

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

VOLUME 4

Abr/Jun 2015

Doutrina Nacional / Ana Carolina Brochado Teixeira / Renata de Lima Rodrigues / Antonio Baptista Gonçalves / Eduardo Nunes de Souza / Thiago Guimarães Moraes

Doutrina Estrangeira / Geraldo Villanacci

Pareceres / Paula A. Forgioni

Atualidades / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Luiz Edson Fachin

APRESENTAÇÃO

A **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** tem por objetivo fomentar o diálogo e promover o debate, a partir de perspectiva interdisciplinar, das novidades doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas no âmbito do direito civil e de áreas afins, relativamente ao ordenamento brasileiro e à experiência comparada, que valorize a abordagem histórica, social e cultural dos institutos jurídicos.

A RBDCivil é composta das seguintes seções:

- Editorial;
- Doutrina:
 - (i) doutrina nacional;
 - (ii) doutrina estrangeira;
 - (iii) jurisprudência comentada; e
 - (iv) pareceres;
- Atualidades;
- Vídeos e áudios.

Endereço para contato:

Rua Primeiro de Março, 23 – 10º andar

20010-000 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Tel.: (55) (21) 2505 3650

Fax: (55) (21) 2531 7072

E-mail: rbdcivil@ibdcivil.org.br

EXPEDIENTE

Diretor

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Editorial

Francisco Infante Ruiz - Doutor em Direito Civil e Internacional Privado pela *Universidad de Sevilla*, Professor Titular de Direito Civil (Direito Privado Comparado) na *Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla), Espanha.

Gustavo Tepedino - Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*, Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

Luiz Edson Fachin – Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, Brasil.

Paulo Lôbo - Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

Pietro Perlingieri - Professor Emérito da *Università del Sannio*. Presidente da *Società Italiana Degli Studiosi del Diritto Civile - SISDiC*. Doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Coordenador Editorial

Aline de Miranda Valverde Terra

Carlos Nelson de Paula Konder

Conselho Assessor

Eduardo Nunes de Souza

Fabiano Pinto de Magalhães

Louise Vago Matieli

Paula Greco Bandeira

Tatiana Quintela Bastos

A DEFESA DA PREFERÊNCIA AS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO DE AUTISMO ANTE A FALTA DE PROCEDIMENTO

The defense of preference people with autismo spectrum disorder before the procedure for missing

Antonio Baptista Gonçalves

Advogado, Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas, Pós-Doutor em Ciência da Religião pela PUC/SP, Pós-Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Matanza. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra, Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses pelo Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Pós-Graduado em Direito Penal – Teoria dos delitos pela Universidade de Salamanca, Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 defende e protege os interesses das pessoas, bem como assegura a efetivação de um grupo de direitos tidos como fundamentais. Exemplo disso é a defesa da dignidade da pessoa humana. Destarte que as pessoas com deficiência, dentre elas, as pessoas com Transtorno do Espectro de Autismo têm garantido seus direitos como qualquer outro cidadão brasileiro. Além desses direitos lhes foi assegurados por um conjunto normativo facilidades importantes em decorrência de suas limitações sejam físicas, motoras ou psicológicas, falamos do atendimento prioritário. No entanto, o que não fez o legislador foi criar o devido procedimento para a plena efetivação desses direitos o que no mais das vezes dificulta a sua aplicação prática por parte do aplicador do direito.

Palavras-Chave: Autismo; Procedimento; Direitos fundamentais.

Abstract: The 1988 Federal Constitution defends and protects the interests of the people and ensures the effectiveness of a group taken as fundamental rights. An example is the defense of human dignity. Thus people with disabilities, among them people with Autism Spectrum Disorder have guaranteed their rights as any other Brazilian citizen. In addition to these rights they were guaranteed by a set of rules important facilities due to its limitations are physical, motor or psychological, we talk about the priority service. However, what did the legislator was to create the proper procedure for the full realization of these rights which most often hinders its practical application by the right applicator.

Keyword: Autism; procedure; Fundamental rights.

Sumário: Introdução – 1. Transtorno do espectro de autismo – 2. Lei nº 12.764/12 – A Lei Berenice Piana – 3. A Constituição Federal de 1988 e as pessoas com deficiência – 4. A facilidade de acesso e a falta de procedimento – 5. Conclusão.

Introdução

Os legisladores nacionais têm se preocupado nos últimos anos com a questão da inclusão social no que tange as pessoas com Transtorno do Espectro de Autismo. Assim foi promulgada a Lei nº 12.764, em 28 de dezembro de 2012, conhecida como a Lei Berenice Piana que possui importantes avanços protetivos sobre o tema, como veremos adiante.

Na mesma esteira temos a recente legislação promulgada no Rio de Janeiro sobre o tema, falamos da Lei estadual nº 6.807 de 23 de junho de 2014, que complementa outros regramentos já existentes às pessoas com deficiência e, mais especificamente as pessoas com Transtorno do Espectro de Autismo. No entanto, como parece método reiterado do legislador pátrio, possui pouca efetividade a criação de uma norma por melhor que esta seja se não houver o devido procedimento, isto é, a operacionalidade da norma, para que esta possa ser minimamente aplicável.

Fato é que transcorrido mais de um ano ainda se espera pela regulamentação da Lei Berenice Piana. De tal sorte que, como ocorre em todas as vezes em que o legislador falha na questão procedimental, agora cabe à doutrina e à jurisprudência sedimentarem o caminho para viabilizar a aplicabilidade prática do efetivo direito as pessoas com Transtorno do Espectro de Autismo.

E, ainda sem o devido procedimento normativo, os demais legisladores, em caráter estadual ou municipal, edificam normas complementares às já existentes sem que, para isso, se observe, minimamente o procedimento ou a viabilidade prática da norma. Caso típico se refere à lei carioca sobre a facilidade de acesso e ao direito de prioridade decorrente da deficiência. Isso porque, se em um primeiro momento se harmoniza com as Leis nº 12.764/12, 10.048/00 e 7.853/89, em contrapartida, o que se nota é a falta de procedimento, isto é mecanismos para a aplicabilidade prática da norma.

Para tanto, primeiramente precisamos compreender melhor o que vem a ser o Transtorno do Espectro de Autismo, posteriormente, quais os objetivos pretendidos pelas leis citadas, para, por fim, analisar o porquê a ausência de procedimento macula a efetivação do direito das pessoas com esse Transtorno.

1. O Transtorno do Espectro de Autismo

A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde (CID-10) inclui o Autismo na ordem dos Transtornos Globais do Desenvolvimento (F84),¹ dispondo especificamente duas categorias.²

Autismo infantil: Transtorno global do desenvolvimento caracterizado por a) um desenvolvimento anormal ou alterado, manifestado antes da idade de três anos, e b) apresentando uma perturbação característica do funcionamento em cada um dos três domínios seguintes: interações sociais, comunicação, comportamento focalizado e repetitivo. Além disso, o transtorno se acompanha comumente de numerosas outras manifestações inespecíficas, por exemplo, fobias, perturbações de sono ou da alimentação, crises de birra ou agressividade (auto-agressividade).

Autismo atípico: Transtorno global do desenvolvimento, ocorrendo após a idade de três anos ou que não responde a todos os três grupos de critérios diagnósticos do autismo infantil. Esta categoria deve ser utilizada para classificar um desenvolvimento anormal ou alterado, aparecendo após a idade de três anos, e não apresentando manifestações patológicas suficientes em um ou dois dos três domínios psicopatológicos (interações sociais recíprocas, comunicação, comportamentos limitados, estereotipados ou repetitivos) implicados no autismo infantil; existem sempre anomalias características em um ou em vários destes domínios. O autismo atípico ocorre habitualmente em crianças que apresentam um retardo mental profundo ou um transtorno específico grave do desenvolvimento de linguagem do tipo receptivo.

Em Cartilha desenvolvida pelo Estado de São Paulo, mais especificamente pela Defensoria Pública do Estado, define o autismo como:

O Autismo é um Transtorno Global do Desenvolvimento (também chamado de Transtorno do Espectro Autista), caracterizado por alterações significativas na comunicação, na interação social e no comportamento da criança.

¹ Fonte: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em 9 de agosto de 2014.

² Aqui nos ateremos apenas a estas duas, no entanto a CID-10 também relaciona Síndrome de Rett (F84.2), Outro Transtorno Desintegrativo da Infância (F84.3), Transtorno com Hipercinesia associada a Retardo Mental e a Movimentos Estereotipados (F84.4), Síndrome de Asperger (F84.5), Outros Transtornos Globais do Desenvolvimento (F84.8) e Transtornos Globais Não Especificados do Desenvolvimento (F84.9). Esses transtornos foram classificados conjuntamente porque todos causam, de algum modo, distúrbios no desenvolvimento, ou seja, o desenvolvimento ocorre de um jeito diferente do esperado para crianças da mesma idade. Ademais, todos afetam, de várias maneiras e intensidades, a comunicação, a interação social e o comportamento da pessoa.

Essas alterações levam a importantes dificuldades adaptativas e aparecem antes dos 03 anos de idade, podendo ser percebidas,³ em alguns casos, já nos primeiros meses de vida. As causas ainda não estão claramente identificadas, porém já se sabe que o autismo é mais comum em crianças do sexo masculino e independente da etnia, origem geográfica ou situação socioeconômica.

Ainda sobre o tema contribui Gauderer:

Autismo é uma inadequidade no desenvolvimento que se manifesta de maneira grave, durante toda a vida. É incapacidade, e aparece tipicamente nos três primeiros anos de vida. Acontece cerca de cinco entre cada dez mil nascidos e é quatro vezes mais comum entre meninos do que meninas. É uma enfermidade encontrada em todo o mundo e em famílias de toda configuração racial, étnica e social. Não se conseguiu provar nenhuma causa psicológica no meio ambiente dessas crianças que possa causar autismo.⁴

O Center for Disease Control and Prevention contribui com dados estatísticos.⁵

- About 1 in 68 children has been identified with autism spectrum disorder (ASD) according to estimates from CDC's Autism and Developmental Disabilities Monitoring (ADDM) Network.
- ASD is reported to occur in all racial, ethnic, and socioeconomic groups.
- ASD is almost 5 times more common among boys (1 in 42) than among girls (1 in 189).

³ Center for Disease Control and Prevention: Signs and Symptoms - People with ASD often have problems with social, emotional, and communication skills. They might repeat certain behaviors and might not want change in their daily activities. Many people with ASD also have different ways of learning, paying attention, or reacting to things. Signs of ASD begin during early childhood and typically last throughout a person's life. Children or adults with ASD might: not point at objects to show interest (for example, not point at an airplane flying over); not look at objects when another person points at them; have trouble relating to others or not have an interest in other people at all; avoid eye contact and want to be alone; have trouble understanding other people's feelings or talking about their own feelings; prefer not to be held or cuddled, or might cuddle only when they want to; appear to be unaware when people talk to them, but respond to other sounds; be very interested in people, but not know how to talk, play, or relate to them; repeat or echo words or phrases said to them, or repeat words or phrases in place of normal language; have trouble expressing their needs using typical words or motions; not play "pretend" games (for example, not pretend to "feed" a doll); repeat actions over and over again; have trouble adapting when a routine changes; have unusual reactions to the way things smell, taste, look, feel, or sound; lose skills they once had (for example, stop saying words they were using). Fonte: <http://www.cdc.gov/ncbddd/autism/data.html>. Acesso em 9 de agosto de 2014.

⁴ GAUDERER, E. C. *Autismo*. 3 ed. São Paulo: Atheneu, 1993, p. XI.

⁵ Fonte: <http://www.cdc.gov/ncbddd/autism/data.html>. Acesso em 9 de agosto de 2014.

- Studies in Asia, Europe, and North America have identified individuals with ASD with an average prevalence of about 1%. A study in South Korea reported a prevalence of 2.6%.
- About 1 in 6 children in the United States had a developmental disability in 2006-2008, ranging from mild disabilities such as speech and language impairments to serious developmental disabilities, such as intellectual disabilities, cerebral palsy, and autism.

Ademais alerta para os desafios que envolvem o transtorno:

Autism spectrum disorder (ASD) is a developmental disability that can cause significant social, communication and behavioral challenges. There is often nothing about how people with ASD look that sets them apart from other people, but people with ASD may communicate, interact, behave, and learn in ways that are different from most other people. The learning, thinking, and problem-solving abilities of people with ASD can range from gifted to severely challenged. Some people with ASD need a lot of help in their daily lives; others need less.

A diagnosis of ASD now includes several conditions that used to be diagnosed separately: autistic disorder, pervasive developmental disorder not otherwise specified (PDD-NOS), and Asperger syndrome. These conditions are now all called autism spectrum disorder.⁶

Ainda que seja complexa a identificação da doença e, principalmente a convivência com uma pessoa que possua o Transtorno do Espectro do Autismo é direito e dever desta pessoa poder e querer levar uma vida normal, dentro dos limites que suas próprias limitações impõem. De tal sorte que em consonância com a Constituição Federal de 1988 e seus primados fundamentais, a Lei Berenice Piana⁷ estabeleceu que a pessoa

⁶ Fonte: <http://www.cdc.gov/ncbddd/autism/data.html>. Acesso em 9 de agosto de 2014.

⁷ Aqui transcrevemos um trecho escrito por ela acerca de como identificou os sinais de autismo de seu filho: Dayan é o caçula de 3 filhos. Apareceu depois de 8 anos e era muito esperado pelos outros 4 membros da família.

Foi uma disputa só... um queria embalar, outro queria trocar fraldas, dar banho, e eu e meu marido chegamos a trocar o berço de lugar várias vezes pois eu o colocava do meu lado da cama, e ele o colocava do lado dele. Não houve nenhum "pega que eu não aguento", todos queriam pegá-lo sempre, afagá-lo, beijá-lo muito...

Parece que estávamos adivinhando o que viria pela frente. Dayan era gracioso, lindo, rosado, cheio de vida. Desenvolveu-se bem e normalmente, até que percebemos que falava muito pouco para sua idade. Perto dos 2 anos ele deixou de falar de vez. Emudeceu completamente e nunca mais falou.

Também parou de sorrir, de chorar, de comer... ficou parado num cantinho e olhava para as mãos insistentemente sem mais reações. Fomos ao pediatra que não encontrou nada errado com meu filho. Disse-me que todas as suas reações eram normais.

Começou a via crucis de visitas à médicos e psicólogos, e a resposta era sempre a mesma: "Seu filho não tem nada".

Ele não voltava à vida, não era mais o meu menino. Meu marido foi à um sebo em Niterói e comprou alguns livros de psiquiatria a meu pedido, e comecei a estudar por conta própria.

com o Transtorno do Espectro do Autismo passa a ser considerado como pessoa com deficiência⁸, para todos os efeitos legais⁹ e, com isso, estabelece direitos para elas. Então analisemos a contribuição dessa lei em consonância com o já existente sistema erigido de proteção às pessoas com deficiência.

2. Lei nº 12.764/12 – A Lei Berenice Piana

A Lei nº 12.764/12¹⁰ institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e, logo no art. 1º e, seu §1º estabelece as condições para que uma pessoa seja considerada deficiente em virtude de possuir o Transtorno:

§1º. Para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II:

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

Logo percebi que meu filho era autista. Para mais informações sobre a importância de Berenice Piana para os direitos dos Autistas leia a continuidade do artigo ao qual transcrevemos esse pequeno trecho: <http://www.revistaautismo.com.br/edicao-2/a-historia-de-uma-lei>. Acesso em 9 de agosto de 2014.

⁸ Art. 1º, §2º. A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.

⁹ Não se trata da única lei sobre proteção dos portadores de deficiência e podemos citar dentre outras: Lei 7.853/89 (Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, garantindo o tratamento adequado em estabelecimentos de saúde públicos e privados específicos para a sua patologia); Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS); Lei 8.899/94 (Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual); Lei 10.048/00 (Dá prioridade de atendimento às pessoas com deficiência); Lei 10.098/00 (Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida).

¹⁰ A Lei 12.764/2012 resultou de projeto (PLS 168/2011) de autoria da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), presidida pelo senador Paulo Paim (PT-RS). Esse PLS, que estabelece os direitos fundamentais da pessoa autista e a equipara à pessoa com deficiência para todos os efeitos legais, cria um cadastro único com a finalidade de produzir estatísticas nacionais sobre o assunto.

E estabelece que todos têm direito a uma vida digna,¹¹ à saúde e direito ao acesso a educação (inclusive com punição para o diretor que se recusar a fazer a matrícula em virtude da deficiência),¹² ao mercado de trabalho, dentre outros.¹³

No tocante ao acesso ao ensino temos a criação de leis estaduais específicas sobre o tema a fim de garantir o acesso à educação por parte das pessoas com o Transtorno do Espectro do Autismo, mas não adentraremos no tema por não ser nosso escopo. Todavia, com os direitos equiparados aos deficientes poderemos analisar o que se possibilita em termos práticos à facilitação do atendimento aos que possuem o Transtorno de Espectro de Autismo em estabelecimentos privados.

3. A Constituição Federal de 1988 e as pessoas com deficiência

A Constituição Federal de 1988 é composta por um conjunto de princípios e regras voltados para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a proteção de um conjunto de direitos tidos como fundamentais aos seres humanos. Para tanto, estabelece nos arts. 1º e 3º a função precípua do Estado Democrático de Direito:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹ Art. 3º. São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;

¹² Art. 7º. O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos.

§1º. Em caso de reincidência, apurada por processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, haverá a perda do cargo.

¹³ Art. 3º, IV - o acesso:

- a) à educação e ao ensino profissionalizante;
- b) à moradia, inclusive à residência protegida;
- c) ao mercado de trabalho;
- d) à previdência social e à assistência social.

Ademais para vislumbrar a missão e a responsabilidade desse Estado Democrático de Direito mister se faz a complementação do Preâmbulo da Carta Magna: (...) um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

De tal sorte que uma das missões do Estado Democrático de Direito é proteger e salvaguardar os direitos tidos como fundamentais dos membros do Estado Brasileiro. Assim, sobre o tema Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.¹⁴

Então, cabe ao Estado Democrático de Direito Brasileiro garantir e efetivar a sua população um conjunto de direitos tidos como fundamentais, e João Paulo Mendes Neto destaca a importância do termo:

A adjetivação “fundamental” deve ser entendida como algo de grande importância para existência humana, algo tão inerente ao homem que o garante a condição de pessoa. Em associação, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos que possuem uma prevalência dos valores e interesses por eles defendidos em relação a outros valores e interesses que não se fundam em direitos de elementar importância.¹⁵

Portanto, a tarefa principal do Estado Democrático de Direito é assegurar e fornecer os meios e elementos para garantir as aptidões as aspirações e anseios dos indivíduos. E os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro são calcados na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nas liberdades, na igualdade, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo.

Destarte podemos destacar ser função do Estado desenvolver os mecanismos necessários para assegurar a harmonia social e as mesmas condições de

¹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 61/62.

¹⁵MENDES NETO, João Paulo. Direitos Fundamentais: um pressuposto à soberania, democracia e o estado democrático de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 80, jul. 2012.

existência para todos os membros da sociedade. E, também é sua função corrigir eventuais desvios quando os primados fundamentais não forem respeitados. Portanto, esse conjunto de deveres do Estado compreende a defesa dos Direitos Fundamentais.

No tocante aos deficientes é dever do Estado brasileiro proteger as desigualdades e minorá-las para que todos tenham direito a uma vida digna e que sua dignidade seja preservada.¹⁶ É a chamada proteção da dignidade da pessoa humana. De tal sorte que uma pessoa com deficiência não pode ser discriminada em virtude de suas limitações e, após a Lei Berenice Piana as pessoas com o Transtorno do Espectro do Autismo¹⁷ também possuem essa proteção constitucional.

A fim de permitir a inclusão das pessoas com deficiência em um convívio social normal o legislador pátrio promulgou algumas medidas legislativas para garantir o acesso e o atendimento aos deficientes. Destacamos a Constituição Federal em seu art. 227, §1º, II¹⁸ e o art. 2º, d, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993,¹⁹ dentre outros, visto que poderíamos apontar outros dispositivos que garantem o acesso à educação, à saúde, ao mercado de trabalho, contudo, escolhemos um aspecto específico para analisar, a saber, a questão do atendimento prioritário ou preferencial.

Assim elencamos a Lei nº 7.853/89 em seu art. 9º,²⁰ o Decreto Federal nº 3.298/99 em seu art. 9º,²¹ a Lei nº 10.048/00, promulgada com o escopo específico do

¹⁶ É o que preconiza a Lei nº 7.583/89 em seu arts. 1º Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§1º. Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

Art. 2º. Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

¹⁷ Segundo dados do Ministério da Saúde estima-se que existam cerca de dois milhões de pessoas portadoras do Transtorno do Espectro do Autismo no Brasil. Fonte: http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2011/01_abr_autismo.html. Acesso em 4 de agosto de 2014.

¹⁸ Art. 227. (...), §1º, II: criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

¹⁹ Art. 2º. A assistência social tem por objetivos: (...) d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

²⁰ Art. 9º. A Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.

§1º. Os assuntos a que alude este artigo serão objeto de ação, coordenada e integrada, dos órgãos da Administração Pública Federal, e incluir-se-ão em Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de

atendimento prioritário para as pessoas com deficiência, como determina os arts. 1º²² e 2º,²³ Lei Estadual do Rio Grande do Sul n.º 13.320/2009, art. 4º²⁴, Lei Estadual do Rio de Janeiro n.º 6.807/2014, art. 1º,²⁵ Lei Estadual de Santa Catarina n.º 8.295, de 08 de julho de 1991 em seu art. 1º²⁶ dentre outros.

Entretanto, quanto à questão do atendimento prioritário o que mais causa estranheza é exatamente o escopo deste nosso trabalho: a ausência de procedimento quanto aos métodos a serem usados para este tipo de atendimento.

Não se discute que as pessoas com deficiência têm direito a um atendimento prioritário e preferencial, visto que a Constituição Federal defende a defesa da dignidade da pessoa humana e entendemos ser perfeitamente cabível a aplicação de um benefício para aquele que possui algum tipo de limitação ou deficiência. Assim, passar longo tempo em uma fila pode ocasionar um prejuízo direto ao deficiente, logo não é essa a questão que se discute, mas sim, a forma, ou melhor, a ausência de forma por parte do legislador em impor o atendimento prioritário.

Deficiência, na qual estejam compreendidos planos, programas e projetos sujeitos a prazos e objetivos determinados.

§2º. Ter-se-ão como integrantes da Administração Pública Federal, para os fins desta Lei, além dos órgãos públicos, das autarquias, das empresas públicas e sociedades de economia mista, as respectivas subsidiárias e as fundações públicas.

²¹ Art. 9º. Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal direta e indireta deverão conferir, no âmbito das respectivas competências e finalidades, tratamento prioritário e adequado aos assuntos relativos à pessoa portadora de deficiência, visando a assegurar-lhe o pleno exercício de seus direitos básicos e a efetiva inclusão social.

²² Art. 1º. 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.

²³ Art. 2º. As repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas a que se refere o art. 1º.

Parágrafo único. É assegurada, em todas as instituições financeiras, a prioridade de atendimento às pessoas mencionadas no art. 1º.

²⁴ Art. 4º. Fica assegurado à pessoa com deficiência, assim como ao idoso e à gestante, o atendimento preferencial nos seguintes estabelecimentos: I - repartições públicas estaduais; II - sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações mantidas pelo Estado; III - instituições financeiras estaduais; e IV - hospitais, laboratórios de análises clínicas e unidades sanitárias estaduais, ou conveniados.

²⁵ Art. 1º. Os Órgãos Públicos Estaduais e os estabelecimentos privados ficam obrigados a dar atendimento prioritário, não retendo, em filas, as pessoas portadoras do Transtorno do Espectro do Autismo (TEA).

²⁶ Art. 1º. Às pessoas idosas ou deficientes é assegurado o direito de preferência de atendimento, nos seguintes

estabelecimentos:

I – repartições públicas, autarquias e fundações;

II – hospitais, laboratórios de análises clínicas e postos de saúde;

III – agências bancárias.

Parágrafo único. Exemplar desta Lei deverá ser afixado em local visível ao público usuário dos estabelecimentos enumerados neste artigo.

4. A facilidade de acesso e a falta de procedimento

É louvável e deveras positiva a iniciativa do legislador em equiparar a pessoa com o Transtorno do Espectro do Autismo à pessoa com deficiência e, por conseguinte, lhe conceder atendimento prioritário nos estabelecimentos privados, além de promover a sua inclusão social. Tudo caminha de forma harmoniosa aos ditames constitucionais da defesa da dignidade da dignidade humana, da minoração das desigualdades, da não discriminação e da convivência pacífica entre as pessoas na sociedade.

O problema reside na forma como esse benefício é aplicado, afinal, o legislador foi silente em estabelecer o procedimento de aplicação desse atendimento prioritário, isto é, como ensinamos aos nossos alunos: falta o manual de instrução da lei.

Ao ser silente quanto a forma o legislador dificulta sobremaneira a aplicação da norma, visto que existe uma gama de peculiaridades que envolvem o atendimento a uma pessoa com o Transtorno do Espectro do Autismo.

Sobre o tema Cecilia Mello:

As pessoas pouco sabem sobre o autismo. Suas causas ainda não foram bem definidas, mas o fator genético e hereditário parece ser um consenso no meio científico.

É importante lembrar que não existe um único tipo de autismo, razão da designação técnica “transtornos do espectro do autismo”, haja vista a variedade e complexidade de graus de comprometimento dos indivíduos. Há pessoas com retardo mental e total incapacidade de comunicação (autismo clássico ou de baixo funcionamento). Mas há pessoas verbais, inteligentes e que atingem excelente grau de autonomia (autismo de alto funcionamento e síndrome de *asperger*). Vale anotar que mais de 50% dos que estão dentro do espectro não apresentam, em termos globais, restrição de QI (MELLO, 2014).

A maior questão é como lidar com a pessoa com o Transtorno do Espectro do Autismo, afinal, um funcionário de um estabelecimento comercial não possui o treinamento adequado e como o autismo possui diferentes tipos, mesmo que haja um treinamento básico, este pode resultar insuficiente para algum caso específico.

Se o autismo for leve e a pessoa possuir um bom grau de autonomia as chances de algum problema são mínimas, porém, na lei não tem qualquer dosimetria acerca do autismo e, por conseguinte, não possui qualquer critério ou treinamento para lidar com a variedade de casos que podem ocorrer no cotidiano envolvendo a pessoa com o Transtorno do Espectro do Autismo.

O *Center for Disease Control and Prevention* alerta sobre a questão comportamental e a forma como deve ser feita a aproximação:

According to reports by the American Academy of Pediatrics and the National Research Council, behavior and communication approaches that help children with ASD are those that provide structure, direction, and organization for the child in addition to family participation.

A notable treatment approach for people with an ASD is called applied behavior analysis (ABA). ABA has become widely accepted among health care professionals and used in many schools and treatment clinics. ABA encourages positive behaviors and discourages negative behaviors in order to improve a variety of skills. The child's progress is tracked and measured.

There are different types of ABA. Following are some examples:

Discrete Trial Training (DTT): DTT is a style of teaching that uses a series of trials to teach each step of a desired behavior or response. Lessons are broken down into their simplest parts and positive reinforcement is used to reward correct answers and behaviors. Incorrect answers are ignored.

Early Intensive Behavioral Intervention (EIBI): This is a type of ABA for very young children with an ASD, usually younger than five, and often younger than three.

Pivotal Response Training (PRT): PRT aims to increase a child's motivation to learn, monitor his own behavior, and initiate communication with others. Positive changes in these behaviors should have widespread effects on other behaviors.

Verbal Behavior Intervention (VBI): VBI is a type of ABA that focuses on teaching verbal skills.²⁷

Note que a aproximação já possui um conjunto de peculiaridades que um funcionário ou servidor não está preparado para cumpri-las sem o devido treinamento especializado. Todavia, como a lei é silente quanto a essa exigência os estabelecimentos não são obrigados a ter um colaborador especializado. O problema é que imprevistos sempre podem ocorrer e no caso do Transtorno do Espectro do Autismo um gesto mal feito, uma reação inesperada pode desencadear uma reação inesperada por parte do deficiente, logo, o “improviso brasileiro calcado na boa vontade em ajudar” pode ocasionar um dano.

²⁷ Fonte: <http://www.cdc.gov/ncbddd/autism/treatment.html>. Acesso em 11 de agosto de 2014.

A legislação sobre o tema não contempla a necessidade da presença de um acompanhante, um familiar para auxiliar o autista em caso de alguma necessidade e, muito menos, disciplina acerca da necessidade de um colaborador treinado sobre o tema para saber se portar ante a alguma adversidade. Assim, ante a falta de procedimento o que se vê é a potencialidade para que nada de estranho aconteça e que o deficiente tenha um atendimento prioritário e imediato, porém, não existe preparo ou prevenção alguma para caso alguma situação não ocorra dentro da normalidade.

Ademais, a norma contempla o direito ao atendimento prioritário às pessoas com deficiência e aos idosos, porém, é silente quanto qual o procedimento ou se existe uma ordem de preferência em relação a uma fila de pessoas com deficiência ou demais pessoas que têm direito ao atendimento prioritário, por exemplo. E como fica a preferência elencada e estabelecida pelo Estatuto do Idoso ante a norma do atendimento prioritário? O legislador foi igualmente silente sobre o tema.

Se em um caixa de supermercado existir um caixa para atendimento prioritário e nessa fila estiver um idoso, uma gestante, uma pessoa com mobilidade reduzida e uma pessoa com o Espectro do Autismo, por exemplo, existe alguma preferência entre eles? E se o primeiro desta fila estiver com o carrinho cheio de compras ao passo que o último tem apenas um item? O mesmo exemplo pode ser aplicado a uma fila em uma instituição financeira e a demais estabelecimentos comerciais.

Ademais o despreparo do legislador ante a matéria já se nota na própria denominação, visto que a legislação estadual carioca, por exemplo, já em seu tipo menciona: obriga os órgãos públicos e os estabelecimentos privados a dar preferência no atendimento, não retendo, em filas, pessoas portadoras do Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) e dá outras providências.

A denominação portador não mais é utilizada, ou não deveria ser ao menos, no Brasil, desde a Convenção Internacional para Proteção e Promoção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência²⁸, na qual se decidiu que o termo correto a ser utilizado seria “pessoas com deficiência”. No entanto, o legislador desatento ou desinformado acerca dos interesses das pessoas com deficiência se equivoca inclusive na forma como se referir a esse grupo de pessoas.

Evidentemente que se já no tratamento aparece o despreparo não seria quanto ao procedimento que o legislador mostraria todo o seu aparato técnico. O resultado

²⁸ Recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

foi uma longa lista de incógnitas que não são respondidas no texto, portanto, o que se questiona é: se a lei não regulamenta e estabelece os mecanismos e critérios para aplicação de um correto atendimento prioritário àqueles que dele necessitam e fazem jus, como que os estabelecimentos privados poderão se adequar às exigências legais?

Assim se questiona: o que é pior: uma instituição financeira ter o atendimento prioritário, mas não fazer distinção entre os beneficiários e destinar apenas e tão somente um guichê para tal atendimento o que pode resultar em eventuais filas; ou parar o atendimento normal dos demais clientes para que todos os que possuem prioridade sejam atendidos? Qual a forma mais adequada? E mais, se os funcionários não possuem o treinamento adequado como lidar com a questão do direcionamento da fila, do atendimento etc.?

Essas são apenas algumas das indagações que podemos formular ante aos problemas advindos da ausência do devido procedimento legal. Agora, o que se cogita e tramita no Congresso Nacional é a aprovação do estatuto para os que têm o Transtorno do Espectro do Autismo. Todavia, desde já fazemos o alerta: pouca efetividade prática terá o referido estatuto se apenas e tão somente ratificar os direitos as pessoas com deficiência, pois, o que falta, realmente, é o procedimento, isto é, os mecanismos que viabilizam a correta aplicação da lei.

5. Conclusão

O atendimento prioritário ou preferencial é devido e é uma realidade para aqueles que possuem algum tipo de deficiência ou para os idosos. Agora, em alguns Estados, como no caso do Rio de Janeiro, os estabelecimentos prestadores de serviços terão de prover atendimento imediato, além de prioritário àqueles que possuem o Transtorno do Espectro do Autismo. Como já dissemos é um direito do cidadão brasileiro ter esse atendimento prioritário em prol da defesa da dignidade da pessoa humana. Porém, a ausência do devido procedimento na norma causa uma gama de dificuldades aos mesmos estabelecimentos.

O primeiro deles é não saber sequer a quem deve atender primeiro, visto que a Lei Nacional não faz diferença entre o deficiente, a pessoa com o Transtorno do Espectro do Autismo, uma gestante, ou um idoso. Logo, todos têm direito ao atendimento prioritário, mas a lei é silente ao determinar o critério de atendimento, isto é, se for estabelecido um guichê para atendimento a essas pessoas de forma exclusiva e estas terão de formar uma fila para serem atendidos, em caso de mais de uma. Ou se, o

estabelecimento deve parar o atendimento a todos os demais clientes até que não reste mais fila de atendimento prioritário.

O que tem imperado comumente no Brasil é um guichê especial e as pessoas ficam aguardando em fila sem maiores problemas. A inovação da Lei estadual fluminense é a imposição de que todos devem ser atendidos prioritariamente, o que nos leva a crer ser uma falha redacional, pois, imagine o caos que se pode tornar uma instituição financeira se o quinto dia útil de cada mês, portanto, o dia do pagamento de salários aos funcionários, trinta pessoas entre deficientes, idosos, gestantes e pessoas com o Transtorno do Espectro do Autismo estiverem na fila do caixa.

Pelos moldes convencionais estes seguirão em fila no seu guichê específico, mas pelo que pretende o legislador fluminense o que se pretende é que os trinta sejam atendidos primeiro em detrimento dos demais correntistas.

A Constituição Federal de 1988 trata do tema da isonomia, isto é, todos devem ser tratados da mesma forma, portanto, não há que se falar em parar o atendimento das demais pessoas para atender um grupo determinado de pessoas.

Voltamos ao ponto inicial, é direito dos idosos, gestantes e pessoas com deficiência terem um atendimento prioritário, contudo, é isonômico que haja um caixa ou mais de um dependendo do tamanho do estabelecimento para atender esse grupo de pessoas, mas não a totalidade dos caixas disponíveis, porque senão a isonomia estará prejudicada.

Não nos parece ter sido este o espírito constitucional ao salvaguardar a defesa dos interesses de todos, da proteção a dignidade da pessoa humana e pela harmonia das relações sociais.

A medida fluminense ao invés de promover a inclusão social pode fomentar a discriminação, a hostilidade por uma medida instituída de forma equivocada e sem o devido zelo no momento de sua redação.

Se o legislador fluminense deseja, de fato, instituir tal medida no tocante ao atendimento preferencial então que o faça de maneira clara com as estipulações devidas e não deixe uma linguagem imprecisa sujeita a interpretações, pois, tal medida poderá contemplar a norma com um antigo jargão brasileiro: “essa é mais uma lei que não pegou”.

Recebido em 23/04/2015

1º parecer em 31/05/2015

2º parecer em 22/06/2015