



COVID-19 E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA: A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Renato Bernardi*

Lucas Emanuel Ricci Dantas**

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a situação das pessoas com deficiências que se encontram asiladas em instituições no Brasil, bem como a pandemia da COVID-19 afeta a vulnerabilidade dessa população. Busca-se também verificar a possibilidade de um Estado de Coisas Inconstitucional, criação jurisprudencial da Corte Colombiana que foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise liminar da ADPF 347/15, sob a ótica da vulneração de direitos, para tanto, se utilizará de uma metodologia hipotética com caráter bibliográfico, se utilizando de livros, teses, dissertações e artigos publicados em periódicos.

Palavras chaves: pessoa com deficiência; estado de coisas inconstitucional; COVID-19.

COVID-19 AND THE PERSON WITH DISABILITY LIVING IN INSTITUTIONS: THE CONSECRATION OF THE STATE OF UNCONMSTITUTIONAL

ABSTRACT: The present work aims to analyze the situation of people with disabilities who are in institutions in Brazil, as well as the COVID-19 pandemic, affects the vulnerability of this population. It is also sought to verify the possibility of an Unconstitutional State of Things, the creation of jurisprudential justice of the Colombian Court that was encamped by the Supreme Court when analyzing the injunction of ADPF 347/15, from the perspective of the rights rights, for this, it will use a hypothetical methodology with bibliographic character, using books, theses, dissertations and articles published in journals.

Keywords: persons with disabilities; unconstitutional state of things; COVID-19.





INTRODUÇÃO

O ano de 2020 ficará marcado na história global, e também no direito, a pandemia da COVID-19 gerou novos problemas jurídicos, aumentando a desigualdade social e a marginalidade de algumas populações. A pessoa com deficiência nessa marcha, não ficou atrás, sendo classificada como grupo de risco pela OMS, devido a comorbidades decorrente da patologia.

As pessoas com deficiência mais afetadas pela pandemia, são as que já vivem em isolamento, em instituições sendo cuidadas por diversos profissionais e alijadas de direitos fundamentais básicos. Nesse sentido buscaremos estudar o relatório internacional da Human Rights Watch denominado Eles ficam até morrer, realizado no Brasil entre os anos de 2016 e 2018, onde foram visitadas diversas instituições de asilamento de pessoas com deficiência.

Estudaremos a situação dos deficientes asilados e o risco de contaminação e morte desses pela COVID-19, em uma análise de direito comparado examinaremos o Estado de Coisas Inconstitucional, figura de criação jurisprudencial colombiana, adaptada ao caso do asilamento de deficientes no Estado Brasileiro.

Através de uma metodologia hipotética, com caráter bibliográfico, pretendemos levantar hipóteses do reconhecimento do ECI no Estado Brasileiro em relação aos deficientes asilados, assim como foi declarado na ADPF 347/5 pelo STF o Estado de Coisas Inconstitucional em relação a superlotação carcerária no Brasil. Esperamos trazer luzes a transformação da realidade social, por meio de decisões judiciais declaratórias do ECI.

1. A REALIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA NO BRASIL

Há muito tem se discutido a inclusão social da pessoa com deficiência no Brasil, contudo, as discussões sempre giram em torno da acessibilidade ou de acesso a certos direitos fundamentais que são legitimamente mais evidenciados pela sociedade. Entretanto há no país uma população com deficiência invisível, que se encontra asilada em hospitais, casas abrigos e/ou asilos.



O cerne deste estudo busca demonstrar quem são essas pessoas com deficiência, que não se encontram contabilizadas quando das decisões políticas tomada pelo Estado em relação a pessoa com deficiência. A ONG internacional Human Rights Watch, esteve no Brasil entre os anos de 2016 e 2018, visitando instituições de asilamento que abrigam pessoas com deficiência, constatando em seu relatório denominado “Eles ficam até morrer” algumas questões consideravelmente importantes:

Em oito das 19 instituições visitadas, que acolhiam mais de 50 pessoas, a Human Rights Watch identificou que funcionários usavam de algum tipo de restrição em relação aos adultos e crianças residentes. Eles prendiam os residentes a barras nas camas com pedaços de pano amarrados na cintura ou nos pulsos. Em duas instituições, a Human Rights Watch viu como funcionários amarravam firmemente as mãos de crianças com meias ou panos para evitar que elas colocassem as mãos na boca ou se arranhassem. (HRW. 2018, p. 20).

As constatações da ONG internacional chamam a atenção para um tipo de inclusão não existente na legislação brasileira, uma inclusão às avessas, marcada pelo trancafiamento da patologia deficiente. A leitura do relatório internacional denota que além do Estado Brasileiro descumprir o Decreto Legislativo 186/08 bem como a Lei Brasileira de Inclusão nº 13146/15, este mexe com as estruturas da própria democracia, fragilizando as pilastras constitucionais que garantem a dignidade da pessoa humana. Da continuidade da leitura do próprio relatório pode se verificar até a prática do crime de tortura:

Em uma instituição, funcionários disseram à Human Rights Watch: “às vezes usamos camisa-de-força e colocamos as pessoas em um cômodo de isolamento para se acalmarem”. Uma enfermeira disse: “às vezes, a gente amarra as pessoas com lençóis ou usamos camisa-de-força por cerca de 30 minutos até a medicação fazer efeito”. (HRW. 2018, p. 21).

A grande questão suscitada no relatório é a disparidade entre a legislação constitucional e a realidade fática das pessoas com deficiência existentes no Brasil demonstrando que, de acordo com o autor Hesse, “A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas” (HESSE, 1991, p.5). A falta de vínculo entre a materialidade fática e a normativa positivada, descrevem um vale, que não pode ser



tomado como meramente simbólico, mas como um fator de grande diferenciação entre pessoas dentro do mesmo estado democrático.

A conceituação social do modelo da deficiência, não fora construída apenas por uma novidade, ou evolução, dos tratados que envolvem direitos humanos. Esta conceituação foi construída mediante a participação social de grupos que demonstraram a necessidade de serem entendidos como corpos além da patologia, que era lhes imposta pela catalogação médica. Como bem leciona DINIZ (2017, p. 5):

Essa foi a revolução dos estudos sobre deficiência surgidos no Reino Unido e nos Estados Unidos nos anos 1970. De um campo estritamente biomédico confinado aos saberes médicos, psicológicos e de reabilitação, a deficiência passou a ser também um campo das humanidades. Nessa guinada acadêmica, deficiência não é mais uma simples expressão de uma lesão que impõe restrições à participação social de uma pessoa. Deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas que também denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente. Assim como outras formas de opressão pelo corpo, como o sexismo ou o racismo, os estudos sobre deficiência descortinaram uma das ideologias mais opressoras de nossa vida social: a que humilha e segrega o corpo deficiente.

Apesar da construção social da deficiência, o Estado Brasileiro insiste em segregar uma parte da sua população deficiente pela ausência de políticas públicas que promovam a autonomia desses cidadãos, reforçando o estereótipo da incapacidade, ligada a patologia deficiente. É de se confirmar que a ausência de políticas públicas demonstra um estado patologizante da deficiência, que espelha no estereótipo de seus cidadãos a incapacidade de garantir os compromissos constitucionais assumidos.

A bem da verdade a existência do asilamento para pessoas com deficiência física e intelectual denotam, sobremaneira, que a deficiência quando acontece é produto de uma tragédia pessoal. A questão trágica não é a patologia em si, mas a impotência colocada ao cidadão que não consegue romper a barreira ou as grades do isolamento. Nesse sentido é importante citar um trecho do relatório internacional de uma entrevista feita com uma mulher deficiente institucionalizada:

Carolina (nome fictício), uma mulher de 50 anos com deficiência física, descreve sua experiência na instituição quando conversou com a Human Rights Watch:

Este lugar é muito ruim, é como uma prisão. Eu não quero ficar aqui. Eu sou obrigada a ficar aqui. Meus filhos não querem me ajudar em casa. Embora dois dos meus filhos venham me visitar a cada duas



semanas, eu nunca saio. Eu gostaria de sair, ir embora daqui. É o meu sonho. Quando você fica assim [com uma deficiência], acabou.

A experiência de Carolina, descreve a incompatibilidade entre o artigo 2º da lei 13146/15 e a realidade experimentada por uma grande parte da população deficiente. A inexistência de força normativa da Constituição Federal é clara quando o respeito a dignidade não se encontra aplicado dentro de certos espaços, como no asilamento da pessoa com deficiência, nesse sentido HESSE (1991, p. 6-7) explica:

A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.

A questão do asilamento intensifica a desigualdade entre os cidadãos com deficiência, pois gera uma exclusão de uma parcela minoritária da população. O asilamento demonstra a ineficiência do Estado em garantir os princípios constitucionais estabelecidos na Constituição de 1988, mas além disso de garantir e preservar a dignidade das pessoas com deficiências.

Em consonância com a disparidade existente entre a força normativa da constituição e a realidade social, temos que o artigo 10 da lei 13.146/15 impõem ao Estado garantir a dignidade de seus deficientes, colocando a situação exposta pelo relatório internacional, como uma pergunta fundamental. Existe dignidade dentro do asilamento?

A resposta a esta pergunta, retoma bases importantes sobre o Direito Constitucional Brasileiro, pois, o cumprimento do artigo 10 permite o uso e gozo de todos os direitos fundamentais previstos na constituição pelas pessoas com deficiências. Nesse sentido Batistella (2016, p. 100) argumenta:

O direito de estar vivo pressupõe o direito de não ter o processo vital interrompido a não ser pela morte natural. Portanto, o direito à vida faz parte da essência do homem e mesmo assim alguns séculos foram necessários para ser garantido positivamente.

Este processo vital pode ser interrompido não apenas pela morte, mas também pela retirada das expectativas de vida e das possibilidades que deixam de ser



vivenciadas em razão do asilamento. Fatos estes que se agravam dentro de uma crise pandêmica, como veremos no tópico a seguir:

2. A PANDEMIA E OS DEFICIENTES ASILADOS: UMA REALIDADE INVISÍVEL

Com o surgimento da pandemia do COVID-19 a situação das pessoas com deficiências asiladas se agravam devido a maior vulnerabilidade que estas pessoas estão expostas, ao contato diuturno com profissionais para atividades da vida diária, bem como as comorbidades decorrentes da patologia.

A UN ENABLE, agencia especializada da ONU sobre pessoas com deficiência, afirma que “Embora ter uma deficiência provavelmente por si só não exponha alguém a um risco maior de coronavírus, muitas pessoas com deficiência têm condições subjacentes específicas que tornam a doença mais perigosa para elas.” (2020, p.1).

Além do risco de contágio pelas patologias subjacentes a deficiência, temos o intenso contato com profissionais que aumenta a possibilidade de transmissão do vírus da COVID-19. A ausência de respostas por parte do Estado pode levar pessoas com deficiência a morte, como bem aponta a UN ENABLE (2020, p. 1):

Pessoas com deficiência estão entre as mais marginalizadas e estigmatizadas do mundo, mesmo em circunstâncias normais”, disse Jane Buchanan, diretora adjunta da divisão de direitos das pessoas com deficiência da Human Rights Watch. “Sem uma ação rápida dos governos para incluir pessoas com deficiência em sua resposta ao COVID-19, elas permanecerão em sério risco de infecção e morte à medida que a pandemia se alastrar.

A situação se agrava no âmbito do asilamento, pois, maiores são as dificuldades de isolamento e controle do vírus, como é o caso das Casas André Luis, instituição que abriga pessoas com deficiência na cidade de Guarulhos/SP, onde o jovem Dillan se contaminou com a COVID-19, conforme relatado em matéria da Folha de S. Paulo do corrente ano, Menon (2020, p.1)

Quando soube que seu filho Dillan Sanches do Nascimento, 26, estava internado na UTI com Covid-19, Terezinha Sanches do Nascimento teve medo e chorou. Além do temor óbvio da morte, ela ficou aflita com o risco de nem poder dizer adeus.



Dillan tem paralisia cerebral, deficiência visual e vive na Casa André Luiz desde os 12 anos. Terezinha e seus outros filhos costumavam visitá-lo todos os finais de semana e sempre que surgia uma brecha a mãe dava uma “passadinha na instituição”. “É pele, é cheirinho, existe uma ligação muito forte entre mãe e filho”, diz.

Referida matéria afirma que apenas naquela instituição houve mais de 100 casos de contaminação interna de COVID-19, “Dillan foi um dos cem pacientes infectados pela Covid-19 que vivem na instituição Casas André Luiz – cinco morreram.” (MENON. 2020, p. 3)

O risco de contaminação se potencializa dentro dos muros da institucionalização, os deficientes asilados além de serem desprovidos da autonomia de escolha, também estão desprovidos da possibilidade de se manterem livres da COVID-19, em um paradoxo inarredável, esses deficientes, por estarem isolados estão mais expostos ao vírus.

A grande questão que deve ser posta, é se essas pessoas com deficiências estão sendo contabilizadas e quais medidas de prevenção estão sendo tomadas? A inexistência de números específicos prejudica a definição de um plano de contingência do vírus, tendo a especificidade da COVID-19, em relação a deficiência.

Nesse sentido, explica o Instituto de química da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2020, p.1)¹:

Algumas pessoas com deficiência não possuem nenhum risco, porém outras que são acometidas por comorbidades e até funcionalidades que requerem cuidados e suas mobilidades são reduzidas, sim, são possivelmente um grupo que precisam de um olhar muito cuidadoso.

Outro aspecto recorrente é o que se destina às pessoas que precisam de alguém, de um cuidador ou responsáveis para tratar de suas questões, sua higiene. Essas pessoas além de se exporem, também devem proteger-se para não virem a contaminar a pessoa com deficiência que é cuidada.

Os cuidados são praticamente os mesmos que se referem a qualquer pessoa, somente redobra-se a atenção quanto aos EPI e quanto ao uso dos desinfetantes. Outra preocupação é como e onde são utilizados tais produtos para não causar nenhum problema maior nem ao PcD e nem ao cuidador em questão.

Há uma preocupação maior com as pessoas com deficiência que mostram em seus quadros algumas questões mais complexas de ordem respiratória e também quanto aos que precisam de respiradores, ou

¹ Disponível em: <<https://www.iq.ufrj.br/noticias/q/acesibilidade/sobre-pessoas-com-deficiencia-e-covid-19/>> (Acesso em: 15/08/20)



mesmo os que usam sondas quanto à higiene e manipulação dos equipamentos para seus usos. É preciso atentar para esse tipo de situação quanto a tudo que foi citado acima.

Esta preocupação é a mesma que permeia as casas André Luiz, conforme relato da diretora técnica institucional. Assim como esclarece Menon (2020, p. 2)

Roberta Aparecida Pedroso, cardiologista e diretoria técnica e clínica da instituição, diz que os pacientes começaram a manifestar sintomas em um final de semana no final de abril. “Foi um período bem difícil, pois foi um caso atrás do outro”, relembra ela. Ela acredita que a infecção tenha ocorrido por meio dos profissionais de saúde que trabalham na instituição e em outros hospitais. Segundo Pedroso, todos usam os equipamentos de proteção individual.

A COVID-19 afeta todos os setores da sociedade impondo uma maior desigualdade e aumentando a vulnerabilidade de certos grupos, de forma não linear, escancarando as mazelas do Estado, que antes eram invisíveis. Para as pessoas com deficiência asiladas, podemos verificar que o não cumprimento das ordens legais, constitucionais e infraconstitucionais, provocaram e provocarão óbitos.

A pandemia do COVID-19 tem intensificado a desigualdade social das pessoas com deficiência, aumentando a vulnerabilidade e exposição a situações de pobreza e marginalidade. É o que pontua Monteiro (2020, p. 1) quando observa as diretrizes da ONU:

Segundo o secretário-geral da organização, António Guterres, mesmo em circunstâncias normais, é menos provável que as pessoas com deficiência tenham acesso a oportunidades de educação, saúde e renda ou participem de suas comunidades. E, devido às desigualdades que já enfrentam, elas estão entre as mais atingidas pela pandemia.

Guterres destacou, ainda, que as pessoas com deficiência também são mais propensas a viver na pobreza e a sofrer taxas mais altas de violência, negligência e abuso, reforçando que a pandemia está intensificando essas desigualdades e produzindo novas ameaças.

Nesse sentido a ONU evidencia “Furthermore, crisis management should give priority and rapid attention to persons hardest hit and in positions of greatest



vulnerability”.² (ONU, 2020, p. 12).

Não se mostra leviano afirmar, que os cinco deficientes que morreram na instituição acima citada, poderiam estar vivos se houvessem políticas públicas de reinserção, ou até mesmo, se esses deficientes estivessem residindo em residências terapêuticas. A ausência de respostas públicas no momento anterior a pandemia, gera este colapso que ocorre nos dias atuais dentro da institucionalização. A pandemia alarga a margem de desigualdade, trazendo a vulnerabilização como resultado de potenciais óbitos.

A ineficiência demonstrada desde a promulgação da Constituição de 1988 até o momento atual, traz à tona dificuldades de racionalização da igualdade, dentro do Estado democrático. A falta de recursos que aparentemente justifica o não compromisso do Estado em garantir os direitos fundamentais básicos, avilta a dignidade da pessoa humana, vulnerando a existência de certos cidadãos.

Pegando como exemplo o caso institucional relatado, seria completamente ingênuo justificar os cinco óbitos relatados dessas pessoas com deficiência, em razão apenas da pandemia do COVID-19. Esclarecemos que os óbitos são resultados de uma situação de vulnerabilidade preexistente, que traz falhas ao sistema de proteção de direitos das pessoas com deficiência. Esses deficientes, elevados a uma potencial vulneração de direitos pela institucionalização, não sobrevivem quando ocorre o fator novo, que é o fato pandêmico. Sobre a vulneração de direitos, Mayos (2016, p. 91) esclarece:

Es decir: los “vulnerables” fueron primero llevados a una situación de potencial vulneración y por tanto fueron “vulneralizables”, para que luego pudieran ser efectivamente vulnerados e incluso –com posterioridad y como en un acto de misericordia o paternalismo- ser designados como “vulnerables”.

A ideia trazida pelo autor, demonstra a miserabilidade de certos cidadãos frente ao Estado, esta miserabilidade não se sustenta em cenários epidêmicos ou pandêmicos. A falha estrutural do sistema de direitos, bem como a ruptura parcial da inclusão social de pessoas com deficiência, demonstra um verdadeiro *apartheid* dentro do Estado

² Além disso o gerenciamento da crise deve dar uma rápida e prioritária atenção as pessoas mais atingidas em que se encontram em maior posição de vulnerabilidade. (Tradução livre do autor).



Brasileiro, é como dizer que certos grupos de deficientes merecem estar em sociedade e certos grupos merecem estar asilados.

Entretanto essa seletividade, sequer aponta critérios de escolha das pessoas, não há nenhuma possibilidade ou justificativa da existência legal da institucionalização de pessoas com deficiência. O único ponto que pode afirmar a existência da institucionalização, é o reforço histórico do paradigma da vulnerabilidade inerente a deficiência. Nesse sentido continua lecionando Mayos (2016, p. 91):

Recordemos que tales estructuras son engendradas históricamente y – muchas veces– con notable intencionalidad, precisamente buscando tanto la victimización y vulneración de unos, como la naturalización, legitimación y desresponsabilización de las acciones (directas o indirectas) de otros.

Torna-se patente que a institucionalização de pessoas com deficiência é o resultado da afirmação histórica da incapacidade destas, criando uma incompatibilidade abissal entre a legislação e a realidade social. Esta incompatibilidade, sistematiza a violação generalizada de direitos, denotando uma falha estrutural do sistema de garantias de direitos para a pessoa com deficiência, evidentemente estamos diante de um estado de coisas inconstitucional.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A SITUAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ASILADAS NO BRASIL

Conforme demonstrado no relatório internacional da ONG Human Rights Watch, há um sem número de pessoas com deficiência institucionalizadas no país, sem acesso aos direitos fundamentais constitucionais básicos, a bem da verdade, mais especificamente, segundo o relatório 5.225 pessoas. Esses deficientes sofrem todo o tipo de vulneração, em diversos graus e níveis.

O Estado Brasileiro carece de uma medida judicial que imponha aos poderes a retirada de uma grande população do estado de violação de direitos. Entretanto, inspirado na jurisprudência constitucional colombiana há que se constatar que as pessoas com deficiência asiladas vivem em um estado de coisas inconstitucional. Segundo Ortega (2013, p. 83/84) O estado de coisas inconstitucional é:



La Corte Constitucional estableció el Estado de Cosas Inconstitucional o E.C.I., como una figura de creación jurisprudencial, que tiene como proposito: buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitudes de personas-, y cuyas causas sean de naturaleza estructural –es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

A figura do estado de coisas inconstitucional, é criação da Corte Constitucional Colombiana, com o intuito de superar a violação sistemática de direitos fundamentais, a construção da ideia de estado de coisas inconstitucionais é exatamente formular, implementar e controlar a execução de políticas públicas. Campos (2016, p. 97) afirma com precisão:

Com efeito, ao utilizar o instrumento da declaração do ECI a Corte deixa de restringir-se a função de garantidora de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo ou de “formular ou contribuir a formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução.

Ao atuar como agente transformador de realidade social, a Corte Colombiana reequaciona o papel do julgador, reconhecendo a necessidade de mudanças não apenas na lei, mas também em todo o sistema que circunda a realidade social. Nesse sentido fica explícito conforme entendimento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que “No ECI, a Corte afirma que falhas estruturais de políticas estatais são fatores centrais desse estado contrário à Constituição.” (CAMPOS, 2016, p. 98).

Esclarecemos que diante da situação relatada pela ONG internacional, uma modificação na Lei Brasileira de Inclusão, ou qualquer outra lei que venha a ser promulgada para inclusão social dos deficientes asilados, não resolveria o problema, pois a abrangência da situação perpassa a ideia de omissão legislativa, retratando a necessidade de alteração de políticas públicas, de reinserção social fática, de investimento nos direitos das pessoas com deficiência.

O nervo central da declaratória do Estado de Coisas Inconstitucional é a falha estatal em seus múltiplos níveis, se a Constituição fosse devidamente respeitada, não haveria a necessidade de se conhecer o estado de coisas inconstitucional. O reconhecimento do ECI não determina que o Congresso legisle sobre determinada



matéria, e sim expede ordens para implantação de políticas públicas tendentes a superar a situação de vulnerabilidade da população envolvida, como bem pontua Ortega (2013, p. 90):

Así las cosas, aunque la Corte Constitucional mediante la declaratoria de ECI, no ha ordenado expresamente legislar sobre materia alguna, si lo ha hecho tácitamente, de tal manera que como consecuencia de la aplicación de esta figura se han expedido leyes tendientes a superar el Estado de cosas inconstitucional declarado; así mismo el honorable Tribunal Constitucional, mediante el ejercicio de las denominadas sentencias “modulativas”, ha exhortado al Congreso a legislar, con el fin de eliminar el déficit de protección de derechos derivado de la falta de legislación sobre un asunto determinado (Sentencia C-577, 2011). Es de resaltar que en esa decisión la Corte ejerció un poder más amplio al legislar tácitamente -pasando de legislador negativo a legislador positivo-, cuando incluyó en la parte resolutive de la sentencia una condición: “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual” .

A atuação da Corte Colombiana, que no Brasil representa o Supremo Tribunal Federal, é no sentido de modificar a realidade prática dos atores sociais que são vulnerabilizados pela situação da patente inconstitucionalidade. A figura do Juiz que declara o ECI, não se mostra apenas como juiz garantidor de direitos, mas sim um juiz transformador que atua diretamente na alteração do quadro de violação de direitos. Nesse sentido Zambrano (2014, p. 7) pontua:

Es por ello que cuando se presenta el Estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional actúa para evitar la vulneración de derechos fundamentales generados a partir de la omisión o la actuación ineficiente del Estado exigiendo la toma de medidas oportunas y eficaces por parte de las distintas ramas del poder y sus órganos, para la atención y solución inmediata con miras al cese de la amenaza o vulneración

No caso das pessoas com deficiência asiladas, temos todos os requisitos preenchidos para declaratória de estado de coisas inconstitucional, assim como na ADPF 347/15 que declarou em medida liminar o ECI no caso da superlotação carcerária brasileira com base em um estudo empírico da clínica jurídica da UERJ, temos o relatório internacional da ONG Human Rights Watch que aponta também empiricamente a situação da institucionalização de deficientes no Brasil.



A declaratória de ECI para as pessoas com deficiência seria, nos dias atuais o único remédio jurídico que possibilitaria a superação da violação apontada internacionalmente. Todavia temos que reconhecer que a inclusão dessas pessoas com deficiências não ocorre pelo custo dos direitos ao Estado, pois, segundo Stephen Holmes, “all rights are claims to an affirmative governmental response” (HOLMES. 1996, p. 30). A necessidade de se dar uma resposta afirmativa aos direitos constitucionais impõe a necessidade de investimento estatal, tanto é verdade que uma das respostas do Estado a ONG internacional Human Rights Watch, é a crise econômica (HRW. 2018, p. 14).

Assim como no caso da superlotação carcerária, as pessoas com deficiência institucionalizadas, representam uma população sem voz e sem apelo político que demonstrem a necessidade de investimento estatal, deixando evidente que a ausência de investimento aumenta a desigualdade ampliando a vulnerabilidade social. O ECI poderia evitar um excesso de contaminação pela COVID-19 dentro das instituições.

A bem da verdade é forçoso concluir que a COVID-19 escancara a proteção deficiente de direitos, mostrando de forma ampliada as falhas estruturais do sistema, traduz também a necessidade da superação da situação atual. Esta superação atualmente ocorrerá com investimento de financeiro, como bem aponta Holmes (1996, p. 10/11):

To the obvious truth that Rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights [...].

A mudança necessária se faz com investimento em políticas públicas, mudança de gestão administrativa, decisões judiciais e decisões legislativas. A declaratória do ECI trabalha todos os ramos da máquina pública, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, por isso a decisão declaratória do ECI é a única que consegue alterar a realidade social.

Devemos esclarecer que o ECI não deve ser utilizado para toda e qualquer situação de vulnerabilidade, mas para situações que demonstram a ineficiência do Estado em contornar a realidade de uma determinada população. A verdade é que a necessidade do surgimento do ECI se dá em países que tem condições precárias de direitos para os seus cidadãos. Neste sentido, Zambrano (2013, p. 7) explica sobre a criação jurisprudencial colombiana:



La vulneración de los derechos fundamentales, en buena parte es debido a condiciones de sobrepoblación, que fomentan el desempleo, la precariedad en la educación, la alimentación, la salud, la crisis de la institución de la familia, etc.

O que se pode observar é que as falhas estruturais acontecem exatamente pela desigualdade maximizada pelo Estado, por ausência de cumprimento dos deveres fundamentais constitucionais. A declaratória do ECI, como já ocorreu no Brasil por força da ADPF 347/15, evidencia que a administração pública não garante, de forma linear e igualitária, a cidadania e a dignidade dos brasileiros. Assim como no caso da superlotação carcerária (ADPF 347), o caso dos deficientes asilados demanda a declaração da falha estrutural do sistema de inclusão.

A concretização do ECI demonstra que os direitos fundamentais ganharam novos contornos no século XXI, por isso Campos (2016, p. 158) “no Estado social no século XXI, os direitos fundamentais deixaram de ser limite externos e passaram a ser condição de legitimidade da atuação do poder público. “. Poderia ser indagado qual seria a diferença, frente a pandemia, se estas pessoas com deficiência não estivessem asiladas? A questão estrutural, responde por si só, pois caso não houvesse o asilamento, haveria uma estrutura de garantia de direitos fundamentais que poderia evitar óbitos.

A ausência de investimentos, bem como a ausência de figura processual que permita a superação do quadro de violação extrema e sistemática de direitos fundamentais, conduz o Estado Brasileiro ao desrespeito das leis, garantindo permissividade a violação constitucional.

O ECI tem a função de diminuir as desigualdades sociais provocadas pelo não cumprimento material dos direitos formalizados na Constituição, pois, os direitos fundamentais são o mínimo necessário para existência digna de cada cidadão. Nesta senda, a figura do ECI democratiza e dá voz as minorias que não conseguem ter acesso aos órgãos públicos, como bem pontua Zambrano (2013, p. 7):

Los derechos fundamentales estipulados en la Constitución Política, constituyen precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el mínimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos en condiciones de debilidad, es decir el juez constitucional está obligado a tomar la vocería de las minorías, grupos olvidados y que tienen dificultad al acceso de organismos políticos.



A figura do ECI, em solo brasileiro, se mostra alternativa nova para superação da crise constitucional que ocorre desde 1988, quando se estabeleceu em lei os direitos fundamentais e as diretrizes básicas para vivência digna dentro de um estado constitucional. A inconstitucionalidade do Estado deriva da ingerência de sua própria constituição, evidentemente temos que considerar, que o ECI é ferramenta jurídica de busca de igualdade e necessariamente precisará de regulamentação processual.

Por mais que haja uma constatação prática da violação de direitos, o Supremo Tribunal Federal necessitará de legislações específicas que possibilitem o engedramento dos diversos ramos do direito público e de seus órgãos para materialização e concretização da decisão declaratória, inclusive para não se correr o risco de comparar o ECI com um desmedido ativismo judicial. Nesse sentido Campos (2016, p. 142) ao analisar a jurisprudência da Corte Colombiana esclareceu:

Os casos nos quais a Corte declarou o ECI revelam que a atuação é realizada, principalmente, no campo dos direitos sociais e economicos. A Corte depara-se com a ausência entre medidas legislativas, administrativas e ou sanitarias, implicando a ausência de efetividade do cumprimento, pelo Estado, de suas prestações positivas em favor dos ditos direitos sociais. Direitos que incluem acesso a comida, água, moradia, saúde preventiva e curativa, securidade social, educação, trabalho, saneamento básico. Mais do que garantias aspiracionais, esses direitos foram reconhecidos nos textos constitucionais contemporâneos como normas jurídicas, impondo aos Estados o dever de torna-los realidade concreta.(sic)

O ECI encerra a dogmática constitucional referente a existência de normas programáticas, a necessidade de se haver uma realidade concreta compatível com a Constituição Federal, justifica a ideia de não se poder aguardar a concretização de programas *ad eternum* constitucionais, sob o manto de ausência do poder econômico para tal.

A concretização social dos direitos constitucionais, é senão uma medida de justiça social independente de qualquer fator discriminatório. A pessoa com deficiência deve gozar de todos os direitos garantidos aos demais cidadãos do Estado, caso isso não ocorra, estamos diante de uma situação inconstitucional, uma situação de evidente incompatibilidade com a norma posta que rege a organização e constituição do Estado.

Realmente não há como discordar que a pandemia trouxe um sinal vermelho na questão dos deficientes asilados, sinal que demonstra a violação sistemática de direitos



humanos e que geram mortes. Sinal que demonstra também que o Brasil não incluiu e sim mantém a exclusão, sob a assertiva de que promulgou lei e ratificou tratados internacionais referente as pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve o condão de demonstrar que há no Brasil uma gama de pessoas com deficiência, institucionalizadas sofrendo vulnerabilidade em seus direitos de forma constante, sem acesso aos direitos fundamentais básicos, a uma vida digna, e a inclusão social conforme determinado na Lei Brasileira de Inclusão (lei 13146/15).

Demonstramos ainda que com o advento da pandemia do COVID-19, alguns deficientes asilados estão vindo a óbito, em virtude de contato de profissionais que trabalham em outras entidades de saúde, em virtude das comorbidades oriundas da patologia da deficiência e por conta disso estão ficando sem o direito de se cuidarem e se protegerem do vírus.

A COVID-19 escancarou um problema já existente, que é a ausência de políticas públicas e de orçamento que garantam a inclusão dessas pessoas institucionalizadas, no tecido social e em seu âmbito familiar. Em um paradoxo triste, verificamos que em período de isolamento, essas pessoas isoladas estão desprotegidas, constatamos esse fato, com matéria jornalística que comprova que 100 (cem) deficientes foram contaminados nas casas André Luis em Guarulhos SP, instituição que abriga centenas de deficientes.

Referida constatação demonstra que o Estado Brasileiro vive uma situação de vulneração massiva dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, havendo a necessidade de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucional em relação a pessoa com deficiência asilada, para correção das falhas estruturais existentes no sistema de direitos das pessoas com deficiência.

Será necessário ainda uma evolução legislativa que permita a regulamentação do Estado de Coisa Inconstitucional, para que haja cooperação entre os órgãos públicos e os poderes do estado, com o fim de superar a situação de vulnerabilidade massiva de direitos e conseqüentemente, transformar a realidade social.



REFERÊNCIAS

BATISTELLA, Linamara Rizzo. **Dos Direitos Fundamentais**. In: LEITE, Flavia Piva Almeida. E outros (Coords). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo; Saraiva, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. Brasiliense, 2017.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. SA Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. WW Norton & Company, 1996.

HRW. **Proteger os direitos das pessoas com deficiência durante a COVID-19**. Disponível em : <<https://www.hrw.org/pt/news/2020/03/26/339994>> (Acesso em : 01/05/2020)

Human Rights Watch. **Eles ficam até morrer**. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2018/05/23/318044> Acesso em: 01/07/2018

Instituto de química da UFRJ. **Sobre pessoas com deficiência e Covid-19**. Disponível em: <<https://www.iq.ufrj.br/noticias/q/acessibilidade/sobre-pessoas-com-deficiencia-e-covid-19/>>. (Acesso em: 15/08/2020).

MENON, Isabella. **De longe, mãe viu filho com paralisia cerebral superar a Covid-19**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/07/de-longe-mae-viu-filho-com-paralisia-cerebral-superar-covid-19.shtml?>> (Acesso em: 10/09/2020)

MONTEIRO, Daniel. **Coronavírus: pessoas com deficiência precisam de atenção especial durante a pandemia**. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.leg.br/blog/coronavirus-pessoas-com-deficiencia-precisam-de-atencao-especial-durante-a-pandemia/>> (Acesso em: 20/08/2020).

ORTEGA, Michelle Andrea Calderón. **Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia**. *Academia & Derecho*, n. 8, p. 71-97, 2014.

PIRES, Luiza Nassif; CARVALHO, Laura; DE LIMA XAVIER, Laura. **COVID-19 e desigualdade: a distribuição dos fatores de risco no Brasil**.

UN ENABLE. **Surto de COVID-19 e pessoas com deficiência**. Disponível em : <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/news/dspd/covid-19.html>> (Acesso em: 01/05/2020)



UNDP. Briefing note: **The economic impacts of COVID-19 and gender inequality: Recommendations for policymaking.** Panamá: Regional Hub for Latin America and the Caribbean, 2020. (28 p.)

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. **PODER DISCRECIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE COSAS DE INCONSTITUCIONAL.** Via Inveniendi Et Iudicandi, v. 7, n. 2, p. 1-33, 2013.