e Procuradores de Justiça é prioridade absoluta do Ministério Público do Rio Grande do Norte para que consigamos exercer com rigor profissional nosso papel de defensor da sociedade, da democracia e dos interesses sociais.

Parabenizo aos colegas Coordenadores de Centros de Apoio Operacional que empenharam preciosas horas de trabalho no desenvolvimento deste material. Aos leitores, espero que estas informações possam enriquecer ainda mais o cotidiano no exercício das árduas, porém, destacadas atribuições ministeriais.

Manoel Onofre de Souza Neto
Procurador Geral de Justiça do RN

APRESENTAÇÃO

Este manual não tem a pretensão de esgotar a matéria sob enfoque, mas de abordar, de forma sistêmica e resumida, a possibilidade da atuação do Promotor de Justiça na tutela dos principais direitos das pessoas com deficiência e idosos, dele fazendo parte CD contendo modelos e peças.

Está inserido na própria Constituição o tratamento igualitário que deve ser dispensado a todos - o qual só assume relevo considerando o princípio de igualdade de oportunidades - e o livre direito de ir e vir dos cidadãos em tempo de paz. Elege a Carta Magna Brasileira, como fundamentos da República, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos I e III, respectivamente), sendo um dos seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, inciso IV).

Dentro dessa ótica de igualdade, políticas afirmativas são desenvolvidas para a inclusão das pessoas com deficiência, sempre buscando a sua independência e autonomia, consistindo, inclusive, em diversas leis.

Para a atuação ministerial esperada pela sociedade, indispensável se faz que o Promotor de Justiça se aproprie da legislação pátria em vigor e que acredite no potencial de desenvolvimento e de contribuição que pode ser prestado pelas pessoas com deficiência, retirando-as da condição de indivisibilidade que ainda hoje se encontram na maioria dos casos, pondo fim aos obstáculos que porventura possam existir para o acesso dos referidos indivíduos até o *Parquet* Estadual.

Segundo o Censo de 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, aproximadamente 14,5% (catorze inteiros e cinco décimos) da população brasileira possui alguma deficiência, implicando em um número na ordem de 25 milhões de pessoas. No caso do Rio Grande do Norte, dito percentual chega a 17,64% (dezessete inteiros e sessenta e quatro centésimos) do número de habitantes, sendo inferior apenas em relação ao Estado da Paraíba (com 18,76%). Em Pilões/RN, o percentual chega a 32, 98% (trinta e dois vírgula noventa e oito por cento).

No tocante à denominação atual, referimo-nos a tais cidadãos como “pessoas com deficiência”, sendo esta, inclusive, a nomenclatura utilizada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência aprovada pela ONU, incorporada ao ordenamento jurídico com *status* de emenda constitucional pelo Decreto nº 186/08, cuja leitura é indispensável.

Quem pode ser considerada pessoa com deficiência? A mencionada Convenção trouxe um novo conceito para as pessoas com deficiência, consideradas como “aquelas 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 igualdade de condições com as demais pessoas” (Artigo 1 – Propósito).

Vale ressaltar que, ao longo dos anos, passou-se da busca pela integração da pessoa com deficiência (onde esta era quem deveria se adaptar aos moldes da sociedade – até a década de 1980) para a sua inclusão (quando a sociedade é quem tem a obrigação de se adaptar para receber a todos os cidadãos, independente de suas características – a partir da década de 1990). A inclusão tem como pressuposto que “a sociedade deve ser continuamente construída, moldada, com a participação de todas as pessoas, com ou sem deficiência”¹

Sob a mesma ótica inclusiva, vê-se a atuação do *Parquet* na que tange à tutela dos direitos das pessoas idosas, os quais estão consolidados no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e em outros instrumentos legais, além da Carta Magna, estando em discussão uma Convenção Internacional sobre os seus direitos.

O Censo Demográfico de 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e

¹ Brasil Acessível: Programa Brasileiro de Acessibilidade Urbana. Vol. 03. Ministério das Cidades.

Estatística – IBGE, constatou a existência de quase 15 milhões de pessoas com 60 (sessenta) anos ou mais no País, perfazendo um total de 8,6% (oito inteiros e seis por cento) da população brasileira. Há projeções feitas pelo próprio IBGE de que, em 2050, a população brasileira alcançará 238 milhões de habitantes, dos quais 52 milhões (cerca de 22%) terão atingido mais de 60 (sessenta) anos de idade.

Além dos direitos conferidos aos demais cidadãos, possuem os idosos alguns outros específicos, como é o caso da gratuidade nos transportes coletivos urbanos e semi-urbanos, desconto de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como acesso preferencial a estes locais e aos demais atendimentos dispensados ao público em geral (exceto em caso de urgência e emergência médica, quando a gravidade do caso será levada em consideração para a prioridade de atendimento), atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios, atendimento domiciliar (inclusive a internação) para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, entre tantos outros, como se verá adiante.

Um dos grandes avanços advindos do Estatuto do Idoso foi o estabelecimento de medidas específicas de proteção² a serem aplicadas às pessoas idosas quando os direitos reconhecidos na Lei nº 10.741/03 forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado ou por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento e em razão de sua condição pessoal (art. 43). Ressalte-se que o referido Estatuto não esgotou o rol de medidas de proteção mas, apenas, especificou algumas delas.

Outro avanço diz respeito à inovação trazida no que tange ao pedido de alimentos pelo idoso, que, embora tenha a forma da lei civil, pode aquele optar entre os presentes, que terão obrigação solidária (artigo 12), facilitando e agilizando a prestação alimentar buscada. É expressa, ainda, a possibilidade de se transacionar alimentos perante o Promotor de Justiça, que referendará o acordado, passando a ter efeito de título executivo extrajudicial.

Além dos direitos elencados anteriormente e daqueles comentados ao longo do presente manual, vários outros foram estabelecidos às pessoas idosas, sendo indispensável um profundo conhecimento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) para uma efetiva atuação na área específica, garantido àquelas uma proteção integral³.

Por último, cumpre ressaltar a existência do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa das Pessoas com Deficiência, do Idoso, das Comunidades Indígenas e das Minorias Étnicas, órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público, criado pela Lei Complementar Estadual nº 141/96, com alterações posteriores, que, entre outras atribuições, tem a função de apoiar e subsidiar as Promotorias e Procuradorias de Justiça no que tange, especificamente, às atribuições ligadas à sua área de atuação.

E com esse mister, após pesquisa junto aos membros do Ministério Público Potiguar, somado às conclusões do planejamento estratégico, o CAOP Inclusão elegeu como meta institucional a ser implementada ao longo do biênio 2009/2011, o aumento no número de matrícula de alunos com deficiência na rede regular de ensino, traçando-se, para tanto, um perfil da rede de apoio hoje existente; efetuando um diagnóstico da acessibilidade das edificações escolares em nosso Estado; realizando um seminário sobre educação inclusiva tendo como público alvo Procuradores e Promotores de Justiça; proferindo palestras para professores e demais componentes da comunidade escolar nos diversos Municípios do Rio Grande do Norte, além de um apoio efetivo para os diversos Órgãos Ministeriais na tutela do direito à educação de crianças e adolescentes com deficiência.

Rebecca Monte Nunes Bezerra
Coordenadora do CAOP Inclusão

² Ver artigo 45, da Lei nº 10.745/03.

³ Lei nº 10.741/03, artigo 2º: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilitadores, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

SUMÁRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DOS IDOSOS **- MANUAL DE ATUAÇÃO -**

O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA À INCLUSÃO ESCOLAR.....	3
Fladja Raiane Soares de Souza	
O DIREITO À ACESSIBILIDADE.....	15
Rebecca Monte Nunes Bezerra	
A SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	25
Naide Maria Pinheiro	
O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA A VAGAS RESERVADAS EM CONCURSO PÚBLICO.....	29
Rebecca Monte Nunes Bezerra	
APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS IDOSAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	31
Iadya Gama Maio	
A FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA PARA PESSOAS IDOSAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	34
Iadya Gama Maio	
A IMPLANTAÇÃO DE CONSELHO DE DIREITOS DA PESSOA IDOSA E A CRIAÇÃO DO FUNDO MUNICIPAL DO IDOSO.....	36
Patrícia Albino Galvão Pontes	
EMPRÉSTIMO CONSIGNADO PARA PESSOAS IDOSAS	47
Gerliana Maria da Silva Araújo	
A SAÚDE DA PESSOA IDOSA	52
Iadya Gama Maio	
A TUTELA DA EDUCAÇÃO, CULTURA E LAZER DA PESSOA IDOSA	55
Fladja Raiane Soares de Souza	
O ATENDIMENTO PRIORITÁRIO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AOS IDOSOS.....	62
Rebecca Monte Nunes Bezerra	
A TUTELA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DOS IDOSOS NO TRANSPORTE COLETIVO	69
Lenildo Queiroz Bezerra	

DOS CRIMES CONTRA OS IDOSOS E CONTRA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	75
Patrícia Antunes Martins	
Sandra Nogueira Maciel Alves (Colaboradora)	
DOS CRIMES CONTRA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA	94

O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA À INCLUSÃO ESCOLAR

Fladja Raiane Soares de Souza

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A nossa Constituição Federal elegeu como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II e III), e como um dos seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV).

Garante ainda o direito à igualdade (art. 5º), e trata, nos artigos 205 e seguintes, do direito de TODOS à educação. Esse direito deve visar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Portanto, nesse contexto, a educação recebeu tratamento de destaque, como instrumento indispensável para a formação plena da pessoa humana.

Além disso, elege como um dos princípios para o ensino, a igualdade de condições de acesso e permanência na escola (art. 206, I), acrescentando que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (art. 208, V).

No art. 208, III, a CF assegura o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Também a Constituição Estadual do Rio Grande do Norte assegura o “atendimento educacional especializado ao portador de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 138, III).

O atendimento educacional especializado, ou Educação Especial, deve ser bem definido e funcionar como um currículo a parte, oferecendo subsídios para que os alunos possam aprender conteúdos específicos de cada deficiência, concomitantemente ao ensino comum. Nele se incluem instrumentos necessários à eliminação das barreiras que as pessoas com deficiência têm para se relacionar com o ambiente externo, tais como ensino da Língua Brasileira de Sinais (Libras); interpretação de Libras; ensino de Língua Portuguesa para surdos; Sistema Braille; orientação e mobilidade; utilização do soroban; as ajudas técnicas, incluindo informática adaptada; mobilidade e comunicação alternativa/aumentativa; tecnologias assistivas; educação física adaptada; enriquecimento e aprofundamento do repertório de conhecimentos; atividades da vida autônoma e social; informática educativa; dentre outras ferramentas tecnológicas.

Esse atendimento especializado deve estar disponível em todas as instituições escolares, públicas ou privadas, abrangendo os níveis, etapas e modalidades da educação escolar previstas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e, de preferência, nas próprias escolas comuns da rede regular, para que elas possam atender com qualidade aos alunos com e sem deficiência, e por ser o ambiente escolar mais adequado para se garantir o relacionamento dos alunos com seus pares de mesma idade cronológica e para a estimulação de todo o tipo de interação que possa beneficiar seu desenvolvimento cognitivo, motor, afetivo. Ressalte-se, admite o ordenamento que o atendimento educacional especializado também pode ser oferecido em instituição fora da rede regular de

ensino, mas sempre em turno diverso ao da escola regular.

A Lei n.º 9.394/96, chamada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN, prevê em seu art. 59, § 2º, que “o atendimento educacional especializado será feito em classes, escolas, ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns do ensino regular”.

Embora o dispositivo acima tenha ensejado interpretação diversa da constante do texto constitucional, esta resta refutada não só pela interpretação segundo a Constituição, mas também pelo cotejo com a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência, celebrada na Guatemala, e da qual o Brasil é signatário¹.

A Convenção da Guatemala define a discriminação como toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas com deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais (art. I, nº 2, “a”).

Além disso, esclarece que não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal das pessoas com deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência (art. I, nº 2, “b”).

Como em nossa Constituição consta que educação é aquela que visa ao pleno desenvolvimento humano e o seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), qualquer restrição ao acesso a um ambiente marcado pela diversidade, que reflita a sociedade como ela é, como forma efetiva de preparar a pessoa para a cidadania, seria uma “diferenciação ou preferência” que estaria limitando, “em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas.”

De acordo com o novo parâmetro relacionado ao princípio da não discriminação, trazido pela Convenção da Guatemala, aguarda-se que os aplicadores do direito, na adoção da máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, admitam as diferenciações com base na deficiência apenas para o fim de se permitir o acesso ao direito, e não para o fim de negar o exercício dele.

Também a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, já ratificada pelo Brasil², em seu artigo 24, proclama o reconhecimento do “direito das pessoas com deficiência à educação” e que “para realizar este direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes deverão assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis”.

Logo, o atendimento educacional especializado, previsto nos artigos 58, 59 e 60 da LDBEN e também na Constituição Federal, como visto, é apenas um complemento (como qualquer curso livre) e não um substitutivo do ensino ministrado na rede regular para todos os alunos. É importante, mas não é suficiente para suprir totalmente o direito de acesso à

¹ Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001, e promulgada pelo Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001.

1. ²Foi ratificada pelo Congresso Nacional no dia 09/06/2008 pelo Decreto Legislativo 186/2008.

educação (escolarização) oferecida em classe comum da rede regular de ensino, previsto no art. 205, da CF.

Como decorrência do acima exposto, vê-se que tratar da inclusão da pessoa com deficiência é matéria de interesse do Ministério Público, como Instituição garantidora da aplicação do princípio da isonomia. A evolução da proteção legal da pessoa com deficiência e das atribuições que foram confiadas ao Promotor de Justiça, acarretaram mecanismos para agir na defesa dos interesses dessas pessoas, e que visam a proporcionar a estes a cidadania que lhes foi garantida pela Constituição.

II – O ATENDIMENTO AOS ALUNOS COM DEFICIÊNCIA NAS DIVERSAS MODALIDADES DE EDUCAÇÃO E ENSINO.

A LDBEN trata, no seu título V, dos Níveis e das Modalidades de Educação e Ensino. De acordo com o artigo 21, a Educação Escolar é composta pela Educação Básica e pelo Ensino Superior. A Educação Básica, por sua vez, é composta das seguintes etapas escolares: Educação Infantil, Ensinos Fundamental e Médio.

Após tratar das etapas da Educação Básica, a LDBEN coloca a Educação de Jovens e Adultos, destinada aos que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no Ensino Fundamental e Médio na idade própria, como a única que pode oferecer certificado de conclusão equivalente ao Ensino Fundamental e/ou Médio (art. 37).

A LDBEN cita, ainda, as modalidades Educação Profissional e Educação Especial em capítulos destacados da Educação Básica e Superior. Porém, tais modalidades não podem expedir certificações equivalentes ao Ensino Fundamental, Médio ou Superior.

Portanto, a Educação Especial perpassa os diversos níveis de escolarização, mas ela não constitui um sistema paralelo de ensino, com seus níveis e etapas próprias. É um instrumento, um complemento que deve estar sempre presente na Educação Básica e Superior para os alunos com deficiência que dela necessitarem.

O Conselho Estadual de Educação do Rio Grande do Norte, por meio da Resolução nº 001/2003, fixa normas para o atendimento a alunos que apresentam necessidades educacionais especiais, na Educação Básica, traçando os objetivos, os princípios e os procedimentos a serem adotados pelas instituições das redes pública e privada de ensino. Antes de adentrar as etapas da educação, importa ver o disposto no art. 12, que trata da distribuição dos alunos com deficiência por classes, limitando o número de alunos, conforme a deficiência, determinando, por outro lado, que não devem ser colocados na mesma sala alunos com diversos tipos de deficiência:

“Art. 12 – O atendimento aos alunos com necessidades educacionais especiais deverá ser feito em classes comuns, em qualquer etapa e modalidade da Educação Básica, mediante o apoio de profissionais especializados.

§ 1º - A escola deverá distribuir os alunos pelas várias classes, de modo que um maior número de pessoas aprenda a conviver com as diferenças e ampliem suas experiências, dentro do princípio de educar para a diversidade, não devendo haver numa mesma classe alunos portadores de mais de um tipo de deficiência.

§ 2º - A escolha da sala de aula onde o aluno será escolarizado terá como critérios a

idade cronológica, sua maturidade física e social e suas experiências de vida.

§ 3º - A sala de aula que inclui alunos portadores de necessidades educacionais especiais não deverá ultrapassar o número de 25 alunos nos anos iniciais do ensino fundamental e o número de 35 alunos nas séries finais deste nível de ensino e no ensino médio, respeitando-se os seguintes critérios:

I – 02 alunos com deficiência mental (DM) por turma;

II – o máximo de 05 alunos com deficiência auditiva (DA) por turma;

III – o máximo de 05 alunos com deficiência visual (DV) ou visão sub-normal por turma”.

Entretanto, tal regra deve ser interpretada em benefício do aluno com deficiência, não podendo servir de justificativa para que se negue a vaga para aquele aluno.

II.1 – EDUCAÇÃO INFANTIL.

As crianças com deficiência, como qualquer outra criança, têm direito ao atendimento em creches ou congêneres, de zero a três anos, e pré-escolas, a partir dos quatro anos até os seis (CF, art. 208, IV, e art. 29 e ss da LDBEN). Ademais, art. 2.º, I, da Lei 7.853/89, inclusive garante educação precoce como forma de favorecer a inclusão social.

Nessa fase, podem os pais, inclusive, proporcionar apenas a estimulação precoce, porquanto não é obrigação dos pais enviar as crianças à escola nessa idade. Todavia, a educação infantil deve ser ofertada pelo Poder Público, sendo um direito de todo trabalhador a assistência para seus filhos e dependentes, durante a jornada de trabalho, em creches e pré-escola (CF, art. 7.º, XXV). Assim, se os pais procuram a escola comum, a matrícula não pode ser recusada, sob pena de prática do crime do art. 8º, inciso I, da Lei nº 7.853/89, e, também devem os estabelecimentos da educação infantil estar preparados para ofertar o atendimento especializado, que pode se dar por meio de convênios entre secretarias, instituições especializadas, e até de atendimentos particulares.

Portanto, esses estabelecimentos devem dispor de profissionais devidamente orientados para lidar com bebês com deficiências de todos os níveis e tipos, e, caso não tenham, devem informar-se sobre as necessidades específicas da criança e providenciar pessoal para esse fim. Em se tratando de escolas da rede pública, deve ser recomendada a realização de convênios com as Secretarias de Saúde ou entidades privadas para o atendimento clínico a essas crianças. Outrossim, não é obrigação da escola oferecer atendimento clínico individualizado (fonoaudiologia, fisioterapia, terapia ocupacional etc), mas, sim, garantir o atendimento educacional diário com as atenções recomendadas e cuidados diários que favoreçam sua estimulação precoce.

II.2 – ENSINO FUNDAMENTAL.

O Ensino Fundamental é uma das etapas da Educação Básica, que abrange Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio (art. 21, LDBEN). Como nível de escolarização, só pode ser oferecido em ambiente escolar, público ou privado, devidamente reconhecido pelos órgãos oficiais de educação como apto a oferecer Educação Fundamental. Tem duração mínima de nove anos (art. 32 da LDBEN)³, é obrigatório (art.

³ Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006. Na prática, é como se a pré-escola tivesse sido incorporada pela

208, I, da CF) e tem por objetivo a formação básica do cidadão, compreendendo conhecimentos voltados ao pleno domínio da leitura, escrita e cálculos.

Com a nova redação, dada pela Emenda Constitucional n.º 59, publicada no DOE em 12/11/2009, o art. 208, I, passou a prever a *extensão da obrigatoriedade do ensino a toda educação básica, exceto creche, uma vez que cabe ao Estado garantir a oferta, mas não obrigar as famílias a matricularem as crianças de até 3 anos.*

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria".⁴

Assim como qualquer criança, os educandos com deficiência devem ter acesso ao Ensino Fundamental pelo menos a partir dos quatro anos (EC n.º 59/09). Trata-se de direito humano indisponível, pelo que é dever do Poder Público disponibilizá-lo, assim como cabe aos pais providenciar a matrícula e frequência de seus filhos, com ou sem deficiência, na faixa etária em questão, na rede regular de ensino (art. 55, do ECA).

Portanto, nesta fase, não pode ser providenciado apenas o atendimento educacional especializado, sob pena de ser a criança considerada em situação de risco, o que possibilita a aplicação das medidas de proteção do art. 101 do ECA, assim como podem os pais ou responsáveis responder pelo delito de abandono intelectual, previsto no art. 246 do Código Penal.

Se a criança ainda necessitar de atendimento educacional especializado nessa fase, o qual deve ser oferecido de forma complementar, deve se verificar se este pode ser feito de forma concomitantemente, como p.ex., com a presença de intérprete de LIBRAS durante as aulas, ou caso, caso precise, p. ex., de ensino mais aprofundado de língua dos sinais, deve ser oferecido preferencialmente na própria rede regular de ensino, ou em instituição especializada, em horário diverso do horário do ensino fundamental.

Somente casos extremamente graves, de crianças em situação próxima à da vida vegetativa, é que não são público de qualquer escola. Isto porque, na maioria das vezes, estão recebendo tratamentos relacionados à área da saúde, mas, se em algum momento tiverem melhora na condição clínica e puderem frequentar um ambiente escolar, devem ser encaminhados à escola comum do ensino regular, posto que mesmo um aluno com grandes limitações será mais beneficiado no aprendizado se frequentar escolas comuns, onde terá oportunidade de se desenvolver melhor no aspecto social e, quanto aos conteúdos, ter a chance de aprender aquilo que lhe for possível.

E, para receber uma diversidade de alunos numa mesma sala de aula, é necessária a organização pedagógica do processo escolar para todos os alunos, além de outras medidas, como a contratação de intérpretes, a realização de convênios com instituições especializadas em deficiência visual ou auditiva, para troca de materiais e obtenção de instrumentos, e em deficiência mental, para atendimentos mais individualizados, bem como adoção de práticas de ensino adequadas, com respeito ao ritmo de aprendizagem dos alunos. Em se tratando de escola pública, o próprio Ministério da Educação tem um

educação fundamental (antigo primário). Assim, esse nível de ensino, que antes ia da 1ª à 8ª série, passou a ir da 1ª à 9ª série.

⁴ Assim dispunha o inciso alterado: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

programa que possibilita o fornecimento de livros didáticos em Braille, e, se escolas particulares, deve providenciar às suas expensas ou por convênio. Para possibilitar o acesso de pessoas com deficiência física, toda escola deve eliminar suas barreiras arquitetônicas, tendo ou não alunos com deficiência matriculados no momento (CF e Leis 7.853/89, 10.048 e 10.098/00).

A escola deve pautar-se pela aplicação de avaliações que levem em conta as diferenças, para conhecer melhor as possibilidades do aluno de aprender e de ensiná-los adequadamente, e não excluí-los. Assim, os critérios de avaliação e de promoção, com base no aproveitamento escolar, previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (art. 24), não podem ser organizados de forma a descumprir os princípios constitucionais da igualdade de direito ao acesso E PERMANÊNCIA na escola, bem como do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Para tanto, o acesso a todas as séries do ensino fundamental (obrigatório) deve ser incondicionalmente garantido a todos.

Cabe à escola providenciar os meios necessários, com a contratação de auxiliares pedagógicos e intérpretes. No caso de escolas públicas, por meio da contratação, por concurso, para funções auxiliares, ou por convênios. Nas particulares, não pode haver acréscimo na mensalidade do aluno com deficiência. Porém, também não está a escola obrigada a fornecer atendimentos que fogem ao âmbito educacional, para os casos de atenção à saúde e higiene, por exemplo.

O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), inclusive, formulou a Recomendação nº 01, de 06/10/06, dirigida a todas as instituições particulares de ensino fundamental, médio, superior e profissionalizantes do país, ressaltando a necessidade de serem disponibilizados, entre outros apoios assistivos, intérpretes de LIBRAS, para os alunos surdos.

Também não é permitida a realização de exames, chamados “vestibulinhos”, com a finalidade de aprovação ou reprovação para ingresso no ensino infantil ou fundamental, porquanto representam constrangimento moral e psíquico à criança, o que é proibido pelos arts. 15 e 17 do ECA, além do crime do art. 232. Em caso de desequilíbrio entre a oferta de vagas e a procura, deve proceder-se à utilização de métodos objetivos e transparentes para o preenchimento das vagas existentes (sorteio, ordem cronológica de inscrição, etc).

II.3 – ENSINO MÉDIO.

O ensino médio é um direito que, até a edição da EC 59/2009, não era de acesso obrigatório, e tem como uma de suas finalidades a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no Ensino Fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos (art. 35, I, LDBEN). É de progressiva universalização (art. 208, II, CF), pelo que deve contemplar opções válidas mesmo para quem não atingiu todos os conteúdos esperados para o Ensino Fundamental.

Tanto é assim, que é facultado às instituições de ensino, esgotadas as possibilidades pontuadas nos artigos 24 e 26 da LDBEN, viabilizar ao aluno com grave deficiência mental ou múltipla, que não apresentar resultados de escolarização previsto no Inciso I do art. 32 da mesma lei, a *terminalidade específica* do Ensino Fundamental (art. 59 d LDBEN), por meio de certificação de conclusão de escolaridade, com histórico escolar que apresente, de forma descritiva, as competências desenvolvidas pelo educando bem como o

encaminhamento devido para a Educação de Jovens e Adultos e para a Educação Profissional.

Aqui, cabe ressaltar a previsão da Resolução 2/02, do Conselho Nacional de Educação, onde estabelece que a oferta de ensino ocorrerá somente até os 18 anos para pessoas com deficiência mental. É esta previsão bastante combatida pelos defensores da educação inclusiva, posto que a educação nunca pára, pelo que, a partir dos 18 anos, ela apenas deixaria de ser obrigatória, o que estaria de acordo com o disposto na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº 186/08).

O Ensino Médio também não dispensa o apoio do atendimento educacional especializado. Em algumas escolas, que ofertam, além do ensino médio, cursos destinados a conhecimentos gerais e vivências profissionais, estes devem ser organizados de forma a representar uma opção válida também para pessoas com deficiência.

Já nas escolas de nível médio, diferentemente das de nível fundamental, admitia-se o teste de ingresso, por não serem de acesso obrigatório, mas também pelo leque de opções que é ofertado, conforme o perfil e aptidão dos alunos, posto que, conforme visto, há possibilidade de oferta, além do ensino médio, de cursos profissionalizantes. Nesses casos, de certo que tais testes devem ser adaptados às pessoas com deficiência, exceto quanto ao conteúdo das provas, em analogia ao disposto no art. 41, I, do Decreto 3.298/99.

II.4 – ENSINO SUPERIOR.

Como qualquer cidadão, a pessoa com deficiência tem direito à educação superior, tanto em escolas públicas quanto privadas, em todas as suas modalidades que são determinadas pelo art. 44, da Lei Federal nº 9.394/96, e art. 27, do Decreto nº 3.298/99.

Essas modalidades são: cursos sequenciais por campo de saber, de diferentes níveis, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino; de graduação abertos a candidatos que tenham concluídos o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo; de pós graduação, abertos a candidato diplomados em curso de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino; e de extensão, abertos a candidatos que atendam requisitos estabelecidos em cada caso pelas instituições de ensino.

Para a oferta de estrutura adequada no Ensino Superior, existe a Portaria MEC 3.284, de 07/11/2003, que traz esclarecimentos quanto às obrigações e condiciona o próprio credenciamento dos cursos oferecidos ao cumprimento de seus requisitos.

Para as provas ou exames de seleção, as instituições de ensino têm o dever de oferecer adaptações necessárias às pessoas com deficiência, de acordo com o art. 27, do Decreto nº 3.298/99, de acordo com as características da deficiência, devendo tais adaptações ser solicitadas previamente.

II.5 – ENSINO PROFISSIONAL.

O art. 59, inciso IV, da Lei Federal nº 9.394/96, e o art.28, do Decreto nº 3.298/99, asseguram o acesso da pessoa com deficiência à educação especial para o trabalho, tanto em instituição pública quanto privada, que lhe proporcione efetiva integração na vida em sociedade.

Nesse caso, as instituições são obrigadas a oferecer cursos de formação profissional de nível básico, condicionando a matrícula do aluno com deficiência à sua capacidade de aproveitamento e não ao seu nível de escolaridade. Ainda deverão oferecer serviços de apoio especializados para atender às peculiaridades das referidas pessoas, como: adaptação de material pedagógico, equipamento e currículo; capacitação de professores, instrutores e profissionais especializados; adequação dos recursos físicos, como eliminação de barreiras ambientais.

II.6 – EDUCAÇÃO ESPECIAL.

Em todos os sistemas de ensino – federal, estadual e municipal - deve haver um setor responsável pela educação especial (cf. Plano Nacional de Educação, nº 24 e Resolução CNE/CEB nº 2, art. 3º, parágrafo único).

Entende-se por educação especial a modalidade oferecida aos alunos com necessidades educacionais especiais, permanentes ou transitórias, para garantir-lhes o desenvolvimento de suas potencialidades, devendo ser ofertada em todos os níveis (educação básica – infantil, ensino fundamental, ensino médio – e educação superior) e demais modalidades (educação de jovens e adultos, educação profissional, educação indígena) da educação escolar, e deve ocorrer em todas as instituições escolares, públicas ou privadas.

É incumbência da escola prover os recursos humanos e materiais necessários à educação inclusiva, não se concebendo a negativa de matrícula ao argumento de carência de estrutura para o ingresso do educando com necessidades especiais no estabelecimento de ensino. Para tanto, qualquer escola, para entrar em funcionamento, precisa se munir de aparato que garanta a oferta de ensino de qualidade⁵.

Sabe-se que o atendimento educacional especializado (AEE) é realizado sempre no contraturno da escolarização. Entretanto, os recursos de acessibilidade e de apoio pedagógicos, identificados e providenciados pela equipe responsável pelo atendimento educacional especializado, deverão ser disponibilizados ao aluno para utilização na própria sala de aula, como é o caso do intérprete de libras, material pedagógico adaptado, material de comunicação alternativa, dentre outros.

O AEE, portanto, tem caráter complementar, e seu objetivo é o desenvolvimento de competências e habilidades do aluno, em salas de recursos ou similares, onde são oferecidas complementação ou suplementação curricular, que não substituem o conteúdo oferecido no turno de escolarização, como ocorre com a instrução de LIBRAS, de Braille, de orientação e mobilidade (destinado a aluno cego, com baixa visão e surdocego), por exemplo.

⁵ Lei nº 9.394/96: “Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem”; e “Art. 7º. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público; III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal”.

De acordo com o entendimento de que a educação especial é um complemento à educação na escola comum da rede regular, as escolas atualmente inscritas como “especiais” devem rever seus estatutos, pois já de acordo com nossa Constituição o termo “escola” não aceita adjetivos e ela deve observar os requisitos constitucionais previstos no sempre citado artigo 205. Também pelos termos dessa Convenção da Guatemala, a escola não pode se intitular de “especial”, com base em diferenciações fundadas na deficiência das pessoas que pretende receber.

Ressalte-se, por oportuno, que de acordo com a Resolução n.º 4, de 02/10/2009, a partir de 2010, os alunos com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação serão contabilizados duplamente no âmbito do FUNDEB, quando matriculados em classes comuns do ensino regular e no atendimento educacional especializado. Também o MEC, pela Secretaria de Educação Especial, presta assistência financeira a Estados, Municípios e instituições não governamentais, na área de educação especial, para formação de professores, adaptação de escolas, aquisição de material didático e equipamentos, por meio de Plano Anual de Trabalho.

III – ROTEIRO DE ATUAÇÃO:

III.1 – EM CASO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS.

1º Passo: Em situações individuais, conforme a modalidade de ensino, cabe ao Promotor de Justiça, ao receber a reclamação da existência de pessoa com deficiência fora da escola, instaurar Procedimento Específico em matéria de pessoa com deficiência, e passar à colheita de elementos acerca do caso, que pode se dar por meio da requisição de estudo social e/ou psicológico, bem como oitiva dos envolvidos, verificando se se trata de criança em idade escolar do ensino obrigatório, os motivos de estar fora da escola regular e se está recebendo assistência à saúde, bem como algum tipo de atendimento educacional especializado.

2º Passo: Conforme o caso, podem ser requisitadas providências junto aos órgãos responsáveis, escolas e secretárias municipais, incluindo as medidas cabíveis do art. 101 do ECA, o que pode ser feito por meio do encaminhamento aos Conselhos Tutelares, para acompanhamento, bem como requisitada a instauração de Inquérito Policial pela prática do crime do art. 246 do Código Penal, ou do art. 8.º, I⁶, da Lei 7.853, em caso de recusa de matrícula. Em casos de deficiências mais graves, onde se questiona a possibilidade de estar em qualquer escola pelas condições de saúde da pessoa, pode-se requisitar avaliação da criança, para observar a melhor forma de se verificar sua inclusão na rede regular de ensino, que pode se dar por meio da equipe da Subcoordenadoria de Educação Especial⁷, junto à Secretaria Estadual de Educação, ou da própria Secretaria Municipal de Educação, dependendo do caso. Também é possível a requisição ao ente público competente de próteses e órteses, como é o caso da cadeira de rodas, inclusive com a propositura de ação civil pública para tal finalidade, acaso necessário. Por fim, deve-se lembrar, inclusive para os casos em que não cabe a denúncia na área criminal, ou em que seus termos não fiquem suficientemente claros, que é possível aos legitimados mover ações por danos morais,

⁶ Constitui crime punível com reclusão de um a quatro anos e multa, “[...] recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta”.

⁷ A Subcoordenadoria de Educação Especial – SUESP, pode ser contactada através do telefone 3232.1451.

orientando aos que assim o desejarem.

III.2 – EM CASOS DE SITUAÇÕES COLETIVAS.

1º Passo - Para promover a inclusão escolar, em procedimento de âmbito coletivo, deve o Promotor proceder à instauração de Inquérito Civil, mediante Portaria modelo e, para instruí-lo, requisitar à Secretaria Municipal de Educação a relação das unidades escolares do Município e respectivos números de alunos com deficiência, conforme censo escolar, bem como verificar se há oferta de atendimento educacional especializado no Município.

2º Passo - Pode ser feito TAC ou Termo de Parceria para fins de levantamento de todas as crianças e adolescentes em idade escolar que estejam fora da sala de aula a fim de que possam entrar ou retornar à escola, conforme o caso, bem como as que já se encontram matriculadas, devendo ser promovida uma campanha no Município, com a realização de audiência pública.

Por meio de TAC, deve-se garantir que seja assegurado a todos os alunos com deficiência a matrícula em classes comuns na rede regular de ensino, nas escolas públicas do Município; a promoção de capacitação dos professores e a adaptação dos currículos escolares, levando em consideração as peculiaridades de cada educando; bem como a promoção do desenvolvimento das potencialidades do aluno com deficiência, disponibilizando equipamentos e materiais específicos necessários à aprendizagem, à locomoção e à comunicação, de modo a possibilitar a esses alunos o preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, bem assim sua efetiva inclusão no meio social.

Deve, ainda, adotar medidas (TAC, Recomendações e ACP), seja nos próprios autos, ou em autos apartados individuais, conforme o número de entidades escolares públicas, bem como em autos próprios para as entidades privadas, após a requisição dos laudos técnicos de acessibilidade ou de outro meio que possa comprovar a existência de obstáculos arquitetônicos, por meio do Centro de Apoio Operacional, visando o acesso devido nas instalações das escolas de acordo com as normas técnicas de acessibilidade previstas na NBR 9050, nos termos da Lei n.º 10.098/2000, do Decreto n.º 5.296/04 e da Lei Municipal, caso existente.

Assim, deve-se adotar os seguintes objetivos, como roteiro:

- a) Assegurar a acessibilidade nas escolas das redes pública e privada, com remoção de barreiras arquitetônicas, haja ou não aluno com deficiência física ou mobilidade reduzida matriculado no estabelecimento;
- b) Garantir a oferta dos serviços educacionais especiais, consoante necessidade dos alunos matriculados. Para tanto, é recomendável que seja buscada a organização de setor responsável pela educação especial no sistema municipal de ensino. Convém formular recomendação às escolas públicas e privadas, para que não haja recusa de matrícula do aluno com necessidades educacionais especiais e para que providenciem a oferta do adequado atendimento educacional;
- c) Identificar pessoas com deficiência fora da escola e investigar os motivos da falta de acesso ao ensino:

c.1.) sugere-se formar parcerias com órgãos que se dedicam ao atendimento de pessoas com deficiência (por exemplo, secretarias municipais de saúde, constando do CD peças para identificação por meio dos Agentes Comunitários de Saúde), para identificação de pessoa com deficiência fora da escola e motivos determinantes da falta de acesso ao ensino;

c.2.) elaborar estratégia de atuação a partir das hipóteses identificadas (por exemplo: falta de transporte escolar, desinformação, existência de barreiras arquitetônicas na escola etc).

IV – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

São inúmeras as leis que buscam regulamentar os direitos da pessoa com deficiência. Tais leis não se apresentam como um todo harmonioso, dificultando a sua aplicação, uma vez que regulamentam a matéria leis esparsas, na esfera federal, estadual e municipal, além de decretos regulamentares, portarias e resoluções específicas para cada tipo de deficiência.

Porém, dentro deste complexo de proteção legal, merecem destaque as disposições contidas nas Constituições, bem como:

- A Lei n.º 7.853 de 24 de outubro de 1989, estabeleceu o apoio à pessoa com deficiência, sua integração social, a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplinou a atuação do Ministério Público e definiu crimes;
- O Decreto n.º 3.298 de 20 de dezembro de 1999, regulamentou a lei supra citada, detalhando as ações e diretrizes referentes à pessoa com deficiência, especificamente em relação a saúde, acesso à educação, habilitação e reabilitação profissional, acesso ao trabalho, cultura, desporto, turismo e lazer;
- Declaração de Salamanca, produzida em 1994, durante realização da Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas, vê nas escolas regulares de orientação inclusiva o meio mais eficaz de “[...] combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos”;
- A lei n.º 10.098 de 19 de dezembro de 2000, que tratou da eliminação das barreiras arquitetônicas, transporte coletivo e da acessibilidade nos sistemas de comunicação, para a inclusão da pessoa com deficiência;
- A Lei Federal n.º 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, destacou num capítulo a educação especial, traçando-lhe os contornos;
- A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência, celebrada na Guatemala, documento que enfatiza a primazia da educação inclusiva em detrimento da educação segregada ao objetivar a prevenção e eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, propiciando a sua plena integração à sociedade, sendo os preceitos ali formulados inseridos no ordenamento pátrio por meio do Decreto Legislativo n.º 198/01 e Decreto Federal n.º 3.956/01, da Presidência da República;
- O Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei Federal n.º 10.172/01, que trouxe entre os objetivos e metas para a Educação Especial a generalização, no prazo de dez anos, do atendimento dos alunos com necessidades educacionais especiais na educação infantil e no ensino fundamental, bem como a oferta, dentro de cinco anos, de livros didáticos falados, em braile e em caracteres ampliados, para todos os alunos cegos e de baixa visão do ensino fundamental;
- O Estatuto da Criança e do Adolescente, que atribui ao Estado o dever de assegurar atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (art. 54, inciso III);

- O Decreto Federal nº 5.296/04, regulamentando as Leis nº 10.048/00, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e nº 10.098/00, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida;
- Resolução Federal nº 02/01, do Conselho Nacional de Educação (CNE), integrante da estrutura da administração direta do Ministério da Educação e Cultura (MEC), que institui diretrizes nacionais para a educação especial na Educação Básica;
- No âmbito estadual, a Constituição Estadual assegura o “[...] atendimento educacional especializado ao portador de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (art. 138, III);
- A Resolução nº 001/2003 do Conselho Estadual de Educação fixa normas para o atendimento a alunos que apresentam necessidades educacionais especiais, na Educação Básica, traçando os objetivos, os princípios e os procedimentos a serem adotados pelas instituições das redes pública e privada de ensino.

V - BIBLIOGRAFIA.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direito das Pessoas com Deficiência – Garantia de Igualdade na Diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. O direito das pessoas com deficiência à educação. Site: buscalegis.ccj.ufsc.br.

CARTILHA DA INCLUSÃO - Reproduzida, com adaptações e atualizações, mediante autorização, da "Cartilha da Inclusão" editada pela PUC-MG, Site: <http://www.sociedadeinclusiva.pucminas.br/socinc>, elaborada por Andréa Godoy et alli, novembro de 2000.

O DIREITO À ACESSIBILIDADE

Rebecca Monte Nunes Bezerra

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

O direito de ir e vir é garantido em nossa Carta Magna (artigo 5º, XV) e também é conferido a todo cidadão pela Declaração dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948.

Com a nossa Carta Magna de 1998, o Estado brasileiro passou a ter a obrigação de propiciar um contexto favorável para o desenvolvimento das potencialidades de cada habitante do País.

Especificamente no que diz respeito ao direito à acessibilidade, estabelece a Constituição Federal que:

“Art. 227. Omissis. §2º. A lei disporá sobre normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.”.

E, ainda:

“Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme disposto no art. 227, §2º.”.

E as Leis nºs. 10.048/00 e 10.098/00, juntamente com o Decreto nº 5.296/04, tiveram o condão de disciplinar a matéria.

Também vale ressaltar a importância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº 186/08), que trouxe um capítulo específico sobre o tema acessibilidade, como veremos mais adiante.

Temos, ainda, a Lei nº 10.257/01 – Estatuto das Cidades – que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, garantindo o direito às cidades sustentáveis (direito à terra urbana, moradia, saneamento ambiental, infra-estrutura urbana, transportes e serviços públicos, trabalho e lazer) para as gerações presentes e futuras.

O Promotor de Justiça, portanto, que tiver atribuição para atuar na área de direitos das pessoas com deficiência e dos idosos tem um arcabouço de leis e normas técnicas que trazem, de forma incontestável, as exigências em matéria de acessibilidade.

Importante mencionar que as normas técnicas de acessibilidade, com a edição de leis e decretos que as apontam como referências básicas, tiveram o seu *status* recomendatório alterado para o de obrigatoriedade, como se pode observar do disposto no artigo 10, *caput*, do Decreto nº 5.296/04, que assim dispõe:

“Art. 10. A concepção e a implantação dos projetos arquitetônicos e urbanísticos devem atender aos princípios do desenho universal, tendo como referências básicas as normas técnicas de acessibilidade da ABNT, a legislação específica e as regras contidas neste Decreto”.

O Desenho Universal é conceituado pelo referido decreto como sendo a “concepção de espaços, artefatos e produtos que visam atender simultaneamente todas as pessoas, com diferentes características antropométricas e sensoriais, de forma autônoma, segura e confortável, constituindo-se nos elementos ou soluções que compõem a acessibilidade”. Já a NBR 9050:2004 define-o como sendo “o desenho que visa atender a maior gama de variações possíveis das características antropométricas e sensoriais da população”.

São princípios básicos do desenho universal: a) o uso equitativo (utilizado por pessoas com habilidades diversas; b) o uso flexível (acomoda uma ampla faixa de preferências e habilidades; c) o uso simples e intuitivo (fácil compreensão e independente de experiência); d) informação de fácil percepção (comunica a informação de modo claro e independente de habilidades específicas; e) tolerância ao erro (minimiza os efeitos de riscos e erros); f) baixo esforço físico; e g) dimensão e espaço para aproximação e uso (permite a aproximação, o alcance e uso, independente das características do usuário).

A Constituição Federal de 1988, no artigo 182, estabelece, ainda, a Política de Desenvolvimento Urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade.

Em 2001, foi aprovado o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal/88 e estabelece diretrizes gerais da política urbana, determinando, entre outras exigências, o estabelecimento, em cada Município, da função social da cidade e da propriedade urbana, respeitando sua individualidade, vocação, defendendo os elementos necessários para o equilíbrio entre os interesses públicos e privados de seu território.

Dentro dessa função social da propriedade aparece a obrigatoriedade do ambiente acessível, deixando de ser uma exigência apenas para as edificações e espaços públicos, mas também para aqueles privados de uso coletivo, além daquelas de uso multifamiliares, como bem exposto na Lei 10.098/00, no Decreto 5.296/04 e na NBR 9050:2004.

O referido Estatuto estabelece que “as diretrizes a serem consideradas para a expansão/adequação do sistema viário e do sistema de transporte público devem considerar o deslocamento das pessoas e não dos veículos. Dessa forma, a mobilidade passa a ser prioridade e não mera consequência.”⁸

Posteriormente, o Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03 trouxe como obrigação do Estado e da Sociedade assegurar ao idoso a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis (artigo 10, *caput*), compreendendo o direito à liberdade, entre outros aspectos, a faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas apenas as restrições legais (artigo 10, §1º, inciso I). Estatuiu, ainda, o citado diploma legal, a eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos, para garantia da acessibilidade ao idoso (artigo 38, inciso III), entre outras determinações.

⁸ Brasil Acessível: Programa Brasileiro de Acessibilidade Urbana. Vol. 2, pág. 62.

A Lei nº 10.098/00 define acessibilidade como a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida” (artigo 2º, inciso I), sendo nesse mesmo sentido a disposição contida na NBR 9050:2004. Vale ressaltar que a questão da acessibilidade não se restringe, portanto, à área de interesse das pessoas com deficiência, mas, sim, de toda e qualquer pessoa que apresente alguma restrição de mobilidade, sendo o seu conceito ampliado para qualificar, além das edificações, espaços ou ambientes físicos, também os meios de comunicações e o sistema de transportes.

Para que uma edificação ou espaço seja considerado acessível é necessário que ele tenha sido projetado e executado em conformidade com as exigências legais e de acordo com o estabelecido nas Normas Brasileiras (NBRs) da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Não podem ser tidos como acessíveis, portanto, locais em que as exigências legais referentes à acessibilidade foram observadas de modo parcial, pois um espaço é, ou não, acessível.

Vale ressaltar a ocorrência de Exclusão Social, cujo conceito foi desenvolvido por Duarte e Cohen, as quais afirmam que “esta exclusão produzida pelo meio acontece quando os espaços se transformam em materialização de práticas sociais segregatórias e de uma visão de mundo que dá menor valor às diferenças (sócias, físicas, sensoriais ou intelectuais)” e, ainda, que “quando não são acessíveis, os espaços agem como atores de um *apartheid* silencioso que acaba por gerar a consciência de exclusão da própria sociedade⁹.”

Além das Leis nºs 10.048/00, 10.098/00, 10.257/01 (Estatuto da Cidade), entre outras de âmbito federal, o artigo 14 do Decreto nº 5.296/04 estabelece que, na promoção da acessibilidade, deverão ser observadas as regras gerais nele previstas, as normas técnicas de acessibilidade da ABNT e as disposições contidas nas legislações dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.

No que tange à legislação municipal, pode-se destacar o Plano Diretor Municipal, o Plano Diretor de Transporte ou de Mobilidade, o Código de Obras, o Código de Postura e a Lei de Calçadas, entre outros diplomas legais existentes.

Assim, verifica-se o poder constitucional conferido aos Municípios de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988) e de suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (artigo 30, inciso II), além de promover, dentro de suas atribuições, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, inciso VIII).

O Ministério das Cidades conceitua a Mobilidade Urbana como um dos atributos da urbe, essencial para o seu crescimento ordenado, e se refere à facilidade de deslocamento das pessoas e bens no espaço urbano, podendo-se acrescentar que dito deslocamento deve se dar de modo autônomo e seguro. Para o referido Ministério, “pensar a cidade é pensar os espaços para todos, na moradia, no trabalho, no lazer e na mobilidade das pessoas” e a função da mobilidade urbana está “ligada a promoção dos deslocamentos a partir das necessidades das pessoas com relação às facilidades, serviços e oportunidades que a cidade oferece”.

⁹ In ORNSTEIN, Sheila Walbe, Org.; ALMEIDA PRADO, Adriana R. de, Org.; LOPES, Maria Elizabete, Org. Desenho Universal, caminhos da acessibilidade no Brasil. São Paulo: Annablume, 2010. Pág. 85.

Outro ponto relevante é o emprego correto de materiais, como, por exemplo, o piso tátil.

Como afirma Antônio Lanchotti¹⁰, “É importante entender que a textura de um piso é um dos principais elementos de orientação de pessoas com deficiência visual. A cor também é um elemento de grande importância para os indivíduos que possuem baixa visão, como os idosos”.

Importante ressaltar que o Decreto nº 5.296/04 estabeleceu que as entidades de fiscalização profissional das atividades de Engenharia, Arquitetura e correlatas têm a obrigação de, ao anotarem a responsabilidade técnica dos projetos, exigirem a responsabilidade declarada do atendimento às regras de acessibilidade previstas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT e na legislação específica (art. 11, §1º). Ou seja, o engenheiro ou arquiteto, ao preencher a ficha de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) junto ao CREA (Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia), deve declarar que o seu projeto obedece às normas técnicas de acessibilidade e demais legislação pertinente.

Assim, no caso de existir edificação inacessível que tenha sido construída ou reformada após o advento do Decreto nº 5.296/04, é fundamental que o Promotor de Justiça também verifique a possibilidade de ocorrência de crime pelo profissional da construção civil que declarar de forma falsa a obediência à lei, por ocasião do registro da ART do projeto arquitetônico respectivo. Para isto, é fundamental que sejam requisitadas uma cópia da ART junto ao CREA e do projeto arquitetônico referente à obra edificada, para que se verifique se foi ela projetada erroneamente ou se a construção da edificação é que se deu em desacordo com o projeto original.

Também cumpre destacar que, antes do início de uma obra, é necessário se obter a licença de construção ou reforma junto ao órgão público licenciador, oportunidade em que deverá ser analisado se o projeto atende aos requisitos de acessibilidade. Nesse sentido o disposto no Decreto 5.296/04, §2º do artigo 11, o qual estabelece que “para aprovação ou licenciamento ou emissão de certificado de conclusão do projeto arquitetônico ou urbanístico deverá ser atestado o atendimento às regras de acessibilidade previstas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT, na legislação específica e neste Decreto.”.

Uma outra oportunidade que terá o Poder Público Municipal de aferir o cumprimento das regras de acessibilidade é por ocasião da concessão de alvará de funcionamento ou sua renovação e antes da emissão da carta de “habite-se” ou habilitação equivalente¹¹.

Assim, deverá o Promotor de Justiça exigir a necessária fiscalização do Poder Público no que tange ao cumprimento das regras de acessibilidade nas obras públicas, de uso coletivo e privadas multifamiliares.

Registre-se que as edificações de uso público já construídas deveriam estar

¹⁰ Idem, pág. 96.

¹¹ O Decreto nº 5.296/04 dispõe, em seus artigos 13, §§1º e 2º, respectivamente, que: “Para concessão de alvará de funcionamento ou sua renovação para qualquer atividade, devem ser observadas e certificadas as regras de acessibilidade previstas neste Decreto e nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT” e que “para emissão de carta de “habite-se” ou habilitação equivalente e para sua renovação, quando esta tiver sido emitida anteriormente às exigências de acessibilidade contida na legislação específica, devem ser observadas e certificadas as regras de acessibilidade previstas neste Decreto e nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT”.

adaptadas desde 02/06/2007, 30(trinta) meses após a publicação do Decreto nº 5.298/04. Para as edificações de uso coletivo já existentes, como teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, casa de espetáculos, salas de conferência e instituições de ensino privado, o prazo conferido para as execução das adaptações necessárias expirou em 02/12/08.

Vale ressaltar que, até mesmo os bens culturais imóveis, deverão tornar-se acessíveis de acordo com regras previstas na Instrução Normativa nº 01 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, de 25 de novembro de 2003.

Regras específicas foram estabelecidas pelo Decreto nº 5.296/04 para as edificações escolares, onde foi determinando que:

- a) Os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, públicos ou privados, proporcionarão condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários)¹²;
- b) Para a concessão de autorização de funcionamento, de abertura ou renovação de curso pelo Poder Público, o estabelecimento de ensino deverá comprovar que está cumprindo as regras de acessibilidade arquitetônica, urbanística e na comunicação; colocar à disposição de professores, alunos e servidores ou empregados com deficiência ajudas técnicas¹³ que permitam o acesso às atividades escolares e administrativas em igualdade de condições com as demais pessoas; e comprovar que seu ordenamento interno contém normas sobre o tratamento a ser dispensado àqueles, com o objetivo de coibir e reprimir qualquer tipo de discriminação¹⁴.
- c) Devem garantir a acessibilidade no prazo de 30 (trinta) e 48 (quarenta e oito) meses a partir da publicação do Decreto, tratando-se de edificação pública ou de uso coletivo, respectivamente.¹⁵

Na mesma esteira, a NBR 9050:2004 também trouxe regras próprias para a promoção da acessibilidade nas edificações escolares.

Vale ressaltar que todas as escolas devem estar acessíveis, posto que o aluno com deficiência, assim como qualquer outro, tem o direito de igualdade de condições de acesso e permanência na escola¹⁶ e de acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência¹⁷.

Destaque-se, ainda, como preconiza o Decreto nº 5.296/04, que “a construção de edificações de uso privado multifamiliar e a construção, ampliação ou reforma de edificações de uso coletivo devem atender aos preceitos da acessibilidade na interligação de todas as partes de uso comum ou abertas ao público, conforme os padrões das normas

¹² Art. 24, *caput*.

¹³ O citado Decreto, em seu art. 61, *caput*, conceitua ajudas técnicas como sendo “os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologia adaptados ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoal, total ou assistida”. Os cães-guia e os cães-guias de acompanhamento são considerados ajuda técnica (art. 61, §2º).

¹⁴ Decreto nº 5.296/04, art. 24, §1º, incisos I a III.

¹⁵ Há muito já ultrapassados os prazos, portanto.

¹⁶ ECA, art. 53, I.

¹⁷ ECA, art. 53, V.

técnicas de acessibilidade da ABNT”, inclusive no que tange aos acessos, piscinas, andares de recreação, salão de festas e reuniões, saunas e banheiros, quadras esportivas, portarias, estacionamentos e garagens, entre outras partes das áreas internas ou externas de uso comum. Ou seja, a área comum deve estar acessível e, mesmo aquelas edificações multifamiliares onde não é obrigatório a instalação de elevadores (geralmente em função do número de pavimentos, segundo a legislação municipal), deverão elas dispor de especificações técnicas e de projeto que facilite a instalação de equipamento eletromecânico de deslocamento vertical para uso das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida¹⁸

Portanto, já deviam estar acessíveis todas as edificações de uso público e a grande maioria das de uso coletivo acessíveis¹⁹, posto que elas não poderiam mais ser construídas sem que contemplassem os requisitos de acessibilidade desde 02/12/04, e aquelas já construídas deveriam estar adaptadas²⁰. Entretanto, tal realidade ainda se encontra distante de ser alcançada, o que exige também uma atuação do Ministério Público de forma repressiva, como fiscal da lei, conforme se vê adiante.

Merece destaque, ainda, a obrigação das edificações de uso coletivo serem construídas ou se tornarem acessíveis não só na parte aberta ao público, mas nos ambientes de uso interno para o caso de empresas que contem mais de 100 (cem) trabalhadores, diante da necessidade de se empregar pessoas com deficiência por imposição da Lei nº 8.213/91, pois, caso não observado, restaria inviável a contratação de pessoas com deficiência física, por exemplo. Também no caso de restaurantes, independente do número de funcionários, a cozinha tem que ser acessível para que o consumidor com deficiência ou mobilidade reduzida também possa visitá-la, como dispõe a legislação em matéria de vigilância sanitária.

Vale ressaltar, também, a exigência contida no Decreto nº 5.296/04, quanto à oferta de banheiros acessíveis com entrada independente, possibilitando o seu uso por pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida sem a necessária autonomia, mesmo que esteja acompanhada por pessoa de sexo diverso ao seu.

A acessibilidade é uma matéria transversal às questões relativas à construção de propostas para a implantação de políticas públicas voltadas para as pessoas com mobilidade reduzida nas áreas de saúde, educação, reabilitação, trabalho, esporte, lazer, transporte, habitação. Assim, faz-se necessária uma atuação efetiva do Promotor de Justiça na tutela do direito à acessibilidade, exigindo que o Poder Público estabeleça um plano de ação para adaptar as edificações e espaços públicos já construídos, passando a obedecer ao que está disposto na legislação e nas normas técnicas em vigor, inclusive no que diz respeito à cobrança de igual atitude em relação às edificações de uso coletivo ou até mesmo às privadas (estas últimas no que tange às calçadas e no caso de edificações multifamiliares, no tocante às áreas comuns), atuando, portanto, de forma repressiva, tudo com o respectivo reflexo no planejamento orçamentário.

Numa atuação preventiva, poderá o Órgão Ministerial, ainda, recomendar que o

¹⁸ Decreto nº 5.296/04, art. 27, §3º.

¹⁹ Todas aquelas cujo prazo para a remoção dos obstáculos arquitetônicos já se encontra expirado, independente de reforma voluntária.

²⁰ É importante que se conheça a legislação municipal, posto que, em alguns casos, mesmo que o Decreto nº 5.296/04 preveja a promoção da acessibilidade apenas por ocasião de uma reforma (para edificações já construídas), se a legislação municipal já exigia obediência às normas técnicas, como é o caso de Natal, e se estas não tenham sido observadas por ocasião da construção, o Poder Público Municipal e o Ministério Público devem exigir a remoção dos obstáculos arquitetônicos independente de reforma.

Poder Público reveja os projetos das edificações públicas ainda não construídas para verificar a obediência aos ditames legais; fiscalizar se o material a ser empregado nas obras públicas obedece às especificações técnicas; manter rigoroso acompanhamento na execução das obras; promover a capacitação do seu corpo técnico e, também, em relação às demais edificações, passar a expedir alvará de construção ou reforma, de funcionamento e a concessão do “habite-se” apenas para obras acessíveis, sob pena da adoção das medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis.

É indubitável, portanto, a intenção do legislador em contemplar aspectos relacionados à acessibilidade como um instrumento que permita o acesso do indivíduo a diversos dos seus direitos, fazendo com que possa usufruir a sua vida de maneira independente, com as mesmas oportunidades conferidas às demais pessoas. E para que se tenha uma cidade para todos, é imprescindível que o seu espaço urbano seja acessível.

Vê-se, portanto, que, nos dias atuais, a acessibilidade não é um direito apenas das pessoas com deficiência, mas, também, das pessoas com mobilidade reduzida, entre as quais, muitos idosos. Não se trata mais de uma questão de remoção de obstáculos arquitetônicos existentes nos equipamentos urbanos, nos transportes ou nas edificações públicas ou de uso coletivo, mas se constitui em uma questão de mobilidade urbana, promotora da inclusão social e garantidora, muitas vezes, da cidadania daqueles que fazem parte da sociedade, fazendo valer os princípios de igualdade e de dignidade garantidos constitucionalmente.

Entretanto, para que se tenha o cumprimento da lei, necessário se faz que os próprios destinatários dos direitos saibam exigí-los, participando de forma direta ou por intermédio dos respectivos Conselhos de Direitos da construção e do destino da sua cidade e dos serviços que ela oferece.

São muitos os avanços já obtidos no que diz respeito ao oferecimento de uma cidade e de um transporte coletivo para todos, principalmente no que se refere à legislação pátria, a qual disciplina o crescimento e o desenvolvimento daqueles, isso no campo da acessibilidade, do meio ambiente sustentável, entre outros aspectos. O maior desafio a ser alcançado é o da consciência social da obrigatoriedade das leis e do respeito ao ser humano e, principalmente, de que a sociedade é composta por indivíduos com diversas características e necessidades próprias, o que não pode ser motivo de exclusão, mas, pelo contrário, deve ser objeto de ações específicas de modo a oferecer-lhes as mesmas oportunidades que aos demais na busca de uma vida digna, saudável e sem discriminações.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA NA TUTELA DO DIREITO À ACESSIBILIDADE EM PRÉDIOS PÚBLICOS, DE USO COLETIVO E PRIVADO MULTIFAMILIAR.

1º Passo: Instaurar Inquérito Civil.

- Instaurar Inquérito Civil para verificar as condições de acessibilidade da edificação, após recebimento de reclamação ou mesmo “de ofício”, encaminhando uma cópia da Portaria de Instauração resumida para publicação no Diário Oficial do Estado e uma outra, de inteiro teor, para o Centro de Apoio Operacional respectivo (CAOP Inclusão);
- Encaminhar uma cópia da Portaria de Instauração do Inquérito Civil para o

investigado, para que se pronuncie sobre o fato objeto de investigação, requisitando cópia do Alvará de Construção ou Reforma e/ou do Alvará de Funcionamento ou do “Habite-se”, além do projeto arquitetônico da edificação;

- Requisitar ao CREA a Anotação de Responsabilidade Técnica referente ao projeto arquitetônico da edificação cuja acessibilidade está sendo investigada;
- Encaminhar ao CAOP Inclusão solicitação de vistoria técnica de acessibilidade, a ser realizada pelo Centro de Apoio ou pela Central de Perícia²¹.

2º Passo: Analisar os documentos apresentados.

- Recebido os documentos requisitados, deve-se encaminhar o projeto arquitetônico apresentado para que o CAOP Inclusão analise se foram preenchidas as exigências em matéria de acessibilidade ou solicite tal atividade à Central de Perícias;
- Havendo apresentação de Alvará de Construção ou Reforma, bem como de Alvará de Funcionamento ou “Habite-se”, mesmo sendo a obra inacessível, será necessário requisitar ao Órgão Municipal Licenciador cópia do processo de licenciamento para que se verifique a quem coube a análise e parecer pela concessão, para que sejam apuradas e cobradas as devidas responsabilidades;
- Constatando-se que a edificação é inacessível e havendo declaração de que foram cumpridas as exigências legais e normativas em matéria de acessibilidade na ART registrada no CREA, deve-se requisitar a abertura de processo disciplinar no Conselho de Ética do CREA perante o qual preencheu a ART, além de requisitar a lavratura de Inquérito Policial para investigar a ocorrência de crime.

3º Passo: Celebração de ajustamento de conduta ou ajuizamento de Ação Civil Pública.

- Constatando-se que a edificação é inacessível, deve-se oportunizar ao investigado (diretamente com o representante legal ou preposto) celebrar ajustamento de conduta com o Ministério Público, onde deverá constar o prazo máximo para a promoção da acessibilidade, que terá como parâmetro as normas técnicas de acessibilidade da ABNT²² e demais legislação pertinente, estipulando-se multa para o caso de descumprimento²³.
- Uma das obrigações assumidas pelo compromissário deverá ser a de apresentar, mesmo que no prazo estipulado para a conclusão das obras, o respectivo alvará de construção ou reforma, o que fará com que aquele contrate profissional habilitado para elaboração de projeto arquitetônico, aumentando, consideravelmente, a possibilidade de êxito na remoção dos obstáculos arquitetônicos e promoção da acessibilidade de forma acertada e de acordo com as normas técnicas em vigor.²⁴

²¹ Diante do grande número de vistorias comumente solicitadas, muitas vezes é necessário que seja celebrado Ajustamento de Conduta sem a elaboração de laudo técnico de acessibilidade, isto quando a presença de obstáculos arquitetônicos é visível ou quando o investigado reconhece a inacessibilidade da edificação, ou contando apenas com o formulário de acessibilidade preenchido (Check list fornecido pelo Centro de Apoio). No caso de ser necessário o ajuizamento de Ação Civil Pública, é indispensável a realização da mencionada perícia, posto imprescindível a comprovação das alegações pelo Órgão Ministerial.

²² Atualmente encontra-se em vigor a NBR 9050:2004. A primeira NBR que tratou da acessibilidade ao meio físico datou de 1985 (NBR 9050:1985), que foi revisada em 1994 (NBR 9050:1994). A prática tem revelado que, ao se vincular a promoção da acessibilidade aos laudos técnicos contendo os obstáculos arquitetônicos encontrados numa primeira vistoria na edificação, muitas vezes a solução encontrada gera um novo obstáculo, que não apareceu (por óbvio) naquele documento pericial.

²³ Sugere-se que as multas tenham como destinação os Fundos Municipais, Estaduais ou Nacional do Idoso, diante na inexistência de fundos específicos para pessoas com deficiência, tomando-se o cuidado, em caso de celebração de ajustamento com o Poder Público, de destinar a multa para fundo diverso à esfera do compromitente.

²⁴ A prática tem revelado um alto índice de edificações que foram objeto de ajustamento de conduta para a promoção de acessibilidade sem que as soluções adotadas estejam de acordo com as especificações

- Sugere-se que, em se tratando de ajustamento de conduta tendo como objeto a promoção da acessibilidade em várias edificações, seja feita uma programação bem detalhada referente a cada imóvel, possibilitando uma possível execução em cada uma das etapas.
- Ao celebrar ajustamento de conduta com o Poder Público, sugere-se que seja incluída a proibição de se alugar imóvel destinado à instalação de serviço público sem que seja acessível, bem como de se construir obra inacessível, sob pena de multa para o caso de descumprimento.
- Tratando-se de obras públicas, necessário se faz que seja incluída entre as obrigações do compromissário a inclusão dos custos das reformas nas peças orçamentárias (PPA, LDO, LOA).
- Firmado o ajustamento de conduta que contemple todo o objeto do inquérito civil, proceder-se-á com o seu arquivamento, com o necessário encaminhamento para homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público. No caso de contemplar apenas parte do objeto investigado, deverá ser arquivada a parte resolvida, com igual encaminhamento para homologação, prosseguindo a investigação daquilo que não foi resolvido.
- Após a homologação do arquivamento pelo mencionado Conselho, em virtude de celebração de ajustamento de conduta, deverá ser instaurado procedimento de acompanhamento de termo de ajustamento de conduta (PATAAC).
- Não sendo aceita a proposta de celebração de ajustamento de conduta pelo investigado, deverá ser ajuizada uma Ação Civil Pública objetivando compelir o demandado a remover os obstáculos arquitetônicos, promovendo a acessibilidade na forma das normas técnicas da ABNT e demais legislação pertinente. Para tanto, é imprescindível que seja juntado, como prova do descumprimento da lei, o laudo técnico de acessibilidade, indicando a presença de obstáculos arquitetônicos a serem removidos.

4º Passo: Verificação do cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta.

- Para tal verificação, é imprescindível a realização de vistoria na edificação, devendo ser encaminhado solicitação de elaboração de laudo técnico de acessibilidade ao CAOP Inclusão para que o providencie diretamente ou por meio da Central de Perícias.

5º Passo: Execução do TAC ou arquivamento do PATAAC.

- Caso não tenha restado cumprido o TAC, proceder-se-á com a sua execução, posto tratar-se de título executivo extrajudicial. Para tanto, é necessário que seja providenciado o cálculo da multa a ser executada e identificada a obrigação de fazer ou não fazer.
- No caso de cumprimento do ajustamento de conduta, o PATAAC deverá ser arquivado em local apropriado, procedendo-se com as anotações necessárias.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Constituição Federal de 1988;
- Decreto Legislativo nº 186/08;
- Lei nº 7.853/89;
- Decreto nº 3.298/99;
- Lei nº 10.048/00;
- Lei nº 10.098/00;

técnicas das NBRs e demais legislação pertinente, muitas vezes por falta de um responsável técnico habilitado para a reforma da edificação.

- Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade);
- Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso);
- Decreto nº 5.296/04;
- Instrução Normativa nº 1 – IPHAN;
- NBR 9050:2004.

IV - BIBLIOGRAFIA.

GUGEL, Maria Aparecida e outros (Organizadores). Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LANCHOTI, José Antônio. Capacitação técnica sobre a acessibilidade ao meio físico: as barreiras arquitetônicas e a cidade, apostila.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Brasil Acessível. Programa Brasileiro de Acessibilidade Urbana. Implementação do Decreto nº. 5296/04 para a construção da cidade acessível. Cadernos 3 e 5.

ORNSTEIN, Sheila Walbe, Org.; ALMEIDA PRADO, Adriana R. de, Org.; LOPES, Maria Elizabete, Org. Desenho Universal, caminhos da acessibilidade no Brasil. São Paulo: Annablume, 2010. 305p.

A SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Naide Maria Pinheiro

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

O direito da pessoa com deficiência de acesso à saúde é uma decorrência do disposto no art. 6º, *caput* (que atribui à saúde o *status* de Direito Social Fundamental), no art. 23, II (que confere à União, estados e municípios a competência para cuidar da saúde e assistência pública) e art. 196, *caput*, todos da Constituição Federal (que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado).

No campo dos tratados internacionais, vale mencionar o art. 25 da Declaração dos Direitos do Homem (ONU), subscrita pelo Brasil, que reconhece a saúde como direito fundamental indispensável à vida digna, como também a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também subscrita pelo Brasil, a qual determina, em seu Artigo 25, que os Estados Partes deverão propiciar os serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive com a identificação e intervenção precoces.

No que diz respeito à legislação ordinária, não se pode deixar de citar a Lei Federal nº 8.080/90, a qual estabelece em seu art. 2º que *“a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*, bem como o seu art. 7º, que estabelece como princípios do Sistema Único de Saúde a universalidade de acesso e a integralidade e igualdade da assistência, sem preconceitos de qualquer espécie. Além dessa, tem-se ainda a Lei Federal nº 7.853/89, cujo art. 2º, II, determina caber ao Poder Público e seus órgãos assegurar às pessoas com deficiência, na área de saúde, a promoção de ações preventivas da deficiência; o desenvolvimento de programas de prevenção de acidentes e o adequado tratamento a suas vítimas; a criação de uma rede de serviços especializados em habilitação e reabilitação; o acesso das pessoas com deficiência aos estabelecimentos de saúde e a garantia de atendimento de saúde domiciliar às pessoas com deficiência em estado grave.

Outro importante instrumento normativo que deve servir de norte para atuação do Promotor de Justiça em defesa da saúde da pessoa com deficiência é a Portaria nº 1.060/GM, do Ministério da Saúde, datada de 05 de junho de 2002, a qual aprovou a “Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência”, cujas principais diretrizes são: promoção da qualidade de vida das pessoas com deficiência; assistência integral à saúde dessas pessoas; prevenção de deficiências e organização e funcionamento dos serviços de atenção à pessoa com deficiência.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

Objetivando atingir as diretrizes acima mencionadas, deve o Promotor de Justiça buscar a implementação, em sua Comarca, das seguintes medidas, dentre outras:

- garantia de acessibilidade física a todos os locais de atendimento à saúde (postos de saúde e hospitais);

- garantia de distribuição de todos os medicamentos, órteses e próteses²⁵ de que necessitem as pessoas com deficiência;
- garantia de realização de exames aptos a verificar precocemente as deficiências, como é o caso do “Teste do Pezinho”, “Teste da Orelhinha²⁶” e “Teste do Olhinho”.
- garantia de oferecimento pelo poder público de serviço de saúde, no próprio Município, visando à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, ou, no caso de inexistência provisória de tais serviços no Município em que vive a pessoa com deficiência, garantia de seu transporte (e, se necessário, de seu acompanhante) ao Município mais próximo que possua o serviço, de modo que o tratamento possa ser feito, com regularidade e assiduidade;
- garantia de atendimento odontológico a todas as pessoas com deficiência, inclusive as pessoas com deficiência mental, sendo-lhes proporcionado, se necessário, atendimento odontológico com anestesia geral²⁷.

No caso de o Promotor de Justiça atuar para implantação de serviço ou atendimento de demanda objetivando a garantia de saúde das pessoas com deficiência auditiva ou deficiência física, deve observar, além da legislação anteriormente citada, o “Plano da Rede Estadual de Atenção à Saúde Auditiva”, de março/2005, e o “Plano da Rede Estadual de Assistência à Pessoa Portadora de Deficiência Física”, de maio de 2006, respectivamente.

Se uma pessoa com deficiência apresentar ao Promotor de Justiça da Comarca de sua residência a narrativa de uma situação violadora do seu direito de acesso à saúde, é importante que o membro do Ministério Público procure observar o seguinte:

1) se a situação for meramente individual, ou seja, se nem por hipótese puder ser semelhante a de outras pessoas da mesma coletividade, deve o Promotor orientá-lo a procurar um advogado particular ou uma advocacia gratuita, como Defensoria Pública ou Práticas Forenses das faculdades de Direito, já que o Promotor de Justiça não atuará na defesa de causas de cunho estritamente individual, excetuando-se, claro, hipóteses de

²⁵ No Município do Natal, a 42ª Promotoria de Justiça ajuizou ações objetivando a distribuição de cadeiras de rodas (órteses) pelo Estado do RN, bem como de próteses, cuja demora na entrega estava ultrapassando os limites do razoável. A primeira ação recebeu o seguinte número: 001.08.026225-3, já tendo sido sentenciada, com pedido julgado procedente nos seguintes termos: EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE CADEIRAS DE RODAS AOS PACIENTES DA REDE ESTADUAL. ARTS. 23, II, E 196 DA CF E LEI Nº. 8.080/90. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO POR INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO. REJEIÇÃO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE QUE SE SOBREPÕE AO INTERESSE FINANCEIRO E SECUNDÁRIO DO ESTADO. ASTREINTE DETERMINADA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. ABERTURA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA AQUISIÇÃO DAS CADEIRAS. ÂNIMUS DO RÉU NO CUMPRIMENTO DA DECISÃO. INAPLICABILIDADE DA MULTA COMINATÓRIA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. A segunda ação citada foi protocolada sob o nº 001.09.16293-6, não havendo, ainda, julgamento em primeiro grau.

²⁶ A 42ª Promotoria de Justiça da Comarca de Natal ajuizou ação, perante a Vara da Infância e da Juventude, objetivando a realização do exame conhecido como “Teste da Orelhinha” em todos os bebês nascidos vivos em determinado hospital público da Capital. Referida ação foi protocolada sob o número 001.08.031373-7, tendo o seu pedido sido julgado procedente nos seguintes termos: “III - CONCLUSÃO 17. Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA para manter os efeitos da tutela antecipada, cujo autor é o Ministério Público contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, PARA DETERMINAR AO RÉU QUE REALIZE NO HOSPITAL SANTA CATARINA (Dr. José Pedro Bezerra) TRIAGEM AUDITIVO NEONATAL EM TODOS OS BEBÊS NASCIDOS VIVOS NAQUELA UNIDADE HOSPITALAR, para que surtam os seus jurídicos e legais efeitos. 18. Condeno o Sr. Secretário de Estado da Saúde Pública, Dr. George Antunes de Oliveira, em exercício no período e gestor público, a multa arbitrada na antecipação da tutela, tendo em vista que ele descumpriu a decisão prolatada nos autos. 19. Recorro de ofício, mesmo levando em consideração o que dispõem os §§ 2º e 3º, do art. 475, do CPC, tendo em vista os valores que serão dispendidos na aquisição dos bens e contratação de pessoal, além da condenação do Sr. Secretário a multa arbitrada. 20. Publique-se, registre-se e intimem-se. Natal/RN, 25 de junho de 2009. JOSÉ DANTAS DE PAIVA. Juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude.”

²⁷ No Município do Natal, a 42ª Promotoria de Justiça ajuizou Ação Civil Pública, protocolada sob o número 001.08.024394-1, cuja tutela antecipada fora deferida nos seguintes termos: “Diante do exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela requerida NA INICIAL para determinar ao Município de Natal que garanta e viabilize, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a partir do conhecimento da presente decisão, o regular e ininterrupto tratamento odontológico com anestesia geral para todas as pessoas deste Município, portadoras de deficiência e que necessitem desse tipo de atendimento específico, sob pena do pagamento de multa diária e pessoal para a autoridade omissa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), a teor do art. 11 da Lei nº 7.347/1985 e do art. 461, § 4º, do CPC.”

defesa da saúde da criança, do adolescente e do idoso, tendo em vista expressa legitimidade legal;

2) no caso de a demanda narrar, ainda que apenas intrinsecamente, o descumprimento por parte do Poder Público de seu dever de prestar assistência à saúde às pessoas com deficiência, deve o Promotor de Justiça instaurar o procedimento investigatório próprio, a fim de verificar se a reclamação procede ou não.

Nesse último caso, então, após a instauração do procedimento investigatório, deve o Promotor expedir notificação ao respectivo órgão de saúde, normalmente Secretaria Municipal de Saúde ou Secretaria Estadual de Saúde, a fim de que se manifeste sobre o objeto da reclamação (cuja cópia deve sempre seguir anexa à notificação), bem como para que esclareça se o serviço ou atendimento pleiteado é disponibilizado naquele Município e, em caso positivo, em que termos ocorre tal atendimento.

Pode o Promotor de Justiça, ainda, requisitar (por meio de ofício) de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, em prazo nunca inferior a 10 (dez) dias úteis, nos termos do art. 6º da Lei nº 7.853/89. É interessante que se faça constar no ofício requisitório a advertência de que a recusa, o retardamento e a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público, constitui crime descrito no art. 8º, VI, da referida lei.

Precioso instrumento para o esclarecimento acerca do objeto da reclamação é a realização de audiência na própria Promotoria, devendo ser notificado para comparecimento o responsável pelo serviço de saúde buscado, bem como seu superior hierárquico. Tem se mostrado de muita utilidade, também, o chamamento de profissionais que trabalham na instituição reclamada, posto que eles são as pessoas que lidam, normalmente, com a dificuldade gerada pela falha no serviço. Em regra, conseguem-se valiosos depoimentos dessas pessoas, uma vez que são tão interessados na melhoria das condições de prestação do serviço quanto os próprios usuários. Assim, por exemplo, na hipótese de se investigar se determinado hospital oferece ou não a realização de um exame para detecção de uma determinada deficiência, tão interessante quanto a oitiva do próprio Diretor do Hospital é a oitiva dos profissionais especializados na matéria que trabalham no órgão, posto que eles terão condições de esclarecer não apenas acerca da inexistência do serviço, mas poderão fornecer ao Promotor detalhes sobre a importância do exame para a pessoa com deficiência, o que será útil para subsidiar eventual ação civil pública a ser ajuizada.

Outrossim, faz-se mister observar que a Lei nº 7.853/89 descreve como crime, em seu art. 8º, IV, a conduta daquele que recusa, retarda ou dificulta a internação de pessoa com deficiência ou deixa de prestar a essa assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível fazê-lo. Referido tipo penal prevê pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, devendo o Promotor de Justiça, diante de indícios de seu cometimento, requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito policial para investigar a suposta prática do crime.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Constituição Federal de 1988;
- Declaração dos Direitos do Homem (ONU);

- Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência;
- Lei nº 7.853/89;
- Lei nº 8.080/90;
- Portaria nº 1.060/GM, Ministério da Saúde, datada de 05/06/02.

O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA A VAGAS RESERVADAS EM CONCURSO PÚBLICO

Rebecca Monte Nunes Bezerra

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso VIII, estabelece que “A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

A Lei nº. 8.112/90, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, estatui que “Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

Já o Decreto nº 3.298/99 disciplinou como deverá ser realizado o concurso público, prevendo: a reserva das vagas em edital; a possibilidade de adaptação das provas (inclusive a de avaliação física e do curso de formação, quando for o caso); a necessidade de publicação de uma lista geral e de uma especial; o momento em que será analisada a compatibilidade da deficiência apresentada pelo candidato e o exercício do cargo almejado (durante o estágio probatório), dentre outras exigências.

No que diz respeito ao Estado do Rio Grande do Norte, a Lei nº. 7.943/01 estabelece o percentual de 5% (cinco por cento) das vagas em concurso público estadual a serem reservadas aos candidatos com deficiência, assegurado o mínimo de 01(uma) vaga (art. 1º, *caput*). No caso de cargos públicos municipais, em Natal, tal percentual é de 20% (vinte por cento), conforme estabelece a Lei nº 5.087/99.

Quanto à reserva de vagas para pessoas com deficiência em cargos e empregos da administração pública direta e indireta, assunto bastante complexo é a fixação do seu número, sendo importante ressaltar os ensinamentos de Maria Aparecida Gugel quanto ao assunto, a qual afirma que: a) “O administrador não poderá indicar quais os cargos que disponibilizará para pessoas com deficiência, alegando, como é muito comum e absolutamente equivocado, a compatibilidade da função à deficiência ou cargos que exijam aptidão plena”²⁸, b) “se o quadro de carreira para o qual está sendo levado o concurso público for estruturado em especialidades, a distribuição das vagas reservadas será feita proporcionalmente ao número de vagas em cada especialidade, de forma que todos os cargos ou empregos haja previsão explícita de reserva de vagas para pessoas com deficiência”²⁹, c) “Se a administração pública vier a disponibilizar uma só vaga, deve antes aferir se já detém em seus quadros um número suficiente de servidores com deficiência, de forma que a reserva comandada constitucionalmente já esteja cumprida (...)”, e, não havendo, “poderá destinar esta única vaga à pessoa com deficiência, atendendo ao comando constitucional (37, I, II e III) e à Lei nº. 7.853/89, que determinou aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dispensassem tratamento prioritário e adequado às

²⁸ Pág. 74.

²⁹ Pág. 74.

pessoas com deficiência (parágrafo único, art. 2º)³⁰ e, ainda, d) o administrador não poderá escolher a localidade para destinar as vagas (ou a vaga) reservadas para pessoas com deficiência³¹.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

1º PASSO: Análise do edital do concurso público.

Numa atuação preventiva, necessário se faz que o Promotor de Justiça acompanhe a publicação dos editais de concurso público na Comarca, oportunidade em que deverá observar os seguintes aspectos:

1. Se há reserva de vagas para candidatos com deficiência e se os documentos a serem apresentados no ato da inscrição são compatíveis com a necessidade de comprovação da deficiência (art. 37, *caput*; art. 39, *caput* e inciso I e IV; todos do Decreto nº 3.298/99);
2. Se o estabelecimento do número de vagas reservadas está obedecendo aos ditames legais, no que tange ao cálculo da reserva e ao arredondamento (no caso de resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número subsequente – art. 37, §2º, do Decreto nº. 3.298/99);
3. Se está sendo oportunizado aos candidatos com deficiência requerer a adaptação das provas (as quais deverão estar especificadas no edital, inclusive quanto às suas condições) e como se dará tal requerimento (art. 39, *caput* e inciso III; §§ 1º e 2º do art. 40, todos do Decreto nº 3.298/99);
4. Se há a descrição das atribuições e tarefas essenciais dos cargos a serem preenchidos pelo concurso público (art.39, inciso II, do Decreto nº 3.298/99);
5. Se o resultado dos aprovados será publicado em duas listas, uma contendo apenas os candidatos com deficiência e outra com todos os candidatos, com ou sem deficiência (art. 42 do Decreto nº 3.298/99);
6. Se a previsão do chamamento para a posse no cargo obedece à alternância exigida em lei entre as duas listas (a geral e a especial);
7. Se há a previsão de equipe multiprofissional composta por três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato (art. 43 do Decreto nº 3.298/99);
8. Se a compatibilidade entre a deficiência do candidato e o cargo a ser exercido será aferida somente durante o estágio probatório.

2º PASSO: Adoção de medidas repressivas pelo Promotor de Justiça.

Caso não contemple o edital qualquer dos itens anteriormente transcritos, é imprescindível que o Promotor de Justiça tome as providências extrajudiciais e judiciais cabíveis. O mesmo deverá ocorrer em se tratando de reclamação formulada por candidato com deficiência supostamente lesado em seu direito de acesso ao concurso público. Neste último caso, deve ser analisado, ainda, se a reclamação trata de direito individual disponível ou de direito individual homogêneo, coletivo ou difuso, para que se verifique o cabimento ou não de uma atuação ministerial.

³⁰ Um outro parâmetro importante a se observar é se a administração pública já reservou vagas para pessoas com deficiência em outros concursos para preenchimento dos mesmos cargos em que há previsão de vaga única, ou não, verificando-se a evidência de que a abertura de certame para vagas únicas seja uma forma de se burlar a reserva legal.

³¹ Pág. 75.

Outra situação em que poderá ser demandado o Ministério Público diz respeito à não observância da ordem de classificação para o chamamento alternado de candidatos sem e com deficiência para a nomeação.

Nesse caso, deverá o Órgão Ministerial analisar se a reclamação trata do direito individual do candidato ou de direito transindividual, neste último caso ensejando uma atuação do *Parquet*, que poderá se dar por meio de uma Recomendação, da celebração de um Ajustamento de Conduta ou até mesmo da propositura de uma Ação Civil Pública, para que o reclamado passe a obedecer a alternância das listas de classificação, entre outras ações cabíveis à espécie.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Constituição Federal
- Decreto Legislativo nº 186/08;
- Lei nº 7.853/89;
- Decreto nº 3.298/99;
- Lei nº 8.112/90.

IV – BIBLIOGRAFIA.

GUGEL, Maria Aparecida. Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta. Goiânia: Editora da UCG, 2006. 228p.

GUGEL, Maria Aparecida, COSTA FILHO, Waldir Macieira e RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Organizadores. Deficiência no Brasil, uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007. 544p.

A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS IDOSAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Iadya Gama Maio

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

O artigo 3º do Estatuto do Idoso aduz que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Como é curial, o princípio que é a diretriz mestra na defesa dos interesses do idoso, assim como na defesa da criança e do adolescente, é o da proteção integral,³² que deve se caracterizar por garantir ao idoso seus direitos fundamentais especiais, cuja efetivação é imposta com prioridade à família, ao Estado e à sociedade.

É deste princípio que decorre, portanto, o reconhecimento dos idosos como pessoas em condição peculiar, mercedores de proteção especial dos demais membros da sociedade, independentemente de seu estado financeiro, econômico ou classe social. Neste ponto exatamente que o Estatuto do Idoso evoluiu sobremaneira na proteção humana, vindo a preencher um vácuo existente entre a Constituição Federal (art. 3º, I, III e IV) e o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Daí decorre a possibilidade de serem aplicadas medidas protetivas, até contra a vontade da pessoa idosa, eis que visam exatamente o atendimento a esse amparo especial, sempre objetivando o controle de situações específicas e potencialmente nocivas à integridade física, psíquica e moral da pessoa idosa; mas devemos procurar respeitar a vontade e a autonomia do idoso, sempre que possível.

As medidas de proteção poderão ser aplicadas sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto do Idoso forem ameaçados ou violados, conforme preceitua o artigo 43 que reza:

“Art 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão do estado ou sociedade;
- II – por falta, omissão ou abuso de família, curador ou entidade de atendimento;
- II – em razão de sua condição pessoal.”

Vale mencionar que as medidas específicas de proteção do idoso, em situação de risco, na forma do mencionado artigo 45, serão as nele enumeradas, dentre outras, revelando tratar-se de norma jurídica que admite gama maior de providências em caso de risco, pelo Ministério Público, ou seja, trata-se de uma enumeração exemplificativa, e

³² Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

depende do caso concreto:

“Art. 44. As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.”.

A questão que se coloca hoje é como saber se estamos realmente frente a uma situação considerada de “risco” para legitimar a ação do Ministério Público. Se for possível, devemos solicitar a feitura de um estudo social, quando o caso não requerer urgência, inclusive para definirmos qual ou quais medidas se aplicam ao caso concreto no sentido de proteger a pessoa idosa. Muitas vezes, a situação é de urgência; então, temos que agilizar a aplicação de uma ação.

A aplicação destas medidas cabe primeiro ao Ministério Público de forma administrativa, e, em segundo lugar, ao Poder Judiciário quando ocorrer um pedido do *Parquet*, que, por meio de uma ação, poderá requer a aplicação de uma medida de proteção:

“Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;
- II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;
- IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;
- V – abrigo em entidade;”.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

O Ministério Público, após análise do caso concreto e verificar se realmente o idoso encontra-se em situação de risco, deve procurar aplicar uma medida de proteção. As medidas deverão ser aplicadas por meio do Poder Judiciário somente quando de forma administrativa não se conseguir o intento ou a finalidade, pois em alguns momentos se fará necessário o ajuizamento de uma ação quando exista um cerceamento da liberdade da pessoa idosa, quando o próprio idoso coloca em risco a sua vida e a sua saúde e não aceita a aplicação de uma medida de proteção, quando algum familiar coloque impedimentos ou obstáculos ou o Poder Público seja omissivo ou não proporcione uma ação social ou de saúde que possa proteger o idoso.

Esta forma administrativa poderá ser desde o envio de um ofício ao Poder Público solicitando o abrigamento de um idoso, uma medida de saúde, até o encaminhamento à família, orientação e apoio temporários, etc.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

A FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA PARA PESSOAS IDOSAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Iadya Gama Maio

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

O Ministério Público, dentre as suas atribuições, no que tange a defesa dos direitos das pessoas idosas, tem a finalidade de fiscalizar as instituições de longa permanência, nos termos do artigo 25 da Lei Federal nº 8.625/93 e dos artigos 52 e 74, inciso VIII, do Estatuto do Idoso.

Reza o artigo 74 do Estatuto do Idoso:

“Art. 74. Compete ao Ministério Público:

VIII – inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas.”.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

A inspeção é ato pessoal do membro do Ministério Público, mas o Promotor de Justiça poderá, se quiser, fazer-se acompanhar, por ocasião da inspeção, até para facilitar e permitir uma compreensão melhor da situação, de técnicos de outros órgãos de fiscalização, tais como: da vigilância sanitária, do corpo de bombeiros, de médicos, de nutricionistas, de arquitetos ou de outros profissionais que se façam necessários.

São passíveis de fiscalização as entidades públicas e particulares que prestem outros tipos de atendimento e os programas por elas desenvolvidos, sendo importante que se observe nesta oportunidade: o emprego das verbas públicas recebidas, a acessibilidade, as condições de higiene e de alimentação, a forma de tratamento dos idosos, os prontuários de saúde dos idosos, a quantidade e a qualidade de recursos humanos que estejam trabalhando na entidade e os documentos da instituição, tais como, o ato ou contrato constitutivo da entidade, devidamente registrado, com a última alteração; regimento interno da instituição atualizada ou estatuto social da entidade; ata de eleição da atual diretoria da entidade e da mantenedora; o registro ou inscrição da entidade no Conselho Municipal ou Estadual do Idoso; o alvará Municipal de Autorização Sanitária em vigência; o alvará Municipal de Localização e Funcionamento em vigência; o alvará do Corpo de Bombeiros em vigência; a inscrição ou registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ; a folha recente de antecedentes criminais dos atuais diretores atualizada; a lista com nome de todos os idosos abrigados na instituição, contendo endereço e telefone dos familiares, nome dos responsáveis dos mesmos, valores que percebam mensalmente com a aposentadoria de forma individualizada ou valores pagos à instituição, se com fins lucrativos; a procuração de cada um dos idosos, que porventura a instituição detenha; o contrato padrão de prestação de serviço com os idosos; a lista com nome de todos os funcionários, descrevendo seus respectivos cargos, regime de trabalho (contratado, voluntário ou cedido de algum Órgão), horários de trabalho; o

balanço financeiro da instituição do ano anterior devidamente publicado (se a Instituição já se encontrava funcionando) e o plano de trabalho anual de atividade a serem desenvolvidas que contemple principalmente o aspecto do lazer e ocupação dos idosos.

Com esta fiscalização, será possível adotar-se de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas (inquérito civil, ação civil pública, requisição de inquérito policial, recomendações, termo de ajustamento de conduta, solicitações de perícias, ações de cunho individual, etc.).³³

O Promotor tem o poder-dever de fiscalizar a qualidade dos programas oferecidos aos idosos, inclusive se constituindo em crime o fato de se impedir ou se embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador, consoante o artigo 109 do Estatuto do Idoso, com uma pena que varia de 6 (seis) meses a 1(um) ano de reclusão.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Lei nº 10.741/03.

³³ Fiscalização das entidades de atendimento (artigos 52 e seu parágrafo 3º), apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso (artigo 60) e apuração judicial de irregularidades em entidade de atendimento (artigo 65).

A IMPLANTAÇÃO DE CONSELHO DE DIREITOS DA PESSOA IDOSA E A CRIAÇÃO DO FUNDO MUNICIPAL DO IDOSO

Patrícia Albino Galvão Pontes

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

1.1. O Conselho de Direitos na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito; todavia, tal mudança na nossa vida política e institucional não se restringe unicamente ao exercício do voto direto. Ela é muito mais abrangente, refletindo na possibilidade da sociedade poder participar da tomada de decisões, em vários campos de atuação, como, por exemplo, na educação pública, como prevê o artigo 206, VI, da Carta Magna, ao estabelecer que o ensino será ministrado com base no princípio da gestão democrática do ensino público.

Um outro exemplo dessa ruptura de modelo de gestão está refletida no artigo 204, II da Constituição Federal:

“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - (...)

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

Este dispositivo reflete uma verdadeira mudança de paradigma posto que, no regime anterior, a formulação das políticas cabia unicamente ao Chefe do Poder Executivo, enquanto que, atualmente, a sociedade participa diretamente, por meio das instituições que lhe representam nos mais diversos segmentos.

Portanto, o artigo acima transcrito é o nascedouro dos conselhos de direito, pois estabelece a possibilidade de a população participar do processo de formulação das políticas e do controle das ações em todos os seus níveis. Dessa forma, não se admite mais uma gestão pública, seja municipal, estadual ou federal, sem a coparticipação dos conselhos de direito para a defesa dos direitos sociais (idoso, criança e adolescente, saúde, educação, pessoa com deficiência, entre outros), sob pena de violação de um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

II – ROTEIRO DE CRIAÇÃO DO CONSELHO.

Assim, cabe ao Promotor de Justiça averiguar quais os conselhos de direito existentes em sua Comarca.

Passo nº 1: Oficiar ao Prefeito ou ao (à) Secretário(a) de Ação Social/Assistência Social/Promoção Social (ou secretaria correspondente) indagando quais os conselhos existentes naquele Município, solicitando cópia da lei de criação, a sua composição e se os

mesmos estão em devido funcionamento e, em caso positivo, qual o local de funcionamento.

Especificamente com relação ao conselho de direitos da pessoa idosa, a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94) criou o Conselho Nacional do Idoso e estabeleceu a necessidade de participação dos conselhos em suas diversas esferas (federal, estaduais e municipais) para a implementação da referida Política. Ressalte-se que o fato de a referida lei somente ter criado o conselho em âmbito nacional não significa que tenha priorizado a existência apenas nesta esfera, posto que a própria lei faz referência aos conselhos municipais e estaduais. Além disso, a União, por meio da lei federal, não tem competência legislativa para criar os conselhos em âmbito estadual ou municipal. Estes devem ser criados por meio de leis estaduais e municipais, respectivamente.

“Art. 5º Competirá ao órgão ministerial responsável pela assistência e promoção social a coordenação geral da política nacional do idoso, com a participação dos conselhos nacionais, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso (Lei 8.842/94).”.

Como se vê, a própria lei já prevê a necessidade da participação dos Conselhos para a implementação das diretrizes previstas na Política Nacional do Idoso, não se tratando, assim, de um órgão facultativo. Desta forma, não fica a critério do Chefe do Poder Executivo a criação e implementação dos Conselhos, estando o mesmo vinculado a esta ação, de modo que, ao se verificar que não existe conselho municipal do idoso em algum município da Comarca, deve o Promotor de Justiça adotar as providências cabíveis para a solução do problema.

Passo nº 2: Instaurar inquérito civil para fins de criação do conselho municipal de direitos da pessoa idosa (ver modelo constante do CD), anexando ao mesmo o ofício enviado, conforme sugestão do 1º passo e a sua respectiva resposta, marcando uma audiência na Promotoria, para a qual deverão ser chamados o Prefeito, o secretário de ação social e o Presidente da Câmara, com vistas a tratar da necessidade de criação e implementação do conselho municipal do idoso e do fundo municipal do idoso.

A obrigatoriedade de sua criação e implementação decorrem do dispositivo constitucional acima transcrito (art. 204, II), que impõe a necessidade de participação da sociedade na gestão pública. Especificamente na área de defesa do idoso, a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94) estabelece que tais órgãos (conselho nacional, estadual e municipais) são órgãos permanentes, conforme se verifica pela leitura do art. 6º:

“Os conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos, compostos por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área”.

Além disso, tanto a Política Nacional do Idoso quanto o Estatuto do Idoso impõem atribuições aos Conselhos, esclarecendo qual o papel dos mesmos, de modo que não há como se extrair interpretação diversa que não seja a da sua imprescindibilidade.

“Art. 7º do Estatuto do Idoso: “Os Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, previstos na Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994, zelarão pelo cumprimento dos direitos do idoso, definidos nesta Lei”.

Passo nº 3: Na audiência referida no 2º passo, o Promotor de Justiça deve falar sobre a imprescindibilidade do conselho municipal do idoso e a sua importância para a defesa dos

direitos desta parcela da população, apresentando modelo de termo de ajustamento de conduta a ser celebrado com o Prefeito para a discussão dos prazos constantes nas cláusulas (ver modelo constante do CD), podendo ou não ser marcada outra audiência.

O papel do Conselho é bastante abrangente, sendo imprescindível o seu conhecimento por parte da população. Em razão disso, sugere-se que o Promotor de Justiça realize uma audiência pública (mais adiante, será explicitado todo o processo para a realização da audiência pública) para a construção e o fortalecimento da rede de atendimento à pessoa idosa, tendo como objetivo principal a celebração de termo de ajustamento de conduta com o Prefeito, no qual este se comprometa à criação e implementação do conselho municipal do idoso e do fundo municipal do idoso, além de disponibilizar recursos no orçamento para a manutenção dos mesmos.

Passo nº 4: Na audiência acima mencionada, o Promotor comunica ao Prefeito que irá convocar uma audiência pública (ver modelo de edital de convocação no CD) para a discussão da temática do idoso, sendo o termo de ajustamento de conduta assinado com o Prefeito, neste evento, diante da população.

A realização da audiência pública é de suma importância, pois coloca a temática do idoso em foco naquele Município, além de mostrar à população a importância do conselho municipal de direitos, conclamando para que a sociedade se sensibilize e se mobilize, por meio das entidades existentes no Município (igrejas, instituições de longa permanência para idosos, sindicato de aposentados, entidades que trabalhem no atendimento ao idoso, associações de bairro, entre outras), para participar ativamente do conselho do idoso, inscrevendo-se para fazer parte do Conselho (o processo de escolha será melhor explicado adiante).

O que é o Conselho de Direito da Pessoa Idosa e qual o seu papel?

O Conselho de Direitos da Pessoa Idosa é um instrumento de controle democrático das ações voltadas para o idoso, sendo incontestável a sua importância para a efetivação dos direitos desta parcela da população, tendo em vista o seu dever de zelar pelo cumprimento destes direitos, conforme preconizado pelo Estatuto do Idoso (art. 7º).

É um órgão permanente, autônomo, paritário (com o mesmo número de representantes governamentais e não governamentais), consultivo, deliberativo, formulador e controlador das políticas públicas e ações voltadas para o idoso no âmbito da instância governamental que representa (Município, Estado ou União), não havendo para o Conselho qualquer condição de subordinação para com o Município.

O Conselho Municipal do Idoso tem inúmeras atribuições, estando algumas delas dispostas em lei, como por exemplo:

- Zelar pelo cumprimento dos direitos do idoso (art. 7º do EI);
- Supervisionar, acompanhar, fiscalizar e avaliar a política Nacional do Idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas – no caso, o Município (art. 7º da Lei n. 8.842/94);
- Estabelecer o limite de participação de custeio por parte dos idosos na instituição de longa permanência filantrópica em que estiverem abrigados, não podendo exceder a 70% (setenta por cento) de qualquer benefício previdenciário ou assistencial percebido pelo idoso (art. 35, § 2º do EI);

- Realizar o registro das entidades de assistência ao idoso existentes no Município, bem como a inscrição dos programas das entidades governamentais e não governamentais (art. 48, parágrafo único do EI);
- Fiscalizar as entidades governamentais e não governamentais de atendimento ao idoso, juntamente com o Ministério Público e a Vigilância Sanitária (art. 52 do EI).

Em razão do seu caráter fiscalizatório e de defesa de direitos, o Estatuto do Idoso o colocou como órgão destinatário de denúncias de casos de maus tratos praticados contra o idoso (art. 19, III).

Ressalte-se que o Conselho de Direitos da Pessoa Idosa é um órgão de promoção e de defesa dos direitos desta parcela da população, sendo lícito ao mesmo a realização de quaisquer atividades com este propósito, como por exemplo:

- Promover e apoiar eventos alusivos à pessoa idosa no município;
- Promover e apoiar seminários e debates sobre questões que julgar importantes;
- Acompanhar e fiscalizar os programas desenvolvidos pelo município na área do idoso;
- Elaborar proposições objetivando aperfeiçoar a legislação municipal, no tocante à defesa do idoso.

Ressalte-se que o grande diferencial dos conselhos de direito está no seu papel deliberativo, pois, ao exercê-lo, está-se garantindo a efetiva participação da sociedade na definição das políticas de atenção ao idoso. Isto porque o conselho é formado por representantes da sociedade e por representantes do Poder Público que, em reunião, deliberam, por exemplo, pela necessidade de desenvolvimento de uma política que beneficie os idosos que não têm como se sustentar e nem onde viver, vinculando o Município à construção desta política pública. Nada melhor do que os representantes da sociedade que atuam em entidades de assistência ao idoso para conhecer os problemas existentes.

Nesta linha de atuação, os conselheiros têm o papel de:

- Indicar as prioridades existentes para a garantia dos direitos da população idosa, a fim de que sejam as mesmas previstas no orçamento municipal;
- Participar ativamente da elaboração das políticas públicas de atendimento ao idoso, velando pela sua inclusão nas peças orçamentárias municipais (Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA), observando se a dotação destinada para o desenvolvimento das ações é compatível com as reais necessidades e prioridades estabelecidas;
- Acompanhar e fiscalizar a execução do PPA, LDO e LOA, zelando para o efetivo desenvolvimento das ações e investimentos dos recursos previstos.

Composição e processo de escolha do Conselho de Direitos da Pessoa Idosa

Para a regular existência deste órgão, ele há de ser criado por lei. Portanto, a primeira cláusula do termo de ajustamento de conduta é o compromisso do Prefeito em enviar o projeto de lei que cria o conselho municipal do idoso para a Câmara de Vereadores.

IMPORTANTE: Após a celebração do termo de ajustamento de conduta, o Promotor deve fiscalizar o cumprimento das cláusulas ajustadas e dos prazos acordados, verificando

se os passos seguintes estão sendo realizados.

Passo nº 5: O Prefeito deve encaminhar à Câmara de Vereadores o projeto de lei (modelo de projeto de lei constante do CD) para a criação do conselho municipal de direitos da pessoa idosa.

Como já foi dito, o conselho de direitos é um órgão que conta com a participação da sociedade, sendo composto por representantes do Poder Público e por representantes da sociedade (metade daqueles e metade deste), de forma a garantir a paridade. Por ser híbrido, ele não pode ser qualificado como um órgão público e nem como órgão privado.

Não existe um número específico para a composição do conselho de direitos, como se tem com relação ao conselho tutelar (que só pode ter cinco membros), pois vai depender da realidade de cada Município, a depender da quantidade de Secretarias que tenham afinidade com a área e a quantidade de instituições existentes no Município que promovam a tutela daquele segmento, no caso, a pessoa idosa. Porém, a única exigência é que a quantidade de conselheiros seja em número par, de forma a garantir a paridade de conselheiros representantes do Poder Público e representantes da sociedade civil.

No que se refere aos representantes do Poder Público, é primordial que haja um assento para a secretaria de educação, secretaria de saúde, cultura e esportes (caso haja uma pasta autônoma), ação social, obras, administração e finanças, tendo em vista a importância dessas áreas para a realização de políticas em favor da pessoa idosa. Todavia, nada impede que esse número seja aumentado ou diminuído, a depender do porte do Município, sabendo-se que, independente da quantidade de assentos para o Poder Público, será destinado o mesmo número de assentos para os representantes da sociedade civil.

Os conselheiros representantes do Poder Público serão indicados pelos Prefeitos. Por isso, é importante sensibilizar o Chefe do Executivo para que o mesmo indique pessoas, dentro das secretarias respectivas, que tenham afinidade e experiência na área de defesa da pessoa idosa, como forma de fortalecer o órgão colegiado. Caso contrário, teremos apenas um conselho criado formalmente, onde os seus integrantes não possuem nenhum interesse ou capacidade para lidar com as questões a eles afetas.

Os representantes do Poder Público são escolhidos por indicação do Prefeito e os representantes da sociedade civil são eleitos em fórum específico para tanto, em processo adiante explicitado.

Ao ser aprovada a lei de criação do conselho de idoso, o Município deverá nomear uma comissão para fins de organização do processo de escolha das entidades não governamentais que integrarão o conselho municipal dos direitos da pessoa idosa.

Passo nº 6: O Prefeito deve nomear uma comissão (modelo de decreto de criação da comissão constante do CD) que se encarregará de mobilizar as entidades não governamentais para participação no processo de escolha das entidades que terão assento no conselho municipal de direitos da pessoa idosa.

A comissão deve mobilizar todas as entidades não governamentais que direta ou indiretamente atuem na defesa, proteção e promoção dos direitos do idoso, com atuação no Município, tais como fundações, associações, sindicatos, organizações religiosas, ONGs e outras, para participação do processo de escolha das entidades que terão assento no

conselho municipal do idoso³⁴.

Para tanto, a comissão deve estabelecer e divulgar um prazo para que as entidades não governamentais que tenham interesse em fazer parte do conselho municipal dos direitos da pessoa idosa possam se inscrever perante a comissão, a fim de que estejam habilitadas para serem votadas na assembleia de escolha dos conselheiros representantes da sociedade civil.

Obviamente, não é qualquer entidade que poderá fazer parte do conselho de direito da pessoa idosa. Por exemplo, uma entidade que atue na defesa de crianças de 0 a 6 anos, não tem nenhuma afinidade com a temática do idoso. Portanto, somente deverão ser aceitas entidades que atuam direta ou indiretamente na defesa, promoção ou proteção da pessoa idosa. Não é necessário que seja uma entidade que trabalhe especificamente com idosos, até porque em Municípios menores elas não existem, sendo possível a participação de entidades religiosas, associações de bairro, universidades e faculdades (onde existir), sindicato de aposentados, entre outras que, indiretamente, atuam em defesa dos idosos.

A experiência demonstra que a presença forte de um conselho de direitos estimula a criação de entidades não governamentais na defesa da pessoa idosa ou da criança e adolescente, conforme seja o conselho. Assim, é comum que nos primeiros mandatos do conselho somente existam entidades genéricas e, posteriormente, o conselho seja ocupado por entidades específicas de defesa do idoso.

Além deste critério, a comissão deverá exigir também um tempo mínimo de funcionamento e atuação naquele Município (geralmente é de 01 ano), além de outros critérios dispostos na lei que criou o conselho municipal de direitos da pessoa idosa. Obviamente, tais critérios devem ser divulgados quando do período de inscrições.

Finalizadas as inscrições, a comissão deve se reunir para analisar os requerimentos das entidades, observando o preenchimento dos requisitos exigidos. Divulgadas as entidades que se encontram habilitadas, é marcada a assembleia para a realização do processo de escolha.

Passo nº 7: A comissão marcará dia, hora e local para a realização da assembleia de escolha e publicará edital convidando as entidades para participação (modelo de edital de convocação da assembleia no CD), dando ampla divulgação da data, horário e local do evento, das regras para a inscrição, votação e escolha dos candidatos. Todas as peças necessárias para o processo de escolha (ata, cédula de votação, entre outras, se encontram no CD).

Nesta assembleia, serão escolhidas as entidades e não as pessoas, pois cada entidade, internamente, decidirá quem dos seus membros a representará no conselho. Porém, é necessário que, no dia da assembleia, seja informado quem serão as pessoas que representarão aquela entidade no conselho (no caso, o titular e o suplente), para que todos possam ter conhecimento antes da votação.

Somente podem votar e ser votadas as entidades habilitadas, e cada representante da entidade poderá votar em até o número de assentos reservados para a sociedade civil.

³⁴ Um dos fatores importantes para a realização da audiência pública é que a sociedade civil será sensibilizada e mobilizada, antecipadamente, para a importância do conselho municipal de direitos da pessoa idosa, tomando conhecimento que será formado um conselho naquele Município e, que aquela, através das entidades que representa, terá assento no mesmo.

Eleitas as entidades da sociedade civil que irão compor o conselho e indicados os representantes governamentais, o Prefeito editará um decreto nomeando os conselheiros e aprazará data para a posse dos mesmos.

Passo nº 8: O Prefeito nomeará os conselheiros que representarão o Poder Público e os representantes da sociedade civil eleitos em assembleia, dando posse aos mesmos (modelo de decreto no CD), além de dotar o conselho da estrutura logística e operacional necessária para o seu funcionamento.

A função de conselheiro é gratuita, tendo os mesmos um mandato de 02 (dois) anos, sendo admitida uma recondução.

É importante que todos os Conselheiros tenham efetiva representatividade de seus órgãos e entidades, um bom nível de escolaridade, disponibilidade de tempo para dedicar-se aos trabalhos do Conselho, idoneidade e muito empenho e compromisso com a proteção integral ao idoso e em trabalhar pela melhoria do seu atendimento.

Os Conselheiros que representam o Governo devem ter conhecimento de sua área de atuação e autonomia para a tomada de decisões. Aqueles que representam a sociedade civil devem manter-se sintonizados com as demais organizações sociais (por intermédio de encontros, reuniões, estudos, assembleias etc.), para que sua representatividade seja real e esteja atualizada com os anseios e necessidades da população, tendo a capacidade de propor soluções e tomar decisões frente aos problemas apresentados ao Conselho. Ambos devem velar por um intercâmbio de informações que visem à construção de uma política de atenção ao idoso construída com base em suas necessidades e prioridades.

É de extrema importância que os conselheiros empossados sejam capacitados sobre os direitos do idoso, o funcionamento do conselho, as atribuições dos conselheiros, sendo importante a participação do Promotor de Justiça nesta capacitação, além de solicitar o apoio do conselho estadual do idoso, que sempre participa dessas capacitações proferindo palestras necessárias ao aperfeiçoamento dos novos conselheiros.

Passo nº 9: O Promotor de Justiça deve entrar em contato com o CAOP Inclusão para que este organize, juntamente com o conselho estadual do idoso, uma capacitação para os conselheiros empossados, devendo o Promotor solicitar o apoio da secretaria de ação social para que a mesma preste todo o apoio logístico e estrutural necessário para a realização do curso.

Empossados, os conselheiros marcarão reunião para escolha do Presidente e início dos trabalhos, devendo os mesmos elaborar o seu Regimento Interno (modelo constante do CD).

Ressalte-se que é necessário que o conselho disponha de um mínimo de estrutura para seu bom funcionamento como: instalações fixas e adequadas cedidas pelo Poder Público Municipal, móveis necessários, computador, impressora, telefone e outros que se fizerem necessários. Todo o suporte de material de expediente e estrutura necessária para o desenvolvimento das atividades fica a cargo de uma Secretaria que, geralmente, é a Secretaria de ação social/assistência social/promoção social, ficando as despesas de manutenção do conselho municipal dos direitos do idoso inseridas dentre as ações da respectiva secretaria nas leis orçamentárias. Todavia, tal situação não gera nenhuma espécie de subordinação.

Fundo Municipal dos Direitos da Pessoa Idosa

Além das atribuições dos conselheiros já explicitadas anteriormente, tem os mesmos a função de gerir os recursos do fundo municipal do idoso. Este é um instrumento indispensável para a tutela eficiente dos direitos da pessoa idosa, visto que o mesmo se destina ao atendimento às políticas, programas e ações voltadas ao atendimento ao idoso.

Este fundo é criado por lei (aproveita-se a mesma lei que cria o conselho do idoso para também criar o fundo) e somente pode ser destinado para o atendimento das políticas especiais de atenção ao idoso. Isto porque as políticas básicas de saúde, educação, entre outras, como comprar remédios, por exemplo, devem ser custeadas pela secretaria municipal de saúde.

Portanto, trata-se de um fundo especial, onde deve ser criada uma conta específica para o depósito dos recursos. Ressalte-se que, no termo de ajustamento de conduta a ser celebrado com o Prefeito, constam as cláusulas específicas para as providências a serem adotadas com relação ao fundo.

Assim, após a sanção da lei que cria o conselho municipal do idoso e o respectivo fundo, o Prefeito deverá editar um decreto regulamentando o fundo municipal do idoso (modelo constante do CD), determinando a abertura de conta corrente específica.

Cabe ao município a destinação de recursos para o fundo especial, cabendo a previsão de recursos na lei orçamentária, constituindo o fundo unidade orçamentária própria.

A decisão sobre como serão aplicados os recursos do fundo cabe ao conselho municipal do idoso, por meio de deliberação em reunião, atendidas as prioridades existentes. Desta forma, os conselheiros deverão elaborar um plano de ação onde constarão quais as maiores necessidades para o ano seguinte e, com base nas ações prioritárias, será elaborado um plano de aplicação onde será deliberado quanto será destinado para cada ação atendendo, para a distribuição de recursos, também o critério das maiores necessidades naquele Município.

Após a elaboração e aprovação dos planos de ação e aplicação, o conselho publicará edital para que as entidades de atendimento ao idoso que já estão registradas perante o conselho³⁵ apresentem projetos nas ações indicadas no plano de ação, a fim de que os mesmos sejam custeados com os recursos do fundo. Não será custeado nenhum projeto cuja ação não tenha sido eleita pelo conselho como prioritária.

Obviamente, todo esse processo de elaboração de plano de ação e aplicação e publicação de edital somente ocorrerá quando o fundo já possuir recursos para custear projetos.

O Fundo tem como fontes de recursos a dotação orçamentária do governo, transferências de outras esferas governamentais; as doações de pessoas físicas ou jurídicas; as multas previstas na Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso); as multas aplicadas pela

³⁵Para a concessão do registro, a entidade deve encaminhar toda a documentação necessária (estatuto, CNPJ, atas, etc) informando que tipo de serviço é prestado, horário de funcionamento, quantas pessoas são atendidas, entre outros, e, com isto, o conselho fará uma visita para conhecer a entidade e, então, em reunião, deliberará pelo registro ou não da mesma.

autoridade judiciária no caso de irregularidade em entidade de atendimento ao idoso; a multa aplicada pela autoridade judiciária em decorrência do não cumprimento das determinações contidas na Lei 10.741/03 e demais legislação em vigor; a multa aplicada ao réu, nas ações civis públicas que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer; e a multa penal, aplicadas em decorrência da condenação pelos crimes do Estatuto do Idoso ou mesmo advindas de transações penais relativas à prática daqueles; entre outras formas de captação.

III – ORGANIZAÇÃO E ROTEIRO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

a) Preparação da audiência

Caso o Promotor deseje o apoio do CAOP Inclusão para a realização da audiência pública, inclusive para articular com o conselho estadual do idoso e órgãos estaduais de defesa do idoso para participação na audiência pública, é interessante que seja contactado, desde logo, o Centro de Apoio para que, inicialmente, sejam acordadas as possíveis datas para a realização da audiência pública, bem como para que este providencie o material necessário para a audiência (estatutos do idoso, entre outros para serem distribuídos aos participantes da audiência).

Na audiência marcada com o Prefeito, o Presidente da Câmara e o Secretário de ação social (explicitada no passo 2), o Promotor, após breve explanação sobre a importância do conselho do idoso, bem como sobre o desenvolvimento deste trabalho em todo o Estado do Rio Grande do Norte, comunicará que irá convocar uma audiência pública para discussão sobre a rede de atendimento ao idoso.

Nesta audiência, na Promotoria, a presença do Prefeito é imprescindível, tendo em vista que o termo de ajustamento de conduta será apresentado nesta oportunidade, informando que o mesmo será assinado na audiência pública.

A presença do secretário de ação social é também de suma importância, visto que será solicitado ao Município apoio logístico e estrutural para a realização do evento que, geralmente, fica a cargo desta secretaria. Assim, esta ficará a cargo da operacionalização da realização da audiência pública (local, som, mesa das autoridades, cadeiras, datashow, computador, pessoa para servir água, entre outras providências), solicitando que seja destacada uma equipe de apoio (duas pessoas) para o dia do evento. Além disso, tendo em vista que o conselho fica vinculado a esta pasta, é imprescindível o seu envolvimento desde o início do processo.

A presença do Presidente da Câmara também se faz necessária, tendo em vista que a primeira cláusula do ajustamento de conduta é o encaminhamento de projeto de lei para a Câmara dos Vereadores, sendo importante envolver o Legislativo neste processo.

Explicitado os papéis de cada um, agenda-se a audiência pública, conforme a disponibilidade de todos, onde se ressalta a indispensabilidade da presença dos mesmos, informando que os mesmos terão assento na mesa. Faz-se necessário que a audiência seja marcada com uma certa antecedência para que todas as providências possam ser tomadas.

Desde já, solicita que a secretaria de ação social divulgue amplamente a realização da audiência junto aos movimentos sociais e entidades existentes, grupos de idosos, centros

de convivências, entre outros, mobilizando os mesmos para que participem do evento.

Além do público de idosos, é muito importante a participação dos profissionais de saúde, assistentes sociais e psicólogos, tendo em vista as temáticas que serão abordadas na audiência pública.

A importância da presença das entidades não governamentais é fundamental haja vista que elas comporão o conselho municipal do idoso, sendo importantíssimo mobilizá-las para participar da audiência, a fim de despertar para a importância deste órgão colegiado no Município.

O Ministério Público dispõe de cartazes elaborados especificamente para a divulgação das audiências públicas, que devem ser afixados nos prédios públicos – Promotoria de Justiça, Fórum, Secretarias, Prefeitura, banco, postos de saúde, igrejas, rodoviária, associações comunitárias, centros de convivência, abrigos, entidades de defesa do idoso, clube de mães, hospital, casa da família (CRAS), entre outros locais de grande circulação. Além da afixação dos cartazes, deve ser dada ampla divulgação da audiência na rádio, jornal local, informes nas igrejas pelos padres e pastores, entre outras.

O Promotor de Justiça deve enviar convite para participação na audiência para as autoridades e entidades existentes, tais como: Prefeito, Secretários Municipais, Juiz da Comarca, Vereadores, líderes religiosos, Delegado de Polícia, gerente do banco, representante da pastoral da terceira idade, conselho municipal de assistência social, movimentos e associações em defesa da pessoa idosa, organizações não governamentais que trabalhem a temática do idoso, sindicato dos trabalhadores rurais, sindicato dos aposentados, diretor do hospital, Rotary Clube, Lyons Clube, profissionais do CRAS (casa da família), entre outras (no CD constam os modelos de ofício a ser enviados para as autoridades e entidades do Município).

Deve ser afixado na sede da Promotoria de Justiça, além do cartaz, o regulamento da audiência para que todos tenham conhecimento.

b) Realização da audiência

A idéia da realização da audiência pública é colocar em foco a discussão sobre a rede de atendimento ao idoso naquele Município, destacando a importância da criação do conselho municipal do idoso, culminando com a assinatura do termo de ajustamento de conduta com o Prefeito.

É extremamente importante que as secretarias exponham quais as políticas desenvolvidas em favor do idoso, sendo dado aos mesmos espaço de tempo para uma breve explanação (no modelo de ofício convite a ser enviado e constante do CD, há menção a essa necessidade).

Considerando que o Ministério Público do Rio Grande do Norte já vem desenvolvendo este trabalho, já existe uma articulação com o conselho estadual do idoso, a coordenação da política estadual do idoso da SETHAS e a CODDIM - coordenação de defesa da mulher e das minorias, onde as representantes deste órgão apoiam e participam da audiência proferindo palestras no referido evento.

A audiência pública é presidida pelo Promotor de Justiça da Comarca.

Sugere-se a seguinte sistemática para a realização da audiência pública:

- Abertura da audiência pelo Promotor da Comarca e Presidente da audiência: Fala sobre os objetivos da audiência;
- Palestra do Promotor da Comarca sobre “Direitos do Idoso” (o arquivo da palestra está disponível no CD);
- Palestra da Coordenadoria de Defesa da Mulher e das Minorias (CODIMM) sobre “Violência contra Idosos” ;
- Palestra do Conselho Estadual do Idoso sobre “Conselho do Idoso”;
- Palestra do CAOP Inclusão sobre “Rede de atendimento ao Idoso”;
- Assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta;
- Explicação das cláusulas do TAC pelo Promotor da Comarca;
- Fala do Prefeito;
- Fala do Presidente da Câmara;
- Abre a oportunidade para os secretários municipais;
- Abre a oportunidade para o público para se manifestar;
- Encerramento da audiência.

IV – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Lei nº 8.842/94;
- Lei nº 10.741/03.

EMPRÉSTIMO CONSIGNADO PARA IDOSOS

Gerliana Maria da Silva Araújo

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Com o advento da Lei Federal nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, os aposentados e pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) passaram a ter direito a contrair empréstimos a serem pagos por meio de consignação ou retenção na folha de pagamento. Ou seja, os tomadores de empréstimo autorizam que as parcelas para pagamento do empréstimo sejam descontadas diretamente de seu benefício previdenciário.

Para que ocorra o empréstimo, o titular do benefício do INSS deve autorizar prévia, expressamente e por escrito, que a retenção ou consignação seja feita no próprio benefício previdenciário. O titular do benefício pode autorizar mais de um desconto, em favor de mais de uma instituição ou da mesma, mas o desconto máximo permitido é de 30% (trinta por cento) do valor do benefício. E a instituição que concederá o empréstimo deve ser conveniada com o INSS (conforme Instrução Normativa nº 28/2008 do INSS).

Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o INSS a proceder aos descontos de prestações em folha de pagamento, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato.

Quanto aos beneficiários, só podem obter o empréstimo o titular de aposentadoria (em qualquer uma de suas modalidades) e de pensão por morte. Já os benefícios que se enquadram sob a rubrica de pensão alimentícia, os assistenciais (neles incluídos os benefícios do LOAS) e os recebidos por representante legal do segurado (dependente, tutelado ou curatelado) não podem sofrer o desconto.

Tal norma facilitou por demais a obtenção de empréstimos por pessoas de baixa renda, notadamente aquelas que percebem apenas o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo. No entanto, tanta facilidade trouxe também vários prejuízos aos idosos, seja por meio de fraude das instituições financeiras, de seus funcionários ou os chamados “crediaristas”, seja por má-fé dos seus próprios familiares. Os casos mais correntes serão aqui expostos:

II. ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

- Os casos mais comuns de fraude na concessão do empréstimo ocorrem por meio do “crediarista” que visita os idosos em suas residências e oferece o empréstimo, sem prestar todas as informações necessárias ao idoso das consequências decorrentes do empréstimo, como, por exemplo, quanto à taxa de juros, prazo, valor a ser consignado. Muitas vezes, por desconhecimento, por ingenuidade ou por ter sido coagido, o idoso apenas assina o termo de contrato do empréstimo, sabendo apenas o valor que vai receber com o empréstimo. A partir do momento em que se iniciam os descontos, o beneficiário comparece ao Ministério Público para dizer que não tinha claro conhecimento sobre as

regras do contrato.

Chegando tal fato ao conhecimento do Promotor de Justiça, pode se instaurar um inquérito civil, no âmbito da proteção ao consumidor, e adotar as seguintes providências:

- a) Inicialmente, colher as declarações de pessoas que se sentiram lesadas, para que esclareçam a data em que formalizaram o empréstimo, que documentos permaneceram em seu poder relativos ao empréstimo, que informações lhe foram prestadas pelo “crediarista”, se já receberam o valor correspondente do empréstimo, o valor do benefício que percebem, e os valores descontados. Na oportunidade, deve-se solicitar cópia do contrato, dos documentos que foram entregues pela instituição financeira ao beneficiário, cópia do extrato da conta bancária onde foi depositado o empréstimo e onde estão sendo descontadas as parcelas, a fim de instruir o procedimento investigativo;
- b) Proceder à oitiva também dos crediaristas responsáveis pela celebração dos contratos para que informem que documentos foram exigidos dos beneficiários, que documentos lhe foram entregues e como se procedeu a negociação para formalização do empréstimo;
- c) Requisitar à instituição financeira cópia dos contratos firmados pelos beneficiários;
- d) Requisitar ao INSS extrato da conta do beneficiário com o valor obtido com o empréstimo pelo beneficiário, o valor das prestações, o número das prestações e se houve a cobrança de outros encargos financeiros.

Em havendo um número considerável de beneficiários, e sendo eles idosos, deverá o Promotor de Justiça ingressar com uma ACP para declarar nulos os contratos firmados até então, com amparo nos arts. 39, 46, 51 e 52, do Código de Defesa do Consumidor, ou deverá encaminhá-los à Defensoria Pública para que maneje a ação (caso não esteja configurado direito transindividual). De todo modo, faz-se necessária uma recomendação para as instituições financeiras que frequentemente realizam empréstimos no município de abrangência da Comarca, para que, ao celebrar esse tipo de contrato, destaquem o percentual de juros cobrados ao mês, os valores em moeda corrente a título de juros e comissões, o número de parcelas e o montante tomado em empréstimo, tudo em linguagem clara e direta³⁶. Pode-se também firmar o ajustamento de conduta com a cominação de multa por cada contrato feito em desacordo com a obrigação assumida pelo compromitente.

Não sendo atendida a Recomendação ou não se aceitando celebrar o TAC, pode-se ingressar com ACP, para o mesmo fim.

- Empréstimos realizados sem a anuência do beneficiário idoso. Tal caso ocorre quando o idoso é surpreendido com o desconto em seu benefício sem que em momento algum tenha autorizado o empréstimo.

Nesse caso, sugere-se o seguinte:

- a) De início, pode o Promotor de Justiça instaurar procedimento preparatório (ou inquérito civil) a partir do termo das declarações prestadas pelo idoso, na Promotoria, com identificação de seu nome completo, data de nascimento, local de nascimento, nome dos pais, número do benefício do INSS (se houver), e cópia dos descontos de seu benefício;

³⁶ Podendo ser aplicadas as regras constantes do “Manual de Redação da Presidência da República”, que adota o espaçamento duplo entre linhas e a letra “Times New Roman”, tamanho 12.

b) Requisitar ao INSS extrato da conta do idoso, informando o valor obtido com o empréstimo e as parcelas, além de enviar cópia do documento encaminhado pela instituição financeira que comprova a celebração de contrato com o idoso para a consignação do pagamento;

c) Requisitar à instituição financeira que envie todos os documentos referentes à feitura do contrato de empréstimo consignado pelo idoso, informando o CNPJ do correspondente bancário e/ou o nome do agente que deu causa ao contrato irregular (a obrigação de fornecer estas informações consta no art. 48, § 3º da IN 28 do INSS). A partir das respostas, serão as soluções diferentes.

2.1 – A primeira hipótese é a de que o idoso tenha mesmo feito o empréstimo, mas depois tenha desistido, sem formalizar, contudo, sua desistência. Nesse caso, considerando que o valor já foi recebido, e que nenhuma ilegalidade foi encontrada, deverá o Promotor de Justiça encaminhar o idoso para a Defensoria Pública para tentar modificar as cláusulas da forma de pagamento, rescindir o contrato com a devolução do dinheiro ou tentar outra medida que lhe seja mais conveniente. Caberá ao Promotor de Justiça arquivar o procedimento na própria Promotoria de Justiça por inexistência de fundamento para propositura de ação civil pública, haja vista a ausência de lesão aos direitos coletivos ou individuais indisponíveis dos idosos.

2.2 – A segunda hipótese é a de que um familiar do idoso tenha feito o empréstimo em seu nome. Nesse caso, deverá o Ministério Público ingressar com a ação de anulação de ato jurídico cumulado com o pedido liminar de suspensão imediata dos descontos, como substituto processual do idoso, em razão de sua situação de risco, haja vista que houve o comprometimento de sua renda básica, destinada à sua sobrevivência, a partir de ação de seus próprios familiares. Tal fato também ensejará a requisição de inquérito policial à autoridade policial para apuração do crime previsto no art. 102 (ou 106, 107) do Estatuto do Idoso.

2.3 – A terceira hipótese é a de que o idoso não tenha feito – nem ninguém em seu nome – qualquer empréstimo. Aqui, possivelmente, um dos funcionários da instituição financeira tenha fraudado o contrato, a partir de informações que obteve do idoso, sem que ele sequer tenha anuído com o empréstimo. Poderá então o Promotor de Justiça ingressar com a ação de anulação cumulado com o pedido liminar de suspensão imediata dos descontos, como substituto processual do idoso, ou encaminhá-lo à Defensoria Pública (arquivando-se o procedimento – não sendo o caso de atuação ministerial), além de requisitar a instauração de inquérito policial, inclusive com possibilidade de representação para decretação de prisão preventiva – se houver indícios de que tal prática possa ser repetida –, em face do funcionário que fraudou o documento, pela prática do crime capitulado no art. 171 (ou 298, 299, 304) do Código Penal.

Em todos estes casos, deverá o Representante Ministerial proceder ao registro da reclamação na Ouvidoria do INSS, pelo e-mail ouvidoria@previdencia.gov.br (por meio do site www.previdenciasocial.gov.br – Ouvidoria Geral – Fale com a Ouvidoria – Assunto: Atendimento Bancário) para que o INSS possa requisitar à instituição financeira a comprovação documental da regularidade dos descontos, pois, se constatada a irregularidade da operação ou o desconto indevido, aquela terá dois dias úteis para devolver ao beneficiário a quantia descontada, sendo desnecessário o ajuizamento de ação judicial para o mesmo fim.

III – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL.

Quanto ao dever do Promotor de Justiça de ingressar com as ações, como substituto processual do idoso, válidas algumas considerações: O Ministério Público poderá atuar como substituto processual do idoso, no âmbito dos direitos individuais dos idosos, quando o direito em cotejo tratar-se de defesa dos interesses sociais ou direitos individuais indisponíveis, a partir das premissas encartadas nos arts. 127 e 129, III, da Constituição da República. Além da relevância e/ou da indisponibilidade do direito, exige-se também a situação de risco, consoante hipóteses delineadas no art. 43 do Estatuto do Idoso, posto que a finalidade da atuação do *Parquet*, nestas demandas individuais, é justamente reverter a situação de risco em que se encontra o idoso.

Particularmente, quanto aos empréstimos realizados por meio do INSS, observa-se que, de um lado, está-se a tratar, muitas vezes, da única renda do idoso e, por via de consequência, de sua sobrevivência, de sua dignidade, de sua preocupação em não ter como se manter, de sua paz, tão tênue e tão almejada na velhice; mas, por outro, não deixa de ser patrimonial, e, portanto, disponível. Assim, deverá o Agente Ministerial analisar cada caso, e, se o fato abranger grande número de idosos (o que pode caracterizar o interesse coletivo), for praticado pelos próprios familiares do idoso (o que pode agravar ainda mais a situação de risco) ou tiver grande relevância social, deverá o próprio Promotor de Justiça ingressar com as ações cabíveis, conforme previsão dos arts. 74, inciso II, e 82, da Lei 10.741/2003.

Em assim não entendendo, poderá remeter o caso para a Defensoria Pública, que detém a atribuição de defesa dos necessitados.

Sobre o assunto, destaque-se que a atribuição do Ministério Público nos casos que envolvam os direitos dos idosos aqui referidos também encontram guarida nos arts. 1º, inciso IV, e 21, da Lei 7.347/85; art. 25, inciso IV, “a”, da Lei 8.625/1993; art. 81, parágrafo único da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

A posição dos Tribunais Pátrios tem se inclinado para o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público como substituto processual do idoso quando se tratar de direito coletivo, com resultado abrangente aos idosos em geral. No caso de ser substituto processual de apenas um idoso, só se reconhece a legitimidade quando o direito pleiteado é fundamental (como no caso clássico de fornecimento de medicamento) e o idoso se encontra em situação de risco.

Por derradeiro, há de se registrar que, se restar verificado que o empréstimo foi contraído acima do valor permitido (comprometendo mais do que 30% do valor do benefício) ou sem a comprovação da autorização expressa do beneficiário, indicando haver a participação do INSS no ilícito, o procedimento deverá ser remetido para o Ministério Público Federal, que possui atribuição para as causas envolvendo a instituição autárquica previdenciária, a teor do que dispõe o art. 109, inciso I, da Constituição da República.

Semelhante medida deverá ser adotada quando o empréstimo tiver sido obtido junto à Caixa Econômica Federal que, por ser empresa pública federal, também é processada e julgada perante a Justiça Federal.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

- Constituição Federal;
- Lei nº 10.741/03;
- Lei nº 7.347/85;
- Lei nº 8.625/93;
- Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A SAÚDE DA PESSOA IDOSA

Iadya Gama Maio

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Incumbe ao Ministério Público, nos termos dos artigos 127 e 129, II e III, da Constituição Federal, o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição e a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A saúde é um serviço de relevância pública, um dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados a todos e dever do Estado, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal que reza “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

A Lei Federal nº10.741/2003(Estatuto do Idoso) garantiu o direito a atenção integral à saúde, destinando o capítulo IV, artigos 15 a 19.

Em seu artigo 3º, parágrafo único, prevê que o idoso tem direito à prioridade absoluta, compreendido este como o atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, a preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas específicas, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso e garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social.

Ainda, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 15, assegura ao idoso a atenção integral a sua saúde, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

Objetivando atingir as diretrizes acima mencionadas, deve o Promotor de Justiça buscar a implementação, em sua Comarca, das seguintes medidas, dentre outras:

- Garantia de atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;
- Garantia de oferecimento pelo poder público de exames e de fornecimento de medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim, como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação;
- Garantia ao direito a acompanhante em hospitais e congêneres;
- Garantia de não discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade;
- Garantia ao direito preferencial no atendimento, com exceção somente nos casos de

urgência ou emergência;

- Garantia de um bom funcionamento dos próprios serviços de saúde e prezar pela articulação da rede.

Se uma pessoa idosa apresentar ao Promotor de Justiça da Comarca de sua residência a narrativa de uma situação violadora do seu direito de acesso à saúde, é importante que o membro do Ministério Público procure observar o seguinte:

- 1) Se a situação for meramente individual, temos que verificar se aquela pessoa encontra-se em situação de risco prevista no artigo 43 do Estatuto do Idoso³⁷, oportunidade em que estaria autorizada a atuação Ministerial, inclusive como substituto processual. Caso tenha família, não se encontrando desassistida ou abandonada, poderá ser orientada a procurar um advogado particular ou uma advocacia gratuita, como Defensoria Pública ou Práticas Forenses das faculdades de Direito, principalmente quando se tratar de embate com os planos de saúde (saúde particular/contratual); e
- 2) No caso de a demanda ser de cunho coletivo ou difuso, mesmo que seja em relação ao descumprimento por parte do Poder Público de seu dever de prestar assistência à saúde às pessoas idosas, verificar se na Comarca existe alguma outra Promotoria que possua atribuições relacionadas com a saúde pública ou do Consumidor (planos de saúde, cláusulas abusivas, não cobertura de determinadas doenças, exames e procedimentos), uma vez que o problema poderá estar, na verdade, comprometendo a toda coletividade, deixando para atuar de uma forma residual, como por exemplo, na falta de um programa de assistência aos doentes de Alzheimer e Parkinson, que são doenças mais ligadas ao envelhecimento.

No campo penal, também podemos notar que com o advento do Estatuto do Idoso, novas figuras típicas intimamente ligadas à prestação da saúde surgiram, onde podemos citar:

Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

37

O Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003 – determina que compete ao Ministério Público instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos da pessoa idosa, conforme reza o **artigo 74**: Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;(…)III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei;(…)VII – zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;(…)”

Também verificamos a legitimidade do Ministério Público:“**Art. 79.** Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados ao idoso, referentes à omissão ou ao oferecimento insatisfatório de: I – acesso às ações e serviços de saúde; II – atendimento especializado ao idoso portador de deficiência ou com limitação incapacitante; III – atendimento especializado ao idoso portador de doença infecto-contagiosa; IV – serviço de assistência social visando ao amparo do idoso. Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses difusos, coletivos, **individuais indisponíveis** ou homogêneos, próprios do idoso, protegidos em lei.” Se o interesse for indisponível, como por exemplo, nos casos de ameaça à vida ou à saúde do idoso, deverá o Ministério Público atuar em sua proteção, podendo, na hipótese de não ser alcançada solução para o conflito na via administrativa, intentar ação judicial.

O artigo 82 da Lei Federal nº **10.741, de 1º de outubro de 2003**, prevê que para a defesa dos interesses e direitos protegidos por aquela Lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes.

Art. 100. Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa:

I – obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade;

II – negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho;

III – recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, a pessoa idosa;

IV – deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

V – recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Constituição Federal de 1988;
- Lei nº 8842/94 - Política Nacional do Idoso;
- Lei nº 8.080/90;
- Lei nº 10.741/2003-Estatuto do Idoso;
- Lei nº 10.048/00;
- Lei nº 10.098/00;
- Decreto nº 5296/04;
- Portaria nº 399/GM, Ministério da Saúde, de 22 de fevereiro de 2006, que divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do referido Pacto³⁸;
- Portaria nº 2.528/GM, Ministério da Saúde, de 19 de outubro de 2006, que aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa;
- Portaria nº 2.529/06 - Institui a Internação Domiciliar no âmbito do SUS.;
- Saúde - Medicamentos Excepcionais – Nova Portaria e Nomenclatura – O Ministério da Saúde editou a Portaria nº 2.981, de 26.11.2009, que trata do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, nova denominação para a antiga política do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, mais conhecida como “medicamentos excepcionais”, cuja dispensação é de responsabilidade do Estado do Rio Grande do Norte, por meio da UNICAT. A nova Portaria, revoga, dentre outras, a Portaria nº 2.577/2006;
- Saúde – Assistência Farmacêutica na Atenção Básica – Nova Portaria – Do mesmo modo, foi também editada a Portaria MS nº 2.982, de 26.11.2009, que trata das normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. Com o advento da nova portaria, fica revogada a de nº 3.237/2007;
- Protocolos Clínicos de Tratamento de Osteoporose, Parkinson e Alzheimer.
- http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1391

38

As prioridades do PACTO PELA VIDA e seus objetivos para 2006 são: SAÚDE DO IDOSO: Implantar a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, buscando a atenção integral.

A TUTELA DA EDUCAÇÃO, CULTURA E LAZER DA PESSOA IDOSA

Fladja Raiane Soares de Souza

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A Constituição Federal diz que é dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.(art. 230). Na mesma linha, a Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei nº 8.842/1994, tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. (arts. 1.º e 3.º, I). Assim, devem ser cobradas e estimuladas atividades integrativas de caráter comunitário, que se efetivam por meio de atividades na área da educação, da cultura, do lazer ou do esporte.

O Estatuto do Idoso, seguindo essa linha, também deixa expresso em diversos dispositivos o direito à educação, cultura e lazer para os idosos, contemplando o Capítulo V para tratar de tais direitos. No art. 20, é expresso que o idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.

É evidente a preocupação do constituinte e do legislador em deixar mais que expresso o direito à participação social do idoso, e que este detém, além do direito a abrigo, remédios, e amparo social, também direito à educação, cultura, esportes e diversões, posto que, infelizmente, em razão do desrespeito e descaso da sociedade para com os idosos, estes acabam excluídos de atividades e eventos sociais. Outrossim, já encontramos atualmente alguns serviços e produtos preocupados com as ditas condições peculiares da idade. E, muito embora ainda se dirijam para idosos de classes mais abastadas, o fato é que há um crescente número na população de idosos, e um mercado de consumo em expansão.

1.2. No que concerne especificamente à Educação, foi o Estatuto mais longe e impôs ao Poder Público a criação de oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados (art. 21). E, embora a Política Nacional do Idoso, Lei 8.842/94, já fizesse referência à criação de programas educacionais voltados aos idosos, ao que se observa, a LDBN, de 1996, não fez qualquer referência ao ensino voltado a idosos, mas tão somente, disciplinou a educação de jovens e adultos, por meio da qual se possibilitou que idosos fossem à escola. Ressalte-se, porém, que a Educação de Jovens e Adultos visa oferecer as séries do Ensino Fundamental e Ensino Médio, sendo modalidade diversa daquela proposta pela Lei nº. 8.842/94.

Mesmo na regulamentação da Lei 8.842/94, com o Decreto Federal nº 1.948/96, apenas constou que o programa educacional voltado ao idoso seria de responsabilidade do Ministério da Educação e do Desporto, em articulação com os órgãos federais, estaduais e municipais de educação.

De igual modo, o Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei 10.172/2001, também esqueceu da grande parcela da população idosa de brasileiros, que sequer possuía qualquer instrução.

Já o Estatuto foi mais expresso ao estabelecer, no art. 21, que “o Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação”, enfatizando com isso que cabe à escola se adequar para receber os idosos e não o contrário. Previu os cursos especiais para idosos, com conteúdo relativo a técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna (art. 21, § 1º), bem como assegurar a participação dos idosos nas comemorações de caráter cívico ou cultural, realçando que a presença do idoso na escola é bom para si e para as demais gerações, para transmissão de conhecimentos e vivências (art. 21, § 2.º).

Ainda devem ser inseridos, nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal, conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria (art. 22). Pretende o Estatuto que nos conteúdos básicos das instituições educacionais, quais sejam os currículos mínimos, estejam presentes nos níveis de educação estipulados pelo art. 21 da LDBEN (Educação Básica - Educação Infantil, Ensino Fundamental, Ensino Médio – e Ensino Superior).

Também é imposto ao Poder Público o apoio à criação de universidade aberta para as pessoas idosas (art. 25, primeira parte). Tal disposição já constou da Lei n.º 8.842/94, com a previsão de criação da universidade aberta para a terceira idade (art. 10, III, f). Atualmente, já existem diversos estabelecimentos do gênero, os quais têm função bem mais ampla que o serviço educacional, pois oferecem serviços de saúde, sociais e de lazer, servindo para integrar o idoso na sociedade, com mais qualidade de vida. São caracterizadas pela informalidade, não havendo disciplinas obrigatórias (o aluno é quem escolhe os cursos), nem rigidez na frequência, provas ou avaliações. Não integram o Ensino Superior, e, na maioria, não se exige escolaridade mínima do aluno, mas apenas que seja alfabetizado.

Também deve o Poder Público incentivar a publicação de livros e periódicos, de conteúdo e padrão editorial adequados ao idoso, que facilitem a leitura, considerada a natural redução da capacidade visual (art. 25, segunda parte). Assim, a norma exige não só o padrão editorial, como os conteúdos adequados, o que é algo estranho já que não existe um conteúdo especialmente adequado às pessoas idosas, por ser tal adequação eminentemente subjetiva. Outrossim, a norma é vaga, já que não estabelece percentuais para atendimento do padrão exigido no artigo, fazendo com que uma parte da tiragem das editoras saia com letra ou fonte ampliada. Assim, ainda se faz necessária uma melhor regulamentação, sendo cabível aí a atuação do Ministério Público, à exemplo de ACP proposta pelo MPF/SP, por meio da Procuradora Eugênia Fávero, em face da União, para regulamentação de prazos e condições para a publicação de obras em meio acessível às pessoas com deficiência.

1.2. Quanto ao acesso do idoso à Cultura e ao Lazer, o Estatuto reconhece aos idosos a liberdade de praticar esportes e divertir-se, atividades que certamente não tem idade-limite. A diversão pode ser obtida por meio da cultura, do lazer, de espetáculos e pelo próprio esporte, que proporcionam qualidade de vida.

A Constituição Federal menciona o lazer entre os direitos sociais do art. 6.º, bem como faz referência ao acesso à cultura (art. 215) e ao desporto (art. 217) como direitos garantidos a todos.

Lazer é sinônimo de sistema de recreio, traduzindo a idéia de espaço público reservado ao lazer ou recreação, que exprime uma necessidade urbana e como tal,

requer lugares apropriados, tais como jardins, parques, praças de esportes, praias, áreas verdes. É importante, pois, que tais áreas estejam adaptadas, em termos de acessibilidade, para que os idosos possam frequentá-las.

Tal é o que decorre do Estatuto do Idoso, que traz regra própria onde, mais que o reconhecimento da liberdade de praticar esportes e diversões, assegura o direito do idoso ao acesso a essas atividades, que devem respeitar as peculiaridades e condições da idade (art.20), devendo, por isso, os locais de atendimento esportivo e de recreação também estarem apropriados para recebê-los.

Pelo art. 3º, é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar a efetivação desses direitos ao idoso. O legislador também torna obrigação para as entidades de atendimento ao idoso promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer (art. 50, IX).

O Estatuto deu um grande passo para concretização desses direitos no art. 23, onde garante aos idosos um desconto de, no mínimo, 50% nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais. É inegável, também, a contribuição advinda da gratuidade nos transportes coletivos urbanos (art. 230, § 2.º da CF/88 e art. 39 do Estatuto), em face da difícil situação financeira de grande parte da população.

Outras ações para a implementação desses direitos, na área de cultura, esporte e lazer, são previstas no art. 10, inciso VII, da Lei 8.842/94, dentre as quais o incentivo para que os movimentos de idosos desenvolvam atividades culturais, bem como a criação de programas de lazer, esporte e atividades físicas que proporcionem a melhoria da qualidade de vida do idoso e estimulem sua participação na comunidade.

Ainda como meio de garantir o acesso do idoso à educação, cultura e lazer, o Estatuto determina que os meios de comunicação (jornal, televisão, cinema, rádio, internet, dentre outros) manterão espaços ou horários especiais voltados aos idosos, com finalidade informativa, educativa, artística e cultural, e ao público sobre o processo de envelhecimento (art. 24). De certo que alguns dos diversos veículos de comunicação possuem público segmentado, e a inserção de programa alheio a esses destinatários revela-se desprovida de razoabilidade, por desnaturar a opção editorial dos mesmos. Ademais, nem todos os veículos de comunicação estão sujeitos ao controle governamental. Assim a falta de cominação de sanção, no Estatuto, inviabiliza a coerção estatal, face à liberdade de expressão (art. 5.º, IX, CF). Já para os serviços de comunicação sujeitos à outorga estatal, mediante concessão, permissão ou autorização, como os de radiodifusão sonora, e de sons e imagens, o poder outorgante tem a faculdade de ditar regras, cabendo à ANATEL assegurar seu cumprimento (cf. Lei n.º 9.472/97).

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

No que se refere ao processo coletivo, o Estatuto do Idoso possui mais importância simbólica do que técnica, já que são poucas as inovações processuais veiculadas, posto que, mesmo que não houvesse o Estatuto do Idoso, o Ministério Público estaria legitimado para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais indisponíveis dos idosos. Outrossim, é imensa sua eficácia para a tutela dos direitos, seja para incrementar a atuação do Ministério Público, cuja legitimidade para a matéria decorre diretamente da Constituição, seja para conscientizar os idosos dos seus direitos e do papel do Ministério

Público na sua tutela.

Entretanto, em face da existência das interpretações restritivas, o art. 74, I³⁹, do Estatuto do Idoso assume particular importância, já que explicita, de maneira bastante didática, que o Ministério Público é legitimado para a defesa de direitos individuais homogêneos dos idosos, sendo importante observar que a redação do dispositivo não vincula o conceito de direitos individuais homogêneos com a nota da indisponibilidade.

Ressalte-se, ainda, que o Estatuto do Idoso, no art. 81, §1º, permite o litisconsórcio entre Ministérios Públicos, o que afasta tal ponto de discussões, tal como se deu em relação à defesa de outros direitos.

Inobstante seja impossível inventariar todos os temas que possam ser objeto de atuação do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos dos idosos, impende apontar algumas possibilidades de atuação.

Esta se dá, especialmente no campo da omissão administrativa, haja vista que, conforme observamos nos dispositivos acima, o Poder Público possui diversas obrigações impostas pelo Estatuto, para as quais o Ministério Público poderá ajuizar várias ações que visem a obrigar a atuação do poder público em favor dos direitos dos idosos. São exemplos ações coletivas para que sejam construídas entidades públicas de abrigo para idosos; para o adequado tratamento de doenças crônicas que atinjam idosos; para fornecimento de medicamentos; ação coletiva para efetivar o direito à educação do idoso; ação coletiva para garantir adequada locomoção para os idosos (acessibilidade) etc.

O acesso ao lazer e à cultura certamente é tema que merece a atuação do Ministério Público, tendo o Superior Tribunal de Justiça já reconhecido a legitimidade da instituição para o ajuizamento de ação coletiva visando a garantir o ingresso de aposentados gratuitamente em estádios de futebol, sob o fundamento de que o lazer dos idosos possui relevância social:

“Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Ingresso gratuito de aposentados em estádio de futebol. Lazer. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública” (RESP 242643 / SC – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJ 18.12.2000, p.00202).

Ainda, no que pertine ao cabimento de ACP em caso de omissão administrativa:

“Constitucional. Ação Civil Pública. Estatuto do Idoso - lei n.º 10.741/03. Município de Agudo. Construção de abrigo para idosos pelo município. Procedência na origem. Obrigação municipal, no entanto, condicionada a previsão orçamentária. Multa afastada. 1. Tendo o Município a obrigação constitucional e legal de edificar abrigo para seus idosos com base no artigo 230 da Constituição Federal e artigos 3º

³⁹“Art. 74. Compete ao Ministério Público: I - instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;”.

e 46, do Estatuto do Idoso, é de manter-se a decisão judicial nesse sentido. 2. No entanto, essa obrigação deve ficar condicionada à previsão orçamentária que é o instrumento de concretude das políticas públicas e que envolve a receita e a despesa municipal. 3. Preliminar afastada. Apelação provida. Sentença reformada, em reexame necessário.” (Apelação em Reexame Necessário Nº 70008257388, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Wellington Pacheco Barros, julgado em 26/05/2004).

Mesmo em relações de consumo pode haver a defesa dos direitos individuais homogêneos em matéria de idoso, inclusive por já haver expressa referência a essa categoria no Código de Defesa do Consumidor, e em outras leis que tratam de direitos individuais homogêneos, como o Estatuto da criança e do Adolescente, Leis Institucionais e o próprio Estatuto do Idoso, que se inseriu no sistema integrado de tutela coletiva do direito brasileiro. Na realidade, a defesa dos direitos individuais homogêneos é compatível com a Constituição, independentemente de previsão expressa.

Destaque-se, em especial, quanto aos direitos consumeristas, ações movidas pelo Ministério Público referentes a contratos de prestação de serviços em entidades de atendimento e de planos de saúde, inclusive com pedido de reparação de dano moral coletivo, dependendo da hipótese.

Também para a garantia de transporte gratuito dos idosos, que se insere dentre um dos meios que asseguram a participação social do idoso, a ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público tem se mostrado importante instrumento:

“Suspensão de Segurança. Indeferimento. Agravo Regimental. Estatuto Do Idoso. Transporte Coletivo. Reserva De Vagas e Descontos. Lesão à Ordem Jurídica, Administrativa e Econômica. Interesse Público. Equilíbrio Financeiro-Econômico dos Contratos. 1. De lesão à ordem jurídica não se há falar na excepcional via da suspensão de liminar ou de segurança, cujo resguardo se acha assegurado na via recursal própria (Suspensões de Segurança nº 909, 917 e 924). 2. Ao estabelecer um serviço de transporte de natureza assistencial em favor dos idosos de baixa renda o legislador exigiu, como condição de eficácia do dispositivo, a edição de legislação específica para regulamentar sua execução na integralidade. Inexistente esta, não se fala em eficácia do dispositivo legal. 3. O serviço de transporte coletivo rodoviário se realiza por ações de empresas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização firmados com o Poder Público. São portanto contratos administrativos nos quais, desde a celebração, deve estar prevista a forma de ressarcimento, pelo Estado, das despesas da empresa na execução do serviço público. 4. Agravo Regimental não provido.” (AgRg na SS 1411/DF – rel. Ministro Edson Vidigal - Corte Especial - DJ 06.12.2004, p. 178. No mesmo sentido: AgRg na SS 1404 / DF DJ 06.12.2004 p. 177).

Quanto às situações individuais, é de ver-se que, de regra, as que digam respeito a falta de oferta do acesso à educação, cultura e lazer ensejarão a atuação em prol de direitos coletivos, sendo possível ser firmado TAC com a entidade que recusa o direito para que o oferte nos termos da lei, bem como ser expedida Recomendação.

Tal se dá com mais frequência para os casos de recusa do direito ao descontos de pelo menos cinquenta por cento na entrada nos eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer. (art. 23, do Estatuto⁴⁰).

Nesse ponto, merece ser observado que o direito incide sobre o pagamento de metade do valor efetivamente cobrado. Assim, o argumento apresentado pelos promotores de eventos, de que a senha vendida antecipadamente já tinha um desconto de 50%, pelo que uma senha que é promocional não pode ser considerada como “o valor efetivamente pago pelo ingresso”, cuida-se, na verdade, de um mecanismo proposto para burlar à lei.

Assim, caso sejam vendidas senhas antecipadas com desconto, os idosos terão direito a pagar o correspondente à metade do valor da "senha antecipada", ou seja, caso o desconto seja de 50% (cinquenta por cento) para a aludida senha paga antecipadamente, estes devem pagar pelo correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor da entrada do espetáculo. É o que decorre da lei, sendo a interpretação dada pelos responsáveis pelos eventos uma interpretação restritiva e em prejuízo aos consumidores, que, como tal, e ante a sistemática do CDC, não tem cabimento.

A recusa, tal como já exposto, trata-se de prática abusiva, assim como também limitar a quantidade de ingressos disponíveis para os ditos descontos, o dia ou a hora, restringir setores do local, impor meio para a compra do ingresso. Desta feita, caso os promotores dos eventos estabeleçam bilheteria diferenciada para a compra de senhas com descontos, deve-se atentar para que seja assegurado um atendimento compatível com o dos demais cidadãos, evitando obstaculizar o acesso à referida entrada pelos idosos.

Por fim, é interessante lembrar que o Estatuto prevê no art. 96 o crime de discriminação à pessoa idosa, que pode ensejar, conforme o caso, a apuração criminal do fato:

Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade:

Pena - reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.

§ 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) se a vítima se encontrar sob os cuidados ou responsabilidade do agente.

III) LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Lei Federal nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994 – Política Nacional do Idoso;
- Lei Federal nº 10.048, de 08 de novembro de 2000 – Prioridade de atendimento;
- Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso;
- Decreto Federal nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004 – Regulamenta as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00;
- Lei Federal nº 11.126, de 27 de junho de 2005 – Direito do portador de deficiência

⁴⁰Art. 23. A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia;

- Decreto Estadual nº 44.008, de 13 de abril de 2005 – Regulamenta a Lei nº 15.083/04;
- Resolução ANVISA nº 283, de 26 de setembro de 2005 – Aprova o Regulamento Técnico que define normas de funcionamento para as Instituições de Longa Permanência para Idosos;
- Decreto Federal nº 5.934, de 18 de outubro de 2006 – Estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003.

IV) BIBLIOGRAFIA.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional Coletiva dos Direitos dos Idosos: algumas impressões. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto996\(1\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto996(1).rtf)>.

PINHEIRO, Naide Maria (Coord). Estatuto do Idoso Comentado. 2.^a ed. São Paulo: Servanda, 2008.

O ATENDIMENTO PRIORITÁRIO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AOS IDOSOS

Rebecca Monte Nunes Bezerra

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A Lei nº 10.048/00 conferiu atendimento prioritário a determinado grupo de pessoas, o que foi regulamentado pelo Decreto nº 5.296/04, sendo também estabelecidas prioridades pela Lei nº 12.008/09, e, no que se refere especificamente às pessoas idosas, pela Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso)⁴¹.

O artigo 1º da Lei nº 10.048/00 passou a ter nova redação após o advento do Estatuto do Idoso⁴², como se vê adiante:

“As pessoas portadoras de deficiência, os idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo terão atendimento prioritário, nos termos desta lei”.

Estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário as repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos, além das instituições financeiras, o que se dará por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato, conforme o disposto no art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.048/00.

Também estão as empresas públicas de transportes e as concessionárias de transporte coletivo obrigadas a reservar assentos, devidamente identificados, aos idosos, gestantes, lactantes, pessoas com deficiência e acompanhadas por crianças de colo⁴³.

O atendimento prioritário de que trata a Lei nº 10.048/00 consiste em serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato.

O tratamento diferenciado está especificado no Decreto nº 5.298/04, de maneira não exaustiva, incluindo, por exemplo, a disponibilidade de assentos de uso preferencial sinalizados, espaços e instalações acessíveis; mobiliário da recepção e do atendimento adaptados e de acordo com as normas técnicas de acessibilidade da ABNT; a existência de pessoal capacitado para prestar atendimento às pessoas idosas e às pessoas com deficiência visual, mental e múltipla; serviços de atendimento para pessoas com deficiência auditiva, prestado por intérpretes ou pessoas capacitadas em Língua Brasileira de Sinais, e para o trato com pessoas surdas que não saibam a libras e para as pessoas surdocegas; a disponibilidade de área especial para embarque e desembarque; a sinalização ambiental; a divulgação, em lugar visível, do direito ao atendimento prioritário das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida e a existência de local de atendimento específico para as pessoas beneficiárias do referido tratamento, além da admissão da entrada e permanência de cão-guia ou cão-guia de acompanhamento.

⁴¹ O que está em consonância com uma das diretrizes da Política Nacional do Idoso estatuída pela Lei nº 8.842/94, em seu artigo 4º, inciso VIII.

⁴² Art. 114 da Lei nº 10.741/03.

⁴³ Art. 3º da Lei 10.048/00.

O Decreto nº 5.296/04 estabelece que o atendimento imediato é aquele prestado aos seus beneficiários, antes de qualquer outra pessoa, depois de concluído o atendimento que estiver em andamento⁴⁴.

Assim, diante da exigência da existência de local de atendimento específico para as pessoas beneficiárias do referido tratamento⁴⁵, não é possível dispensar aquele, prestando apenas o atendimento imediato, em qualquer fila, pois espera-se que ali se encontre pessoa qualificada para melhor atender aos destinatários do direito sob comento. Entretanto, caso a fila do caixa preferencial esteja longa (aí vai entrar um certo grau de subjetivismo), faz-se necessário que seja oportunizado aos seus integrantes receberem o atendimento imediato no local destinado ao público em geral.

Importa ressaltar que, nos serviços de emergência dos estabelecimentos públicos e privados de atendimento à saúde, a prioridade fica condicionada à avaliação médica, em face da gravidade dos casos a atender, conforme disposto no Decreto nº 5.296/03.⁴⁶

A Lei nº 10.741/03 garante ao idoso, ainda, acesso preferencial aos locais em que estão ocorrendo eventos artísticos, culturais e de lazer⁴⁷ e as seguintes prioridades: na aquisição de imóvel para moradia própria nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos na forma da lei⁴⁸, inclusive com a reserva de 3% (três por cento) das unidades residenciais para atendimento ao idoso; no embarque ao sistema de transporte coletivo⁴⁹; na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais, em que figure como parte ou interveniente idoso, em qualquer instância, bem como nos processos e procedimentos da administração pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras; no atendimento junto às defensorias públicas em relação aos serviços de assistência judiciária, e, ainda, para fins de atendimento prioritário, o fácil acesso das pessoas idosas aos assentos e caixas, que devem estar identificados com a destinação própria, em local visível e com caracteres legíveis⁵⁰.

Registre-se, ainda, que o Estatuto do Idoso traz como obrigação da família, da comunidade e da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária⁵¹. E, ainda, que a garantia da prioridade compreende⁵²: a) o atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população⁵³; b) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; c) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção do idoso; d) a viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; e) priorização do atendimento ao idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; f) capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; g) estabelecimento de mecanismos que favoreçam a

⁴⁴ §2º do artigo 6º.

⁴⁵ Art. 6º, §

⁴⁶ §3º do artigo 6º.

⁴⁷ Art. 23 da Lei nº 10.741/03.

⁴⁸ Art. 38 da Lei nº 10.741/03.

⁴⁹ Art. 42 da Lei nº 10.741/03.

⁵⁰ Art. 71, *caput* e parágrafos, da Lei nº 10.741/03.

⁵¹ Art. 3º do Estatuto do Idoso.

⁵² Art. 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.741/03.

⁵³ Aí incluídos os supermercados e as clínicas médicas, entre outros estabelecimentos.

divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento e h) garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

Verifica-se, portanto, que o referido Estatuto ampliou o direito de prioridade das pessoas idosas, que vai desde o atendimento prioritário até a garantia de acesso a redes de serviços, implicando numa efetiva atuação do Promotor de Justiça, desde a expedição de recomendação, instauração de inquérito civil para investigar a garantia da prioridade, celebração de ajustamento de conduta para correção das irregularidades, até o ajuizamento de Ação Civil Pública e/ou a aplicação de medidas de proteção, diretamente pelo Órgão Ministerial, nos autos do procedimento específico em matéria de idoso, ou por meio do Judiciário. Também vai requerer todo um trabalho de articulação com os Entes Públicos, com os Conselhos de Direitos dos Idosos e com a própria Sociedade Civil para a construção da rede de atendimento ao idoso, em suas diversas áreas.

Vale ressaltar, por fim, que a Lei nº 12.008, de 29 de julho de 2009, alterou os artigos 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C do Código de Processo Civil e acrescentou o artigo nº. 69-A à Lei nº 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

Os artigos 1.211 – A, 1.211 - B e 1.211 – C, portanto, passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.”

“Art. 1.211-B. A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 1º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

“Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável.”

E o art. 4º da Lei nº 9.784/99 passou a vigorar nos seguintes termos:

“Art. 69-A. Terão prioridade na tramitação, em qualquer órgão ou instância, os procedimentos administrativos em que figure como parte ou interessado:

I - pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;

II - pessoa portadora de deficiência, física ou mental;

III – (VETADO)

IV - pessoa portadora de tuberculose ativa, esclerose múltipla, neoplasia maligna, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave,

estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, ou outra doença grave, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.

§ 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade administrativa competente, que determinará as providências a serem cumpridas.

§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.”.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA NA TUTELA DO DIREITO AO ATENDIMENTO PRIORITÁRIO A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A IDOSOS (EM CASO DE TUTELA DE DIREITO TRANSINDIVIDUAL).

1º Passo: Instaurar Inquérito Civil.

- Instaurar Inquérito Civil para verificar se o atendimento prioritário está sendo respeitado, após recebimento de reclamação ou mesmo “de ofício”, quando tiver conhecimento próprio, encaminhando uma cópia da Portaria de Instauração resumida para publicação no Diário Oficial do Estado e uma outra, de inteiro teor, para o Centro de Apoio Operacional respectivo (CAOP Inclusão);
- Encaminhar uma cópia da Portaria de Instauração do Inquérito Civil para o investigado, para que se pronuncie sobre o fato objeto de investigação;
- Comprovar a falta de atendimento prioritário, o que pode se dar por declaração de qualquer usuário de serviço, de declaração ou documento semelhante expedido pelos Conselhos de Direitos que mencionem a falta da obrigação; entre outras formas de comprovação, que pode ser até mesmo uma perícia técnica.

2º Passo: Analisar os documentos apresentados e recomendar o oferecimento do atendimento prioritário.

- Constatando-se que não há o atendimento prioritário, pode-se, inicialmente, recomendar o oferecimento daquele, em determinado prazo, requisitando, em seguida, que seja informado à Promotoria de Justiça o cumprimento da Recomendação.

3º Passo: Celebração de ajustamento de conduta ou ajuizamento de Ação Civil Pública.

- Caso não seja cumprida a Recomendação, numa última tentativa de atuação extrajudicial, deve-se oportunizar ao investigado (diretamente com o representante legal ou preposto) celebrar ajustamento de conduta com o Ministério Público, onde deverá constar o prazo máximo para a promoção do atendimento prioritário, estipulando-se multa para o caso de descumprimento⁵⁴;

⁵⁴ Sugere-se que as multas tenham como destinação os Fundos Municipais, Estaduais ou Nacional do Idoso, diante na inexistência de fundos específicos para pessoas com deficiência, tomando-se o cuidado, em caso de celebração de ajustamento com o Poder Público, de destinar a multa para fundo diverso à esfera do

- Havendo necessidade de promoção da acessibilidade, deve-se levar em conta as sugestões de atuação contidas neste manual, sobre o referido tema;
- Firmado o ajustamento de conduta que contemple todo o objeto do inquérito civil, ou cumprida a recomendação, proceder-se-á com o seu arquivamento, com o necessário encaminhamento para homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público. No caso de contemplar apenas parte do objeto investigado, deverá ser arquivada a parte resolvida, com igual encaminhamento para homologação, prosseguindo a investigação daquilo que não foi resolvido;
- Após a homologação do arquivamento pelo mencionado Conselho, em virtude de celebração de ajustamento de conduta, deverá ser instaurado procedimento de acompanhamento de termo de ajustamento de conduta (PATAAC);
- Não sendo aceita a proposta de celebração de ajustamento de conduta pelo investigado, deverá ser ajuizada uma Ação Civil Pública objetivando compelir o demandado a oferecer o atendimento prioritário. Para tanto, é imprescindível que seja juntado, como prova do descumprimento da lei, o laudo técnico ou documento que comprove a inexistência de atendimento preferencial, podendo ser incluído, inclusive, rol de testemunhas.

4º Passo: Verificação do cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta.

- Para tal verificação, é imprescindível que seja verificado o cumprimento da obrigação assumida, o que pode ser feito após fiscalização do Conselho de Direitos ou do próprio Ministério Público, dependendo do caso.

5º Passo: Execução do TAC ou arquivamento do PATAAC.

- Caso não tenha restado cumprido o TAC, proceder-se-á com a sua execução, posto tratar-se de título executivo extrajudicial. Para tanto, é necessário que seja providenciado o cálculo da multa a ser executada e identificada a obrigação de fazer ou não fazer.
- No caso de cumprimento do ajustamento de conduta, o PATAAC deverá ser arquivado em local apropriado, procedendo-se com as anotações necessárias.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Lei nº 10.048/00;
- Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso);
- Decreto nº 5.296/04;
- Lei nº

IV - BIBLIOGRAFIA.

PINHEIRO, Naide Maria (Organizadora). Estatuto do Idoso Comentado. Campinas: LNZ, 2006.

A TUTELA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DOS IDOSOS NO TRANSPORTE COLETIVO

Lenildo Queiroz Bezerra

ACESSIBILIDADE E RESERVA DE VAGAS NOS TRANSPORTES.

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

Os conceitos e impressões equivocados estabelecidos em face das pessoas com deficiência e idosos, excluídas das relações convencionais por uma sociedade em grande parcela hipócrita e preconceituosa, que tem dificuldades em aceitar com naturalidade os débitos funcionais humanos, sempre foram obstáculo à efetivação de seus direitos, dentre os quais o de ir e vir, tolhido em parte pela ausência de acessibilidade nos veículos que operam o transporte coletivo.

Contrariando o egoísta pensamento recorrente da época, fazendo justiça ao público constituído pelas pessoas acima referidas (idosos e pessoas com deficiência), a atual Carta Constitucional, que elegeu como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II e III), e como um dos seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV), estabeleceu no § 2º, do art. 227, que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência e em seu art. 244, que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Como se observa, a eficácia da norma constitucional que assegura a acessibilidade nos veículos de transporte coletivo, posto programática, dependia de lei, que somente no ano 2000 foi editada.

O advento da Lei nº 10.048/2000, que carecia de regulamentação, ainda não foi suficiente para tornar, de imediato, obrigatória a acessibilidade nos veículos de transporte coletivo, inclusive mediante as adaptações necessárias nos já existentes.

Mesmo a subsequente Lei nº 10.098/2000, ao discorrer sobre o tema, fez alusão a imprescindíveis normas técnicas específicas que deveriam estabelecer os requisitos de acessibilidade.

Assim, somente com a regulamentação da matéria por meio do Decreto Federal nº 5.296/2004 o nosso ordenamento jurídico pôde dispor de um instrumento eficaz na tutela do direito encartado nos dispositivos constitucionais anteriormente reproduzidos.

O decreto regulamentador estabeleceu prazos para adaptação e formas de acessibilidade nos mais variados serviços de transporte coletivo, que incluem além do

terrestre, o aquaviário e o aéreo.

E, nos termos do art. 31, do Decreto nº 5.296/2004, para fins de acessibilidade aos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, reputa-se como integrantes desses serviços os veículos, terminais, estações, pontos de parada, vias principais, acessos e operação, os quais são considerados acessíveis quando todos os seus elementos são concebidos, organizados, implantados e adaptados segundo o conceito de desenho universal, garantindo o uso pleno com segurança e autonomia por todas as pessoas (art. 34).

A implementação das mudanças exige a participação não apenas dos proprietários dos veículos, como dos órgãos públicos responsáveis pela concessão/permissão dos serviços de transporte coletivo.

Estabeleceu o Decreto nº 5.296/2004, no art. 39, que, no prazo de até vinte e quatro meses, a contar da data de implementação dos programas de avaliação de conformidade descritos no § 3º, as empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transporte coletivo rodoviário deveriam garantir a acessibilidade da frota de veículos em circulação, inclusive de seus equipamentos, permitindo a utilização autônoma por pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

As normas técnicas de adaptação das características de fábrica nos veículos de forma a torná-los acessíveis, em conformidade com o disposto no § 2º, do art. 39, do Decreto nº 5.296/2004, foram aprovadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO por meio das Portarias de números 260, de 12/07/2007 (*Veículos de Características Urbanas*) e 168, de 05/06/2008 (*Veículos de Características Rodoviárias*), de maneira a completar a normativa necessária para conferir a acessibilidade total ao transporte terrestre, permitindo o desenvolvimento de um programa de avaliação da conformidade, tal qual previsto no § 3º e *caput*, do art. 39, do Decreto nº 5.296/2004.

Pelo exposto, hodiernamente todos os veículos que operam o sistema público de transporte coletivo de passageiros de características urbanas deveriam ter sofrido as adaptações ou modificações com observância aos requisitos necessários à garantia de acessibilidade plena das pessoas com deficiência ou dificuldades de locomoção, posto decorrido o prazo de vinte e quatro meses contados da publicação da Portaria Inmetro nº 260/2007, a qual foi parcialmente alterada pela Portaria Inmetro nº 64, de 16/03/2009.

Já para as empresas que operam veículos de características rodoviárias o prazo para tornar seus automóveis acessíveis somente se expira em 05/06/2010, ou seja, quando decorridos vinte e quatro meses contados da publicação da Portaria Inmetro nº 168/2008.

Quanto à substituição da frota existente à época da entrada em vigor da regulamentação, determinou o Decreto nº 5.296/2004 que deveria ocorrer de forma gradativa, conforme o prazo previsto nos contratos de concessão e permissão deste serviço, estando os veículos totalmente acessíveis no prazo máximo de cento e vinte meses a contar da data de sua publicação (art. 38, §§ 2º e 3º).

As normas brasileiras de referência (NBR's) de números 15.320/2006, 14.022/2006 e 15.570/2008, editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), que tratam das especificações técnicas para fabricação de veículos com características urbanas e rodoviárias para transporte coletivo de passageiros, tiveram suas vinculações ao mencionado Decreto reconhecidas pelo Conselho Nacional de Metrologia Normalização e

Qualidade Industrial – Conmetro, por meio das Resoluções de números 04/2006, 14/2006 e 06/2008.

Assim, todos os veículos fabricados a partir da edição das normas técnicas referidas no parágrafo antecedente somente poderão entrar em circulação se atenderem às especificações nelas constantes.

Importante, ainda, é trazer à tona a Lei nº 10.048/2000 que, em seu art. 3º, determina que as empresas públicas de transporte e as concessionárias de transporte coletivo reservarão assentos, devidamente identificados, aos idosos, gestantes, lactantes, pessoas portadoras de deficiência e pessoas acompanhadas por crianças de colo.

Especificamente aos idosos é assegurado nos veículos de transporte coletivo de que trata o art. 39, da Lei nº 10.741/2003, a reserva de 10% (dez por cento) dos assentos, devidamente identificados com placa (§ 2º, do art. 39, do EI).

Deve também ser assegurado na área reservada dos veículos de transporte coletivo um espaço suficiente para acomodar pelo menos uma cadeira de rodas de forma segura, sendo localizada próxima e preferencialmente defronte à porta de embarque/desembarque aproximadamente em nível. Essa mesma área reservada tem que ser bastante para ser utilizada por pessoa com deficiência visual acompanhada por cão-guia (Portaria Inmetro nº 260/2007).

O Decreto Federal nº 3.691/2001, ainda, determina que as empresas permissionárias e autorizatárias de transporte interestadual de passageiros deverão reservar dois assentos de cada veículo, destinado a serviço convencional, para ocupação das pessoas beneficiadas pelo art. 1º da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994 (pessoas com deficiência, comprovadamente carentes).

Na Capital do Estado do Rio Grande do Norte, desde o ano de 1989, está em vigor a Lei nº 3.847, de 29/09/1989, que dispõe sobre a reserva de dois bancos a serem utilizados por pessoas com deficiência física e gestantes nos transportes coletivos.

Além da normatização acima, em nosso Estado foi editada a Lei nº 8.583, de 07/12/2004 que, dentre outras providências, dispõe sobre instalação de placas informativas escritas em “Braille” e outros equipamentos destinados aos deficientes visuais nos pontos e terminais de ônibus na região da Grande Natal.

Destarte, embora se saiba que a acessibilidade nos transportes não fica adstrita aos serviços rodoviários, levando-se em consideração que a atribuição para a investigação e a adoção de providências necessárias ao combate às irregularidades eventualmente detectadas no âmbito da acessibilidade relativa aos transportes coletivos aquaviário, metroferroviário e aéreo, em regra, é do Ministério Público Federal, deixar-se-á de sobre tais modalidades discorrer neste trabalho.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

Diante de alguma reclamação ou de ofício, o membro do Ministério Público, ao investigar notícia de irregularidade decorrente da inobservância às regras analisadas no item precedente, deve, no âmbito de suas atribuições (se não as possuir, remeter para o órgão com atribuições do Ministério Público Estadual ou Federal), instaurar inquérito civil ou

procedimento preparatório, conforme o caso, solicitando preliminarmente ao CAOP Minorias a realização de perícia nos veículos que operam o sistema coletivo de transporte de passageiros.

Deve ser requisitado, ainda, ao poder concedente/permissionário – DER, no caso do transporte intermunicipal ou Secretaria Municipal competente (em Natal é a SEMOB), na hipótese de transporte municipal –, cópia do contrato de concessão/permissão e dos eventuais aditivos para que se analise, em especial, se foi estipulado prazo para a substituição gradativa da frota, observando sempre o lapso temporal final de cento e vinte meses estatuído para esse mister pelo Decreto Federal nº 5.296/2004.

Na portaria ou despacho que instaura o procedimento, ainda pode ser determinada a expedição de recomendação para que o poder público não mais adquira, nem permita que suas concessionárias/permissionárias o façam, veículos para transporte público que não tenham sido fabricados com observância das normas de acessibilidade, bem como para que faça constar dos futuros contratos de concessão/permissão prazos para a substituição paulatina da frota atual e para que fiscalize, caso já transcorrido o prazo, se houve adaptação/modificação nos veículos ainda não substituídos, concedendo prazo para o atendimento da recomendação e para o fornecimento de informações em relação às providências adotadas.

Com o recebimento do laudo pericial e das respostas do poder concedente/permissionário, sendo confirmadas as irregularidades, o Promotor de Justiça deverá designar audiência com todos envolvidos para a celebração de termo de ajustamento de conduta - TAC, visando ao estabelecimento de prazos para a correção e à fixação de multa por descumprimento.

Não sendo aceitos os termos do TAC, deverá ser ajuizada ação civil pública.

Não havendo irregularidades, resta o arquivamento do procedimento/inquérito civil com remessa ao Conselho Superior do Ministério Público - CSMP para homologação.

Havendo celebração de TAC, deve ser instaurado procedimento para o acompanhamento do cumprimento das obrigações por meio do mesmo assumidas, inclusive com a requisição das informações e perícias técnicas necessárias, arquivando-o, em seguida, sem remessa ao CSMP ou executando judicialmente o título em caso de descumprimento.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Constituição Federal;
- Lei Federal nº 10.048/2000;
- Lei Federal nº 10.098/2000;
- Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);
- Lei Municipal nº 3.847/1989 (Natal);
- Lei Estadual nº 8.583/2004;
- Decreto Federal nº 3.691/2001;
- Decreto Federal nº 5.296/2004;
- Portaria Inmetro/MDIC nº 260/2007;
- Portaria Inmetro/MDIC nº 168/2008;

- Portaria Inmetro/MDIC nº 064/2009;
- NBR/ABNT nº 15.320/2006;
- NBR/ABNT nº 14.022/2006;
- NBR/ABNT nº 15.570/2008;
- Resolução Conmetro nº 04/2006;
- Resolução Conmetro nº 14/2006;
- Resolução Conmetro nº 06/2008.

GRATUIDADE NOS TRANSPORTES COLETIVOS

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A gratuidade nos transportes coletivos de características rodoviárias e urbanas também é uma conquista legal em favor de idosos e pessoas com deficiência, embora não atinja a todos indistintamente, possuindo peculiaridade que serão analisadas de forma esmiuçada a seguir.

Tem-se que a Constituição Federal já previa em seu art. 230, § 2º, ser aos maiores de sessenta e cinco anos garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (rodoviário e metroferroviário). Por não se tratar de norma programática, para a sua aplicação é necessária apenas a comprovação da idade mediante a exibição pelo interessado de documento de identificação civil oficial.

O Estatuto do Idoso estendeu o benefício ao transporte coletivo semi-urbano (art. 39, *caput*) e consolidou a regra que determina bastar ao idoso apresentar qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade para ter acesso à gratuidade (§ 1º, do art. 39).

No Município de Natal foi estabelecido pelo Decreto Municipal nº 8.123/2007, o que se convencionou chamar sistema híbrido, em que o usuário maior de 65 (sessenta e cinco) anos, embora possua a faculdade de utilizar-se do documento pessoal de identidade para ter acesso gratuito aos veículos que operam o transporte coletivo urbano, igualmente possa se valer da gratuidade mediante a utilização de cartão que pode ser obtido, gratuitamente, mediante cadastramento junto à Secretaria Municipal de Transporte e Trânsito Urbano – STTU, atualmente designada Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana – SEMOB.

Também foi o Estatuto do Idoso que instituiu a gratuidade no transporte coletivo interestadual, embora tenha reservado a implementação do direito à legislação específica regulamentar que, ademais, teria de observar duas regras básicas, quais sejam, a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos e o desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos (art. 40, incisos).

Atualmente é o Decreto Federal nº 5.934/2006, cuja vigência teve início em 19 de outubro de 2006, que estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40, da Lei nº 10.741/2003.

Quanto ao transporte intermunicipal, o Estatuto do Idoso foi silente, cabendo à legislação estadual local sobre tal matéria dispor e, no caso do Rio Grande do Norte, desde o ano de 1992 já vigia a Lei nº 6.269, a qual dispensava do pagamento de passagens intermunicipais todos os usuários que, comprovadamente, tivessem idade superior a 65 (sessenta e cinco) anos, que foi reduzida para 60 (sessenta) anos com a publicação da Lei nº 8.864/2006.

A gratuidade intermunicipal foi regulamentada pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Norte – DER/RN, por meio da Portaria n.º 063/2005, alterada pela Portaria nº 086/2006, de acordo com a qual não haverá limites no número de beneficiários por viagem (art. 2º), sendo que, nos transportes de características rodoviárias, caberá ao DER/RN administrar, de forma descentralizada, a concessão do benefício, podendo delegar a competência para a emissão do “Bilhete Especial de Gratuidade” (§ 1º), e, na região metropolitana de Natal, o embarque se dará em qualquer ponto de parada (§ 2º), bastando, para ambos os casos, a apresentação da carteira de identidade (RG atualizado).

O assunto não é pacífico. O Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Rio Grande do Norte – SETRANS questiona a legalidade do ato normativo regulamentar, por meio de Mandado de Segurança impetrado em 17 de julho de 2003 (processo nº 001.03.017175-0), cuja sentença, recentemente proferida, determinou que a gratuidade dos usuários maiores de 65 (sessenta e cinco) anos no serviço de Transporte Coletivo Intermunicipal de Passageiros do Estado do Rio Grande do Norte seja limitada ao número de 02 (dois) beneficiários por viagem.

Contra a decisão foi interposto recurso de apelação cível pelo Ministério Público, o qual foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, estando, destarte, mantida a aplicabilidade da gratuidade instituída pela Lei nº 8.864/2006, com a regulamentação estabelecida por meio da Portaria nº 063/2005, do DER.

Como se observa, em favor dos idosos, embora com alguma resistência de setores isolados da sociedade civil, foram obtidas importantes conquistas na seara da gratuidade no transporte coletivo de passageiros.

Em benefício das pessoas com deficiência, contudo, a legislação federal pátria concernente à gratuidade no transporte coletivo de passageiros não é pródiga: a Constituição Federal é silente e a Lei nº 8.899/94, além de limitar o benefício ao sistema de transporte interestadual, restringe-o às pessoas comprovadamente carentes.

Por meio do Decreto Federal nº 3.691/2000, que regulamenta a Lei nº 8.899/94, o Presidente da República delega ao Ministro dos Transportes o disciplinamento da matéria, que adveio com a edição da Instrução Normativa da Secretaria de Transportes Terrestres do Ministério dos Transportes nº 001/2001, de acordo com a qual, para ter acesso gratuito ao sistema de transporte interestadual, a pessoa com deficiência deve, mediante cadastramento, comprovar a deficiência por meio de laudo médico e apresentar declaração de carência firmada pelo interessado, em formulário próprio, de que a renda familiar mensal per capita é igual ou inferior a um salário mínimo estipulado pelo Governo Federal.

No sistema de transporte intermunicipal de passageiros do Estado do Rio Grande do Norte, o benefício da gratuidade para pessoas com deficiência não foi instituído e, em Natal, conquanto a Lei Municipal nº 185/2001 estabeleça o direito à dispensa do pagamento

de tarifa no sistema de transporte coletivo urbano para referido público, exige, para a concessão do amparo, a comprovação da carência de recursos financeiros e da deficiência por atestado médico competente de diagnóstico do paciente, além de se encontrarem aquelas “em atendimento especializado na escola, em programas de capacitação laboral ou em tratamento continuado ou incapacitado para o trabalho”.

II – ROTEIRO DE ATUAÇÃO.

Diante de alguma reclamação ou de ofício, o membro do Ministério Público, ao investigar notícia de irregularidade decorrente da inobservância às regras analisadas no item anterior, deve, no âmbito de suas atribuições (se não as possuir, remeter para o órgão com atribuições do Ministério Público Estadual ou Federal), instaurar inquérito civil ou procedimento preparatório, conforme o caso.

Em se tratando de representação/reclamação, deve-se obter do interessado todas as informações que o mesmo possuir para a identificação do operador infrator (dia, horário e local em que ocorreu a violação, além da placa, número do veículo ou linha do veículo e nome da concessionária), bem como o nome e endereço de eventuais testemunhas, esclarecendo-o de que não será possível, por meio do Ministério Público a obtenção de indenização individual, a qual poderá ser objeto de demanda judicial, aforada independentemente de constituição de advogado, perante o Juizado Especial Cível, se o valor pretendido não exceder vinte salários-mínimos.

Na portaria ou despacho que instaura o procedimento, deve o Promotor de Justiça:

- a) buscar a identificação do motorista por meio de requisição endereçada à empresa concessionária/permissionária ou ao sindicato respectivo, com base nos dados fornecidos pelo reclamante/representante; e
- b) requisitar que a empresa concessionária/permissionária ou o sindicato respectivo informe se são oferecidos aos seus funcionários ou sindicalizados capacitação com abordagem acerca dos direitos relativos à pessoa idosa ou com deficiência no sistema de transporte coletivo de passageiros, fornecendo a relação de seus participantes.

Com o recebimento das informações requisitadas, deve o Promotor de Justiça, por meio de despacho:

- a) se a conduta praticada estiver subsumida a alguma modalidade penal típica (por exemplo, art. 96, do Estatuto do Idoso ou art. 140, § 3º, do Código Penal), requisitar à autoridade policial com atribuições a lavratura de termo circunstanciado de ocorrência ou a instauração de inquérito policial, bem como o fornecimento de informações em relação às providências adotadas em prazo determinado, que se sugere seja de 30 (trinta) dias;
- b) designar audiência com o concessionário/permissionário, visando à celebração de termo de ajustamento de conduta com vistas à divulgação do direito violado e a realização de capacitação para os operadores, bem como o estabelecimento de multa para o caso de recidiva;
- c) representar ao órgão fiscalizador competente para a instauração de procedimento administrativo visando à aplicação de penalidade em face da violação, requisitando o fornecimento de informações em relação às providências adotadas em prazo determinado,

que se sugere seja de 30 (trinta) dias.

Não sendo aceitos os termos do TAC, deverá ser ajuizada ação civil pública.

Não havendo irregularidades, resta o arquivamento do procedimento/inquérito civil com remessa ao Conselho Superior do Ministério Público – CSMP para homologação.

Havendo celebração de TAC, deve ser instaurado procedimento para o acompanhamento do cumprimento das obrigações por meio do mesmo assumidas, inclusive com a requisição de informações ao reclamante/representante sobre a continuidade da prática abusiva, arquivando-o, em seguida, sem remessa ao CSMP ou executando judicialmente o título em caso de descumprimento.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

- Constituição Federal;
- Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso);
- Lei Federal nº 8.899/94;
- Decreto Federal nº 5.934/2006;
- Decreto Federal nº 3.691/2000;
- IN/STT/MT nº 001/2001;
- Lei Estadual nº 6.269/1992, alterada pela Lei Estadual nº 8.864/2006;
- Portaria do DER/RN n.º 063/2005, alterada pela Portaria nº 086/2006;
- Lei Municipal nº 185/2001;
- Decreto Municipal nº 8.123/2007.

DOS CRIMES CONTRA O IDOSO E CONTRA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Patrícia Antunes Martins

Colaboradora: Sandra Nogueira Maciel Alves

I - INTRODUÇÃO DOUTRINARIA E CASUÍSTICA

O Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741/2003 – adotando a doutrina da proteção integral, trouxe algumas modificações em tipos penais já existentes e criou novos tipos penais em seus arts. 96 a 109 (*novatio legis* incriminadora), muitos deles assemelhados às condutas já tipificadas no Código Penal, mas que, diante do princípio da especialidade, solucionador do conflito aparente de normas, deverá ser observada a tipicidade trazida pelo Estatuto em comento, quando o sujeito passivo da conduta ilícita for pessoa idosa. Assim, a condição da vítima como sendo pessoa idosa, na forma estabelecida por este Estatuto⁵⁵, será sempre elemento normativo do tipo.

O Estatuto do Idoso também modificou a redação de crimes já existentes, alterando, na maioria dos casos, a palavra “velho” por expressões como “idoso” ou “maior de sessenta anos”, retirando a carga pejorativa do termo antes empregado. Em outros crimes, houve o agravamento da pena quando praticado contra pessoa idosa.

Todos os crimes são de ação penal pública incondicionada, independentemente de qualquer manifestação de vontade do idoso ou seu representante legal. Há uma especial importância nesse dispositivo, tendo em vista que, em muitas vezes, o agressor é parente da vítima ou possui alguma relação de afetividade e poder sobre esta.

O Estatuto trouxe uma novidade quanto aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não supere a 04 (quatro) anos, pois estabeleceu, em seu art. 94⁵⁶, o cabimento do procedimento do Juizado Especial Criminal - Lei n. 9.099/95 – para tais crimes, quando esta lei estabelece que apenas aos crimes com pena não superior a 02 (dois) anos tem aplicação obrigatória.

Contudo, a Lei n. 10.741/2003 não ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, que hoje permanece intacto, conforme o entendimento ampliativo que se emprestou ao disposto no parágrafo único do art. 2.º, da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Merece destaque o posicionamento adotado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, hoje seguido majoritariamente pela doutrina e jurisprudência nacionais quanto ao alcance da aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 aos crimes constantes no Estatuto:

“É possível a aplicação do procedimento sumaríssimo aos crimes contra idoso, em razão do disposto no artigo 94 do Estatuto do Idoso, cuja pena máxima seja superior a 2 anos, no juízo comum. Não é possível a aplicação dos benefícios estabelecidos

⁵⁵Art. 1. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados as **pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos**

⁵⁶Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 04 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

na Lei nº 9.099/95 aos aludidos delitos, exceto a suspensão condicional do processo. Em delitos dessa natureza, deverá o Ministério Público requisitar inquérito policial à autoridade policial, em vez de Termo Circunstanciado, bem como não deverá o agente ministerial com atribuições junto ao juízo comum promover a remessa dos autos ao JEC.”

Portanto, a interpretação correta a ser dada ao dispositivo legal supra referido, conforme posições doutrinárias e jurisprudenciais majoritárias, hoje tranqüilas, são as seguintes:

(1)- O Estatuto do Idoso não ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, cujo parâmetro é a pena máxima privativa de liberdade não excedente a dois anos, conforme estabelece o art. 61 da Lei 9.099/95, modificado pelo art. 2º da lei 10.259/2001;

(2)- Aos crimes cuja pena mínima seja inferior ou igual a 01 (um) ano, é cabível o oferecimento, estando presentes os requisitos legais, da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95;

(3)- O art. 94 do Estatuto do Idoso determina tão somente a aplicação do *procedimento* da Lei 9.099/95 aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse a 04 (quatro) anos;

(4)- Os crimes do Estatuto cuja pena máxima privativa de liberdade não excedem a 02 (dois) anos são de competência do Juizado Especial Criminal. A investigação do fato ilícito será feita por meio de Termo Circunstanciado de Ocorrência, quando feito na esfera policial, ou por meio de Procedimento de Investigação Criminal pelo Ministério Público. Aplicar-se-á, nestes crimes, a fase preliminar da Lei dos Juizados – arts. 69 a 76: havendo compromisso de comparecimento a audiência no Juizado, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança; é possível composição civil dos danos, bem como transação penal. Assim, aos crimes dos arts. 96 e §§, 97, 99, *caput*, 100, 101, 103, 104 e 109 da lei especial em comento, os institutos previstos na Lei 9099/95 – composição civil de danos, transação penal e *sursis processual* –, deverão ser objeto de análise para eventual implementação em favor do autor do fato;

(5)- Os crimes cujas penas máximas excedem a 02 (dois) anos mas não ultrapassam a 04 (quatro) anos são de competência da Justiça Comum; porém, aplica-se o procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95. Portanto, aos crimes tipificados nos arts. 98, 99 § 1º, 102, 105, 106 e 108, aplicar-se-á o procedimento da Lei 9.099/95, sem os institutos concernentes à composição civil de danos e transação penal, reconhecendo-se o *sursis processual* quando cabível ao autor do fato dentro do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95 (art. 77 e ss.). Entretanto, por não ser cabível a audiência preliminar - a mesma existe com a finalidade de as partes acordarem uma composição civil dos danos, desistirem ou insistirem na representação, além da possibilidade de transação com o Ministério Público – não tem aplicação do estabelecido no art. 69 a 76, 77, 78, *caput* e 79 da Lei 9.099/95, portanto, não haverá denúncia oral estabelecida no art. 77, a qual é oferecida oralmente pelo Ministério Público na audiência preliminar quando frustrada a composição civil e a transação penal. O denunciado será citado na forma estabelecida pelo Código de Processo Penal e não como prevê o art. 78 da Lei dos Juizados. As investigações, se necessárias, serão provenientes de Inquérito Policial ou por meio de Procedimento de Investigação Criminal pelo Ministério Público. Poder-se-á autuar em flagrante delito o infrator bem como ser decretada, presentes os fundamentos legais, a prisão preventiva do mesmo. O processo inicia-se com o oferecimento de denúncia escrita pelo Ministério Público. Não cabe composição civil nem

transação penal. Sendo o procedimento aplicável ao processo desses crimes o *sumaríssimo*, deverá o denunciado comparecer a audiência de instrução e julgamento acompanhado de advogado, trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento de intimação das mesmas cinco dias antes da data aprazada para a audiência, devendo-se observar o disposto nos arts. 81 e ss. Não sendo encontrado o denunciado, deverá ser citado por edital, aplicando-se o art. 366 do CPP em caso de não comparecimento. Com o comparecimento do réu em audiência, a defesa, oralmente⁵⁷, responderá a acusação, a qual já era de seu conhecimento, posto lhe ser entregue cópia da denúncia quando da citação. Recebida a denúncia, analisar-se-á a possibilidade de aceitação da proposta de suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, quando cabível, a qual já deve constar na peça acusatória inicial, o que possibilita dar mais tempo ao réu e a seu defensor analisar a aceitação das condições da mesma. Não cabível ou não aceita a proposta de suspensão condicional do processo, passa-se a instrução do feito, ouvindo-se a vítima, testemunhas e o denunciado, passando-se imediatamente aos debates orais⁵⁸ e prolação da sentença;

(6)- Os recursos para os crimes de menor potencial ofensivo do Estatuto do Idoso será para as Turmas Recursais dos Juizados Especial Criminais. Não se enquadrando o delito nas infrações de menor potencial ofensivo, o sistema recursal é o do Código de Processo Penal.

(7)- Aos crimes previstos no Estatuto do Idoso cujas penas máximas ultrapassam a 04 anos (arts. 99 § 2º e 107), aplicar-se-á o rito dos crimes punidos com reclusão previsto nos art. 394/405 e 498/502 do Código de Processo Penal.

Tramita no STF ADI nº. 3.096-5, ajuizada pelo Procurador Geral da República, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do art.94 da Lei 10.741/2003, tendo com última decisão no processo, proferida em 18.08.2009, a determinação para dar interpretação conforme ao art. 94 da referida lei, no sentido de aplicar-se apenas o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 e não outros benefícios ali previstos. Portanto, reitere-se, a competência do Juizado Especial Criminal será apenas para as infrações de menor potencial ofensivo.

Outra novidade observada no Estatuto do Idoso é a inaplicabilidade da imunidade penal de crime contra o patrimônio praticado por cônjuge, ascendente ou descendente prevista no art. 181 do Código Penal e do condicionamento à representação para o início da ação penal nos crimes contra o patrimônio cometido em prejuízo de parentes, estabelecida no art. 182 do Código Penal. Nesse sentido merece destaque o fato de que “a violência doméstica contra o idoso, infelizmente, ainda é uma realidade no Brasil, e, diante de tal situação, seria temerário e mesmo contrário à doutrina da proteção integral permitir a isenção de pena ou deixar a critério do idoso vitimado – muitas vezes debilitado física e psicologicamente – a iniciativa do exercício do direito de representação”.⁵⁹

O Estatuto do Idoso, outrossim, modificou vários artigos do Código Penal e da legislação especial, sempre visando à proteção integral à pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No Código Penal, vale mencionar:

⁵⁷Nada impede e, na prática, muito acontece, da defesa do réu já ser trazida pelo defensor em memoriais.

⁵⁸O tempo dos debates orais é de 20 (vinte) minutos para cada parte, prorrogáveis por mais 10 (dez), conforme estabelece o art. 538, parag. 2º do CPP, aplicado subsidiariamente.

⁵⁹Pinheiro, Naide Maria (organizadora). Estatuto do Idoso Comentado. Aspectos políticos-criminais do Estatuto do Idoso - Wendell Beethoven Ribeiro Agra. Campinas: LZN, 2006

- No art. 61, II, “h”, que trata das circunstâncias agravantes genéricas, a expressão *velho* foi substituída pela expressão *maior de 60 (sessenta) anos*;
- Tornou-se causa de aumento de pena no crime de homicídio doloso, ser ele praticado *contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos* (art. 121, § 4º, *in fine*, CP);
- No crime de abandono de incapaz, foi incluída causa de aumento de pena de um terço *se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos* (art. 133, § 3º, III, CP);
- No crime de injúria (art. 140, CP), a utilização de elementos referentes à *condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência*, trouxe nova redação ao parágrafo terceiro (injúria por preconceito);
- Nos crimes contra a honra de calúnia e difamação, foi introduzida causa de aumento quando forem praticados *contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência* (art. 141, IV, CP);
- Nos crimes de seqüestro ou cárcere privado, foi incluída qualificadora consistente em ser a vítima *maior de 60 (sessenta) anos* (art. 148, § 1º, I, CP);
- Também no crime de extorsão mediante seqüestro, foi incluída qualificadora consistente em ser a vítima *maior de 60 (sessenta) anos* (art. 159, § 1º, CP);
- Foi vedado expressamente o reconhecimento das imunidades penais (absolutas e relativas) nos crimes contra o patrimônio, *se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos* (art. 183, III, CP);
- Por fim, no crime de abandono material, a expressão *valetudinário* (pessoa de compleição física muito fraca, pessoa enfermiça, achacadiça) foi substituída pela expressão *maior de 60 (sessenta) anos* (art. 244, “caput”, CP).

Na legislação especial:

1. Foi introduzida causa de aumento de pena, de um terço até a metade, na contravenção de vias de fato, *se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos* (art. 21, parágrafo único, do Decreto-lei nº 3.688/41 – LCP);
2. No crime de tortura, foi acrescentada causa de aumento de pena, *se o crime é cometido contra maior de 60 (sessenta) anos* (art. 1º, § 4º, II, da Lei nº 9.455/97);
3. Nos crimes da Lei de Entorpecentes, foi incluída causa de aumento de pena quando qualquer deles *visar a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos* (art. 18, III, da Lei nº 6.368/76).

As disposições procedimentais subsidiariamente a serem aplicadas aos crimes no Estatuto do Idoso são as do Código de Processo Penal, devendo ser desconsiderado, em matéria criminal, o teor do dispositivo do art. 93 do mesmo estatuto.

Aos crimes previstos neste Estatuto não se aplica, em eventual condenação do réu, a circunstância agravante prevista no art. 61, II *h*, pois, do contrário, haveria indevido *bis in idem* na aplicação da pena, visto que o fato de ter sido a conduta ilícita praticada contra pessoa maior de sessenta anos elemento do tipo, não pode ser essa mesma condição utilizada para configurar a conduta e também para aumentar a eventual pena aplicada.

II – DOS CRIMES EM ESPÉCIE:

ART. 96. DISCRIMINAR PESSOA IDOSA, IMPEDINDO OU DIFICULTANDO SEU ACESSO A OPERAÇÕES BANCÁRIAS, AOS MEIOS DE TRANSPORTE, AO DIREITO DE CONTRATAR OU POR QUALQUER OUTRO MEIO OU INSTRUMENTO NECESSÁRIO AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA, POR

MOTIVO DE IDADE:

PENA – RECLUSÃO DE 6 (SEIS) MESES A 1 (UM) ANO E MULTA.

§ 1º NA MESMA PENA INCORRE QUEM DESDENHAR, HUMILHAR, MENOSPREZAR OU DISCRIMINAR PESSOA IDOSA, POR QUALQUER MOTIVO.

§ 2º A PENA SERÁ AUMENTADA DE 1/3 (UM TERÇO) SE A VÍTIMA SE ENCONTRAR SOB OS CUIDADOS OU RESPONSABILIDADE DO AGENTE.

Neste tipo penal, o bem jurídico protegido é a dignidade da pessoa humana, voltada ao exercício da cidadania. O crime em análise é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Já o sujeito passivo é unicamente a pessoa idosa que, de acordo com a definição inserida no art. 1º do Estatuto do Idoso, possui idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No que tange ao núcleo do tipo, tem-se o verbo discriminar, que deve ser entendido como a realização de alguma conduta pejorativa, preconceituosa, abusiva que dificulte ou impeça o efetivo exercício da cidadania por parte do idoso. São, portanto, condutas típicas *desdenhar*, *humilhar*, *menosprezar e discriminar*, que possibilitam o enquadramento de inúmeras condutas, diante da indeterminação de seus conceitos. As três primeiras condutas estão ligadas ao desprezo à pessoa idosa e a última conduta alinha-se ao significado do *caput*, o que denota o intuito legislativo de aumentar o raio de proteção ao idoso.

Sob outro aspecto, o crime é caracterizado por ser formal e comissivo, assim a prática discriminatória consuma-se sem a necessidade de resultado material, sendo possível sua consumação na forma tentada.

Nessa esteira, impende registrar que os impedimentos ou dificuldades estabelecidas no tipo para o exercício da cidadania são apenas exemplificativas, podendo ser identificadas outras situações como dificultar o acesso a serviços de saúde, educação ou outros serviços públicos.

O elemento subjetivo do crime restringe-se ao dolo, não havendo punição da conduta culposa.

Trata-se de crime de perigo concreto, devendo ser aferido concretamente qual o risco de lesão ao bem jurídico tutelado.

No parágrafo primeiro deste artigo, observa-se a utilização indevida de termos vagos e indeterminados para tipificação da conduta criminosa, ampliando excessivamente o âmbito de sua realização, o que exige do profissional uma maior análise dos fatos para realizar a subsunção ao tipo.

Igualmente, a figura estabelecida no *caput* trata-se de crime comum, de mera conduta e comissivo, tendo por sujeito passivo a pessoa idosa, bem como o mesmo bem jurídico tutelado.

O tipo subjetivo exige o dolo para sua configuração, não sendo punida a conduta culposa. Assim deve-se desdenhar, humilhar, menosprezar e discriminar, por qualquer motivo, a pessoa idosa, como no *caput*, exige-se demonstração do efetivo perigo ao bem jurídico para sua configuração.

O parágrafo segundo institui uma causa de aumento de pena, que aplica-se quando o agente tem o dever de cuidado ou responsabilidade para com o idoso. O dever de cuidado

com a pessoa idosa pode advir de conduta ou compromisso, quer seja tácito ou expreso, do agente. No que tange à responsabilidade, esta deve ser legal; não sendo, a conduta enquadra-se na causa de aumento na figura em que a vítima está submetida aos cuidados do agente.

É infração de menor potencial ofensivo e de competência do Juizado Especial Criminal.

ART. 97. DEIXAR DE PRESTAR ASSISTÊNCIA AO IDOSO, QUANDO POSSÍVEL FAZÊ-LO SEM RISCO PESSOAL, EM SITUAÇÃO DE IMINENTE PERIGO, OU RECUSAR, RETARDAR OU DIFICULTAR SUA ASSISTÊNCIA À SAÚDE, SEM JUSTA CAUSA, OU NÃO PEDIR, NESSES CASOS, O SOCORRO DE AUTORIDADE PÚBLICA:

PENA – DETENÇÃO DE 06 (SEIS) MESES A 01(UM) ANO E MULTA.

Da leitura do caput do artigo em questão, observa-se uma certa correlação com o crime de Omissão de Socorro do Código Penal. Todavia, o crime do Estatuto do Idoso tem por sujeito passivo a pessoa idosa, sendo assim norma especial em relação ao art. 135 do CP. Impende registrar que o tipo penal em questão além dos núcleos “deixar de prestar” e “não pedir”, também existentes no tipo de omissão de socorro, adiciona as condutas de recusar, retardar ou dificultar.

O bem jurídico em questão é a vida, a saúde e a integridade física idoso. O crime é comum e tem por sujeito passivo a pessoa idosa.

Os núcleos *deixar de prestar*, *recusar* e *não pedir* são omissivos próprios, denotando a natureza omissiva do crime, que se consuma com a abstenção de realização de um ato, prescindindo de resultado posterior. Já os núcleos retardar e dificultar podem realizar-se por meio de ação ou omissão, admitindo-se a tentativa, nos casos de comissão.

Impende registrar que se o agente tinha o dever jurídico ou foi causador do perigo e da sua conduta decorreu crime mais grave, poderá responder, por exemplo, pelo crime de homicídio ou lesões corporais, conforme prescrição do art. 13, §2º, do Código Penal.

Outrossim, a primeira conduta típica – *deixar de prestar* - possui três condições: a) quando for possível fazê-lo (viabilidade física, habilidade ou conhecimento técnico de quem for prestar o socorro); b) ausência de risco pessoal (não há que se exigir atitude heróica); c) situação de iminente perigo a que expõe o idoso. A segunda conduta do núcleo do tipo – *recusar, retardar ou dificultar*, é mista alternativa e exige uma condição: sem justa causa.

O crime apenas é punido na forma dolosa, consumando-se nos casos em que o agente, tendo conhecimento da situação de perigo iminente para o idoso e, sem haver risco pessoal, deixa de prestar assistência ao mesmo. Portanto, é delito formal (não exige resultado naturalístico consistente em efetivo dano ao idoso)

Crime de perigo abstrato.

É infração de menor potencial ofensivo e de competência do Juizado Especial Criminal.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

O parágrafo em questão consubstancia a ocorrência de crime preterdoloso. Nesta hipótese, o agente que, agindo dolosamente, acaba por violar o dever de cuidado, responderá pelo resultado mais grave ocorrido se este for decorrente de sua conduta culposa, conforme prescreve o art. 19 do Código Penal. Desta forma, para aferir a responsabilidade pelo resultado culposo mais grave ocorrido, deve-se verificar se, para sua consumação, houve a inobservância do dever de cuidado objetivo devido, previsibilidade objetiva do resultado, produção de um resultado e o nexo causal.

ART. 98. ABANDONAR O IDOSO EM HOSPITAIS, CASAS DE SAÚDE, ENTIDADES DE LONGA PERMANÊNCIA, OU CONGÊNERES, OU NÃO PROVER SUAS NECESSIDADES BÁSICAS, QUANDO OBRIGADO POR LEI OU MANDADO:

PENA – DETENÇÃO DE 06 (SEIS) MESES A 03 (TRÊS) ANOS E MULTA.

Os núcleos do tipo são *abandonar*, que significa desamparar, idoso em hospital, casa de saúde, entidades de longa permanência, como p.ex. um asilo, ou qualquer outro local que tenha funções semelhantes, e *não prover*, no sentido de não destinar recursos, as necessidades básicas do idoso quando houver uma obrigação determinada por lei ou mandado judicial, como o curador. Assim, busca-se punir aquelas pessoas, notadamente parentes e aqueles legal ou judicialmente obrigados, que deixam os idosos nos locais acima referidos, mesmo estes obtendo alta médica ou não precisando mais dos cuidados, prática que é muito realizada na sociedade atual.

Percebe-se a estreita correlação ou similitude entre esse tipo penal e o abandono material previsto no art. 244 do Código Penal. O conflito aparente de normas é solucionado pelo princípio da especialidade, quando da análise do elemento normativo do tipo: pessoa idosa.

Entretanto, leciona nossa colega Eduardo Medeiros Cavalcanti, em comentário ao art. 98 do Estatuto do Idoso Comentado, Naide Maria Pinheiro (organizadora) – Campinas, SP: LNZN, 2006, p. 504, pela aplicabilidade do art. 244 do Código Penal, sob o enfoque também do princípio da especialidade, que “sendo o idoso inválido ou valetudinário (o primeiro, aquele inutilizado para o trabalho; o segundo, aquele que sofre de doença crônica ou está incapacitado para a atividade laborativa por sua idade avançada), configura-se o crime descrito no artigo 244 do Código Penal.”

O tipo do art. 98 também traz condutas descritas no art. 133 do Código Penal (abandono de incapaz), pelo que igualmente deve ser observado o princípio da especialidade. Enquanto o art. 133 do CP exige que a pessoa abandonada esteja sob seu cuidado, guarda, vigilância e autoridade, o art. 98 do Estatuto não exige, nessa primeira conduta típica (abandonar) tais elementos. Por outro lado, o abandono deste artigo deve se relacionar, obrigatoriamente, aos locais descritos no tipo (hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres)

Assim, este crime caracteriza-se por ser misto alternativo, pois tipifica-se duas condutas, em que a prática de um núcleo do tipo ou dos dois concretiza apenas um crime, desde que tenha como vítima o mesmo idoso.

Impende registrar que a não destinação de sentimento, como amor e carinho, não constitui a figura típica em questão, o abandono punido pelo tipo é o material, embora o abandono afetivo pode ser, por vezes, mais grave do que aquele.

Sujeito ativo: pessoa obrigada por determinação legal ou mandado judicial a cuidar e prover as necessidades materiais do idoso.

O elemento subjetivo é o dolo, não havendo punição da forma culposa.

Contém o tipo uma norma penal em branco, pois é necessária a análise de outros dispositivos legais estranhos ao Estatuto do Idoso para saber quem tem a obrigação legal de proteger e prestar alimentos ao idoso.

O bem jurídico tutelado é a proteção da vida e da saúde do idoso, em outras palavras, a proteção do idoso.

O crime classifica-se como: próprio; formal; de forma livre; omissivo; instantâneo; de perigo concreto (para a ocorrência do crime, deve haver prova da probabilidade da lesão ao idoso); não admite tentativa.

No que tange ao procedimento e aplicação da pena, não se trata de infração de menor potencial ofensivo, todavia pode ser aplicada a suspensão condicional do processo. Na hipótese de haver a condenação do agente, a depender da pena aplicada, pode haver a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, bem como pode ser estabelecida a suspensão condicional da pena.

ART. 99. EXPOR A PERIGO A INTEGRIDADE E A SAÚDE, FÍSICA OU PSÍQUICA, DO IDOSO, SUBMETENDO-O A CONDIÇÕES DESUMANAS OU DEGRADANTES OU PRIVANDO-O DE ALIMENTOS E CUIDADOS INDISPENSÁVEIS, QUANDO OBRIGADO A FAZÊ-LO, OU SUJEITANDO-O A TRABALHO EXCESSIVO OU INADEQUADO:

PENA – DETENÇÃO DE 2 (DOIS) MESES A 1 (UM) ANO E MULTA.

§ 1º SE DO FATO RESULTA LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE:

PENA – RECLUSÃO DE 1 (UM) A 4 (QUATRO) ANOS.

§ 2º SE RESULTA A MORTE:

PENA – RECLUSÃO DE 4 (QUATRO) A 12 (DOZE) ANOS.

Analisando os núcleos do tipo em questão, tem-se a conduta de expor o idoso a perigo, o que denota colocação do mesmo em situação que haja risco concreto de sofrer algum dano em sua integridade e saúde, física ou mental.

Como o artigo anterior, o tipo é misto alternativo, podendo o agente expor o idoso a perigo de inúmeras formas, quer seja privando-o de alimentos ou cuidados indispensáveis ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado, ou todas as formas previstas. Agindo assim, incidirá em apenas um único delito, desde que realizado no mesmo ambiente e com a mesma vítima, mas, obrigatoriamente, submetendo-se a vítima (idoso) a condições desumanas ou degradantes. Todavia, no caso concreto, pode o juiz levar em consideração as várias condutas do acusado para dosar sua pena.

O sujeito ativo do crime divide-se nas condutas de submeter o idoso a condições degradantes ou desumanas e sujeitá-lo a trabalho excessivo ou inadequado. Pode ser qualquer pessoa, classificando-se, neste aspecto, como crime comum; na prática de privar de alimentos ou cuidados indispensáveis, somente pode ser o sujeito pessoa que tenha o dever legal para tanto, sendo crime próprio.

O tipo subjetivo caracteriza-se pelo dolo, não havendo punição da sua forma culposa. Impende registrar que deve haver o objetivo específico de maltratar o idoso.

Configuram os elementos normativos do tipo a aferição, por parte do operador do direito, no caso concreto, da condição desumana ou degradante, bem como o trabalho excessivo e inadequado.

É um tipo correlato ao previsto no art. 136 do Código Penal, embora voltado à pessoa maior de 60 anos. Há outros elementos típicos existentes, nos dois artigos criminais, que igualmente se distinguem. Mais uma vez nos servimos do valioso magistério do Promotor de Justiça Eduardo Medeiros Cavalcanti, na obra supra citada, p. 505: O primeiro núcleo do tipo do art. 99 – *expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica do idoso* – “não se exige que a pessoa idosa esteja sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do sujeito ativo, diferentemente do art. 136 do Código Penal.

No tipo do art. 136 do CP, é necessário que o agente seja responsável pelo sujeito passivo⁶⁰. Entretanto, na segunda forma do tipo penal do art. 99 deste Estatuto em comento (privação de alimentos e cuidados indispensáveis), o sujeito ativo do crime, necessariamente, deve ser pessoa legal ou judicialmente obrigada a fazê-lo.

Tem por bem jurídico tutelado a vida e a saúde do idoso.

Classifica-se como crime: comum (pode ser cometido por qualquer pessoa) nas modalidades *submissão a condições desumanas e degradantes*, bem como *sujeição a trabalho excessivo ou inadequado*, crime próprio (somente pode ser cometido por sujeito qualificado) nas *formas privação de alimentos e cuidados indispensáveis*; formal (não exige efetivo dano ao idoso); comissivo ou omissivo; de perigo concreto (depende da prova da probabilidade de lesão ao idoso).

Nos parágrafos do artigo são previstas formas preterdolosas; assim, deve haver dolo de submeter a perigo o idoso e de forma culposa ocasionar lesão grave ou morte. No caso do §2º deste artigo – resultado morte – o rito procedimental a ser seguido será o dos crimes punidos com reclusão, de competência do juiz singular.

Por ser a conduta do caput infração de menor potencial ofensivo submete-se ao procedimento do juizado especial, exceto se houver lesão corporal grave ou morte.

É muito comum o Promotor de Justiça receber “denúncias” de maus tratos contra pessoas idosas, em sua grande maioria praticados por familiares do mesmo. Outrossim, como a situação demanda urgência na atuação ministerial, requisitar instauração de Investigação pela Polícia – ainda que seja apenas através de um TCO -, demanda um tempo que a vítima não pode dispor sem acarretar mais danos à sua pessoa. Assim, deve o Promotor, inicialmente, resolver a situação fática de maus tratos de que esta sendo vítima o idoso e só posteriormente proceder com vistas à responsabilização do culpado. Assim, na prática, notificam-se todos os envolvidos a comparecer a audiência na Promotoria de Justiça – agressor, vítima (idoso), familiares e algum vizinho que sirva como testemunha, reduzindo a termo as declarações de todos. Deve-se, sempre que possível, formalizar Termo de Compromisso de quem irá cuidar e se responsabilizar pelo idoso.

A fiscalização *in locu* das condições a que está submetido o idoso, em determinadas

⁶⁰ Vide o seguinte julgado: 1 - MAUS TRATOS - Descaracterização - Funcionário responsável pela casa de repouso onde se achava internada a vítima - Pessoa idosa acometida de arteriosclerose cerebral - Lesões corporais e problemas pulmonares nela constatados - Carência de provas efetivas de terem sido provocados por ação daquele ou de seus auxiliares - Absolvição decretada - Inteligência e aplicação do art. 136 do CP (TACrimSP) RT 646/295

situações, mostra-se imprescindível, podendo, também, o Promotor requisitar colaboração de outras entidades com o envio de relatório e parecer técnico de tal situação. Nesse caso, pode-se solicitar seja feita visita ao idoso, com envio posterior de relatório à Secretaria de Assistência Social, por meio do CRAS (Centro de Referência da Assistência Social), ao Conselho Municipal do Idoso, à Secretaria de Saúde, por meio dos serviços dos Agentes Comunitários de Saúde que obrigatoriamente devem realizar visitas mensais às residências dos mesmos, entre outras entidades existentes no município.

Outrossim, havendo violência doméstica cuja conduta esteja configurada apenas no Código Penal, notadamente no art. 129, § 9º, observar-se-á o procedimento estabelecido na Lei 11.340/2006, possibilitando a prisão em flagrante ou preventiva, cujo cabimento decorrerá do caso concreto, com instauração de Inquérito Policial e aplicação, quando da condenação, da agravante prevista no art. 61, II, *h* do CP (crime praticado contra idoso).

ART. 100. CONSTITUI CRIME PUNÍVEL COM RECLUSÃO DE 6 (SEIS) MESES A 1 (UM) ANO E MULTA:

I – OBSTAR O ACESSO DE ALGUÉM A QUALQUER CARGO PÚBLICO POR MOTIVO DE IDADE;

II – NEGAR A ALGUÉM, POR MOTIVO DE IDADE, EMPREGO OU TRABALHO;

III – RECUSAR, RETARDAR OU DIFICULTAR ATENDIMENTO OU DEIXAR DE PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE, SEM JUSTA CAUSA, A PESSOA IDOSA;

IV – DEIXAR DE CUMPRIR, RETARDAR OU FRUSTRAR, SEM JUSTO MOTIVO, A EXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL EXPEDIDA NA AÇÃO CIVIL A QUE ALUDE ESTA LEI;

V – RECUSAR, RETARDAR OU OMITIR DADOS TÉCNICOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL OBJETO DESTA LEI, QUANDO REQUISITADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

No primeiro inciso, verifica-se a figura típica de obstar, obstaculizar, impedir o acesso de alguém por motivo de idade, no caso, idade igual ou superior a 60 anos, a cargo público, aplicando-se, extensivamente, à função ou ao emprego público.

Este tipo penal tem por sujeito ativo pessoa que tenha o poder para impedir o acesso de um idoso a cargo público. O sujeito ativo deve ter o dolo específico⁶¹ de obstar por motivo de idade, o acesso à função pública, não sendo punida a conduta realizada na forma culposa. Cuida-se, na verdade, de uma forma de discriminação do ser humano focada no elemento *idade*.

O impedimento de que trata esse inciso só tipificará a conduta criminalmente quando a discriminação por idade o for para obstaculizar ou impedir o *acesso* do idoso ao cargo ou emprego público.

Se o impedimento ao acesso a cargo ou emprego público for praticada em razão de discriminação/preconceito de raça, cor, etnia, religião ou nacionalidade, pode configurar o crime do art. 3º, *c/c* art. 1º da Lei 7.716/89; se o for em razão de ser a pessoa portadora de deficiência, o crime pode ser o do art. 8º, II, da Lei 7.853/89.

⁶¹ Trago à baila o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, p. 632, no tocante a circunstância específica de discriminar pessoa idosa para obstar acesso a cargo ou emprego público: “Há concursos públicos que fixam, como teto, determinada idade. Entretanto, inexistente a finalidade específica de *discriminar* pessoas *exclusivamente* por esse fator. Há diversos outros elementos que contam para o estabelecimento de uma idade-limite, como, por exemplo, o vigor físico para se tornar um policial militar.”

É crime próprio, de mera conduta, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente e admite tentativa.

No segundo inciso, o núcleo do tipo refere-se a conduta de negar à pessoa idosa emprego ou trabalho em razão da sua idade. Quem pode negar o emprego ou trabalho é pessoa que tenha poder para tanto, sendo assim sujeito ativo do crime, que tem por sujeito passivo a pessoa idosa. Como no crime anterior, o elemento subjetivo é o dolo de negar, especificamente por motivo de idade. O bem jurídico tutelado é a proteção do idoso e o crime classifica-se como próprio, de mera conduta, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, unissubsistente ou plurissubsistente e, nesta última forma, admite tentativa.

A terceira figura penal tipifica as condutas de recusar, retardar ou dificultar o atendimento necessário à saúde do idoso, bem como deixar de prestar assistência à saúde do mesmo. O sujeito ativo deste crime é qualquer pessoa, não é preciso que seja pessoa que trabalhe em serviço de saúde, e o sujeito passivo é o idoso. No que tange ao elemento subjetivo, deve ser dolosa a conduta do agente, não sendo punida a sua realização na forma culposa. Este crime possui elemento normativo ao afirmar que as condutas devem ser realizadas *sem justa causa*, o que torna necessária a interpretação e valoração pelo profissional do direito no caso concreto. Como os demais crimes, o bem jurídico é a proteção do idoso e classifica-se como crime comum, formal, de forma livre, comissivo nas condutas de recusar, retardar e dificultar, e omissivo na conduta de deixar de prestar, instantâneo.

O quarto inciso tipifica a conduta de deixar de cumprir (desatender), retardar (atrasar) ou frustrar (tornar inútil) a execução de ordem judicial expedida em ação civil referente ao Estatuto do Idoso. Assim, o objeto jurídico do crime é a eficiência e eficácia das ordens judiciais proferidas em ações civis públicas a que alude o Estatuto do Idoso.

O crime é próprio, pois pode ser cometido apenas pela pessoa submetida à ordem judicial e o sujeito passivo é o idoso e, mediatamente, o Estado, que teve uma decisão sua descumprida. O elemento subjetivo do crime é o dolo, não sendo punida a sua realização na forma culposa. O tipo em questão apresenta a expressão *sem justo motivo*, o que configura o seu elemento normativo, a ser analisado no caso concreto. O bem jurídico é a proteção do idoso e, secundariamente, a Administração da Justiça. O crime classifica-se como próprio, formal, de forma livre, comissivo, e omissivo apenas na forma de deixar de cumprir, instantâneo.

O quinto inciso tem por núcleo as condutas de *recusar, retardar ou omitir* dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público. Esta hipótese configura um específico crime de desobediência, que se realiza quando os dados técnicos requisitados e não fornecidos disserem respeito a qualquer assunto relativo à proteção de direito de idoso.

Tem por sujeito ativo a pessoa a quem foi dirigida a requisição ministerial e sujeito passivo o idoso e, secundariamente, o Estado. O elemento subjetivo é o dolo, a vontade de desobedecer, não sendo punida sua realização de forma culposa. O bem jurídico é a proteção do idoso e, secundariamente, a Administração da Justiça e a autoridade das requisições ministeriais. A recusa, o retardo ou a omissão de dados indispensáveis a propositura de Ação Civil Pública para a defesa dos interesses dos idosos causa sérios prejuízos a este. Outrossim, o poder de requisição do Ministério Público não possibilita recusa, a qual poderá configurar crime, a depender do caso concreto, crime de desobediência do art. 330 do Código Penal, o crime tipificado no art. 10 da Lei 7.347/1985

(Lei da Ação Civil Pública), o crime previsto no inciso VI do art. 8º da Lei 7.853/89 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência) e este previsto no inciso V do art. 100 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

O crime classifica-se como próprio, formal, de forma livre, comissivo, e omissivo apenas na forma de omitir, instantâneo, unissubjetivo, unissubsistente ou plurissubsistente; nesta última forma, admite a tentativa.

As infrações acima referidas serão processadas no âmbito do Juizado Especial, com possibilidade de aplicação de todos os seus institutos e o procedimento, visto tratar-se de infrações de menor potencial ofensivo.

ART. 101. DEIXAR DE CUMPRIR, RETARDAR OU FRUSTRAR, SEM JUSTO MOTIVO, A EXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL EXPEDIDA NAS AÇÕES EM QUE FOR PARTE OU INTERVENIENTE O IDOSO:

PENA – DETENÇÃO DE 6 (SEIS) MESES A 1 (UM) ANO E MULTA.

Da simples leitura do dispositivo observa-se a sua semelhança com o artigo anterior, cuja diferença está no fato de que no dispositivo em análise, é punido o ato de deixar de cumprir, de retardar ou frustrar a execução de ordem judicial exarada em ação de que o idoso for parte, ou mesmo interveniente; no artigo anterior, a ação era proposta pelo Ministério Público ou outra entidade legitimada na defesa dos direitos previstos no Estatuto do Idoso. Ou seja, o art. 101 cuida de ação diretamente ajuizada pelo idoso ou contra este, mas que demande solução rápida, em prol dos direitos previstos na Lei 10.741/2003.

O bem jurídico tutelado é a proteção do idoso.

O crime é próprio, pois o sujeito ativo apenas pode ser a pessoa submetida à ordem judicial, e o sujeito passivo é o idoso, bem como o Estado, que tem ofendida a administração da justiça. O elemento subjetivo é o dolo, a vontade de desobedecer, não sendo punida a realização do crime na forma culposa.

A expressão “sem justo motivo”, existente no tipo, caracteriza o elemento normativo, para o qual é necessária análise e interpretação valorativa com o objetivo de realizar a compreensão do seu significado no caso concreto.

Classifica-se o crime como: próprio; formal; comissivo e omissivo; de forma livre; instantâneo; unissubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente; nesta última forma, admite a tentativa.

O tipo em análise constitui infração de menor potencial ofensivo, logo será processada, inteiramente, de acordo com a Lei 9.099/95.

ART. 102. APROPRIAR-SE DE OU DESVIAR BENS, PROVENTOS, PENSÃO OU QUALQUER OUTRO RENDIMENTO DO IDOSO, DANDO-LHES APLICAÇÃO DIVERSA DA DE SUA FINALIDADE:

PENA – RECLUSÃO DE 1 (UM) A 4 (QUATRO) ANOS E MULTA.

O artigo supra cria uma modalidade específica de apropriação indébita, tipificando a conduta de apropriar ou desviar bens, proventos ou qualquer outro rendimento do idoso (pensão, lucro ou vantagem), condutas que, muitas vezes, são intentadas pelos familiares da vítima. O núcleo do tipo descreve as condutas correspondentes a apossar-se – tomar como seu coisa alheia ou desviar – destinar a fim diverso do legalmente previsto. Este tipo

constitui, na realidade, *a apropriação indébita do idoso*⁶².

A conduta de apropriação é realizada pelo fato do agente está com a posse ou detenção do bem ou dos valores, ou dos meios necessários para sua obtenção, pois, caso não tivesse a posse, haveria a ocorrência de um outro delito, como o furto ou estelionato, e não o crime específico sob análise. Entretanto, quanto a figura típica do *desvio*, qualquer pessoa pode efetivar tal conduta delitiva e não é necessário que retenha para si os bens ou valores desviados, podendo repassá-los a terceiros.

Nesta esteira, o bem jurídico protegido é a incolumidade patrimonial do idoso, como pressuposto para proteção da sua dignidade.

Os núcleos do tipo são apropriar-se ou desviar, sejam os bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento que seja pertencente ao idoso. É redundante a expressão “dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade”, pois ao apropriar-se ou desviar o rendimento do idoso, o agente está, automaticamente, dando aplicação diversa da que o provento deveria ter.

O elemento subjetivo é o dolo de apropriar-se ou desviar, não havendo tipificação da forma culposa.

Classifica-se o crime como sendo próprio na forma de *apropriar-se* e comum na forma desviar; material; de forma livre; comissivo; instantâneo; unissubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente, admitindo, nesta última forma, a ocorrência de tentativa.

Impende registrar as diferenças existentes entre o tipo do art. 168 do Código Penal, que constitui o crime de apropriação indébita, e a infração atualmente analisada. Nesta houve uma ampliação da figura típica da apropriação indébita, ao ser inserido como objeto do crime os bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento e não só bens móveis, como fala o art. 168 do Código Penal. Entretanto, as causas de aumento de pena prevista no § 1º do art. 168 do CP não mais podem ser utilizadas para o crime contra o idoso⁶³.

Não é crime de menor potencial ofensivo; portanto, a competência de juízo para seu processamento é o da Justiça Comum, admitindo-se a suspensão condicional do processo (pena mínima de um ano) prevista no art. 89 da Lei 9.099/95.

ART. 103. NEGAR O ACOLHIMENTO OU A PERMANÊNCIA DO IDOSO, COMO ABRIGADO, POR RECUSA DESTE EM OUTORGAR PROCURAÇÃO À ENTIDADE DE ATENDIMENTO:

PENA – DETENÇÃO DE 6 (SEIS) MESES A 1 (UM) ANO E MULTA.

Neste crime o núcleo do tipo está concentrado na conduta de negar, fazer oposição ao acolhimento ou a permanência do idoso como abrigado, cuja origem decorre da recusa do idoso em outorgar mandato à entidade de atendimento, numa situação, por exemplo,

⁶² Em comentário ao tipo, Guilherme de Sousa Nucci na obra antes referida entende que o sujeito ativo, na conduta da apropriação, somente pode ser quem tem a posse do bem ou valor do idoso. Vejamos: “Embora o tipo penal não faça referência, como está previsto no art. 168 do CP, à expressão de quem tem a posse ou a detenção, parece-nos óbvia a sua inclusão. Não fosse assim, estaríamos diante de **autêntico furto ou mesmo estelionato**. Apropria-se de algo que se tem e não de alguma coisa fora do alcance. No caso do *desvio*, é possível ser qualquer pessoa.

⁶³ É o caso, por exemplo, de um advogado que se aproprie do dinheiro de um cliente com mais de 60 anos, não haverá o aumento de crime praticado em razão de ofício, emprego ou profissão, pois é forma não prevista no Estatuto do Idoso.

onde a entidade condiciona o recebimento e permanência do idoso à uma autorização para receber seus proventos ou pensão. Este tipo tem o objetivo de proteger o idoso daquelas instituições que querem garantir o pagamento da estadia do idoso por meio dessa administração de seus proventos.

O sujeito ativo é a pessoa que administra a entidade em que o idoso está ou será abrigado, sendo o idoso sujeito passivo.

Este tipo penal tem o dolo como elemento subjetivo e não admite a punição para a forma culposa.

O crime em análise classifica-se como: próprio; formal; de forma livre; comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente, admitindo, assim, a forma tentada.

Por ser infração de menor potencial ofensivo, será processada no âmbito do juizado especial.

ART. 104. RETER O CARTÃO MAGNÉTICO DE CONTA BANCÁRIA RELATIVA A BENEFÍCIOS, PROVENTOS OU PENSÃO DO IDOSO, BEM COMO QUALQUER OUTRO DOCUMENTO COM OBJETIVO DE ASSEGURAR RECEBIMENTO OU RESSARCIMENTO DE DÍVIDA:

PENA – DETENÇÃO DE 06 (SEIS) MESES A 02 (DOIS) ANOS E MULTA.

Esta infração penal constitui prática que, normalmente, acontece quando algumas pessoas, credoras da pessoa idosa, apropriam-se dos seus cartões bancários de benefícios ou rendimentos para garantir-lhes o recebimento dos valores referentes à dívida contraída pelo idoso, deixando-os, muitas vezes, sem condições de garantir sua própria subsistência, em clara ofensa a sua dignidade. Muito comum no interior do Estado tal prática por agiotas ou donos de mercadinhos.

O núcleo da conduta é o verbo reter, que terá por objeto cartão magnético de conta bancária utilizada para receber os rendimentos, benefícios ou documento de propriedade do idoso, que tenha informações relevantes do ponto de vista econômico.

Desta forma temos como sujeito ativo o credor de dívida do idoso e este como sujeito passivo.

No que tange ao elemento subjetivo este se constitui no dolo, tendo o fim específico de “*assegurar o recebimento ou ressarcimento de dívida*”, não havendo punição da efetivação da conduta na forma culposa.

O crime em análise classifica-se como: próprio; formal; de forma livre; comissivo; instantâneo; unissubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente, admitindo, assim, a forma tentada.

Por ser infração de menor potencial ofensivo, será processada no âmbito do Juizado Especial.

Hoje, um número muito grande de famílias sobrevivem do benefício previdenciário, ou de qualquer outra natureza, de um idoso. Com isso, testemunhamos verdadeira “guerra” pelo cartão bancário dessas pessoas, o que exige atuação enérgica do Promotor de Justiça, na prática, notificando o suposto apropriador do cartão a comparecer na Promotoria, ouvi-lo e exigir do mesmo a devolução do cartão (quando esta pessoa não é o responsável legal

pelo idoso, p. ex. o curador). Em sendo possível, o procedimento criminal deve iniciar após a solução fática da situação irregular. Muitas vezes, também será necessário o ajuizamento de Ação de Busca e Apreensão de cartões bancários, documentos ou outros objetos, quando há resistência do sujeito ativo.

ART. 105. EXIBIR OU VEICULAR, POR QUALQUER MEIO DE COMUNICAÇÃO, INFORMAÇÕES OU IMAGENS DEPRECIATIVAS OU INJURIOSAS À PESSOA DO IDOSO:

PENA – DETENÇÃO DE 1 (UM) A 3 (TRÊS) ANOS E MULTA.

Esta figura típica apresenta dois núcleos: as condutas de exhibir ou veicular informações, documentos ou imagens, incluindo-se, assim, dados, fotos, vídeos e outras mídias, de idosos, utilizando-se de qualquer meio de comunicação (rádio, TV, jornal, revista, cartazes, internet, etc.). O bem jurídico protegido é a dignidade e a honra do idoso.

Tem por sujeito ativo qualquer pessoa, caracterizando-se como crime comum, e possui como sujeito passivo o idoso.

O dolo é o elemento subjetivo do tipo, que, de acordo com Guilherme de Souza Nucci⁶⁴, exige o fim específico de menosprezar, diminuir, atingir o amor próprio do idoso, afastando-se o crime se a conduta foi realizada com o *animus jocandi* (vontade de fazer piada ou brincadeira).

As expressões “depreciativas ou injuriosas” existentes no tipo constituem seu elemento normativo, que devem ser valoradas de acordo com o caso concreto.

O crime em análise classifica-se como: comum; formal; de forma livre; comissivo; instantâneo e, excepcionalmente, pode ter o caráter permanente; unissubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente, admitindo, assim, a forma tentada.

Sob o aspecto processual, a infração em análise não se trata de crime de menor potencial ofensivo. Todavia, é possível a suspensão condicional do processo, cuja competência para o feito é a Justiça Comum. Importante mencionar a diferença estabelecida entre o crime do art. 105 em comento e a injúria qualificada pela idade prevista no art. 140, §3º do CP, modificado pelo art. 110 do Estatuto do Idoso. A diferença básica consiste no fato de que a injúria qualificada estabelece que a ofensa proferida contra o idoso o seja visando pessoa certa e determinada, ou seja, ao passo que no tipo do art. 140, §3º ofende-se a pessoa certa⁶⁵, na conduta do art. 105 exhibe-se ou veicula-se imagem ou informação depreciativa à condição de idoso.

Aplica-se o princípio da especialidade quando o delito em análise estiver em aparente conflito com o tipo penal do art. 234 do CP: escrito ou objeto obsceno.

ART. 106. INDUZIR PESSOA IDOSA SEM DISCERNIMENTO DE SEUS ATOS A OUTORGAR PROCURAÇÃO PARA FINS DE ADMINISTRAÇÃO DE BENS OU DELES DISPOR LIVREMENTE:

PENA – RECLUSÃO DE 2 (DOIS) A 4 (QUATRO) ANOS.

⁶⁴Nucci, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. Rev. Atual. Ampl. 2. tir. São Paulo: RT, 2008. pg. 639.

⁶⁵ Exemplo citado por João Batista Machado Barbosa em comentários ao art. 105 do Estatuto do Idoso Comentado, Naide Maria Pinheiro (organizadora) – Campinas, SP: LNZ, 2006, p. 551: ofender a determinado idoso chamando-o “velho preguiçoso” ou “velha rabugenta”, configura o crime do art. 140, §3º do CP.

O núcleo do tipo é o ato de induzir, instigar o idoso, que não possui discernimento de seus atos, a conferir instrumento procuratório ao agente para que o mesmo administre seus bens ou disponha deles da forma que entender, no claro objetivo de atingir o patrimônio do idoso. Vide julgado⁶⁶.

O sujeito ativo é qualquer pessoa, sendo, assim, crime comum, e o sujeito passivo é o idoso, não cabendo a aplicação desse tipo penal em situações que envolvem idoso interdito, pois já possui um curador para administrar seus bens.

O dolo é o elemento subjetivo do tipo, acrescido do fim especial de administrar os bens ou deles dispor livremente. Não há punição na forma culposa, por falta de previsão legal.

O elemento normativo do tipo, de acordo com Guilherme de Souza Nucci⁶⁷, é caracterizado pela expressão “*sem discernimento*”, que constitui objeto de valoração cultural, dependendo do caso concreto, da região e do grau de cultura do sujeito vítima do fato, não exigindo o tipo seja o idoso absolutamente incapaz em decorrência doença mental, ou seja, não necessita ser ele alienado mental. A procuração é objeto material do crime enquanto o patrimônio do idoso é seu objeto jurídico.

Com absoluta propriedade afirma o colega João Batista Machado Barbosa, em comentários ao já citado Estatuto do Idoso, p. 559, que o delito do art. 106 poderá ser absorvido pelo crime de estelionato (CP, art. 171), quando dum conflito aparente de normas, pelo princípio da consunção quando o elemento subjetivo do tipo objetivar a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio e não apenas a administração de bens do idoso ou livre disposição (elemento subjetivo do art. 106).

O crime em análise classifica-se como: comum; formal (não exige resultado naturalístico como o efetivo prejuízo ao idoso); de forma livre; comissivo; instantâneo;

⁶⁶ - PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 106 DO ESTATUTO DO IDOSO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES QUE AUTORIZAM A PREMATURA INTERRUPTÃO DA PERSECUTIO CRIMINIS IN IUDICIO.

I - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel.Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a. Min.^a. Cármen Lúcia, DJU

de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou

abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

II - No presente caso, a denúncia, peça formalizadora da acusação, revela-se formalmente correta, além de evidenciar, inquestionavelmente, a presença de justa causa para o prosseguimento da ação penal. Vê-se que a conduta do paciente consistiu em contactar a vítima, pessoa idosa, a fim de que esta, mediante a assinatura de procuração, o autorizasse a reter para si 30% dos valores que a vítima viria a receber em razão de ação ajuizada em face do INSS, mesmo sendo dispensável, para o levantamento da quantia, a intervenção de advogado, induzindo-a, portanto, em erro

quanto a necessidade de seus serviços.

III - Não exsurgindo hipótese de atipicidade absoluta, afasta-se o trancamento da ação penal. Ordem denegada.

⁶⁷ - Nucci, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. Rev. Atual. Ampl. 2. tir. São Paulo: RT, 2008. pg. 640.

unissubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente, admitindo, assim, a forma tentada.

Poderá existir o concurso material de crimes com o art. 102 antes analisado quando, outorgada a procuração, o agente apropria-se ou desvia bens ou valores do idoso.

Sob o aspecto processual, a infração em análise não se trata de crime de menor potencial ofensivo. Todavia, é possível a suspensão condicional da pena (não confundir com a suspensão condicional do processo) caso esta tenha sido fixada no mínimo legal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, em caso de condenação.

Outrossim, o Ministério Público pode promover ação civil com objetivo de revogar instrumento procuratório do idoso (art. 74, IV).

ART. 107. COAGIR, DE QUALQUER MODO, O IDOSO A DOAR, CONTRATAR, TESTAR OU OUTORGAR PROCURAÇÃO:

PENA – RECLUSÃO DE 2 (DOIS) A 5 (CINCO) ANOS.

A ação de coagir é o núcleo do tipo, que significa obrigar, forçar, por qualquer maneira (constrangimento físico – forçar ou moral), a pessoa idosa a doar (transmitir gratuitamente seus bens), contratar, deixar bens em testamento para alguém ou outorgar procuração. Assim, o agente objetiva aferir algum bem por meio do constrangimento ilegal do idoso, que se obrigaria contra sua vontade. É irrelevante ter o idoso discernimento ou não para os atos da vida civil. O bem jurídico tutelado é a proteção do idoso, voltada para seu patrimônio. A conduta típica configura um constrangimento ilegal (art. 146 do CP) voltado para o idoso.

Poderá coexistir o concurso de crimes entre o previsto no art. 107 do Estatuto do Idoso e o crime de lesão corporal do Código Penal, p.ex., quando haja violência física.

O sujeito ativo é qualquer pessoa e o sujeito passivo é o idoso.

O elemento subjetivo é o dolo, não admitindo punição na forma culposa.

O crime em análise classifica-se como: comum; formal (não é necessário a ocorrência do resultado danoso patrimonialmente visado pelo agente, bastando a coação para a consumação do crime); de forma livre; comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente, admitindo, assim, a forma tentada.

Se a coação for apenas tentada – art. 107 c/c art. 14, II do CP – em razão da obrigatória aplicação da causa de diminuição de pena do art. 14, II do CP, mesmo que em sede de análise abstrata da pena, o rito a ser seguido pelo feito é o sumaríssimo, mas permanecendo a competência no juízo comum, visto a pena ainda permanecer superior a três anos.

Sob o aspecto processual, a infração em análise não se trata de crime de menor potencial ofensivo. Todavia, é possível a suspensão condicional da **pena** (não confundir com a suspensão condicional do processo) caso esta tenha sido fixada no mínimo legal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. O processo será o rito dos crimes punidos com reclusão de competência do juízo singular.

ART. 108. LAVRAR ATO NOTARIAL QUE ENVOLVA PESSOA IDOSA SEM DISCERNIMENTO DE SEUS ATOS, SEM A DEVIDA REPRESENTAÇÃO LEGAL:

PENA – RECLUSÃO DE 2 (DOIS) A 4 (QUATRO) ANOS.

Neste crime, o núcleo é a conduta de lavrar, registrar ato notarial (formalização de escritura ou documento por tabelião, em típica atividade de registros públicos), em que esteja envolvido idoso sem o discernimento de seus atos ou sem a devida representação legal.

O sujeito passivo é o notário do cartório ou preposto por ele colocado. Os sujeitos passivos são o idoso e o Estado, que preza pela correta realização dos atos notariais e é órgão fiscalizador.

O elemento subjetivo é o dolo, não havendo punição para a forma culposa.

Conforme asseverado anteriormente pelo doutrinador Guilherme de Souza Nucci⁶⁸, a expressão “sem discernimento” caracteriza o elemento normativo do tipo, que constitui objeto de valoração cultural, dependendo do caso concreto, da região e do grau de cultura do sujeito vítima do fato.

Neste tipo penal, estamos diante de uma norma penal em branco, pois é necessária a consulta da legislação civil para conhecimento dos casos em que é necessária a representação legal de algum idoso que não possua o discernimento⁶⁹ necessário para prática deste tipo de ato notarial.

O crime em análise classifica-se como: próprio; formal; de forma vinculada; comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente, admitindo, assim, a forma tentada.

Sob o aspecto processual, a infração em análise não se trata de crime de menor potencial ofensivo. Todavia é possível a suspensão condicional **da pena** (e não do processo) caso esta tenha sido fixada, em sentença condenatória, no mínimo legal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

III – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

ART. 109. IMPEDIR OU EMBARAÇAR ATO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DE QUALQUER OUTRO AGENTE FISCALIZADOR:

PENA – RECLUSÃO DE 6 (SEIS) MESES A 1 (UM) ANO E MULTA.

Nesta figura típica, que na verdade deveria estar no Capítulo dos Crimes em Espécie por se tratar de tipo incriminador de vigência temporal indeterminada com os anteriores comentados, as condutas nucleares consistem em impedir (interromper) ou embaraçar (perturbar, atrapalhar), atividade do representante do Ministério Público⁷⁰ ou de qualquer outro agente fiscalizador, buscando evitar a concretização de tais atos. Desta forma, seu bem jurídico é a proteção do idoso e, de forma mediata, a Administração da Justiça.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo é constituído pelo idoso e pelo Estado, que tem sua atuação interventiva de proteção daquele prejudicada.

⁶⁸Nucci, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. Rev. Atual. Ampl. 2. tir. São Paulo: RT, 2008. pg. 640.

⁶⁹ O interdito é representado por curador nomeado pelo juiz.

⁷⁰ O art. 74, IX do Estatuto do Idoso autoriza o representante do Ministério Público a requisitar força policial para o desempenho de suas atribuições de defesa do idoso.

O elemento subjetivo é o dolo, acrescido da vontade específica de prejudicar o ato do Ministério Público ou dos órgãos fiscalizadores. A forma culposa não está sujeita à punição.

O crime em análise classifica-se como: comum; formal; de forma vinculada; comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente, admitindo, assim, a forma tentada.

Trata-se de infração de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95 sendo processada no âmbito dos juizados especiais com possibilidade de aplicação de todos os benefícios daquela lei.

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

I – CONSIDERAÇÕES GERAIS.

As condutas típicas descritas na Lei n. 7.853/89 criminaliza as recusas as quais são submetidas às pessoas com deficiência. Assente-se, desde já, existir verdadeiro vazio na jurisprudência, o que denota, ainda, a não judicialização de condutas criminosas praticadas contra tais pessoas.

Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública incondicionada.

A competência para o conhecimento e processamento do feito é a Justiça Comum, decorrente a investigação, em sendo necessário, de Inquérito Policial ou Procedimento Investigatório Criminal instaurado pelo Ministério Público. Sendo a pena mínima dos crimes desta lei não superior a um ano, é possível, preenchido todos os requisitos legais, a suspensão condicional do processo.

Quando a pessoa portador de deficiência for vítima de violência doméstica, aplica-se a causa de aumento de pena a que se refere o art. 129, parágrafo onze do Código Penal.

ART. 8º CONSTITUI CRIME PUNÍVEL COM RECLUSÃO DE 1 (UM) A 4 (QUATRO) ANOS, E MULTA:

I - RECUSAR, SUSPENDER, PROCRASTINAR, CANCELAR OU FAZER CESSAR, SEM JUSTA CAUSA, A INSCRIÇÃO DE ALUNO EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO DE QUALQUER CURSO OU GRAU, PÚBLICO OU PRIVADO, POR MOTIVOS DERIVADOS DA DEFICIÊNCIA QUE PORTA;

II - OBSTAR, SEM JUSTA CAUSA, O ACESSO DE ALGUÉM A QUALQUER CARGO PÚBLICO, POR MOTIVOS DERIVADOS DE SUA DEFICIÊNCIA;

III - NEGAR, SEM JUSTA CAUSA, A ALGUÉM, POR MOTIVOS DERIVADOS DE SUA DEFICIÊNCIA, EMPREGO OU TRABALHO;

IV - RECUSAR, RETARDAR OU DIFICULTAR INTERNAÇÃO OU DEIXAR DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR E AMBULATORIAL, QUANDO POSSÍVEL, À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA;

V - DEIXAR DE CUMPRIR, RETARDAR OU FRUSTRAR, SEM JUSTO MOTIVO, A EXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL EXPEDIDA NA AÇÃO CIVIL A QUE ALUDE ESTA LEI;

VI - RECUSAR, RETARDAR OU OMITIR DADOS TÉCNICOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL OBJETO DESTA LEI, QUANDO REQUISITADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

II – DOS CRIMES EM ESPÉCIE.

II.1 - DA FRUSTRAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

O crime em análise tem por bem jurídico tutelado o direito ao acesso à educação pelas pessoas com deficiência.

O sujeito ativo do crime é a pessoa que tenha responsabilidade pela administração do estabelecimento de ensino. Impende registrar que é possível a participação e a coautoria na realização do crime, desde que o partícipe ou coautor tenha atitudes relevantes no ato de negação de acesso ao estabelecimento de ensino. Como exemplo de participação, podemos citar o professor, pedagogo, psicólogo, que emite parecer pela recusa ao acesso. Para configuração da coautoria, é imprescindível que o coautor também tenha poder de decisão sobre o ato de admissão do portador de deficiência na escola, como um conselho de ensino da escola.

Como se pode inferir, o sujeito passivo é a pessoa deficiente que solicita matrícula ou já está inserida no âmbito do estabelecimento de ensino como aluno.

Os núcleos do tipo são os atos de recusar (impedir, rejeitar, seja por escrito ou oralmente), suspender (interromper temporariamente a matrícula, com as aulas já iniciadas), procrastinar (adiar a decisão, demorar injustificadamente), cancelar (tornar sem efeito) ou fazer cessar (fazer com que os responsáveis pelo deficiente ou ele mesmo desista de ser matricular) a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta.

Nesta esteira, percebe-se a necessidade da existência de uma justa causa, que seja desvinculada de motivos referentes à deficiência, para não tipificação do crime, haja vista a possibilidade de, por motivos legais, não ser possível a realização da matrícula de qualquer pessoa, deficiente ou não. Sob este aspecto, é oportuno citar os ensinamentos de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, Procuradora da República do Estado de São Paulo:

“Se a obrigação de toda escola é receber alunos com deficiência, devendo providenciar as adequações necessárias, justa causa é qualquer elemento não ligado à deficiência. Ou seja, aquele motivo pelo qual qualquer outro pretendente à matrícula seria recusado (ausência de vagas, idade incompatível com a turma etc.), independentemente de ter ou não deficiência. A única exceção é na hipótese da escola comum já ter um número muito grande de alunos com deficiência matriculados (mais de 15% em cada turma, por exemplo). Exemplos:

1 - Recusa de aluno cego porque ele não usa os mesmos materiais didáticos que os demais alunos e a escola não possui materiais específicos: não configura justa causa, pois bastaria que todas as escolas comuns se portassem assim para não precisarem, nunca, receber alunos cegos que, obviamente, precisam de materiais diferenciados. Em caso de escolas particulares, estas devem providenciar o material às suas expensas ou através de convênios com instituições especializada. Em se tratando de escolas públicas, também podem se valer de convênios, ou solicitar os materiais à Secretaria Municipal de Educação, aos Cape's, instalados em cada um dos Estados brasileiros, e à Secretaria de Educação Especial do Ministério da Educação.

2 - Recusa de aluno com deficiência porque a escola já está com todas as suas vagas preenchidas e tem como demonstrar isso: é justa causa.

3 - Recusa de aluno com deficiência mental porque ele não acompanha a turma e a escola é voltada apenas para alunos que se adaptam a um ritmo de ensino muito difícil: não

configura justa causa porque a recusa está centrada na implicação de deficiência mental [...]

4 - Recusa do aluno com deficiência mental, em idade muito diferente dos demais alunos da turma em que os pais pretendem matriculá-lo: é justa causa. A pessoa com deficiência mental deve conviver com seus pares da mesma idade cronológica, admitindo-se apenas uma pequena variação de idade.

5 - Recusa do aluno com deficiência física porque a escola possui muitos obstáculos arquitetônicos (escadas, banheiros não adaptados etc) e não tem tempo hábil para fazer as adaptações: não configura justa causa. A escola, pública ou particular, é um prédio de acesso ao público e, como tal, deveria estar livre de obstáculos arquitetônicos (Lei 10.098/00). [...]"

Impende registrar que o encaminhamento pelo agente de pessoa com deficiência para escola especial, sem que seja para atendimento concomitante, configura o crime em análise.

Trata-se de crime de mera conduta, consumando-se no momento em que o responsável pelo estabelecimento de ensino recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino; por este motivo, não é cabível a tentativa.

O elemento subjetivo é o dolo.

II.2 - DA FRUSTRAÇÃO DE ACESSO AO TRABALHO EM CARGOS PÚBLICOS

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;

O bem jurídico tutelado é o acesso das pessoas com deficiência aos cargos públicos. Neste passo, o sujeito ativo apenas pode ser os agentes públicos que tenham autoridade de decisão no concurso realizado, que possam decidir acerca do preenchimento do cargo público, e o sujeito passivo é a pessoa com deficiência.

O núcleo do tipo é a conduta de obstar, que significa colocar obstáculos, impedir, o acesso pela pessoa deficiente aos cargos públicos, sem qualquer justificativa justa, pelos motivos de sua deficiência. Pode-se elencar os seguintes exemplos do crime: o ente convocar apenas os aprovados que não possuam deficiência; não possibilitar as condições especiais necessárias para realização das provas pelas pessoas deficientes; não prever no edital do concurso o número de vagas para deficientes, de acordo com o previsto na CF.

Nesse diapasão, observa-se a existência de um elemento normativo do tipo, que é a expressão “justa causa”, que, estando presente, justifica a não tipificação do crime. Assim, a justa causa seria a motivação que levaria qualquer pessoa a não ter acesso ao cargo público, independentemente de deficiência. Como exemplos, podemos citar o fato de o candidato deficiente não ter atingido a média necessária para admissão no cargo, ou seja, não tenha atingido o “ponto de corte”; a paralisação das nomeações de todos os aprovados, deficientes ou não, de acordo com as ordens de aprovação, por motivos administrativos.

Impende registrar a situação em que, muitas vezes, há incompatibilidade da função a ser exercida com a deficiência. Nestas hipóteses, as pessoas com deficiência têm a possibilidade de se submeter ao concurso, caso queiram. Todavia, pelo tipo de prova e testes a que serão submetidos e pelas limitações físicas, sensoriais e psíquicas que possuem, podem não conseguir passar no teste e, assim, não conseguir aprovação como qualquer outra pessoa sem deficiência que não tenha conseguido realizar a etapa referida.

Neste aspecto, cumpre observar que o deficiente aprovado no concurso não pode ter sua posse obstada e o consequente exercício de sua atividade, constituindo esta prática o crime em estudo. Assim, a análise do exercício no *munus* do cargo para o qual o deficiente foi nomeado, deve ser efetuado no âmbito do estágio probatório por equipe multidisciplinar.

O elemento subjetivo é o dolo, não havendo punição na forma culposa.

Trata-se de crime de mera conduta, que se consuma no momento em que a autoridade competente obsta o acesso ao cargo. Por este motivo, não é cabível a tentativa.

É possível a participação e a coautoria da efetivação da conduta criminosa.

II.3 – DA FRUSTRAÇÃO DO ACESSO AO TRABALHO NO DIREITO PRIVADO.

*Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:
[...]*

III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;

O bem jurídico tutelado é o acesso das pessoas com deficiência ao emprego em empresas privadas, ambientes que se determinem pela autonomia privada. Neste passo, o sujeito ativo é qualquer pessoa, e o sujeito passivo é a pessoa com deficiência que pleiteie o emprego por meio do oferecimento de seus serviços.

O núcleo do tipo é a conduta de negar, não oportunizar, recusar, trabalho ou emprego à pessoa deficiente, sem qualquer justificativa justa, pelos motivos de sua deficiência.

O elemento subjetivo é o dolo, a vontade livre e consciente de negar emprego ou trabalho a pessoa deficiente pelos motivos de sua deficiência.

Neste ponto, cumpre ressaltar a existência da “justa causa” como elemento normativo do tipo, que deve estar presente para que se afaste a tipificação da conduta. Desta feita, não havendo uma justa causa, não pode o agente negar o emprego ou trabalho à vítima pelo fato desta ser deficiente. Tal aspecto deve ser analisado com cuidado, pois, em alguns casos, a pessoa a quem o deficiente oferece seus serviços não tem a possibilidade nem o dever de efetuar as modificações necessárias no local em que é ofertado o trabalho, como no caso de uma residência. Todavia, em empresas de médio e grande porte, ocorrendo a negativa de trabalho somente por motivos da deficiência, deve haver a responsabilização dos sujeitos que realizaram a conduta típica⁷¹.

⁷¹ Lei de Cotas - Oficialmente denominada Lei 8.213/ 1991, ela determina que as empresas que possuem a partir de 100 empregados cumpram uma cota, proporcional ao seu tamanho, com cargos para

Impende registrar que, se a pessoa com deficiência não realiza os seus serviços com a observância dos seus deveres enquanto empregado, bem como não executa bem suas atividades, pode ser, sim, dispensado.

II.4 - DA NEGATIVA DE ATENDIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SERVIÇO DE SAÚDE

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;

O bem jurídico tutelado é a saúde física e mental das pessoas com deficiência, por meio do acesso aos serviços de saúde. Neste passo, o sujeito ativo é a pessoa responsável por hospitais, clínicas, unidade básica de saúde, que tenha o poder de decisão acerca do atendimento ao público ou que tenha que prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, e o sujeito passivo é a pessoa com deficiência que precise de atendimento de saúde.

Os núcleos do tipo são as condutas de recusar (impedir, rejeitar, seja por escrito ou oralmente), retardar (demorar, atrasar, procrastinar), dificultar (colocar empecilhos) para a internação do deficiente, ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar, quando possível. A assistência médico-hospitalar e ambulatorial abrange uma série de atendimentos, que podem ser urgentes ou não, como a realização de consultas, exames, intervenções cirúrgicas ou qualquer tratamento especial.

O elemento subjetivo é o dolo, a vontade livre e consciente de impedir, impossibilitar, atrasar a internação ou de não realizar o atendimento médico-hospitalar à pessoa com deficiência.

Neste tipo, como nos demais, está presente um elemento normativo, que, no caso, constitui-se na figura “quando possível”, sendo necessária a interpretação, no caso concreto, do profissional do direito se era possível ao agente realizar o atendimento ou a internação. Para melhor elucidação, citaremos as considerações da especialista no tema, a Procuradora da República Eugênia Augusta Gonzaga Fávero que elenca os seguintes exemplos:

- 1- médico que deixa de atender paciente surdo porque não entende o que ele diz, com língua de sinais: não é justificativa, uma vez que cabe à unidade hospitalar, ou local de atendimento, solicitar a presença de um intérprete, por exemplo, através de convênio com instituições, de forma a permitir a convocação de urgência, em casos que se fizerem necessários, tais como o de uma mulher surda em trabalho de parto;
- 2- Psicólogo, dentista, fisioterapeuta, que deixam de atender a pacientes com deficiência física, pois o consultório tem barreiras arquitetônicas: não é justificativa porque, sendo locais de atendimento ao público (Lei 10.098/00), não poderiam sequer ter seu funcionamento autorizado pelos órgãos municipais; caberia a tais profissionais sugerir forma possível de atendimento em outro local, sem custos extras, enquanto promovem as

trabalhadores reabilitados ou pessoas com deficiência. Assim, empresas com até 200 empregados deverão reservar 2% de seu quadro para atender à Lei. De 201 a 500 trabalhadores, 3%. De 501 a mil funcionários, 4%. De 1.001 em diante, 5%.

adaptações necessárias;

- 3- pronto socorro atingido por inundação, em que estão fazendo apenas atendimentos de urgência: é justificativa, caso o problema do paciente com deficiência não seja considerado grave;
- 4- unidade hospitalar que atende apenas especialidade: é justificativa para o não-atendimento, caso o problema apresentado pelo paciente com deficiência não se encaixe naquela especialidade.

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

V – deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem motivo justo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil pública a que alude esta lei;

O tipo em comento criminaliza a desobediência de ordem judicial em ação civil pública cujo objeto foi a defesa de interesses de pessoas com deficiência reconhecido nesta lei.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que receba uma ordem judicial expedida em ação civil pública que visa o cumprimento dos direitos das pessoas com deficiência.

O sujeito passivo primário é o Poder Público e o secundário é a pessoa com deficiência beneficiada com a ordem.

Os núcleos do tipo são as condutas de deixar de cumprir (não atender a ordem judicial); retardar (cumprir a ordem com atraso, fora do prazo) e frustrar (praticar qualquer ato que torne sem efeito a ordem).

É elemento normativo do tipo que o descumprimento à ordem judicial o *sem motivo justo*, de modo ser imprescindível averiguar se o descumprimento decorreu de algum motivo justificável.

Não há necessidade de constar, no mandado judicial, que emana da ordem a advertência que o descumprimento implicará na ocorrência do crime em tela. A consumação ocorrerá com a ação ou omissão daquele que a descumpre, no momento que encerrar o prazo estipulado no mandado.

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

O tipo, diferente dos anteriores, não diz respeito a preconceito com as pessoas com deficiência e há inteira correspondência com o art. 10 da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, excetuando apenas a previsão, no artigo em comento, que os dados técnicos referem-se à matéria relativa ao objetivo da ação civil pública de defesa dos interesses de pessoas com deficiência.

O sujeito passivo é qualquer pessoa, particular ou servidor público que deixa de atender à requisição do Ministério Público.

O tipo objetivo é o dolo genérico, não havendo punição por conduta culposa.

A consumação do crime ocorre no momento da recusa – quando o ato for comissivo – ou no momento em que se verifica a omissão ou o retardamento – quando o ato for omissivo – ultrapassando *in albis* o prazo fixado pelo MP para o atendimento da requisição.

Admite-se tentativa na forma comissiva.

O adjetivo *indispensáveis* é elemento normativo do tipo. Em sendo tais dados técnicos apenas úteis, auxiliares ou complementares, não configura o crime desta lei nem o previsto no art. 10 da LACP, mas pode caracterizar prevaricação (CP art. 319), desobediência (CP art. 330) ou crime tipificado no ECA art. 236 (apenas para as ACPs fundadas no Estatuto).

III - BIBLIOGRAFIA.

- Artigo: Ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão condicional do processo, de Damásio E. de Jesus, in www1.jus.com.br/doutrina.
- Artigo: Aspectos Criminais Do Estatuto Do Idoso, de Ricardo Antonio Andreucci - Promotor de Justiça Criminal da Capital Mestre em Direito, Professor de Direito Penal e Processo Penal.
- Artigo: O Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.099/95, de Jayme Walmer de Freitas Juiz de Direito em Sorocaba, Mestre em Processo Penal pela PUCSP, Professor de Processo Penal e Penal Especial no Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas AngloTriumphus de Sorocaba.
- Artigo: Infração penal de menor potencial ofensivo: o art. 94 da Lei nº 10.741/2003 não determinou nova definição do conceito, de Renato Flávio Marcão Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, mestre em Direito Penal, Político e Econômico, professor de Direito.
- FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência: Garantia de Igualdade na Diversidade. Rio de Janeiro: WVA – Ed., 2004. 344p.
- Lei Federal nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.
- NERY JÚNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade . Código de Processo Civil Comentado, 8ª ed. Rev. Atual. Ampl. RT. São Paulo.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 3. ed. Rev. Atual. Ampl. 2. tir. São Paulo: RT, 2008. pg. 640.
- PINHEIRO, Naide Maria (organizadora). Estatuto do Idoso Comentado. Campinas: LZN, 2006.
- SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves. Estatuto do Idoso de A a Z. Editora Idéias e Letras, 2004.

