

MARIA HELENA PINHEIRO RENCK

**RESTRIÇÕES LEGAIS A DIREITOS HUMANOS: o caso da legislação da
Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais
da pessoa com deficiência**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração - Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, Linha de pesquisa - Direitos Fundamentais Sociais: relações de trabalho e seguridade social, Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Chapecó- SC

2014

R393r

RENCK, MARIA HELENA PINHEIRO

Restrições legais a direitos humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência / Maria Helena Pinheiro Renck. - Chapecó, 2014.

192 f.

Orientador: Carlos Luís Strapazzon.

Dissertação (mestrado) - Universidade do Oeste de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

1. Seguridade Social. 2. Pessoa com deficiência. 3. Benefício de Prestação Continuada. 4. Restrições a direitos fundamentais. 5. Abordagem das Capacidades. I. Strapazzon, Luís Carlos, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA HELENA PINHEIRO RENCK

RESTRICÇÕES LEGAIS A DIREITOS HUMANOS: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, na Área de Concentração - Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, e na Linha de pesquisa - Direitos Fundamentais Sociais: relações de trabalho e seguridade social, da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 05 de Dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon
Prof. Orientador
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Prof. Dr. Robison Tramontina
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

PROFESSOR COORDENADOR ACADÊMICO CIENTÍFICO

Prof. Dr. Narciso Xavier Baez
Universidade do Oeste de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

A pesquisa que hoje apresento não tem, nem de longe, a pretensão de ser definitiva. Ao contrário, nesse momento, em que é necessário encerrar os trabalhos, parece que mais e mais possibilidades investigativas se abrem a partir do que está feito. No entanto, como diz meu Orientador, chega o momento em que é preciso soltá-la, ainda que se tenha à frente portas abertas a horizontes amplos e convidativos a que se continue.

Essa dissertação procede de um esforço pessoal. Contudo, atribuir este resultado tão somente a mim, seria, sem exageros, uma grande injustiça, pois se eu pudesse ter contado apenas comigo mesma no caminho da investigação que culminou nesse texto, eu não teria conseguido. A convivência com certas pessoas foi crucial na construção do meu aprendizado e à esta pesquisa, em termos técnicos e acadêmicos. Entretanto, além destas, tive a sorte de poder contar com a colaboração e apoio de tantas outras, em vários momentos e em circunstâncias diversas do cenário da academia, mas que foram essenciais a esse trabalho. Frente ao meu dever moral de agradecer a cada um, se levanta o desafio de lembrar de todas.

Não posso abrir, no entanto, nenhum espaço para agradecimentos a todas estas criaturas com as quais contei, sem que agradeça, em primeiro lugar, e com todo o meu ser, ao Senhor meu Deus, pela oportunidade, e por todo o arranjo necessário para que eu pudesse cursar as disciplinas e desenvolver este trabalho, inclusive, por direcionar-me às pessoas certas. Dentre estas, meu Orientador. E, então, com máxima justiça, entre as pessoas a quem tenho gratidão, sou especial e imensamente grata ao meu Orientador, Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon. Inicialmente, por ter acreditado que eu seria capaz de desenvolver este trabalho, e pelo convite para participar do grupo de pesquisas que coordena, no qual eu aprendi tanto. Também pelo profissionalismo, paciência e disponibilidade em conduzir-me na efetivação deste desígnio. O Professor Strapazzon é um profissional que conhece com profundidade os Direitos de Seguridade Social e é um exemplo de dedicação, devoção, ao seu estudo. Assim, nesse período de convivência, em que dividiu conhecimentos, recomendou leituras, coordenou discussões, levantou desafios, concedeu-me a oportunidade de dar um salto imenso de conhecimento na minha vida. Um grande Professor, uma pessoa de qualidades raras, daquelas pessoas com as quais a gente quer se parecer.

Todos os demais professores do Programa de Mestrado foram importantes nessa caminhada, aqueles com os quais a sala de aula permitiu um contato mais próximo e um lapidar de conhecimento mais intenso, como também aqueles com os quais se discutiu nos corredores da universidade e nos eventos. Não me refiro tão somente às disciplinas que tive e aos contatos pessoais com tais Mestres, mas à colaboração de cada um deles ao Mestrado. E neste ponto, é imperioso agradecer pelo trabalho audacioso, grandioso, e o empenho pessoal do Professor Dr. Narciso Leandro Xavier Baez na implantação e consolidação do projeto desse Mestrado, na UNOESC, de grande importância regional.

Não posso deixar de agradecer à Secretaria do Mestrado, à Ana e à Patrícia, pela eficiência e solicitude sempre que precisei. Para além dos Professores, coordenação e secretaria, o Mestrado me permitiu conhecer colegas, agora amigos, que além de uma maravilhosa convivência, acrescentaram ensinamentos à minha vida. Agradeço, de forma carinhosa à Silvana, pelo carinho e dedicação à amizade, em todo esse período, pelas discussões e compartilhamentos.

Também, dedico sinceros agradecimentos ao Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior - FUMDES, coordenado pela Secretaria de Estado da Educação - SED, de Santa Catarina, pela Bolsa de estudos que me concedeu.

Esse apoio e investimento em mim feitos, significaram muito, e refletem agora na obrigação moral que tenho de semear o tanto que colhi, especialmente quanto ao público alvo da minha pesquisa, pessoas especialmente desfavorecidas nas sociedades. É esse retorno, à sociedade, ao social, que incorpora a validade de todo o investimento feito na educação, por demais necessário.

Infelizmente ainda vivenciamos uma realidade de difícil acesso a bibliografias estrangeiras. E, talvez este tenha se constituído um dos desafios mais difíceis de serem superados durante a pesquisa. Afortunadamente consegui fontes importantes, com o apoio de meu orientador e também de dois amigos muito queridos, Noemia e Cesar Strapazon, da *Augsburg College, Minneapolis*. Mas, além deles, tive o apoio importante de pessoas que sequer conhecia, como o Doutor Ravi Malhotra, da *Faculty of Law, University of Ottawa*, dedicado à pesquisa dos Direitos das Pessoas com deficiência. Além de sugestões de bibliografias, gentilmente enviou-me materiais, e intermediou o contato com o Dr. Christopher A. Riddle, da *Utica College, New York*, um pesquisador de destaque quando o assunto é *Capability Approach* relacionada às pessoas com deficiência, parceiro de Martha Nussbaum. O Dr. Riddle, além de sugestões, também me enviou materiais, inclusive seu livro mais recente. Também por intermédio do Professor Malhotra, consegui ter acesso ao Doutor Francisco Ortega, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que também me enviou fontes preciosas e sugeriu outras tantas. Assim, não poderia deixar de estender um agradecimento especialmente a estas pessoas.

Nessa linha, o Mestrado, especialmente através de meu Orientador, me possibilitou ter contato acadêmico com o Dr. Christian Courtis, *Officer* do Alto Comissariado das Nações Unidas. Um ser de diferenciada generosidade, Courtis respondeu a todos os e-mails, enviou muitos materiais e sempre respondeu às perguntas que lhe foram formuladas, essenciais a este trabalho. Assim, também lhe agradeço imensamente.

Voltando-me aos que me são mais próximos, agradeço, imensamente à minha família, especialmente ao meu esposo, pelo incentivo, compreensão, paciência, apoio, pelas sugestões e pelo esforço em manter tudo no seu devido curso, nos momentos em que eu não pude estar presente. À minha amada filha e à minha mãe, pelo apoio incondicional, pela resignação e compreensão, ante minha inevitável ausência, em tanto momentos, ao longo desses dois anos.

E, claro, não poderia deixar de agradecer aos meus colegas de escritório, pela confiança de que o resultado do aperfeiçoamento servirá ao engrandecimento de nosso trabalho, e fortalecimento de nossa parceria. Gratidão também à Diane e à Roquelle, pela colaboração, gentileza e eficiência.

E houve um sábado em que Jesus estava a ensinar na Sinagoga quando avistou uma pobre mulher, parálitica. Tocado pela situação de seu sofrimento, imediatamente a chamou e disse: “Mulher, estás livre da tua enfermidade”. Mas o príncipe da sinagoga se irritou pela cura ter sido realizada no sábado. Jesus então lhe respondeu: “Hipócrita! (...) Então, pela formalidade do tempo não deveria eu me importar com o sofrimento desta filha de Abraão (...)?”

(Lc 13.10-17)

RESUMO

A deficiência e a pobreza são duas realidades que se retroalimentam. As pessoas com deficiência sempre enfrentaram situação de abissal desvantagem em comparação às demais pessoas sem deficiência, relegadas à caridade ou à exclusão. A partir de meados do século XX o direito internacional começou a dedicar maior atenção a essas pessoas, situação que alcançou o ápice com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Todavia, apesar dos avanços, especialmente no que diz respeito à proteção social e inclusão desse segmento, a realidade se exhibe preocupante, diante da persistência da associação da miséria e da deficiência, da exclusão e marginalização das pessoas com deficiência. O Brasil tem na Assistência Social uma das formas de proteção das pessoas com deficiência, direcionando àquelas em situação de maior desvantagem econômica, o benefício de prestação continuada – BPC. Todavia, a Lei 8.742/1993 trouxe ao conceito constitucional de deficiência, originado na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, um limitador à duração mínima no impedimento, o qual deverá ser de dois anos. Disso resulta que impedimento menor do que este prazo impede o acesso ao benefício assistencial referido, independentemente do quadro de necessidade que a pessoa enfrente, impedimento igual ou maior do que dois anos, associado à situação de necessidade econômica, dá direito ao benefício. É esta a situação analisada na presente dissertação, o que ocorre em dois momentos: sob o prisma da Abordagem das Capacidades, sob o enfoque de Martha Nussbaum, para verificar sua (in) admissibilidade, e sob as lentes da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, especialmente no que toca às restrições aos direitos fundamentais, com o fito de verificar sua (in) constitucionalidade. O texto desenvolve então uma crítica normativa – a partir de pesquisa de análise conceitual e de pesquisa empírica (normativa e jurisprudencial) – do problema da proteção constitucional suficiente e da restrição excessiva que decorre do modelo de delimitação de titularidade estabelecido pela Lei brasileira que restringe o alcance do benefício de assistência social, exclusivamente, às pessoas que tem impedimentos com duração mínima de dois anos. Ao final, verificou-se que o limitador temporal mínimo dos dois anos para a duração do impedimento para que uma pessoa com deficiência alcance o direito ao BPC, mostra-se como uma intervenção excessiva, inconstitucional, por lesão à proporcionalidade. Trata-se de medida cujo resultado é inadmissível também pela lente da Abordagem das Capacidades, por resultar em algo ainda mais grave – a exposição às desvantagens corrosivas, visto que o falta de recursos atinge capacidades essenciais, cuja lesão refletirá inevitavelmente e de forma negativa sobre as demais, o que impede a vida em padrões compatíveis com a dignidade.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência – Benefício de Prestação Continuada – Restrições – Abordagem das Capacidades

ABSTRACT

Disability and poverty are two realities which feed one another. People with deficiency always face situations of abyssal disadvantage compared to the majority without disabilities, casted out to charity or exclusion. Starting in the mid-twentieth century the international law began dedicate more attention to those people, situation that reached the top with the approval of the International Convention of Rights for People with Disabilities. However, despites the advances, especially in what concerns social protection and inclusion of these function line, the really shows itself troubling in face of the persistence connection between misery and disability, exclusion and marginalization of people with disabilities. Brazil has in its Social Assistance a way to protect people with disabilities, steered to those in greater economic disadvantage, the Continued Benefit Payments – CBP. Although, the Law 8.742/1993 brought a constitutional concept of disability, generated in the International Convention of Rights for People with Disabilities, a limit to the minimum duration at the impediment, which must be of two years. It follows that the impediment is smaller than the dead line which forbids the access to the assistant benefit, not mattering the necessity board which the person faces, impediment equal or bigger than two years, associated to the financial need situation, gives the right to the benefit. This is the analyzed situation in the present essay, what happens in two moments: under the light of the Capacity Approach, over Martha Nussbaum's focus, to verify her (in) admissibility, and under the optic of the fundamental rights theory of Alexy, especially in what matters the restriction of fundamental rights, with the intention to verify its (in) constitutionality. The text develops, then a normative critique - from conceptual analysis of research and empirical research (normative and jurisprudential) - of the problem of sufficient constitutional protection and excessive restriction which arises from the ownership of delimitation model established by Brazilian law that restricts the scope of social assistance benefit exclusively to people who have impairments lasting at least two years. At the end of this study, the current state of research has shown that the minimum temporal limitation of two years for the duration of the impediment to a disabled person reaches the right to Continued Benefit Payments, shows up as excessive intervention, unconstitutional because it is an injury for proportionality. It is a measure whose result is also inadmissible through the lens of the Capability Approach, to result in something even worse - exposure to corrosive disadvantages, since the lack of resources reaches essential capabilities, whose injury inevitably reflect and negatively on the other, which prevents life in standards consistent with dignity.

Key words: *Person with disabilities - Continued Benefit Payments – Restrictions - Capabilities Approach*

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIPD - Ano Internacional das Pessoas Deficientes

BPC – Benefício de Prestação Continuada

CAT - Convenção contra a Tortura outros Tratamento ou Penas cruéis

CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

CEDIPOD - Centro de Documentação e Informação do Portador de Deficiência

CERD - Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial

CIDID - Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens

CIDDM - Classificação Internacional das Deficiências, Atividades e Participação

CIF – Classificação Internacional de Funcionalidades

CORDE – Coordenadoria Nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência

CRC - Convenção sobre os Direitos da Criança

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8,742/1993

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PIB – Produto Interno Bruto

PIDCP - Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC - Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PL – Projeto de Lei

PNB – Produto Nacional Bruto

STF – Supremo Tribunal Federal

UNDP - United Nations Development Programme – Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a ciência e a cultura

UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – DIREITOS HUMANOS E A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES HUMANAS BÁSICAS.....	17
1 A <i>CAPABILITY APPROACH</i> E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	18
1.1 AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS TEORIAS DE JUSTIÇA.....	18
1.2 ALTERNATIVA AO UTILITARISMO.....	20
1.3 A IDEIA-CHAVE	21
1.3.1 Funcionalidades e capacidades.....	24
1.4 A <i>CAPABILITY APPROACH</i> , DE MARTHA NUSSBAUM.....	26
1.4.1 As dez capacidades essenciais.....	27
1.4.2 As Fronteiras da Justiça, pela <i>Capability Approach</i>	29
1.5 FRONTEIRAS DA JUSTIÇA E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	31
2 PROTEÇÃO SUFICIENTE E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: CONTRIBUICOES DE ROBERT ALEXY	39
2.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
2.2 O DEVER DE PROTEÇÃO SUFICIENTE	43
2.3 A RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
2.3.1 Teoria Interna e Externa.....	51
2.3.2 A definição de restrições	55
2.3.3 Os tipos de restrições.....	56
2.3.4 Reserva Legal.....	57
2.3.5 Os limites às restrições.....	60
2.3.6 A Proporcionalidade.....	63
CAPÍTULO II – O DEVER DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	69
1 POBREZA E DEFICIÊNCIA: UMA REALIDADE QUE SE RETROALIMENTA	69
2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA: DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS.....	75
2.1 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	76
2.1.1 A Evolução da proteção à pessoa com deficiência no Direito Internacional	79
2.2 A QUEBRA DE PARADIGMAS TRAZIDA PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS	90
2.2.1 O conceito de pessoa com deficiência a partir da Convenção de New York	94

2.2.2 A incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência no ordenamento jurídico do Brasil.....	102
CAPITULO III – DIREITOS FUNDAMENTAIS SUBJETIVOS DE SEGURIDADE SOCIAL	104
1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO TITULAR DE DIREITOS HUMANOS DE SEGURIDADE SOCIAL	104
1.1 A SEGURIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL	108
1.1.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH.....	109
1.1.2 O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais - PIDESC.....	110
1.1.3 A Observação 19	112
1.1.4 A Seguridade Social na OIT.....	115
1.2 A SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL	117
1.2.1 Seguridade na Constituição de 1988 – um direito humano fundamental	119
1.2.2 A Assistência Social.....	123
CAPÍTULO IV - A ESTRUTURA JURÍDICA DO DIREITO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: O CASO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	127
1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	127
2 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....	129
2.1 A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA	133
3 A CONSTITUCIONALIDADE DA DELIMITAÇÃO TEMPORAL OBJETIVA TRAZIDA PELA LEI 8.742/1993 AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA	144
3.1 A LIMITAÇÃO TEMPORAL AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA – UMA RESTRIÇÃO EXCESSIVA?.....	147
3.1.1 Por que dois anos?.....	158
3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO TEMPORAL DE DOIS ANOS.	162
3.3 O LIMITADOR TEMPORAL SEGUNDO A TEORIA DAS CAPACIDADES: FRUSTRAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E ATIVAÇÃO DE DESVANTAGENS CORROSIVAS.....	166
CONCLUSÃO	172
REFERÊNCIAS	180

INTRODUÇÃO

Essa Dissertação tem como tema as restrições legais a *direitos humanos* fundamentais de pessoas com deficiência, dedicando-se especificamente ao caso da *legislação de assistência social* no que concerne ao Benefício de Prestação Continuada – BPC. A escolha foi definida pela necessidade de analisar a *constitucionalidade* da restrição de significado de *pessoa com deficiência* e, portanto, de titularidade do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, tal como estabelecido na Lei 8.742/1993 - LOAS. Assim a Dissertação buscará analisar, por um lado, os fundamentos *teóricos* de uma categoria especial de titular de direitos humanos e de direitos fundamentais e, por outro, a *constitucionalidade* da delimitação de titularidade de um benefício assistencial conexas a essa definição. A categoria de titular especial que será analisada é a de *pessoa com deficiência*; a *delimitação de titularidade* conexas a essa categoria é a de beneficiário, tal como estabelecida pela Lei de Organização da Assistência Social (LOAS). Este estudo concentra-se, então, na análise do conceito de *pessoa com deficiência*, nos termos estabelecidos na Convenção de Nova Iorque e na Lei 8.742, de 7 de Dezembro de 1993 (LOAS). As teorias de base que orientarão a investigação são a abordagem teórica das *capabilities*, de Martha Nussbaum e teoria das restrições dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

De acordo com a Lei Orgânica da Assistência Social só é pessoa com deficiência – e, portanto, titular do benefício de prestação continuada – a pessoa que têm *impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, com duração mínima de 02 anos*. O problema que orientará a pesquisa é saber se a delimitação temporal à duração do impedimento que caracteriza a deficiência assegura uma *proteção suficiente ao direito da* pessoa com deficiência ao Benefício de Prestação Continuada e se não representa uma restrição excessiva a esse direito da pessoa à Segurança Social. O texto vai desenvolver, então, uma crítica normativa – a partir de pesquisa de análise conceitual e de pesquisa empírica (normativa e jurisprudencial) – do problema da *proteção constitucional suficiente* e da *restrição excessiva* que decorre do modelo de *delimitação* de titularidade estabelecido pela Lei brasileira que *restringe* o alcance do benefício de assistência social, exclusivamente, às pessoas que tem impedimentos com duração mínima de dois anos, sejam estes de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais interagindo com barreiras sociais ou ambientais, podem obstruir sua plena e efetiva participação social, em igualdade com as demais pessoas.

O que a pesquisa pretende é desenvolver uma análise do conceito de *deficiência* no sistema jurídico brasileiro e da constitucionalidade da *restrição* legal à titularidade do benefício assistencial de prestação continuada. Para tanto realiza uma revisão da literatura para verificar o modo como o conceito de pessoa com deficiência é tratado pela abordagem teórica das *Capabilities* de Martha Nussbaum; examina e sistematiza os usos do conceito de pessoa com deficiência pelos tratados internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e outras normas de direito internacional; da mesma forma busca examinar e sistematizar os usos do conceito de pessoa com deficiência pelo ordenamento jurídico interno e pela doutrina atual. Também busca analisar o que vem a ser a proteção suficiente aos direitos fundamentais e a admissibilidade de restrições a esses direitos. A partir disso, a dissertação intenta elaborar uma apreciação crítica, a partir da teoria das restrições a direitos fundamentais pelo enfoque de Robert Alexy, da constitucionalidade do delimitador temporal ao conceito de pessoa com deficiência, tanto pela Lei 8.742/1993 quanto na tradução do conceito de pessoa com deficiência da Convenção de New York, além da admissibilidade da mesma pelo enfoque da Abordagem das Capacidades, segundo Martha Nussbaum.

Há várias hipóteses elaboradas, a começar que a Convenção de Nova Iorque sobre os direitos das Pessoas com Deficiência representou um avanço na concepção de pessoa com deficiência; que influenciou na alteração da concepção de pessoa com deficiência no Ordenamento Jurídico Internacional e Pátrio; que a concepção de pessoa com deficiência contida na Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência foi influenciada pela CIF – Classificação Internacional de Funcionalidades. Também, e, assumindo papel de hipótese investigativa principal, a hipótese que a delimitação temporal trazida pelo § 10 do artigo 20 da Lei 8.742/93 não compreende a proteção suficiente ao direito fundamental à Assistência Social, daquelas pessoas acometidas com algum impedimento que enfrentam um quadro de extrema carência de recursos financeiros e representa uma restrição excessiva à proteção da pessoa com deficiência nos termos estabelecidos pela Convenção de Nova Iorque, por restringir de maneira desproporcional o direito.

O texto é estruturado em quatro momentos. O capítulo de abertura traz os dois marcos teóricos, inicialmente a Abordagem das Capacidades, pelo enfoque de Martha Nussbaum, ao que segue a análise da Proteção Suficiente e das restrições aos Direitos Fundamentais, especialmente sob as lentes de Robert Alexy. Aqui fora realizada uma

pesquisa teórica para comprovar a utilidade das teorias na abordagem da questão problema e o modo como a utilização de determinados termos podem auxiliar no delineamento e no tratamento dado ao tema.

A análise da questão a partir da abordagem de Nussbaum é tangenciada pela sensibilidade que a autora empresta às várias nuances das particularidades relacionadas à inserção social das pessoas com deficiência, bem como pela interpretação que faz da questão pelo viés dos direitos humanos. Esta, além de apresentar similaridades com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, se assemelha com a abordagem que tem inspirado as discussões acerca do desenvolvimento humano desde a elaboração do primeiro Relatório de Desenvolvimento Humano, em 1990. Destarte, constitui ferramenta importante por permitir que se proceda a um esforço interpretativo dos problemas de direito interno, com natureza de direito humano fundamental, à luz de tal compreensão. Além disso, várias categorias analíticas da *capability approach* se revelaram importantes à dissertação. A primeira é a das *capacidades*, e conecta-se com outras diretrizes da teoria. As *capacidades* dizem respeito àquilo que se mostra essencial ao alcance de uma vida adequada aos padrões da dignidade humana, as oportunidades reais indispensáveis para alcançar tal desígnio. Assim, importa que as pessoas que enfrentam uma situação de deficiência, impedimento, associada a um quadro de miséria, possam alcançar a capacitação necessária a viver dignamente. Para a abordagem, o Estado assume um grande papel nesse intento, visto que o fim último do Estado é a capacitação de seus cidadãos. Outra categoria analítica da abordagem das capacidades que pode ser destacada neste momento é a concepção de pessoa com deficiência, coincidente com aquela resultante evolução dos instrumentos internacionais, culminantes na Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência. Esta compreensão da deficiência não se restringe aos impedimentos individuais da pessoa, mas abrange o resultado destes em interação com as barreiras que o ambiente social lhe impõe. Aqui, novamente, o papel do Estado assume relevo, na remoção das barreiras, além da promoção, efetivação, dos direitos. Neste prisma, a abordagem conduz à compreensão de que a proteção à pessoa com deficiência deve ser conduzida sempre à maior efetividade possível, com especial atenção à igualdade material.

No que diz respeito às lentes das concepções de Alexy, a sua teoria dos direitos fundamentais também se mostrou capital à interpretação e compreensão do problema proposto. Sua abrangente visão dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, da

teoria da norma, ofereceu conceitos-chave que se mostraram essenciais à dissertação. Assim, categorias analíticas tais como a de Direito Humano Fundamental, princípios, proporcionalidade, adequação, necessidade, restrição a direitos fundamentais, dever de proteção, proibição de insuficiência, permitiram a imersão no tema e análise de todas as questões relacionadas ao problema da pesquisa. Não se tratam de categorias independentes, mas inter-relacionadas. O direito sob análise é um direito humano social fundamental, que ostenta a natureza de princípio, o que significa que constitui um mandado de otimização e que visa a proteção em máximo grau possível segundo as condições fáticas e jurídicas vigentes. Também nessa investidura, são direitos a princípio ilimitados, mas limitáveis, o que permite a conclusão de que os direitos fundamentais se sujeitam a restrições, normas que lhes restringem a posição *prima facie*. Contudo, os direitos fundamentais exigem proteção suficiente, o que significa que restrições válidas jamais poderão ultrapassar esse limite, pois vige uma proibição de insuficiência quando se está a tratar de direitos fundamentais, há um imperativo de tutela, inarredável. A natureza de princípios dos direitos fundamentais, enquanto mandados de otimização, conduz ainda a uma necessária conexão entre os direitos fundamentais e a proporcionalidade. Além disso, também as restrições estão submetidas a esta e aos seus subprincípios, o que serve ao controle de sua constitucionalidade. Assim, há que se analisar se uma restrição é adequada a promover o fim pretendido pelo direito, no que reside sua adequação, bem como se não existe nenhum outro meio eficaz e menos gravoso ao direito, para atingir o fim pretendido, o que configura sua necessidade. Por meio destas noções prévias, fixadas no primeiro capítulo, é que se buscou delinear o estudo do tema.

O segundo capítulo aborda a proteção que o direito internacional dedica às pessoas com deficiência, realizando uma breve referência histórica, adentrando na evolução dos instrumentos de direitos humanos dedicados às pessoas com deficiência, o que culmina na Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência, e sua recepção pelo Ordenamento Jurídico Internacional com o *status* de emenda Constitucional, fechando o capítulo. Neste capítulo são analisados os conceitos de pessoa com deficiência e de direitos humanos. O objetivo foi compreender os avanços mais recentes no sentido e alcance da expressão “pessoa com deficiência”, de modo a poder avaliar, criticamente, a adequação do direito brasileiro a essas evoluções.

A terceira parte analisa especificamente a atenção dada pela Seguridade Social à proteção das pessoas com deficiência, nos instrumentos de direito internacional e no

direito interno. Por fim, a capítulo IV debruça-se sobre a proteção dedicada à pessoa com deficiência pelo Direito Pátrio, especificamente quanto à estrutura jurídica do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. É a partir disso que se retoma os dois primeiros capítulos para alcançar uma análise crítica da proteção suficiente e das restrições aos direitos fundamentais, tendo como foco o delimitador temporal inserido no conceito de pessoa com deficiência. A admissibilidade de tal limitação também é verificada sob as luzes da Abordagem das Capacidades, de Nussbaum. Segue-se a isso, a Conclusão do trabalho.

CAPÍTULO I – DIREITOS HUMANOS E A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES HUMANAS BÁSICAS

A *Capability Approach* tem sido considerada uma nova teoria de justiça, mais útil do que a tradicional teoria do contrato social. Também é tida como mais adequada do que o utilitarismo, pois se centra na valorização da pessoa. Tem como representantes mais destacados o Prêmio Nobel Amartya Sen e a filósofa norte-americana Martha Nussbaum. O enfoque escolhido para o presente capítulo é o oferecido por Martha Nussbaum, por abranger de forma minimalista a questão concernente aos direitos das pessoas com deficiências, foco desta dissertação.

Ademais, o tratamento dado por Nussbaum à questão coincide com o conceito de deficiência do modelo social, substituto do modelo médico tradicional, e que guia a interpretação de instrumentos de importância ímpar na promoção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência, a exemplo da Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência. Nessa visão, a deficiência é resultante das barreiras sociais e atitudinais que a sociedade impõe, e as quais tem o dever de remover para promover a inclusão social.

Tendo por base a dignidade da pessoa humana, a abordagem das capacidades, de Nussbaum, sustenta que cada pessoa, em qualquer lugar do mundo, deve ter os meios para alcançar e desenvolver capacidades essenciais, sem as quais a vida digna não é possível. Por essa razão, mais do que preocupar-se com as estatísticas de produção econômica que indicam riqueza, cada país deve dedicar-se à promoção dessas capacidades seus cidadãos, dentre os quais, obviamente, as pessoas com deficiência.

A *Capability Approach* é uma teoria que materializa o princípio da igualdade material, a partir de um enfoque social das capacidades, e mostra-se adequada a servir de marco teórico aos estudos relacionados aos direitos sociais das pessoas com deficiência.

Cumprindo ainda, antes de adentrar mais no assunto, trazer essa nota acerca da tradução da expressão *Capability Approach* para a língua portuguesa, a qual se verifica tem sido empregada tanto “Abordagem das Capacitações” quanto “Abordagem das Capacidades”. Como o enfoque escolhido foi o de Martha Nussbaum, optou-se pela segunda, uma vez que ela própria assim recomendou à tradução de sua obra, *Fronteiras da Justiça*, a fim de manter o mesmo padrão da tradução que a doutrina de língua

portuguesa vem fazendo da obra de Amartya Sen. Todavia, Nussbaum considera também adequado o emprego de “Capacitações”, até mesmo porque “Capacidades” poderia suggestionar a compreensão errônea de que se está a tratar unicamente do potencial individual de cada pessoa, quando na verdade o desenvolvimento das capacidades depende do envolvimento de ações estatais, o que na sua opinião resulta na maior adequação do termo “Capacitações”. Entretanto, ainda assim, pela uniformidade à tradução da Sen, opta por “Capacidades” (NUSSBAUM, 2013, p. 06). Assim, a *Capability Approach* aqui será referida, quando na sua tradução, por Abordagem das Capacidades.

1 A CAPABILITY APPROACH E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A *Capability Approach* segundo o enfoque de Martha Nussbaum interessa, especialmente, pelo modo como trata dos direitos das pessoas com deficiência. Essa abordagem tem fomentado discussões ao redor do mundo por mostrar-se como uma alternativa às tradicionais teorias de justiça, dada a sensibilidade que mostra às diferenças e à diversidade, especialmente no que toca às pessoas com deficiência. Quais as nuances a diferenciam das demais e, especificamente, qual é o modo pelo qual aborda a questão das pessoas com deficiência é o que instiga a construção deste Capítulo.

1.1 AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS TEORIAS DE JUSTIÇA

Cerca de 15 % da população mundial é composta por pessoas com deficiência, o que equivale a cerca de 1 bilhão de pessoas (UNITED NATIONS, 2013). Apesar desse número expressivo, historicamente preferiu-se a segregação e a caridade em vez do estabelecimento de direitos específicos. Seja por medo, por vergonha ou por ignorância de como lidar com a situação da diferença, é bem conhecida a história das práticas de isolamento e eliminação de seres humanos que se afastavam do *standard* típico do ser humano. Essas pessoas foram submetidas a um paradigma de marginalização (SILVA, 2013, p. 75), limitados a uma convivência social familiar e,

ainda assim, com privações, dado o fato de terem nascido num corpo, e/ou com uma mente não conforme ao modelo comum.

Uma das sequelas da Segunda Guerra Mundial foi o grande número de pessoas mutiladas, cuja inclusão era um imperativo social. Tal necessidade acabou por aumentar a pressão dos movimentos de Direitos Humanos para a alteração do paradigma da marginalização para o da (re)inserção social, e para a afirmação dos direitos destas pessoas. Mudanças mais vigorosas mostraram-se no horizonte a partir da criação dos Organismos e Instrumentos Internacionais ligados aos Direitos Humanos, como Organização das Nações Unidas em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e os que a estes se seguiram. No entanto, ainda levaria um tempo para que as pessoas com deficiência passassem a ser consideradas sujeitos de direitos humanos nas sociedades e nas teorias de justiça dominantes (MALHOTRA; HANSEN, 2011, p. 74).

Há que ter em mente que a realidade social inspira as teorias de justiça social, as quais, por sua vez, modelam a imagem que se deve ter acerca da sociedade, como quem são estes componentes e quais princípios políticos que prevalecerão (NUSSBAUM, 2013, p. 4-5). Tendo em conta estes aspectos, a histórica falta de atenção da sociedade para com as pessoas com deficiência pode ter influenciado algumas teorias jurídico filosóficas tradicionais, como do contrato social, a qual pouco tem referido acerca destas pessoas (HARTLEY, 2011, p. 120). Como tais teorias são a um só tempo o reflexo e a inspiração de uma sociedade, seu silêncio também instigou, por longo interregno, o silêncio da sociedade e dos governos em relação garantia dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto, propriamente, sujeitos de direitos fundamentais.

No entanto, ao que parece, também em decorrência dos movimentos civis para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência e da pressão dos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, muitas questões teóricas ligadas ao tema foram revistas. Frutificaram discussões acerca da necessidade de uma nova teoria de justiça social que viesse abranger e atender também as necessidades e interesses das pessoas com deficiência.

As alterações recentes apontam para uma maior atenção tanto no Direito Internacional quanto nas novas teorias. É nesse cenário, que a Abordagem das Capacidades de Martha Nussbaum surge em relevo, devido à sua sensibilidade à diversidade humana e ao seu poder de fundamentar reivindicações de justiça para as

peças com deficiência. Apresenta-se como um enfoque alternativo de justiça, superior aos tradicionais, que por pouco versarem sobre essa questão, podem ter influenciado no tratamento excludente perpetrado às pessoas com deficiência (HARTLEY, 2011, p. 120).

1.2 ALTERNATIVA AO UTILITARISMO

A *Capability Approach* surgiu como alternativa aos modelos de avaliação da melhoria da qualidade de vida de um país, através da análise do P.I.B. (Produto Interno Bruto) *per capita*. Tais modelos, utilitaristas, equiparam o aumento da qualidade de vida ao desenvolvimento e crescimento do P.I.B. (NUSSBAUM, 2013, p. 347-9. DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 556). Mas, para os defensores da *Capability Approach* o utilitarismo é um modelo deficiente uma vez que negligencia a distribuição de riquezas nas camadas da população e dissimula desigualdades, de forma que nações que alcançam médias altas podem, na verdade, caracterizar-se por desigualdades sociais abissais, não captadas pela estatística tradicional sobre seu desenvolvimento. Para além disso, o utilitarismo não considera, de forma individualizada, aspectos importantes para uma vida digna, os quais não estão necessariamente ligados à renda e riqueza, como a saúde, educação, liberdade de escolha, direitos e liberdades políticas (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 556).

Entretanto, de acordo com Amartya Sen (2011, p. 259), é indispensável que os métodos de avaliação do desenvolvimento de uma nação também considerem fatores ligados à qualidade de vida, ao bem-estar e às liberdades das vidas humanas. Para o autor análises estatísticas utilitaristas só se justificariam através daquilo que viessem a produzir na vida das pessoas. A concepção de Riddle (2013, p. 154) vai nessa mesma linha, pois o que realmente importa é o que as pessoas “são capazes de fazer com os recursos à sua disposição, e não simplesmente quais são os bens dos quais podem se valer”.

É esse espírito que anima a ideia fundamental da *Abordagem das Capacidades*, e que foi exposta com clareza muito antes de se produzir alguma bibliografia a respeito, no primeiro Relatório do Desenvolvimento Humano do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, em 1990, pelo economista paquistanês Mahbub ul Haq (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 557). Haq escreveu a internacionalmente repetida afirmação

segundo a qual a verdadeira riqueza de um país são as pessoas e, portanto, o que importa ao desenvolvimento de uma nação é proporcionar-lhes um ambiente ideal para viverem vidas longas e boas, uma verdade clara e simples, posta de lado em prol da preocupação com o aumento de bens e riquezas (UNDP, 1990, p. 09).

Haq ressaltou que as estatísticas para avaliar o aumento do produto interno bruto (PIB) e o crescimento de um país pode ofuscar que o objetivo do desenvolvimento são as pessoas. Isso acontece porque esses números obtidos não mostram, em especial, como se distribui a renda nacional, nem capta a complexidade das atividades humanas relacionadas com seu bem estar. As pessoas valorizam outras coisas que nem se mostram pela renda ou crescimento, como “melhores serviços de nutrição e de saúde, um maior acesso ao conhecimento, meios de subsistência mais seguros, melhores condições de trabalho, de segurança contra o crime e a violência física, horas de lazer, participação nas atividades econômicas, culturais e políticas de suas comunidades”. As pessoas buscam sim maior renda, mas, ressalta Haq, a renda não significa a totalidade da vida humana (UNDP, 1990, p. 9).

Ora, se a riqueza de um país são suas pessoas, o objetivo do desenvolvimento de qualquer país, antes do acúmulo de riquezas, deve ser o de propiciar oportunidades efetivas de uma vida digna a todos os seus cidadãos (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 557). Foi esse o mote que guiou a concepção e a elaboração da Abordagem das Capacidades, uma nova forma de análise da qualidade de vida e dos níveis de justiça proporcionados pelas sociedades aos seus cidadãos (NUSSBAUM, 2013, p. 89).

1.3 A IDEIA-CHAVE

Com foco na vida humana essa abordagem desloca a atenção para as oportunidades reais da vida (SEN, 2011, p. 275). O ponto de partida da Abordagem das Capacidades é buscar saber o que, realmente, as pessoas são aptas a ser e a fazer, as “oportunidades reais de funcionalidade e de escolha”, ou seja, as capacidades, aquilo que se mostra essencial ao alcance de uma vida adequada aos padrões da dignidade humana (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 557).

Segundo esse entendimento, o desenvolvimento de uma pessoa só é possível se ela tiver liberdade para escolher como viver e dispuser de condições que lhe permitam desenvolver plenamente suas capacidades para ser e fazer o melhor que puder para dar

forma à sua própria vida. Essa ideia de desenvolvimento pessoal equipara-se ao do dever da sociedade de, ao menos, remover as barreiras que impedem ou diminuem as suas possibilidades de escolha. Dessa forma, a abordagem das capacidades, especialmente a partir do enfoque teórico de Martha Nussbaum, refere-se à criação das condições necessárias à liberdade de escolha, oportunidades reais de vida digna, enquanto direito individual (NUSSBAUM, 2013, *passim*). Estas oportunidades reais devem ser analisadas, portanto, tendo em conta o “princípio de cada pessoa como fim”, ou seja, para cada pessoa, não bastando que se garanta a capacidade apenas a um grupo dentre tantos, ou à uma família dentre tantas, ou a uma região entre tantas (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 557).

A partir da constatação da pobreza e das desigualdades globais, e das considerações e estudos acerca do conceito e âmbito das capacidades, a abordagem se apresenta como instrumento de superação de desigualdades. A abordagem das capacidades se opõe à falta de ética na economia global, cujo resultado é a manutenção da distância entre ricos e pobres (ALONSO, 2011, p. 169) o que assinala sua importância como um olhar inovador sobre o âmbito da distribuição de riquezas (FASCIOLI, 2011).

Nessa linha a *Capability Approach* considera e avalia os arranjos sociais, a concepção de políticas públicas e de propostas de mudança social, debruçando-se nos aspectos relativos ao desenvolvimento e à justiça (ROBEYNS, 2011). A abordagem se atenta não apenas a avaliar a qualidade de vida das pessoas, mas se preocupa também com os objetivos e ações político-sociais que podem proporcionar qualidade de vida (BLOODWORTH, 2006, p. 59).

Ao desenvolver estruturas de oportunidades reais, o Estado pode propiciar os meios indiretos para a concretização de direitos humanos fundamentais e para o desenvolvimento social, isso, graças ao conjunto de objetivos e princípios eticamente amplos que, assim como os direitos humanos, a Abordagem das Capacidades também possui, sendo o principal deles a promoção da dignidade da pessoa humana (ALONSO, 2011, p. 175).

Essa abordagem tem abalizado análises atinentes à “ética, filosofia, política, economia e políticas sociais, entre outras”, especialmente na análise de questões sociais de campos diversos, tais como as relacionadas às diferenças de classes, saúde, desenvolvimento e seguridade sociais (RIBEIRO, 2007). Pode fundamentar desde pesquisas comparativas, informando aspectos relevantes a serem verificados na análise

do bem estar e do desenvolvimento humano, subsidiando as comparações de bem-estar, até abranger considerações normativas e valores como a eficiência e a equidade processual. Para além disso, a abordagem tem potencial para substituir as tradicionais metodologias de avaliação de custo benefício, e para fundamentar a formulação e avaliação de políticas públicas de desenvolvimento social (ROBEYNS, 2011).

Como mencionado, a exigência de oportunidades reais é um dos aspectos da Abordagem das Capacidades. Isto remonta à concepção de Aristóteles, acerca de uma vida boa e decente, concebendo-a como aquela abalizada numa ordenação de diversos bens (BARDEN, 2010, p. 39). Outra ancoragem aristotélica da abordagem é a ideia de que o homem é um animal político que só se realiza em suas relações com os demais e cuja dignidade lhe é inerente (NUSSBAUM, 2013, p. 104-6). Mas há pontos que se conectam e outros que contrastam, também às ideias doutros estudiosos, tais como Marx, Adam Smith, Kant, Rawls (NUSSBAUM, 2013, *passim*). Além de Nussbaum, outro importante autor a abordar a Teoria Social das Capacidades é Amartya Sen, mas com nuances um pouco diversas (ROBEYNS, 2011).

O enfoque dado por Amartya Sen é centrado na economia, voltado à “mensuração comparativa da qualidade de vida” com acentuada preocupação com a justiça social. Já Nussbaum visa “fornecer a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer”. Ou seja, ela busca desenvolver uma teoria de justiça social, a partir da concepção da dignidade humana (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 557. BLOWORTH, 2006, p. 58).

Segundo a própria Martha Nussbaum, o fundamento da diferença básica de seu enfoque em relação ao de Sen é a busca de respostas para responder problemas diversos. Enquanto Sen concentra-se em comparar a qualidade de vida nas várias nações, buscando o melhor espaço para a comparação, ela desenvolve uma teoria do direito, isto é, de direitos básicos indispensáveis, à justiça (NUSSBAUM; FARALLI, 2007, p. 149). Nas palavras de Nussbaum:

Estou construindo uma teoria (parcial) de justiça social, uma relação de direitos básicos, sem os quais nenhuma nação (ou ordem mundial) pode reivindicar a justiça (NUSSBAUM; FARALLI, 2007, p. 149).

E de fato, a *Capability Approach* de Nussbaum tem sido considerada como uma nova teoria de justiça (RIBEIRO, 2007). Aqueles que não concordam com isso,

como Robeyns, entendem que, no mínimo, no âmbito da filosofia moral e política, essa abordagem é considerada uma teoria contemporânea acerca do bem-estar individual e social (ROBEYNS, 2011).

1.3.1 Funcionalidades e capacidades

Os dois elementos que compõem o chão conceitual da Abordagem das Capacidades são as funcionalidades e as capacidades (RIDDLE, 2013, p. 155). As funcionalidades, segundo sua origem na construção de Amartya Sen, representam os componentes do estado de uma pessoa específica, como por exemplo, o que ela precisa fazer ou ser para manter sua vida (ALONSO, 2011, p. 174-5). Sen considera as funcionalidades como “ações e estados” para deixar claro que não são todas ações, uma vez que estar saudável é uma funcionalidade, qualquer realização de uma capacidade ou oportunidade é uma funcionalidade (NUSSBAUM, 2013, p. 96, N.T.). Ingrid Robeyns parece seguir essa linha. Para ela as funcionalidades referem os vários estados das pessoas e das atividades que podem realizar, referem o “ser” e o “fazer” das pessoas. Quanto ao primeiro, uma pessoa pode estar bem nutrida, desnutrida, estar bem abrigada, ser educada, ser analfabeta, ser parte de uma rede social ou de uma rede criminosa, estar deprimida. Quanto ao fazer, ou seja, as atividades ou atos, a pessoa pode viajar, trabalhar, votar, participar de um debate (ROBEYNS, 2011). Assim, por esta face, a relevância das funcionalidades para o bem-estar, reside nos papéis que uma pessoa desempenha e que variam desde as mais elementares como manter a vida, a integridade física e a saúde, possuir mobilidades, estar bem nutrida, até os mais complexos como ser feliz, autorrespeitar-se, estar socialmente incluída, não ser submetida a situações vexatórias, participar da sociedade (ALONSO, 2011, p. 174-5).

Já as capacidades, nessa mesma linha, são os meios, as liberdades e oportunidades, necessários a alcançar as funcionalidades de uma pessoa. Assim, realizar uma viagem é a funcionalidade, e a oportunidade de viajar é a capacidade que lhe diz respeito. As funcionalidades são relativas aos resultados alcançados e as capacidades são as liberdades ou oportunidades a partir das quais se pode escolher os resultados (ROBEYNS, 2011). O estado final de uma capacidade realizada é a funcionalidade (RIDDLE, 2013, p. 155). Portanto, capacidade é a oportunidade, aquilo que os bens, os recursos possibilitam aos seres humanos (ALONSO, 2011, p. 176).

Para Amartya Sen:

A perspectiva da capacidade é inevitavelmente interessada em uma pluralidade de características diferentes de nossa vida e preocupações. As variadas realizações de funcionamentos humanos que podemos valorizar são muito diversas, variando desde estar bem nutrido ou evitar a morte precoce até tomar parte na vida da comunidade e desenvolver a aptidão para seguir planos e as ambições ligados ao trabalho. A capacidade na qual estamos interessados é o nosso potencial de realizar várias combinações de funcionamentos (SEN, 2011, p. 275).

As capacidades, para Sen, são liberdades substantivas. O foco sobre soluções simplistas baseadas exclusivamente em *aumento de renda per capita* deve ser deslocado para oportunidades individuais para satisfazer cada um, em sua diversidade, poder realizar seus fins (SEN, 2011, p. 267).

Parte das críticas à abordagem de Sen ocorre por se constatar que ele não coloca um limite claro entre capacidades e liberdades. A capacidade é concebida como estar livre, em termos gerais, como livre da fome, da miséria, de doenças. As capacidades equiparam-se a uma capacidade de algo. Os indivíduos, neste prisma, não tem que ser iguais em recursos, mas em capacidades para conseguirem atingir as funcionalidades hábeis a permitir o alcance de diferentes funcionalidades, que por sua vez significam capacidades para agir em determinadas situações. Mas, parece uma conceituação dúbia uma vez que capacidades e bem-estar parecem se equivaler (ALONSO, 2011, p. 176).

Na orientação de Nussbaum as *capacidades* são abordadas em sentido literal e como sinônimo de *direitos*, derivados da ideia das capacidades individuais, com as quais se alcança o pleno bem-estar, aquilo que a pessoa pode *realmente* ser ou fazer. Martha as converteu, por seu particular interesse na adequação desse discurso ao direito constitucional (NUSBAUM, 2013, *passim*), numa lista de capacidades básicas, direitos, a qual deve ser entendida como em permanente construção. A grande vantagem da corrente de Martha Nussbaum é a objetivação dessas ideias em termos de discurso conceitual jurídico, a conversão dessas ideias em termos técnicos do campo dos direitos fundamentais. As capacidades podem fundamentar a exigência dos direitos que nelas se baseiam (ALONSO, 2011, p 175).

Para Martha Nussbaum o que é significativo são as capacidades e não as funcionalidades, pois lhe importa que a pessoa tenha oportunidades, possibilidade de escolher como alcançar e conduzir uma vida digna (NUSSBAUM, 2013, p. 98).

Nussbaum enfatiza, porém, que o enfoque das capacidades não pode ser entendido tão somente como o potencial que a pessoa tem de desenvolver certas habilidades. Na verdade, o desenvolvimento das *capacidades* também depende de medidas estatais, políticas públicas adequadas, o que tornaria até o termo “capacitação” mais adequado (NUSSBAUM, 2013, p. 6).

Tanto para Sen quanto para Nussbaum há uma perspectiva ética nas capacidades. Ambos reconhecem o valor das liberdades políticas e das capacidades e sua importância individual e coletiva. A diferença fundamental é que o enfoque da abordagem das capacidades, na avaliação da qualidade de vida, é diverso. Sen parte do legado daquele Relatório da ONU de 1990, orientado que está pelo conceito de “Desenvolvimento Humano” de Mahbub Ul Haq. Refuta o uso do PIB como medidor da *riqueza* e é ardoroso defensor de uma concepção *pluralizada* de riqueza e felicidade de uma nação, aberta à multiplicidade de diversidade das experiências humanas, em identificar como as pessoas vivem em suas sociedades, o que as pessoas são capazes de *fazer* ou de *ser* (SEN, 2000). Nussbaum também é legatária dessa concepção, mas elabora uma lista de capacidades humanas básicas, que representam o mínimo necessário a uma vida com bem-estar, digna (BARDEN, 2010).

1.4 A *CAPABILITY APPROACH*, DE MARTHA NUSSBAUM

A concepção de Martha Nussbaum acerca da Abordagem das Capacidades, ou a *Capability Approach*, é desenhada e emoldurada na obra *Fronteiras da Justiça*, uma discussão minimalista e apaixonada a respeito de como o mundo pode ser bem melhor para pessoas pobres e para pessoas com deficiência.

O *plus* de Nussbaum à Abordagem das Capacidades, e o que lhe torna especial, é uma lista de capacidades humanas hábeis a orientar a construção e a avaliação de políticas de direitos humanos em nível global. Através da análise histórica e pesquisa empírica de diferentes áreas do conhecimento dedicadas a identificar as necessidades e funções básicas das pessoas de qualquer parte do globo, verificou que há algumas que são *fundamentais*, indispensáveis a uma vida digna. Essas devem ser garantidas a qualquer pessoa, numa sociedade que queira ser justa. Daí retirou a possibilidade que lhe permite a pretensão de uma concepção universal mínima adequada a uma teoria de justiça social (FASCIOLI, 2011, p. 62-3).

1.4.1 As dez capacidades essenciais

De acordo com o entendimento de Martha Nussbaum, uma vida compatível com a dignidade da pessoa humana, depende inexoravelmente de se alcançar um nível mínimo de algumas capacidades básicas (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 558). Ela materializa sua concepção através de uma lista das dez capacidades que considera essenciais a uma vida compatível com a dignidade humana (MALHOTRA, 2009, p. 66), apresentadas como componentes individualizados e distintos em qualidade (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 558-9).

As capacidades referidas por Nussbaum são: (i) **vida**: ser capaz de viver uma vida de duração normal sem findá-la prematuramente nem antes que ela se torne tão diminuída que não valha sua continuidade; (ii) **saúde física**: ser capaz de ter boa saúde, o que inclui saúde reprodutiva, receber boa alimentação e moradia adequada; (iii) **integridade física**: ser capaz de mover-se com liberdade de um lugar o outro, estar a salvo de qualquer violência, ter oportunidade de satisfação sexual e de opção de escolha para a reprodução; (iv) **sentidos, imaginação e pensamento**: usar os sentidos, as faculdades mentais, de forma “verdadeiramente humana” informada e desenvolvida por uma educação boa, capacidade e liberdade de experimentação, criação e escolha de obras e eventos, ter a garantia da liberdade de expressão política, artística, religiosa e ter capacidade de desfrutar prazeres, e possibilidade de evitar dores não benéficas; (v) **emoções**: desenvolver relações afetivas com outras pessoas e coisas, ser capaz de amar, de sentir saudades de sentir gratidão e raiva, desenvolver-se emocionalmente de forma plena sem receio nem ansiedade; (vi) **razão prática**: ser capaz de conceber o bem e planejar a vida de forma crítica, com liberdade de consciência e crença; (vii) **afiliação**: viver com os outros, inteirar-se na sociedade, mostrar preocupação com os demais, ser capaz de se colocar no lugar do outro; não aceitar humilhações, autorrespeitar-se; alcançar um trabalho digno; estar a salvo de discriminação de qualquer natureza; (viii) **outras espécies**: viver respeitosamente e de forma próxima com outros componentes da biodiversidade e com o ambiente natural; (ix) **lazer**: usufruir de atividades recreativas, brincadeiras, diversões; (x) **controle sobre o próprio ambiente político e material**: controlar o ambiente político, pelo direito a escolhas políticas da própria vida, participando da política, estando sob proteção da liberdade de expressão e de associação, ter direitos de propriedade, concorrer a vaga de emprego em igualdade com os demais, ter garantia de proteção contra busca e apreensão injustificados, trabalhar

como ser humano, participar de relações significativas que permitam ser reconhecido e reconhecer os demais trabalhadores (NUSSBAUM, 2013, p. 91-3).

Considerando que os elementos da vida digna são plurais, todas estas capacidades, qualitativamente distintas são essenciais e a falta de uma delas torna a vida imprópria à dignidade humana. Dessa forma, não é possível promover alguma para justificar a negligência com outra, ou seja, não são compensáveis. É um erro optar por alguma, ou algumas, para definir médias de posições sociais (NUSSBAUM, 2013, p. 91-103). A lista tem fins políticos e serve de base aos princípios políticos dos Estados. As capacidades figuram como objetivos gerais, que podem ser especificados na Constituição de cada sociedade, segundo suas deliberações, escolhas e determinações acerca das garantias que deseja sancionar para proporcionar uma vida minimamente digna (NUSSBAUM, 2013, p. 90-1; 94-6; ALONSO, 2011, p. 176). Importa salientar que se trata de uma lista aberta, não exaustiva, e em permanente construção, o que permite a adequação a cada Estado, complementando e jamais reduzindo o mínimo listado (NUSSBAUM, 2013, p. 90-1; 94-6).

Mas, a *Capability Approach* não acata a possibilidade de que as dez capacidades permaneçam como letra morta no papel. Requer ação e determina que, quando os membros de uma sociedade não têm oportunidades necessárias a alcançarem as oportunidades listadas, o Estado estabeleça medidas para que isso seja retificado (BLOODWORTH, 2006, p. 59).

Além de servir a cada Estado, internamente, na definição das capacidades básicas que vai promover, a lista das capacidades constitui-se objeto de um *consenso sobreposto*, no sentido de John Rawls (2000, p.180-220), ou seja, numa lista de direitos cujo significado específico não é orientado por nenhuma teoria, ideologia ou doutrina particular, mas é aplicável a todas as pessoas do mundo baseadas na concepção aberta a discussões e ajustes, de dignidade humana (NUSSBAUM, 2013, p. 84-5). Ela é hábil a instigar um acordo, nos moldes dos acordos internacionais sobre direitos humanos, pois conforme Martha Nussbaum, a Abordagem das Capacidades é, em verdade, uma abordagem de direitos humanos e, nessa medida, é uma abordagem principiológica, ou seja, que se concretiza à medida que elementos específicos de realidades particulares são articulados ao seu sentido básico de valor. É universal, por isso. Pode ser aplicada a todas as pessoas, em qualquer nação, tal qual os Tratados de Direitos Humanos Internacionais.

1.4.2 As Fronteiras da Justiça, pela *Capability Approach*

Uma das perspectivas mais duradouras da justiça social presente em nosso tempo tem os contornos definidos pela Teoria do Contrato Social, uma repescagem às sociedades feudais e monárquicas, pela concepção de que no estado de natureza todas as pessoas são iguais, livres e independentes (NUSSBAUM, 2013, p.13-4). Assim, seu mérito é considerar o valor intrínseco da pessoa, desnuda de todos os acréscimos artificiais como da riqueza, classe, hierarquia, *status* (NUSSBAUM, 2013, *passim*). Para Nussbaum, contudo, tal teoria não é hábil a solucionar os maiores problemas da justiça social, assim como não as suas doutrinas que de tal teoria derivam (NUSSBAUM, 2013, p. 03). Para materializar suas alegações, Martha Nussbaum apresenta três situações, que em sua opinião constituem o que denominou “as fronteiras da justiça”, pela impossibilidade de serem solucionados pelas teorias sociais de justiça do contrato social. São os problemas ligados às pessoas com deficiência, aos cidadãos de países pouco desenvolvidos ou em desenvolvimento, e aos animais (MALHOTRA, 2009, p. 62-4; CORRADO, 2008, p. 07).

As três questões expõem pontos frágeis no contratualismo, que o impedem de alcançá-las. A começar, o contratualismo parte do princípio de que as partes abandonam o estado de natureza e se associam apenas pelo objetivo de alcançarem vantagens mútuas, movidas tão somente por seus interesses pessoais (MALHOTRA, 2009, p. 64; NUSSBAUM, 2013, p.192). Além disso, exige que para figurarem como partes do contrato, as pessoas sejam livres, independentes, racionais e iguais (NUSSBAUM, 2013, p. 3;36; 38. DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 562. MALHOTRA, 2009, p. 64), sendo que essa igualdade não se restringe ao sentido moral, abrange capacidade física e poder (CORRADO, 2008, p.11)

Assim, ao envolver apenas pessoas com condições mentais e físicas semelhantes, interesses e necessidades iguais, e com o objetivo de obtenção de vantagem mútua, o contratualismo exclui aqueles que não se enquadrarem nesse *standard*, como os três grupos da fronteira da justiça. Como o coração do contratualismo está na colaboração, na reciprocidade das partes para alcançarem vantagens entre si, passa ao largo de todo aquele que não esteja em, ou não tenha, plenas condições de igual cooperação, tais como, por exemplo, as crianças, os idosos, as pessoas com limitação ou deficiência, as nações com recursos e poderes reduzidos, e os não humanos (NUSSBAUM, 2013, p. 18-19; 79-80; 34-5).

Sem participar da formação do contrato, pois não são admitidas como partes contratantes, estes grupos não participam da definição dos princípios sociais básicos. O resultado é que não estarão também entre os destinatários dos princípios escolhidos, uma vez que aqueles que determinam os princípios do contrato são também seus destinatários. Como suas necessidades, concepções, vontades, não influenciaram a escolha dos princípios, as questões de justiça social que lhe são concernentes, como assistência, inclusão social, não foram postas em discussão (NUSSBAUM, 2013, p. 18-22; 40-1; 79). Poderá ocorrer de, talvez, seus interesses virem a ser inclusos depois, por derivação, numa fase legislativa após os princípios básicos da justiça e os bens primários terem sido fixados sem a consideração das suas necessidades (NUSSBAUM; FARALLI, 2007, p. 146). Todavia isso não desfaz a lesão à igualdade de tratamento, pois não houve um respeito original à dignidade desses grupos, na formação do contrato (HARTLEY, 2011, p. 122).

Nos três grupos a que Nussbaum se refere é visível a disparidade de poder e desigualdade, em relação à média dos demais cidadãos. Incapazes de contratar e de receber vantagens proporcionais lhes resta a benevolência, a caridade (MALHOTRA, 2009, p.64). É isto o que se tem visto historicamente. Por não terem sido parte do contrato social ficam, tradicionalmente, com a exclusão, com a marginalização ou quando muito, com a caridade. A sociedade do contrato social é voltada a acomodar as pessoas “normais”, não acometidas por impedimentos incomuns. E, tendo em conta que serão produtivas, talvez se possa considerar que do seu excedente possa se financiar, posteriormente, programas destinados aos grupos desfavorecidos não abrangidos pela dita “normalidade”. Fica claro o papel que estes vão ocupar: serão tratados a partir do excedente, se eventualmente houver (CORRADO, 2008, p. 08-13). Mesmo que outros possam dispensar aos grupos excluídos da contratação cuidados, e busquem atender-lhes as necessidades, tais grupos ficarão, provavelmente sem os bens de que necessitam (HARTLEY, 2011, p. 122).

O foco desta dissertação concentra-se apenas na fronteira da justiça concernente ao grupo das pessoas com deficiência, não alcançado pelo contrato social mas abrangido pela *Capability Approach*. A ele que se passa então.

1.5 FRONTEIRAS DA JUSTIÇA E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na maioria das vezes o que transforma uma pessoa com impedimentos numa pessoa com deficiência, ou que impede que produza ou coopere com a sociedade, são as barreiras que a própria sociedade lhes impõe (NUSSBAUM, 2013, p. 130). A dignidade “é inerente a toda e qualquer pessoa humana”, independentemente das circunstâncias, visto que lhe basta ostentar a condição de pessoa (SARLET, 2009, p. 21). E se todas as pessoas têm direito desenvolverem todas as capacidades listadas por Nussbaum, as pessoas com deficiência, com impedimento, não podem ser uma exceção. Devido à condição de ser humano, uma sociedade justa deve atendê-los segundo suas necessidades diversas, seja de recursos, de emprego, de assistência, de educação, autoestima (NUSSBAUM, 2013, p. 121).

No entanto, como visto, estas pessoas tem sido negligenciadas pelos discursos teóricos e políticos que se baseiam nas premissas de justiça contratual (do hipotético contrato social), que ao exigir igualdade, liberdade, racionalidade, independência e semelhança de necessidades das partes contratantes (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 562; HARTLEY, 2011, p. 122), negam-lhes a possibilidade de serem contratantes, definidores da estrutura configuradora da sociedade (NUSSBAUM, 2013, p. 121).

Hartley (2011, p. 122) considera que mesmo que se considerasse a possibilidade de as pessoas com deficiências leves participarem do contrato social, concluir-se-ia pela existência de desvantagem. Eis que quando se visa vantagem e se pensa em cooperação apenas porque isso é mais vantajoso que a não cooperação, as pessoas negociam entre si, considerando seus talentos, atributos e habilidades, para alcançar os termos da cooperação. Aquele que estiver em vantagem terá maior poder de barganha. Dessa forma, considerando pessoas com deficiência negociando com pessoas sem deficiência alguma, constata-se facilmente a probabilidade das disparidades em desfavor daquelas. Por isso uma justiça com base na intenção de vantagem mútua acaba por produzir grandes desigualdades. É, portanto, injustiça. Aquele na situação desfavorável provavelmente não conseguirá alcançar os bens sociais básicos. Quanto às pessoas cuja deficiência for de tal grau que lhe retire a possibilidade de oferecer algo, ou lhe permita oferecer muito pouco ao outro polo contratante, Hartley conclui que, absolutamente, não são partes do contrato social (HARTLEY, 2011, p. 122).

Por tudo isso, Martha Nussbaum é enfática no seu posicionamento acerca do caráter excludente das premissas contratualistas em relação às pessoas com deficiência.

Além do já citado, acresce que o contratualismo não inclui pessoas com deficiência/impedimento, porque contribuiriam menos e que exigiriam mais (NUSSBAUM, 2013, p. 127-30). O que se nota é que enfoque do contrato social não trata das necessidades das pessoas com deficiências em virtude de considerar que lhes falta “produtividade” e que representam um custo social (NUSSBAUM, 2013, p. 168; HARTLEY, 2011, p. 124). Como são considerados poucos os casos de impedimentos incomuns as vantagens obtidas com medidas de inclusão mostram-se menores do que os investimentos realizados para propiciar esta inclusão (HARTLEY, 2011, p. 124). Assim, a cooperação prefere unir pessoas “normais” e com potencialidade de cooperar em grau idêntico, dividindo vantagens de igual nível (NUSSBAUM, 2013, p. 146-8). Não sobra espaço para medidas incomuns necessárias à integração das pessoas com impedimentos ou deficiências, pois não estão incluídas no estágio inicial, quando da escolha dos princípios, nenhuma medida inclusiva, como educação especial, remodelamento de espaços públicos (NUSSBAUM, 2013, p. p. 133-7). Só lhe restará então, eventualmente, o momento posterior aos seus direitos, após a estruturação da sociedade e das instituições básicas (NUSSBAUM, 2013, p. 121).

A *Capability Approach* se diferencia da tradição do contrato social pelo tratamento substantivo à deficiência e pela nova concepção de ação (individual ou coletiva) justa, como uma das motivações para a cooperação, pois o fim principal de uma sociedade é viver com os outros para os outros, com benevolência e justiça; além disso, por seu prisma a dignidade humana baseia-se não apenas na racionalidade, mas também na natureza animalesca, orgânica, material, que envolve a vulnerabilidade e a necessidade da pessoa (CORRADO, 2013, p. 13-14).

Para a *Capability Approach*, pessoas com impedimentos podem ser produtivas desde que a sociedade possibilite condições para incluí-los, pois sua improdutividade não é algo natural, mas fruto da discriminação (NUSSBAUM, 2013, p. 140-41). Algumas pessoas com deficiência têm condições de participação social plena e de cooperar em par de igualdade com as demais pessoas se forem minadas as práticas sociais e as instituições discriminatórias (HARTLEY, 2011, p. 123).

Ora, as pessoas *normais* tem diferenças várias e o espaço público é adequado às suas diferenças *normais*. O espaço público retrata a concepção pública acerca da inclusão. Assim, ao se manter um ambiente de uma forma e não de outra, pode significar negar oportunidades a alguém (NUSSBAUM, 2013, p. 141-6).

Nussbaum reconhece que há casos em que considerar a pessoa com impedimento ou deficiência grave como produtiva é algo que escapa às possibilidades, como no caso dos impedimentos e incapacidades mentais graves. Salienta, então, que este é um dos motivos que torna evidente que a necessidade de produtividade, potencialidade, não é uma moeda de troca pelo respeito à dignidade humana. Essa concepção da produtividade corrompe a ideia de cooperação social (NUSSBAUM, 2013, p. 158-61).

Assim, é urgente um olhar que transponha as cordilheiras do contrato social e atinja os horizontes de uma teoria mais inclusiva à justiça (HARTLEY, 2011, p. 124). Se uma sociedade que pretenda ser chamada de justa tem como primordial função responder às necessidades de seus cidadãos, de modo a garantir-lhes a dignidade (NUSSBAUM, 2013, p.124-6), há que se considerar uma grave falha do contratualismo não saber lidar com as pessoas com impedimentos ou com deficiências.

Uma correta abordagem da justiça deve reconhecer a igualdade da cidadania das pessoas com deficiência/impedimento, e apoiar o desenvolvimento de trabalhos para sua inclusão social. O tratamento justo às pessoas com deficiência/impedimento pode exigir arranjos sociais que lhes permitam a integração à sociedade, sendo que esta sociedade para ser justa não pode estigmatizá-los nem impedir seu desenvolvimento, deve proporcionar o acesso a todas as capacidades, à saúde, educação, participação social e política (NUSSBAUM, 2013, p.121-3).

A Abordagem das Capacidades analisa a igualdade a partir da premissa básica do conceito de *Desenvolvimento Humano*, que é a *pluralidade*. Compreende, assim, que as pessoas têm necessidades diferentes, de acordo com seus atributos físicos, sensoriais, cognitivos, mentais, e também de acordo com sua inserção num determinado contexto e condições sociais. É por isso que tem sido considerada uma abordagem superior. Ela relê o significado da igualdade neste sentido, a igualdade para grupos diversos, com condições muito diferentes, que resultam em necessidades diferentes. Por isso, a mesma quantidade de recursos distribuída entre duas pessoas pode não produzir as mesmas consequências, pois podem diferir em suas possibilidades e necessidades (DIXON; NUSSBAUM, p. 561). Importa considerar o que é necessário a cada pessoa, individualmente, para que alcance um nível mínimo das capacidades.

Uma pessoa com deficiência visual grave, cega, tem necessidades diversas das pessoas que não possuem a mesma deficiência. De nada adiantará ter condições financeiras para frequentar a melhor escola do país, se esta não oferecer soluções

técnicas que lhe permitam desenvolver-se e estudar, tal qual os demais colegas. Não conseguirá desenvolver suas capacidades. Interessa o que a pessoa pode fazer e ser para atingir o máximo de suas capacidades, o que neste caso estaria obstaculizado.

Às pessoas com deficiência devem ser garantidas, portanto, todas as capacidades da lista de Nussbaum, da mesma forma que às demais pessoas, e admitir algo diverso equivaleria a lhes diminuir ou ceifar a humanidade. Todavia, isso exige medidas negativas e positivas, políticas públicas especiais, bem como adaptação do setor privado e de cada cidadão individualmente às novas circunstâncias de inclusão. Enquanto em algumas áreas isso pode ser simples, como as ligadas à saúde e à integridade física, noutras, como as relativas aos direitos à política e liberdade, haverá exigências mais complexas, como estruturas especiais para adequação do ambiente de trabalho (DIXON; NUSSBAUM, 2013, p. 562).

Algo de extrema importância defendido na Abordagem das Capacidades é que não há direitos seguros se não houver a disponibilidade dos recursos. Ou seja, toda capacidade humana tem aspectos sociais e econômicos, a serem ativados, realizados, por meio das ações afirmativas e investimentos governamentais (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 561). Destarte, a abordagem das capacidades se desencontra da concepção de que alguns direitos fundamentais são garantidos apenas pela abstenção de ação estatal, como a tradicional divisão dos direitos atribuídos aos direitos de liberdade ou, de primeira geração. Para Martha Nussbaum todos os direitos fundamentais precisam de ação governamental (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 561).

Nesse ponto é possível verificar a conexão da Abordagem das Capacidades com a releitura dos direitos e das políticas de direitos das pessoas com deficiência, a quais recomendam ações afirmativas, políticas públicas e programas para inclusão e garantia de direitos destas pessoas, uma vez que a abstenção apenas colabora para a manutenção de um quadro de exclusão e estigmatização, relegando-as às margens da sociedade e à caridade, perpetrando o quadro vivido e visto ao longo da história.

Dessa forma é imperativo que as pessoas com deficiência, ao invés do isolamento, sejam beneficiadas por arranjos sociais que criem oportunidades de desenvolvimento de suas capacidades, ao máximo grau que lhe for possível. Segundo Dixon e Nussbaum (2012, p. 564) essa reivindicação moral que orienta a Abordagem das Capacidades tem por essência a dignidade humana. Assim, considera que há necessidade de medidas, ações, para promover as capacidades, em respeito à dignidade humana de cada um (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 564).

E, ao que parece há uma aceitação mundial crescente quanto à necessidade de se considerar os direitos das pessoas com deficiência a partir do valor da dignidade humana, com base no potencial de escolha (NUSSBAUM, 2013, p. 240), da igualdade de direitos, concebendo-as como detentoras de direitos e destinatárias de serviços sociais que lhes possibilitem a efetividade destes direitos (NUSSBAUM, 2013, p. 243).

A *Capability Approach* coloca sobre os ombros da sociedade e do Estado a responsabilidade pela falta de oportunidades e de inclusão das pessoas com impedimentos, ante as barreiras que lhe impõe ao alcance e desenvolvimento das capacidades. Verifica-se que para Martha Nussbaum, na linha de Mahbub Ul Haq e de Amartya Sen, não é apenas o potencial que cada pessoa possui de desenvolver certas habilidades o que deve ser considerado na definição das deficiências, mas sim a interação de suas características com as condições que o meio propicia para o seu desenvolvimento bem como as das barreiras que lhe impõe ao usufruto de uma vida plenamente digna (NUSSBAUM, 2013, p. 06; 20). Ou seja, as características das pessoas podem significar um impedimento, mas se as barreiras ambientais, sociais, econômicas, impossibilitarem de alcançarem seus direitos, haverá uma deficiência associada. Do contrário, caso hajam condições de plena inclusão e participação na sociedade, existirá ainda o impedimento, mas não haverá deficiência.

Martha Nussbaum enfatiza que os impedimentos não precisam significar a condenação a uma vida miserável, se houver adaptações e condições que permitam a inclusão e participação social (NUSSBAUM, 2013 p. 106), sendo que não fornecer-lhes tais condições configura discriminação (NUSSBAUM, 2013, p. 140-1).

Como a *Abordagem das Capacidades* centra-se na ideia da dignidade da pessoa humana, defende que a vida deve se mostrar adequada, com condições vitais verdadeiramente humanas. Desta forma um Estado justo deve garantir a todos os seus cidadãos que alcancem um nível mínimo adequado das capacidades (NUSSBAUM, 2013, p. 84), o que conduz à conclusão de que um Estado não pode excluir, nem discriminar, nem submeter ninguém ou nenhum grupo, nem ignorar suas necessidades de condições para alcançar a suas capacidades (NUSSBAUM, 2013, p. 96-7). Portanto quanto às pessoas com impedimentos e deficiências associadas, cada Estado deve criar as condições para sua inclusão e diminuição das deficiências ligadas aos impedimentos (NUSSBAUM, 2013, p. 130).

Há pouco tempo impedimentos sociais eram tidos como naturais, endossando o descarte da possibilidade de investimentos para remodelar os ambientes de forma a

receber estas pessoas. A tática era encarar as pessoas com deficiência como inevitavelmente dependentes dos outros, com guias ou acompanhantes. Disponibilizar o cuidado necessário e que uma pessoa precisa e quer não pode ser confundido com obrigar a pessoa a uma situação de dependência dos outros, mesmo contra a sua vontade, apenas para aliviar a responsabilidade pública. As pessoas com deficiência devem ter opção de escolher. E mesmo que prefiram a dependência, devem ser lhe oferecidas alternativas, para que a dependência não seja sua única escolha (NUSSBAUM, 2013, p. 231-2).

Talvez hajam casos mais extremos em que o grau do impedimento ou deficiência impeça a pessoa de alcançar a completude das capacidades contidas na lista. Mesmo assim, é obrigação da sociedade concentrar forças e destinar recursos para que alcancem tantas capacidades quantas conseguirem, e as que não conseguirem, deverão ser possibilitadas por meio de adequado acordo de tutoria (NUSSBAUM, 2013, p. 234-6).

A inclusão das pessoas com deficiência, para que também possam alcançar as capacidades humanas essenciais, requer uma mudança social, alterações nos mecanismos sociais e econômicos que se mostram inadequados às diferenças (NUSSBAUM, 2013, p. 243-4).

Ao final deste capítulo pode-se abstrair que a *Capability Approach* é uma teoria, tida como uma nova teoria de justiça social, recente no Brasil e muito comentada noutros países. O destaque tido pela Abordagem das Capacidades deve-se ao seu enfoque não contratualista, nem utilitarista de justiça social, tido como superior às demais teorias devido à sua sensibilidade à diversidade humana e, principalmente ao seu poder de fundamentar reivindicações da justiça para as pessoas com deficiência. Seus principais representantes são Amartya Sen e Martha Nussbaum. O enfoque de Nussbaum centra-se na teoria da moral e teoria da justiça, para desenvolver uma teoria de direitos fundamentais condizentes com as premissas da perspectiva do *Desenvolvimento Humano*, tal como desenvolvido por Mahbub Ul Haq, pioneiramente, e depois por Amartya Sen, onde pretende alcançar a base que justifique garantias humanas que todas as nações devem respeitar e promover para seus cidadãos alcançarem padrões de vida adequados à dignidade humana. Nussbaum desenvolve uma teoria de justiça social, a partir da concepção da dignidade humana, apresentando uma lista de dez capacidades básicas, que equivalem a direitos fundamentais, indispensáveis à justiça social. Já Amartya Sen, concentra-se nos horizontes da teoria da economia e

volta-se mais à comparação das concepções de qualidade de vida em diferentes nações, buscando o melhor espaço para a comparação, a partir de uma preocupação com a justiça social destinada a demonstrar a insuficiência dos conceitos de *renda per capita* e *produto interno bruto*, como indicadores para a definição de prioridades nacionais. Assim, há que se considerar que essa forma de abordar o tema da dignidade surgiu como alternativa ao utilitarismo, pois que ao contrário deste não visualiza a possibilidade do bem-estar de uma pessoa ser representado tão somente por altas médias de *monoindicadores*, como PIB e PNB. Países com altos índices no PIB podem, na realidade, ser marcados por injustiças abissais. O enfoque dessa nova Abordagem está na pessoa, no ser individualmente considerado e em suas necessidades, nas oportunidades essenciais ao seu desenvolvimento, bem como no alcance e desfrute de uma vida digna, uma vez que a base da abordagem é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana.

Além de superar o utilitarismo, a *Capability Approach*, mostra-se mais adequada do que o contratualismo, enquanto teoria de justiça social, pois que no contrato social as partes devem estar em par de igualdade, liberdade, racionalidade, independência e semelhança de necessidades. Além disso, a finalidade da associação deve ser a obtenção de vantagem mútua, baseada em interesses individuais. O resultado é que aqueles que não se enquadrarem nesse *standard* de “normalidade”, tais como as pessoas com deficiência, estão excluídos do contrato, e assim, seus interesses não são considerados no estabelecimento dos princípios que regerão a sociedade, tampouco estarão entre os destinatários dos princípios estabelecidos pelos contratantes “normais”. Restará a estes, eventualmente, um momento legislativo posterior, ou a caridade, o que não descaracteriza a discriminação no momento do estabelecimento do contrato. O contratualismo é incapaz de lidar com a vulnerabilidade incomum e suas necessidades.

A Abordagem das Capacidades valoriza a diversidade humana, fundamenta reivindicações da justiça para todos, especialmente os não enquadrados no *standard* de normalidade. Além disso refuta que o fim da associação humana seja tão somente a obtenção de vantagem mútua e afasta a ideia de que a produtividade seja moeda de troca para alcançar padrões de vida digna. Prima pelas ações que venham promover os direitos destes grupos e conclama que os governos sejam obrigados a promoverem as capacidades essenciais de seus cidadãos, em limites condizentes com a dignidade humana, não admitindo que hajam excluídos e discriminados, especialmente no que toca aos muitos desfavorecidos sociais. O enfoque de Nussbaum apregoa a inclusão das

peças com deficiência em todas as deliberações sobre as instituições básicas da sociedade e para deixá-los na posição original trabalha contra vantagem mútua.

Em relação ao tratamento dado pela *Capability Approach*, por Martha Nussbaum, às pessoas com deficiência, percebeu-se que retira dos ombros do acaso a sorte destas pessoas a uma vida digna. Prega o respeito e a promoção dos direitos destas pessoas. Entende que boa parte dos impedimentos que as pessoas tem se transformam em deficiência pelas barreiras que a sociedade lhes impõe, cabendo à esta e ao Estado o dever da remoção destes obstáculos e de ações afirmativas de inclusão e promoção da autonomia, do poder de escolha, da participação e inclusão social, das liberdades, da vida digna.

A Abordagem das Capacidades analisa as pessoas enquanto agentes atuantes, agindo, se esforçando, em contraste com as teorias que partem do índice de satisfação de preferências. Entende que as pessoas com deficiência devem ter oportunidades máximas de inclusão, de respeito, autonomia, liberdade para decidirem, escolherem, de acordo com suas potencialidades. Deixa clara a obrigação de agir dos governos e da sociedades para garantir que tenham direito a participação social plena, como sujeito de direito e sujeito social, que possam participar da vida política, das decisões que lhes digam respeito.

A Abordagem das Capacidades é promissora, um instrumento que pode ampliar os princípios e as intuições para garantir igualdade e justiça às pessoas com deficiência, e aos demais em desvantagem. Uma abordagem que pretende a igualdade na garantia a um mínimo de cada capacidades essencial, que deve ser fornecido pelo Estado, aos que não tem como alcançá-las per si. As capacidades centrais trazidas por Nussbaum parecem equivaler a direitos fundamentais, titularidade indiscutível de qualquer pessoa, mas a abordagem mostra-se abrangente justamente pela especificação destes direitos, capacidades essenciais, e pela contundência em expor que o Estado tem papel essencial em provê-los. Mostra-se especialmente interessante num mundo marcado pelas desigualdades e pela exclusão dos mercados com a marca da desigualdade.

2 PROTEÇÃO SUFICIENTE E RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: CONTRIBUICOES DE ROBERT ALEXY

Como já indicado, este trabalho tem o foco sobre a pessoa com deficiência. Em verdade, especificamente, sobre a proteção social da pessoa com deficiência, no ponto concernente ao direito ao benefício assistencial de prestação continuada. Trata, portanto de Direitos Sociais, os quais hoje em dia não restam dúvidas que também compõe o rol dos Direitos Fundamentais.

Este item se propõe a analisar aspectos concernentes às restrições aos direitos fundamentais frente ao dever de proteção suficiente ínsito a estes direitos. O claro intuito é subsidiar ao final, a verificação do limitador temporal trazido pela lei infraconstitucional ao conceito de pessoa com deficiência enquanto restrição, excessiva ou não, e como forma de proteção ao direito ao benefício assistencial, um direito fundamental.

Para tanto, inicialmente traz-se algumas considerações acerca dos Direitos Humanos e sua relação com os Direitos Fundamentais e sobre a ligação destes com a Proporcionalidade. Num segundo momento passa-se, também sob as lentes de Alexy, à questão da proteção suficiente e das restrições aos direitos fundamentais.

2.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Humanos são fato. Existem, de forma inquestionável. São a base da sociedade. Trata-se de um consenso mundial, tanto na filosofia, como na política e no direito. Seu triunfo após a segunda metade do século XX é facilmente perceptível pelo seu florescimento na esfera internacional, por meio de Convenções e Tratados a respeito, fenômeno ainda em ascendência (ALEXY, 2013, p. 67).

A internacionalização dos Direitos Humanos surgiu como resposta às atrocidades cometidas contra seres humanos, especialmente durante a Segunda Guerra Mundial, tendo-os como descartáveis e supérfluos, desprovidos de valor. Assim, o reestabelecimento dos direitos humanos enquanto um paradigma ético que viesse reestabelecer a razoabilidade, pela aproximação do direito e da moral era uma necessidade. Tornou-se indispensável solidificar o direito da pessoa a ter direitos, de ser

sujeito de direitos, situação a qual não poderia ficar restrita ao âmbito doméstico de cada Estado, pelo que passou à preocupação internacional (PIOVESAN, 2013, 191).

De acordo com a perspectiva de Robert Alexy, há um diferencial dos direitos humanos em relação aos demais, configurado em cinco características. São direitos abstratos, universais e morais, cujas normas possuem prioridade sobre as todas as outras, e cujo objeto é dotado de fundamentalidade e abstração (ALEXY, 2014, p. 22).

A abstração refere que são direitos abstratos, cujos significados podem variar na aplicação prática (ALEXY, 2013, p. 71). Essa abstração pode se referir à modalidade do objeto, aos destinatários e à restrição do direito, por exemplo (ALEXY, 2000, p. 30). A universalidade refere o pertencimento destes direitos a todos os seres humanos, sem necessidade de um título aquisitivo, pois basta a condição de ser humano para ser titular (ALEXY, 2000, pp. 23-4).

Os direitos humanos referem direitos morais. Um direito existe quando sua correspondente norma tem validade moral. Uma norma vale moralmente se puder ser justificada frente a toda fundamentação racional e os Direitos Humanos podem ser justificados frente a todos, portanto, existem. À universalidade estrutural completa a universalidade da validade, frente a toda fundamentalidade racional. Todavia, isso não corresponde a um exclusivo caráter moral desses direitos no sentido de se opor à sua institucionalização jurídica, pois é inegável que esses direitos não se restringem a um cumprimento apenas voluntário e podem ser cumpridos mediante coação. A referência a direitos morais tem o condão de diferenciá-los dos direitos positivos, mas não há dúvidas que pertencem à legalidade (ALEXY, 2000, pp. 26-7).

Tanto a moralidade e quanto a prioridade guardam ligação com a validade dos direitos humanos. Como visto, Direitos humanos são direitos com validade moral, pois podem ser justificados contra tudo e todos. Assim, tem validade moral universal. Diante dessa validade moral e universal a existência dos direitos humanos se justifica, e um direito existe ante sua justificabilidade. Somada à validade moral, pode existir a validade formal, decorrente da positivação dos direitos humanos, a qual busca lhes dar forma institucional, maior proteção e garantia da eficácia social. Contudo, a positivação por si só não é suficiente a trazer-lhes definitividade. Esta, apenas é alcançada pela sua correção. Por tal motivo é que os direitos fundamentais são definidos como aqueles direitos humanos formalmente positivados por uma Constituição no intento de tornar os Direitos Humanos direitos positivos. Decorre disso que nenhuma regra de direito

positivo é capaz de invalidar um direito humano, pois que suas normas são prioritárias em relação a todas os demais (ALEXY, 2013, p. 71-2).

A prioridade dos direitos humanos não decorre do direito positivo, ao contrário, é a legitimidade do direito positivo que decorre dos direitos humanos. Todo direito positivo que violar um direito humano é um direito de conteúdo incorreto, o que, tendo em conta a prioridade forte dos direitos humanos, acarreta a perda do caráter jurídico e da validade jurídica do direito positivo contraditório (ALEXY, 2000, p. 29).

Como são direitos destinados a resguardar as capacidades, interesses e necessidades essenciais, básicos, aí reside o caráter moral fundamental de seu objeto (ALEXY, 2013, p. 71). Essa fundamentalidade do interesse ou da necessidade significa que a sua não proteção ou não satisfação implicará ou na morte ou em padecimento grave, ou na lesão ao núcleo essencial da autonomia da pessoa. A fundamentalidade não se confunde com a validade moral, apesar de se relacionar com esta, pois em sendo justificável frente a todos, é ainda mais fundamental. É de tal forma essencial à existência ou autonomia do ser humano que toda violação de um direito humano é injusta (ALEXY, 2000, p. 28).

Os direitos humanos detém a qualidade, ou o papel, de compor o núcleo da justiça. Isso tem como imediatas consequências tornar injusta qualquer violação a tais direitos e dismantelar quaisquer outros critérios de justiça ante a possibilidade de não se cogitar a existência destes direitos (ALEXY, 2013, p. 68-9).

Os direitos humanos resultam de um longo e contínuo processo que acompanha a evolução das sociedades, o que envolve não apenas o cenário social em si, mas também as influências advindas dos avanços filosóficos e da história. Disso também advém a definição e escolha de alguns direitos que pela sua alta valoração a uma sociedade, num determinado estágio histórico, devem ser considerados fundamentais à sua ordem jurídica. Nesse contexto os direitos fundamentais representam a intenção de transformar os direitos humanos em direito positivo, ou de positivá-los enquanto direitos morais, válidos em decorrência de sua correção, direitos ideais. Nesse sentido tem uma dúplice face, moral e institucional. A primeira faz com que existam, independentemente de positivação, pois a face moral do direito pertence à dimensão ideal do direito. Com a positivação desse direito ocorre a conexão da dimensão ideal com a dimensão real (ALEXY, 2011, p. 48).

Os direitos fundamentais prolongam e estendem ao ordenamento jurídico estatal, a partir da Constituição, os valores essenciais à realização da dignidade humana

contidos na essência dos Direitos Humanos (PECES-BARBA, 2009, p. 88-9). Dito doutra forma, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, o que significa a positivação da Dignidade da Pessoa Humana, seu núcleo valorativo. Toda pessoa tem dignidade, do que se conclui que reconhecer o outro como pessoa é reconhecer-lhe a dignidade, o que por sua vez, significa reconhecer seus direitos humanos (ALEXY, 2012, p. 11). Esse aspecto da dignidade humana é mais um aspecto que torna transparente a relação entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos.

A positivação dos Direitos Humanos, enquanto Fundamentais, atua sobre os domínios da interpretação jurídico-constitucional, que deverá ocorrer pelo prisma destes direitos (ALEXY, 2013, p. 69), que vinculam todos os poderes do Estado e precedem as outras normas. Dessa forma a discricionariedade para a legislação é substancialmente diminuída pois deverá sempre levar em conta tais direitos, do que decorre que uma lei jamais será completamente razoável sem considerar a prioridade dos direitos humanos (ALEXY, 2009a, p. 14).

Por isso os Direitos Fundamentais configuram a expressão de uma desconfiança em relação ao legislador, pois que inclui, sempre que possível, a submissão do que ele cria a um controle face aos direitos fundamentais, o que não se restringe à aplicação do direito, mas se estende à criação (ALEXY, 2012a, p. 395).

Da constitucionalização dos Direitos Humanos são facilmente perceptíveis três efeitos. O primeiro é a sua irradiação sobre todo o sistema jurídico, resultando em sua onipresença, ou ubiquidade. O segundo efeito é sua ligação com o princípio da proporcionalidade, pois direitos fundamentais tem estrutura de princípio e atuam como mandados de otimização. E por fim, o terceiro efeito é que o objeto desse direito se expandiu para muito além dos direitos liberais clássicos de defesa contra o Estado ou, de ação estatal negativa, a qual veio ser completada pelo direito à ação estatal positiva (ALEXY, 2009, p. 46).

Como abordado anteriormente, da onipresença resulta a vinculação de todas as forças estatais. Quanto à proporcionalidade tem-se que como os Direitos Fundamentais tem caráter de princípio sua realização detém certa flexibilidade, no entanto, estão submetidos à proporcionalidade, pois tal flexibilidade dos direitos humanos não se confunde com a admissibilidade de arbitrariedade (ALEXY, 2013, p. 73-4). Qualquer meio de intervenção sobre um direito fundamental deve curvar-se à proporcionalidade, pois do contrário será inconstitucional e arbitrário (ALEXY, 2009, p. 57).

Quanto à complementação do direito a que o Estado se abstenha de ingerências, tem-se a exigência de ações estatais positivas, tais como as voltadas à proteção e ao fornecimento de prestações em sentido estrito (ALEXY, 2009, pp. 49-50).

Os direitos de proteção vinculam o Estado a proteger as pessoas por meio de ações positivas, e os direitos à prestações em sentido estrito ou direitos sociais, destinam-se a proteger um mínimo de subsistência (ALEXY, 2000, p. 27). Esses direitos, obviamente, submetem-se à proporcionalidade. Assim, por exemplo, a verificação de uma violação a direito de proteção por denegação à proteção ou pela negativa de proteção suficiente também pode dar-se pela relação entre o direito à proteção e a proporcionalidade (ALEXY, 2009, p. 67). Se um meio empregado para promover um direito à proteção não é adequado para este direito será desproporcional e, portanto, inconstitucional. O mesmo ocorre em relação à submissão à necessidade (ALEXY, 2009, p. 57).

Nesse sentido, mesmo que haja certa discricionariedade para o poder legislativo restringir direitos fundamentais, o legislativo não poderá diminuir a proteção a um nível tal que alcance a desproporção. Direitos fundamentais, tal qual mandados de otimização, sempre exigem, *prima facie*, que lhe seja outorgada uma maior proteção, que jamais poderá ficar abaixo do insuficiente (ALEXY, 2009, p. 81).

2.2 O DEVER DE PROTEÇÃO SUFICIENTE

Então, além do que já foi pontuado acerca dos direitos fundamentais, inicia-se este item a partir da ideia de que eles referem “posições jurídicas concernentes às pessoas” (SARLET I. W., 2011). São direitos, cujo valor diferenciado reside na função de resguardar a dignidade da pessoa humana. Os Direitos Humanos têm o essencial papel de resguardar a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais vão adiante, são um reforço a isso e referem a proteção mais ampla possível à uma categoria de titulares e a uma categoria de direitos. Tendo isso em consideração e também a proposição de que a pessoa, o ser humano, é a razão de existir do Estado, pode-se abstrair então que os direitos fundamentais representam a ordem de valores essenciais, básicos, de qualquer sociedade. Sendo assim, é indispensável, ao bem de cada um e ao bem da sociedade, que os direitos fundamentais sejam devidamente protegidos, de

forma que todas as pessoas possam alcançar uma vida efetivamente justa, eis que este é de fato o fim último do Estado.

Talvez essa seja a razão que justifique que além de comporem direitos subjetivos individuais os direitos fundamentais possuam uma dimensão objetiva, a qual irradia suas diretrizes sobre a legislação, administração e jurisprudência conformando o poder público, à interpretação e aplicação do direito infraconstitucional conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico (SARLET et al., 2012, p. 296), para o alcance das condições materiais e estruturais do seu pleno exercício. Isso significa que os direitos fundamentais não podem ser desprezados em toda a esfera Estatal, e que eles devem ser sua bússola, norte, leme e fim (SARMENTO, 2006, p. 130-2).

Os direitos fundamentais compõem um conjunto de atributos cujo respeito e proteção servem como indicativo da legitimidade do modelo político e social do Estado. Dotam-se de uma face subjetiva, radicada na titularidade individualizada, e doutra objetiva que excede a esta titularidade determinada, especialmente por sua relação próxima com valores da natureza humana da pessoa, tal qual a dignidade (ARAVENA, 2010, p. 168). Atuam de modo a moldar todo o sistema jurídico, impondo ao Estado o dever permanente de concretizá-los e realizá-los, garantindo-lhes proteção suficiente (SARLET, 2011, p. 143-50), inclusive zelando preventivamente contra os poderes públicos, contra particulares e contra agressões doutros Estados (SARLET et al., 2012, p. 297). Desta forma, é muito claro que estes direitos não estão mais apenas na posição de limites ao poder do Estado, no sentido de vedar-lhe condutas ingerentes, mas assumiram também um caráter diretivo dos valores e fins determinantes da atuação positiva estatal (ASÍS, 2000, p. 73). Passaram a se apresentar como “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais” (SARLET et al., 2012, p. 298).

Assim, cabe ao administrador atuar de forma a evitar e corrigir os danos sobre estes direitos, cabe ao judiciário ter sempre em foco a defesa dos direitos fundamentais, e cabe ao legislador editar leis de modo a tutelar adequadamente os direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p. 130-2). É de extrema relevância ter-se a clareza de que todo direito fundamental gera para o Estado o dever de protegê-lo (MARMELSTEIN, 2014, p. 295), resguardar o bem jurídico, o objeto que este direito tutela. É importante também ter mente que este bem tutelado não refere apenas a tipificação de dados normativos, mas guarda relação com as finalidades constitucionais

fundamentadas em determinados valores, diz respeito aos “fatos a que estes se encontram referidos, [...] as realidades da vida que se encontram afetadas ao âmbito de proteção do direito fundamental examinado” (SARLET, 2011, p. 389; SARLET et al., 2012, p. 327-8; 332) .

Os órgãos estatais estão obrigados, portanto, a garantir níveis de proteção adequados, aos diversos bens fundamentais, em concordância lógica com seu entorno de valores constitucionais. Isso não se restringe à vedação de omissão, estende-se à proibição de insuficiência, sujeita ao controle pelos demais órgãos do Estado, inclusive do Judiciário (SARLET, et al., 2012, p. 297). Destarte, se o direito infraconstitucional não cumprir com os imperativos de proteção dos direitos fundamentais, ela deverá ser perseguida até mesmo por outro ato legislativo se a tutela judicial também não puder cumprir tal imperativo (CANARIS, 2009, p. 115-6).

Os direitos fundamentais pressupõem tanto que o Estado não embarace, não atrapalhe, não coloque empecilhos ao seu exercício, não elimine as posições jurídicas concretas e abstratas, quanto que o Estado proteja esse exercício através de ações concretas e institucionais (ALEXY, 2012a, p. 249). Mas, não basta apenas constar esse dever no ordenamento, e prosseguir com os embaraços arbitrários aos direitos fundamentais; ademais, porque tem alto potencial lesivo sobre certos direitos, como é o caso da Seguridade Social, tendo capacidade de violar o acesso ao mínimo vital e à dignidade humana (STRAPAZZON; RENCK, 2014, p. 1581). O dever de proteção cobra medidas efetivas, ações materiais, mecanismos eficientes (MARMELSTEIN, 2014, p. 296), prestações estatais, como referem Sarlet et al.,(2012, p. 297). Significa que o Estado deve assegurar todos os pressupostos necessários, as medidas materiais e estruturais, e até mesmo o fornecimento dos recursos essenciais necessários à vida digna daqueles que necessitarem, pois a proteção suficiente tem a missão de possibilitar uma vida compatível com a dignidade humana (CASTILHO, 2013). Considerando que os direitos humanos resguardam a dignidade humana, tem-se que o dever de proteção constitui uma das faces da obrigação Estatal de resguardá-la e promovê-la. Extrai-se disso que o Estado viola os direitos fundamentais quando não cumpre, ou ao menos quando não cumpre de forma suficiente, esse dever de proteção (ALEXY, 2012a, p. 453).

A obrigação de proteção suficiente também pode ser chamada de imperativo de tutela, de acordo com o que ensina Canaris (2009, p. 101). Um imperativo de tutela gera proibição de insuficiência. Mas é imprescindível que haja uma fundamentação

específica e que o direito fundamental seja abrangido pela hipótese normativa. É necessário, portanto, que haja certeza da aplicação da norma desse direito fundamental e necessidade da proteção, a qual pode tanto derivar de uma intervenção ilícita quanto da proteção insuficiente, de um *déficit* (CANARIS, 2009, p. 103-9).

Para Canaris (2009, p. 112-3), além disso, a obrigação de proteção é tanto maior quanto maior for a posição hierárquica ocupada pelo bem jurídico constitucionalmente protegido. Também importa que a ameaça ou a intervenção seja, de fato, relevante, intensa. De uma forma resumida, o autor entende que o dever constitucional de proteção dos direitos fundamentais, resulta da ilicitude da intervenção no bem jurídico fundamental, da ameaça do perigo a este bem, desde que haja relevância nesta ameaça, da natureza e hierarquia do direito fundamental atingido, da intensidade da ameaça, do peso tanto da intervenção quanto dos interesses ou direitos envolvidos Canaris (2009, p. 114).

Quanto à operacionalização da obrigação de proteção suficiente, há que se dizer que, via de regra, a decisão a respeito de como satisfazê-la cabe, normalmente, ao legislador (ALEXY, 2012a, p. 463). Não significa que não se reconheça aos direitos fundamentais a aplicabilidade imediata. Todos os direitos fundamentais a tem. Contudo, nem todos os direitos fundamentais alcançam aplicabilidade direta, eficácia plena em toda a sua extensão. Nem sempre as normas de direitos fundamentais alcançam a mesma eficácia jurídica. A intensidade do modo da aplicação à concretude da vida pode variar segundo o suporte normativo. Vigora a favor dos direitos fundamentais uma presunção de eficácia plena, de não dependerem completamente da regulamentação por lei ordinária para produzir efeitos. Isso não afasta exceções que a Constituição prevê. Pode ser sim necessária em alguns casos a intervenção do legislador para que surjam alguns efeitos. Mas, mesmo nos casos de normas de eficácia plena, poderá ser necessária alguma regulamentação (SARLET et al., 2012, p. 314-6).

Contudo, a intenção constitucional de proteger os direitos fundamentais deve ser sempre buscada, pois ela representa a vontade da sociedade quanto à realidade social pela qual optou. Dessa forma não se pode afastar a proteção e fruição negadas simplesmente sob o argumento de que diz respeito à norma programática e de eficácia limitada, afinal é o direito que conduz a lei, não o contrário (SARLET, et al., 2012, p. 316).

Mesmo que a proteção não se restrinja à previsão legal, ou seja, que exija outras medidas, é inegável a grande importância da ordenação legal. Dificilmente a

proteção dos direitos fundamentais é atingida sem que haja regulamentação normativa (ASÍS, 2000, p. 85-6), e, normalmente, é através da complementação pelo direito ordinário que se alcança os instrumentos de proteção (CANARIS, 2009, p. 115). A legislação infraconstitucional dá vida e concretude aos direitos fundamentais (SARLET et al., 2012, p. 315).

Direitos fundamentais não podem ser deixados completamente à vontade conformatória do legislador quanto à produção de efeitos jurídicos, diante do risco da maioria parlamentar, segundo interesses dominantes, esvaziar os conteúdos destes direitos. Existem condicionantes da atuação discricionária do poder público que vão balizar-lhes as opções sempre que a questão referir-se aos direitos fundamentais (CASTILO, 2013).

A obrigação de proteção conduz a discricionariedade do legislador na complementação, ou na regulamentação, para que a proteção não fique aquém do mínimo resguardado constitucionalmente (QUEIROZ, 2006, p. 121-2). Isso significa que a realização do imperativo de tutela de proteção de um direito fundamental fica condicionada ao legislador conseguir configurar o direito entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência (CANARIS, 2009, p. 122-4; 138).

Diante do dever de proteção há que se verificar se o direito ordinário satisfaz essa obrigação ou se é insuficiente, se a proteção do direito fundamental alcançada é eficaz e apropriada, se atinge a suficiência (CANARIS, 2009, p. 122-4; 138). A proibição de insuficiência serve como parâmetro de constitucionalidade da lei que não tutela de forma suficiente o direito fundamental (CASTILHO, 2013). Quando a atuação legislativa ocorrer de forma ilegítima ou defeituosa, ou quando o direito não for realizado, ou o for de forma precária, o princípio da proibição de insuficiência obriga a realização do dever de proteção, através da intervenção para proteção (QUEIROZ, 2006, p. 121-2).

Todas essas premissas se aplicam aos direitos sociais, uma vez que referem direitos fundamentais.

[...] ao Estado cabe a obrigação de criar os pressupostos fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais em geral, assim como a obrigação de dar concretização aos direitos fundamentais em geral, assim como a obrigação de dar concretização aos direitos sociais em particular, necessária a viabilização da intervenção jurisdicional no sentido de evitar que a omissão ou ação precária do poder público venha a caracterizar uma hipótese de proteção insuficiente, que, portanto, resulte em violação de direitos fundamentais, precisamente pelo fato de não atingidos os limites

mínimos exigíveis de satisfação de determinadas prestações. [...] também em matéria ligada aos direitos a prestações e sua exigibilidade, não se poderá negligenciar os critérios que devem orientar tanto a efetiva incidência de um dever de proteção, quanto a decorrente aplicação da proibição de insuficiência (SARLET, 2011, p. 358).

Na posição de direitos fundamentais, os direitos sociais também funcionam como imperativos de tutela e geram proibição de insuficiência, tal como concebe Canaris. Para esta categoria de direitos a proteção assume especial relevância, no sentido de não poderem ficar aquém de uma patamar minimamente satisfatório de eficiência, realização e garantia. Pode-se verificar que a proteção destes direitos relaciona-se com a obrigação da garantia do mínimo existencial (SARLET, 2011, p. 358).

Os direitos fundamentais sociais tem a peculiaridade de quase sempre exigirem uma conduta positiva do Estado, em regra uma prestação (SARLET, 2011, p. 280), que venha permitir as condições necessárias ao exercício da liberdade efetiva. São direitos que referem uma ação do poder público, um *facere*, uma ânsia pela atividade efetiva do Estado ou poder público a fim de alcançar cuidado e proteção (QUEIROZ, 2006, p. 19; ASÍS, 2000, p. 71-2).

Necessitam de realização empírica, não lhes basta, normalmente a abstenção do Estado e a não-intervenção de terceiros, precisam de uma estrutura que possibilite condições materiais hábeis ao gozo das posições jurídicas que o direito reconhece (CASTILHO, 2013).

E, quando submetidos à situação socioeconômica pela exigência de prestações positivas e disposição de fundos públicos, normalmente reclamam concretização legislativa (SARLET, 2011, p. 289). Quase sempre a norma Constitucional traz a previsão do direito fundamental social, donde se origina a pretensão individual de que tal direito seja concretizado e protegido, sendo que resta ao legislador esta tarefa (QUEIROZ, 2006, p. 62-3). Mas, no que concerne à assistência social, especificamente, a alguns benefícios, há que se observar que a Constituição é altamente específica, pois define até os destinatários do benefício e o valor deste (SARLET, 2011, p. 313-7).

O objeto dos direitos sociais compõe o “mínimo de existência material” o menor grau de proteção admitida para cada direito, o que obriga tanto o legislador quanto a administração a garanti-los. Quando os direitos sociais criam pretensões específicas por meio de leis ou por medidas administrativas, protegem-nas e aos

cidadãos contra a insuficiência de proteção destas pretensões (QUEIROZ, 2006, p. 94-5). Se for recusado a uma parte aquele mínimo que lhe garante a Constituição, haverá uma violação da proibição de insuficiência (CANARIS, 2009, p. 74). Ou seja, não é facultado ao poder público decidir se vai atuar ou não, nem atuar de modo injustificável e incorreto, pois configura afronta constitucional judiciável (CASTILHO, 2013).

Conviver em uma sociedade democrática pode sujeitar para que prevaleçam as posições das maiorias. Todavia, não parece razoável que por decisão política do Estado alguns sejam privados de seus direitos mais básicos, impedidos assim de alcançar o pleno desenvolvimento de suas capacidades, por não conseguirem dispor dos bens essenciais, nem de prestações e serviços estatais suficientes. O Estado tem de cumprir as promessas constitucionais, democraticamente definidas como fundamentais. O pacto social constante no texto constitucional representa uma escolha da sociedade, e não está disponível às maiorias políticas que se renovam a cada tempo. A proteção suficiente dos direitos fundamentais necessários a uma vida digna são objetivos do Estado. Desta forma, o Estado tem o dever de promover as condições minimamente dignas a todas as pessoas, para que todas possam ter as mesmas oportunidades de desenvolver-se plenamente e definir a vida que almejam. Este é o mínimo admissível, abaixo do qual não há legitimidade de atuação estatal para decidir agir numa frente diversa para suprir necessidades (CASTILHO, 2013).

A vida humana impescinde de tratamento humano, condizente com a dignidade humana. Para todas as pessoas, pois nenhuma pessoa é alijada de dignidade humana. Há uma presunção de inconstitucionalidade num ato ou norma que seja incapaz de garantir isso, assegurando um patamar de vida digna às pessoas. Ninguém mantém a dignidade vivendo na fome, na mendicância, sem moradia, sem a assistência de que necessita.

Contudo, algo que não pode ser confundido com o dever de proteção suficiente é uma pretensa ilimitatividade dos direitos fundamentais pois isso não existe. Não existe ordenamento jurídico que proteja os direitos fundamentais de forma ilimitada. Alexy (2012a, p. 310) apoia-se na lição de Müller e afirma que inexistente direito fundamental absoluto, pois nenhum é absolutamente blindado às restrições. Portanto, a proteção de um direito fundamental deve ser suficiente, não ilimitada. Assim, fácil compreender que há sim possibilidade de limites, de restrições (SARLET, et al., 2012, p. 327-8), contanto que estas não firam o nível da proteção suficiente.

Resta claro que os direitos fundamentais possuem um âmbito de proteção, e que estão sujeitos a intervenções neste âmbito de proteção (SARLET et al., 2012, p. 327). O dever de proteção obriga a atuação do Estado ser suficiente para salvaguardar os direitos fundamentais, mas os direitos fundamentais sofrem intervenções, restrições, sejam elas, fáticas ou normativas. Resta verificar se há reservas a estas intervenções ou a estas restrições no campo da função do imperativo de tutela pelo Estado.

2.3 A RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto a proteção ao objeto do direito fundamental deve ser suficiente, mas não é ilimitada. Isso decorre de muitas variáveis, a começar pela universalização dos direitos humanos fundamentais e da amplitude do catálogo de proteção desses direitos, que inevitavelmente culminarão na colisão e na necessidade de coordenação destes direitos, o que torna inevitáveis as restrições na maioria das vezes (PEREIRA, 2006, p.133-4). Além dessas, a generalidade e a abstração com que as normas de direitos fundamentais quase sempre se apresentam, lhes conduzem à participação do legislador ordinário para sua concretização (SILVA V. A., 2010, p. 144-6) e a interferência significará uma restrição do direito fundamental sobre o qual atuar.

A ausência de restrições tornaria os direitos fundamentais institutos com um horizonte infinito de condutas, com riscos de serem abusivas e ilícitas. Destarte, os titulares de direitos fundamentais nem sempre poderão exercer a prerrogativa de um direito infindo diante de uma determinada circunstância restritiva (ARAVENA, 2010, p.168). A restrição válida, em qualquer das situações, situa-se entre os limites trazidos pela proibição de insuficiência e a proibição de excesso, equivalente a concluir que os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições desde que estas não impeçam uma proteção suficiente. Essa ideia correspondente à concepção de Alexy, para quem os direitos fundamentais são a primeira vista, ilimitados, mas podem sofrer restrições.

Para Alexy (2012a, p. 301) restrições a direitos fundamentais correspondem “àquilo que leva a uma exclusão da proteção do direito fundamental e, nesse sentido, àquilo que constitui o lado negativo das normas de direitos fundamentais.” Noutras palavras consistem no fato da Constituição garantir direitos fundamentais e do legislador poder restringi-los por leis, o que é um procedimento comum nos Estados democráticos (BOROWSKI, 2000, p. 29).

Alguns autores, tais como Aravena, entendem que existem restrições previstas no ordenamento jurídico e fora dele, implícitas ou expressas. Exemplos de não-expressas seriam o respeito aos direitos fundamentais dos demais sujeitos e o caráter material ou físico para o cumprimento destes direitos, como é o caso das possibilidades financeiras do Estado para os direitos econômicos e sociais. Já as expressas, acerca das quais não existem maiores controvérsias, são as que constam no ordenamento jurídico nos preceitos constitucionais ou em normas legais, como por exemplo, a norma constitucional que autoriza ou delega ao legislador o poder para fixar ou regulamentar o exercício de determinado direito. É aqui se insere a teoria das restrições de Alexy, pois que refere a possibilidade de haver restrições aos direitos fundamentais através de normas componentes do ordenamento jurídico, conquanto que sejam constitucionais (ARAVENA, 2010, p. 173-5).

Para Alexy (2012a, p. 277) o conceito de restrição a direitos fundamentais pressupõe de imediato a existência de dois objetos, quais sejam o direito e a restrição, unidos justamente pela relação de restrição.

A compreensão destas premissas, da existência de um âmbito de proteção dos direitos fundamentais, da possibilidade de limitação, bem como da amplitude destes limites, é relevante para o manejo adequado das normas jusfundamentais. A compreensão destas questões de acordo com Borowski (2000, p. 29-30) passa pela análise da teoria interna e externa, relativa à existência de direitos limitáveis e não-limitáveis.

2.3.1 Teoria Interna e Externa

A compreensão da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, segundo aconselha Sarlet et al.(2012, p. 328), deve passar pela análise das teorias “interna” e “externa”, as quais repercutem sobre a maior ou menor proteção destes direitos. A diferença entre ambas de forma sintética, de acordo com Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 128;138) é que para a teoria interna há apenas um objeto, o direito e seus limites, imanentes. Para a teoria externa o objeto divide-se em dois, o direito e suas reivindicações.

2.3.1.1 Teoria Interna

Para a teoria interna só há um objeto normativo, o direito e seus limites, por isso Borowski (2000, p. 32) a refere como direitos não-limitáveis pois que seu conteúdo está definido desde seu surgimento. Por este prisma quando um direito fundamental nasce já contém seus limites, são imanentes. Trata-se de fronteira tácitas, subentendidas no próprio direito, as quais definem o alcance desse direito (SARLET I., 2011, p. 388).

Estes limites não podem ser denominados de restrições, tão somente de limites, porque restrição implica numa diminuição, numa redução do direito. Como o alcance do direito já é insitivamente definido, desde o seu surgimento, não há o que chamar de restrição (BOROWSKI, 2000, p. 32-3). Estes limites já existem, se houve alguma restrição ela já foi considerada quando da definição do direito, de forma que os limites a declaram apenas, e de forma ínsita ao direito. A teoria interna admite apenas a existência do direito, com seu conteúdo e não o direito e a restrição, tão somente o direito. Os questionamentos podem versar sobre seu conteúdo, nunca sobre suas restrições, pois estas inexistem, são desnecessárias e até impossíveis (ALEXY, 2012a, p. 277-8).

Sob o ponto de vista da teoria interna os direitos fundamentais não tem natureza de princípio, mas de regras: os limites são imanentes, possuem validade estrita, são aplicáveis com base no tudo ou nada, e não se sujeitam ao sopesamento. Estes direitos contem, sob esta configuração, garantias definitivas, ou seja, ou o direito existe ou não existe. Mas, isso não equivale que aqui os direitos sejam absolutos, pois a admissão dos limites imanentes submete os direitos fundamentais a estes limites, definidos implícita ou explicitamente pela Constituição. Alguns direitos encontram limites no próprio texto constitucional, estes são os limites imanentes. Não são restrições, nem colisões, mas limites que o próprio texto constitucional coloca e que fazem parte do direito fundamental (SILVA, V.A., 2010, p. 128-32).

Como nessa abordagem não há uma clara separação entre o âmbito de proteção e os limites dos direitos fundamentais podem ser inclusas no seu âmbito de proteção considerações acerca da proteção doutros bens, o que pode aumentar o risco de restrições arbitrárias (SARLET et al., 2012, p. 328-9).

2.3.1.2 Teoria Externa

Ao contrário da teoria interna, que entende que existe apenas um objeto, o direito e seus limites imanentes, na teoria externa existem o direito fundamental, e, separadas dele, as restrições. A princípio então não estão relacionados, são duas categorias distintas (ALEXY, 2012a, p. 277), uma posição *prima facie* e uma posição definitiva, correspondentes respectivamente ao direito antes da restrição e depois desta (SARLET, et al., 2012, p. 328-9). Ou, como leciona Borowski (2000, p. 31), a princípio existe um direito não limitado, sujeito à restrição e, após a imposição desta é que ele se torna limitado, definitivo. É esta possibilidade da limitação do direito a razão pela qual o autor refere-se à teoria externa como a dos direitos limitáveis. Tal ponto de vista retrata a concepção alexyana, que inicialmente vislumbra o princípio antes da restrição ter agido sobre ele, na sua integralidades, e, após essa ação, o que restar daquele princípio, ou, o direito restringido, definitivo.

A teoria externa se aproxima muito da teoria dos princípios, segundo a qual os direitos fundamentais estão contidos em normas de direito *prima facie*. As normas com estrutura de princípio tem suporte fático muito amplo, do que resulta que poderá ser necessária uma restrição à realização de seu princípio. A ideia da inexistência de direitos absolutos somada à concepção de que os princípios são mandatos de otimização, permite a conclusão de que a realização de um princípio pode ser restringida, o que pode ocorrer por exemplo, nos casos de colisões com outros princípios. Para a teoria externa é importante a distinção entre o direito *prima facie*, como aquele que permite restrição, e o direito definitivo, que não as admite (SILVA, V.A., 2010, p. 139-40).

A relação entre a restrição e o direito fundamental na teoria externa (*Aussentheorie*), não é obrigatoriamente necessária, mas possível de se estabelecer diante da necessidade de compatibilizar direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2013, p. 197). Assim, os direitos fundamentais podem se apresentam restringidos, mas também podem mostrar-se sem restrições, visto que a relação entre o direito e a restrição decorre de uma exigência externa (ALEXY, 2012a, p. 277; SARLET et al., 2012, p. 329).

Em decorrência disto a teoria externa pode bem abordar a questão da colisão entre objetos normativos (BOROWSKI, 2000, p. 32), pois frente à uma colisão a restrição ao direito se materializa por meio do emprego do sopesamento entre os

princípios envolvidos. Nesse caso, antes do sopesamento o direito *prima facie* não cria expectativas de um direito definitivo, mas de um sopesamento entre direitos de princípios colidentes. Após o sopesamento ou o emprego da proporcionalidade no conflito entre dois ou mais princípios o conteúdo do direito *prima facie* alcança *status* de definitivo. Ele é estabelecido externamente, de acordo com as condições fáticas e jurídicas que se apresentarem (SILVA, V.A., 2010, p. 140-6).

Vislumbra-se um encadeamento entre a teoria externa, a teoria dos princípios e o modelo da ponderação. Segundo o entendimento de que direitos fundamentais tem *status* de princípios e constituem direitos *prima facie*, podem ser restringidos. Como há a norma deste direito, *prima facie*, e a norma restritiva, o direito definitivo surge da relação entre ambas (PEREIRA, 2006, p. 151). Não constitui uma situação incomum, ao contrário. Estas situações tornam-se mais e mais habituais devido ao alargamento dos horizontes de proteção dos direitos fundamentais (SARLET, 2011, p. 394).

Um direito somente pode ser restringido se ele for garantido *prima facie*, como um princípio. Essa é a base da teoria externa. A base da teoria interna é que um direito não pode ser restringido quando ele é garantido por uma regra, tendo-se a esta como o resultado do sopesamento ou ponderação entre princípios colidentes (SILVA, V.A., 2010, p. 144-5).

Conceber uma das teorias, interna ou externa, como mais acertada, depende essencialmente de como se concebe normas de direitos fundamentais, se regras ou princípios, ou posições definitivas ou *prima facie*. Caso sejam posições definitivas, regras, será a teoria interna. Caso sejam posições *prima facie*, princípios, será a externa a mais acertada (ALEXY, 2012a, p. 278).

Quem é mais inclinado ao social e à inserção do indivíduo na sociedade via de regra tende a favor da teoria interna ou dos direitos não limitáveis. Aquele que se inclina a uma visão mais individualista de sociedade e Estado tende à teoria externa ou dos direitos fundamentais limitáveis (BOROWSKI, 2000, p. 33).

Grande parte da doutrina, como Alexy, mostra preferências pela teoria externa, é o caso de Mendes e Branco (2013, p. 198-9) e de Sarlet (2011, p. 389). Para Sarlet a melhor alternativa é a teoria externa, devido a pautar-se na posição *prima facie* e na posição definitiva, mais adequada ao emprego nos casos de colisões entre direitos fundamentais, quando é necessário limitá-los a fim de permitir convivência harmônica entre os titulares destes direitos (SARLET, et al., 2012, p. 329; SARLET, 2011, p.389).

Para Alexy na teoria interna não se fala em restrições a direitos fundamentais. Normas que venham excluir algo sobre o qual não existe direito não restringem direito algum, ora, ele não existe. E, se numa posição definitiva uma ação for facultativa, uma norma que proibir ou obrigar esta ação não vem restringir, mas violar esse direito. Já na externa, não há posições definitivas apenas *prima facie*, correspondente a um princípio. Nesse direito há algo excedente, correspondente ao acervo de normas constitucionais, que pode ser restringido - desde que haja justificativa fundamentada em razões realmente importantes - um direito *prima facie* que pode ser restringido (ALEXY, 2012a, p. 279-80; 299).

2.3.2 A definição de restrições

Vistas as duas teorias ainda resta estabelecer uma definição para o termo restrição. Para Alexy, restringíveis são os bens protegidos pelos direitos fundamentais e as posições *prima facie* que os princípios de direitos fundamentais garantem. A restrição que atuar sobre um bem protegido também age sobre a posição *prima facie* do direito fundamental. Assim “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”, são, portanto, normas. Mas, é indispensável que tenham compatibilidade com a Constituição, do contrário será apenas uma intervenção, jamais uma restrição (ALEXY, 2012a, p. 281).

Para Sarlet as restrições aos direitos fundamentais são a ação ou omissão dos poderes públicos, ou de particulares, que dificultam, reduzem ou eliminam o acesso ao bem jurídico protegido, ou embaraçam sua fruição, ou, que atrapalham o dever estatal de proteção. Mas, para o autor, que não se pode considerar toda disciplina normativa como uma limitação, pois não raros são casos que as normas legais apenas detalham, configuram, conformam, completam, regulam, densificam ou concretizam os direitos, atuam sobre eles de modo a possibilitar-lhes o exercício (SARLET, et al., 2012, p. 331).

Essa ressalva de Sarlet, desperta dúvidas sobre sua adoção da teoria externa. Para esta, diante do caráter *prima facie* dos direitos fundamentais a intervenção sempre representará uma restrição. Somente na teoria interna é que intervenções não configuram restrições, mesmo porque estas não são possíveis, uma vez que o direito fundamental contém limites imanentes, de forma que poderão haver intervenções configuradoras não-restritivas. Mas, Sarlet aponta que existem as duas possibilidades, o

que induz à conclusão de que seu entendimento constitui uma construção interpretativa que junta a teoria externa e a interna, uma vez que apenas nesta é que as intervenções não vão reduzir o direito *prima facie*, e as restrições não são possíveis, e naquela é que as restrições são possíveis.

É essa interpretação mista, que admite a possibilidade de normas configuradoras, normas restritivas e outras que não se enquadram nem no primeiro nem no segundo modelo. As normas configuradoras realizam o meio do direito para a vida social. Já as normas que realizam uma restrição inibem a plena realização do direito *prima facie*. Um critério eficaz para diferenciar configuração e restrição é o da “não-inibição”, segundo o qual se está diante de uma restrição quando for necessário ou possível um sopesamento proporcional entre o direito ou princípio constitucional a que se opõe a norma restritiva e os outros princípios contrapostos (ALEXY, 2012a, p. 339).

Entretanto, há que se ressaltar que diante do caráter *prima facie* dos direitos fundamentais, derivado de sua natureza de princípios, são direitos de suporte fático amplo, expostos à intervenções, que sempre significarão uma restrição, e, a menos que sejam abusivas, são admissíveis.

2.3.3 Os tipos de restrições

De acordo com Castilho (2013), existem três tipos de restrições possíveis, a lógica, a jurídica e a fática. A primeira decorre dos conflitos insuperáveis entre direitos fundamentais, iguais ou diferentes, em que um deles restará restringido. É muito comum na complexidade da sociedade contemporânea, onde a todo momento surge a necessidade de respostas adequadas e racionais para conflitos entre direitos fundamentais. Neste cenário de frequente tensão entre direitos fundamentais, não raras vezes o indivíduo terá que aceitar restrições nos seus direitos, desde que devidamente justificadas. As restrições jurídicas, dizem respeito às restrições constitucionais ou legislativas. São as cláusulas de reserva de lei ou as normas constitucionais passíveis de restrição ou as de eficácia contida, além das leis infraconstitucionais que mesmo de acordo com a Constituição restringem direitos fundamentais. A restrição fática, vinculada ao princípio da proteção suficiente, diz respeito à restrição ao exercício do direito em igual oportunidade ou por alguma contingência da vida (CASTILHO, 2013). Isso destoa da teoria de Alexy, pra quem as restrições ao direito são apenas as normas.

Outra restrição passível de acontecer, de acordo com Mendes; Branco (2013, p. 235), mas que é vedada, diz respeito às leis restritivas, de conteúdo casuístico ou discriminatório, que venham impor encargos a alguns cidadãos em relação a outros, causando discriminação ou ato arbitrário a algumas pessoas. Estas leis podem estar camufladas, contendo formalmente uma normação geral, mas materialmente, conteúdo e efeito dirigido a um círculo determinado de pessoas. Tendo em conta que restrições acatadas pelo direito são as que estiverem entre a proibição do excesso e da insuficiência, constitucionais e proporcionais, estas últimas colocam-se muito mais como intervenções arbitrárias ao invés de restrições (ALEXY, 2012a, p. 281).

2.3.4 Reserva Legal

Restrições a direitos fundamentais são normas, mas, segundo o entendimento de Alexy (2012a, p. 332) nem toda norma que se refere a um direito fundamental é uma restrição. A questão é justamente identificar que normas podem ser consideradas como tal.

Alexy (2012a, p. 281) entende que restrições aos direitos fundamentais somente são possíveis através de normas que sejam constitucionais, tanto formal quanto materialmente. Portanto, uma norma que não seja constitucional não pode ser considerada como uma restrição, quando muito apenas uma intervenção.

A hierarquia da norma restritiva é de extrema relevância, pois diante da hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, eles só podem ser restringidos por normas dessa mesma hierarquia ou infraconstitucionais autorizadas por normas constitucionais (ALEXY, 2012a, p. 286), ou, como explanam Mendes e Branco (2013, p. 200), os direitos fundamentais apenas podem ser restringidos diante de previsão constitucional expressa ou por lei ordinária promulgada com fundamento na Constituição.

Neste prisma as restrições podem ser diretamente constitucionais, quando resultam de previsão constitucional pois que a própria Constituição as impõe, e indiretamente constitucionais, quando decorrem de lei fundamentada em autorização constitucional, pois a Constituição atribui à lei ou a outra norma a competência de restringir o direito fundamental (ARAVENA, 2010, p. 176-7).

Em muitas constituições, as normas de direitos fundamentais que referem expressões tais como “nos termos da lei”, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, “salvo nas hipóteses previstas na lei”, ou ainda quando faz referência a conceitos jurídicos indeterminados como “função social” exibem permissão expressa para que ocorram restrições a direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2013, p. 194).

As restrições legais dizem respeito às restrições impostas pelo legislador, com respaldo em autorização constitucional. Mendes e Branco (2013, p. 199-200) opinam que os sistemas constitucionais permitem vários tipos de restrições. A lei, neste sentido, pode ser puramente restritiva (*eingreifend*), ou pode também explicitar (*verdeutlich*), ou conformar (*grundrechtsprägen*), ou evitar abusos (*missbrauchwehren*) ou solver conflitos entre direitos (*konkurrenzlösen*). De todo modo, segundo o prisma da teoria externa, em qualquer dos casos, trata-se de uma restrição.

Uma norma constitucional que submete alguns direitos à reserva de lei restritiva contém ao mesmo tempo uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção, e uma norma que autoriza o legislador a restringir o âmbito de proteção estabelecido pela Constituição (MENDES; BRANCO, 2013, p. 194-5).

Segundo Alexy (2012a, p. 585-7), o legislador tem discricionariedade de atuação para restringir um direito fundamental. Poderá definir os objetivos, os meios e também poderá sopesar. A discricionariedade para definir objetivos, via de regra, está relacionada a interesses coletivos. Essa discricionariedade existe se

esse direito contiver uma autorização de intervenção que ou deixe em aberto as razões para a intervenção ou, embora mencione essas razões, apenas permita, mas não obrigue, a intervenção se essas razões estiverem presentes. No primeiro caso o legislador pode decidir ele próprio se ele quer intervir no direito fundamental e em razão de que finalidades, objetivos ou princípios. No segundo caso ao legislador cabe pelo menos a decisão sobre encampar os fins, objetivos e princípios elencados no dispositivo constitucional e sobre a própria oportunidade da intervenção (ALEXY, 2012a, p. 585).

Já a discricionariedade para o legislador escolher os meios faz-se presente quando o direito exige ações positivas, como por exemplo, uma proteção. Isso não desperta maiores problemas quando os diferentes meios forem igualmente hábeis para alcançar ou fomentar o fim proposto e se não causarem efeito negativo sobre outros

fins. A situação se altera quando os graus da realização dos fins forem diversos ou incertos e se houverem efeitos negativos, quando será necessário sopesar. E o legislador tem discricionariedade para sopesar, quando a intervenção implicar em situações de colisões de interesses ou de direitos fundamentais (ALEXY, 2012a, p. 586-7).

Mas, em qualquer caso, a discricionariedade não poderá resultar numa intervenção legislativa que afete a proteção efetiva do direito fundamental. Trata-se de uma situação vedada (MENDES; BRANCO, 2013, p. 194-5).

Para Sarlet também, além das restrições por autorização constitucional e por lei fundamentada na Constituição, há a possibilidade de restrição por colisão entre os direitos fundamentais, o que independe, obviamente autorização expressa para que o legislador proceda à limitação, mas de todo modo, sempre será necessária uma fundamentação constitucional (SARLET, 2011, p. 332; 391).

É de grande importância que se perceba a diferença entre normas restritivas diretamente constitucionais e as normas que baseiam a competência estatal para realizar as restrições através de normas. Estas são as reservas legais, autorizações constitucionais para o legislador restringir, fixar restrições, para os direitos fundamentais. Não se trata de restrições, mas, apenas fundamentos de restringibilidade. Tais normas podem ser estabelecidas diretamente pela Constituição ou por leis que autorizam decretos ou pelo poder regulamentar que autoriza atos administrativos (ALEXY, 2012a, p. 282). Não significa que toda reserva legal resulte numa restrição, como observam Mendes e Branco (2013, p. 202), pois há casos em que a utilização da reserva legal pode nulificar a garantia pretendida pela Constituição. Possivelmente um caso seria uma intervenção desproporcional. As normas restritivas restringem os bens jurídicos reduzindo o alcance de conteúdos *prima facie* dos direitos fundamentais, submetido aos critérios e limites da proporcionalidade e constitucionalidade (SARLET, 2011, p. 391).

Os Direitos Fundamentais geralmente são restringidos por meio de regras, as quais quase sempre são provenientes da legislação infraconstitucional. Estas podem traduzir restrições a alguma conduta permitida por um direito, *prima facie*, ou autorizam ao Estado uma ação restritiva da proteção que o direito garantia, *prima facie* (SILVA, V. A., 2010, p. 141-2). Uma regra constitui uma restrição a direito fundamental se da sua imposição frente a uma liberdade ou direito fundamental *prima facie*, advir uma não-liberdade ou não-direito definitivo (ALEXY, 2012a, p. 284). Todavia, princípios também podem restringir direitos fundamentais. E como direitos fundamentais têm

natureza de princípio, tem-se que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental”. Nestes casos, de contraposição de princípios, a alternativa que se mostra para a solução é a do sopesamento entre o atingido e o que o restringe. Disso advirá uma restrição definitiva, surgida de um direito *prima facie* (ALEXY, 2012a, p. 282-5).

2.3.5 Os limites às restrições

Para Alexy, como já mencionado, os direitos fundamentais tem natureza de princípios, e assim são a primeira vista, ilimitados, mas podem sofrer restrições. A restrição a um direito fundamental causa a restrição ao legítimo exercício do mesmo, mas isso é algo plenamente possível e é reconhecido pelo direito, o qual a identifica e define seus contornos (ARAVENA, 2010, p. 187). Assim, não restam dúvidas acerca da legislação infraconstitucional poder realizar restrições a direitos fundamentais constitucionais.

Até meados do século XX vigia uma tradição fortemente vinculada à reverência ao legislador, o que permitia frequentemente o esvaziamento da eficácia dos direitos fundamentais pela erosão dos poderes constituídos (SARLET, 2011, p. 394-5). A razão do surgimento da proteção dos limites foi a necessidade de proteger os direitos fundamentais submetidos à reserva legal do poder quase ilimitado do legislador, que poderia exauri-los de sentido. Os primeiros ordenamentos a prevê-los foram a Constituição Portuguesa e a Lei Fundamental Alemã (MENDES; BRANCO, 2013, p. 211).

Inicialmente, como visto em momento anterior, a admissão de uma restrição passa pela verificação de sua conformidade formal e material com a Constituição. Nenhuma restrição a direito fundamental será admitida em desconformidade com isso. A primazia constitucional formal decorre de sua vinculação com a democracia, e a material deriva do fato da Constituição não se limitar a regular formalmente o direito, mas também estabelece princípios substanciais, baseados especialmente na dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais (SARLET, et al., 2012, p. 335).

O outro requisito exigido para a admissão de restrições é de caráter competencial. Como as restrições aos direitos fundamentais são matéria de ordem constitucional, apenas aquele a quem a Constituição autorizar é que pode propor

restrições a direitos fundamentais. A competência atribuída constitucionalmente pode autorizar o legislador, ou em casos específicos, a autoridade administrativa, ou ainda o judiciário, a proceder a restrições, mas especificamente quanto aos direitos que a Constituição estabelecer (ARAVENA, 2010, p. 178-80).

No entanto, não basta cumprir com os requisitos acima. Como explica Alexy (2012a, p. 281) as restrições, enquanto normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental, ainda se submetem a limites rígidos, cujo desrespeito implicará na transformação da restrição numa arbitrariedade e no risco ou na efetiva lesão ao conteúdo dos direitos fundamentais. A doutrina costuma referir estas balizas às restrições como “limites aos limites (*Schranken-Schranken*)”, pois demarcam o alcance da ação do legislador, ou o alcance da norma, ou restrição (MENDES; BRANCO, 2013, p. 211). Como o legislador tem ampla possibilidade para adaptar o direito infraconstitucional, poderia reduzir ou eliminar um nível de proteção anteriormente alcançado. Os limites conduzem-lhe nesta função, pois desde que os respeite, provavelmente não haverá uma afronta ao nível mínimo de proteção estabelecido na Constituição. Do contrário se ultrapassar as balizas, restará, certamente, lesionada a proibição de insuficiência (CANARIS, 2009, p. 116-8).

E mesmo que um direito fundamental dependa da ação do legislador essa dependência não significa que o legislador pode livremente dispor da matéria. Ele tem o dever de legislar de modo a permitir conteúdo e a efetividade aos direitos fundamentais, mas isto está pareado ao dever de preservá-los através da norma, pois está vinculado à obrigação de resguardar os bens juridicamente tutelados (MENDES; BRANCO, 2013, p. 196-7; 218).

Parte da doutrina, tal qual Gilmar Mendes, Ingo Sarlet e Hugo Aravena, refere que a concepção da existência de limites aos limites diz respeito à necessidade de se sagrar um núcleo essencial do direito fundamental (MENDES; BRANCO, 2013, p. 211; SARLET, 2011, p. 402). Trata-se da teoria do núcleo essencial absoluto (ALEXY, 2012a, p. 297), segundo a qual um direito fundamental pode ser restringido, sofrer redução do seu alcance normativo desde que não sejam atingidos seus elementos essenciais, conteúdos mínimos que conduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções (SARLET, et al., 2012, p. 344-5; ARAVENA, 2010, p. 185). A origem dessa corrente é tedesca e reside no artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn, o qual prevê a possibilidade da restrição a direitos fundamentais desde que não seja afetado o seu conteúdo essencial (ARAVENA, 2010, p. 183).

Todavia, Alexy filia-se à teoria do núcleo essencial relativo (2012, p. 297-8), porque o núcleo do direito é relativo a cada caso, definido de acordo com o objetivo da norma, através do emprego da ponderação entre meios e fins (MENDES; BRANCO, 2013, p. 213). O conteúdo essencial a ser protegido deve ser verificado de acordo com as condições fáticas e com as eventuais colisões que se apresentam no caso concreto sendo-lhes aplicada a proporcionalidade e, ao final, o conteúdo essencial será aquilo que restar, após o sopesamento. Então, o conteúdo essencial é aquilo que deve ser respeitado num direito, numa situação fática (SILVA, V. A., 2010 , p. 196). As restrições que respeitem o princípio da proporcionalidade jamais violarão o conteúdo essencial (ALEXY, 2012a, p. 297-8). É isso que fundamenta seu entendimento de que a teoria do conteúdo essencial relativo e a proporcionalidade estão intimamente relacionadas (SILVA, V. A., 2010 , pp. 196-7).

No Brasil a Constituição de 1988 não faz previsão expressa sobre a garantia de um núcleo essencial. Mas, para Mendes e Branco, apesar da omissão constitucional no que tange a uma previsão expressa acerca de um núcleo essencial, essa ideia é uma decorrência da adoção do modelo garantístico adotado pelo constituinte. Caso o legislador pudesse atuar desprovido de limites, nenhuma proteção a direito fundamental subsistiria. E, embora a Constituição não faça previsão expressa da garantia do núcleo essencial, a jurisprudência constitucional a refere (MENDES; BRANCO, 2013, p. 215), em especial a do Supremo Tribunal Federal, como se pode ver, claramente, nas discussões relativas à ADPF 33, quanto ao sentido e alcance das cláusulas pétreas e quanto ao conceito de preceito fundamental no direito brasileiro. E nesses casos, é sempre a doutrina germânica que aparece nessa jurisprudência, em especial, pelos votos de Gilmar Mendes.

Sarlet (2011, p. 387) também expõe que o Brasil não tem previsão constitucional expressa nem acerca das restrições, nem dos limites aos limites. Mas a questão das restrições apareceu recente na pauta do STF, no julgamento da Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.954, em 20 de Agosto do corrente ano, no qual o Ministro relator, Marco Aurélio, em dado trecho do seu voto refere-se às restrições a direitos fundamentais, e afirma que para serem legítimas deverão ser sempre razoáveis, adequadas, e proporcionais em sentido estrito”¹. Não se adentrará nesta oportunidade na

¹ “Em última análise, pretende o Procurador-Geral da República impor restrições à atividade comercial das farmácias e drogarias como forma de proteger o direito à saúde da população em geral e, em particular, daqueles que vierem a adquirir medicamentos e produtos farmacêuticos nesses

análise daquele julgamento, o qual foi referido tão somente com o intuito de ressaltar o fato de que a questão já não é desconhecida também na Corte Constitucional brasileira.

A Constituição limita expressamente a atuação interventiva com a proibição de abolição efetiva e tendencial de conteúdos protegidos contra a reforma da Constituição, conforme refere o artigo 60 § 4º, inciso IV constitucional (SARLET, 2011, p. 387). Fica indubitável que a Constituição veda qualquer proposta que vise extinguir os direitos e garantias individuais, o que indica que há um limite às restrições que o legislador possa estabelecer (MENDES; BRANCO, 2013, p. 215). A jurisprudência adotou essa noção (SARLET, et al., 2012, p. 336).

2.3.6 A Proporcionalidade

A partir da consolidação de um amplo catálogo de direitos fundamentais e da consciência de que os direitos fundamentais não são absolutos, a atenção a estes direitos muda o foco para a verificação de sua correta aplicação, no que tomam especial importância as técnicas interpretativas, dentre as quais a da proporcionalidade.

De acordo com Alexy (2014, p. 02) a proporcionalidade tem recebido atenção internacional crescente no que toca às questões teóricas e práticas de revisão constitucional. E para o autor, a natureza de princípios dos direitos fundamentais, enquanto mandados de otimização, conduz a uma necessária conexão entre os direitos fundamentais e a proporcionalidade, tanto que defende isso sob a chamada “tese da necessidade”. Para Alexy a natureza de princípios destes direitos exige a realização de seu objeto na máxima medida possível de acordo com as condições legais e factuais.

estabelecimentos localizados no Estado do Acre. Ora, como se trata de limitação à liberdade fundamental do exercício de atividades econômicas, tais medidas, para serem legítimas, devem, acima de qualquer dúvida razoável, revelar-se adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, o que não se verifica no caso desta ação direta. Qualquer intervenção estatal que se configure excessiva afronta o sobreprincípio do Estado de Direito – artigo 1º da Carta – e o princípio do devido processo legal na dimensão substantiva – artigo 5º, inciso LIV, da Constituição. Assim, são excessivos os atos estatais, considerada a adequação entre meio e fins, que imponham “obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 110). Na espécie, a pretensão formulada na inicial revela medida restritiva de direitos inapta a atingir o fim público visado, desnecessária ante a possibilidade de o propósito buscado ser alcançado por meios menos onerosos às liberdades fundamentais envolvidas, e desproporcional por promover desvantagens que superam, em muito, eventuais vantagens. (...)A restrição pretendida mostra-se inadequada pelo simples fato de não haver implicação lógica entre proibir a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias – o meio – e a prevenção do uso indiscriminado de medicamentos – o fim. (...) é desnecessária em razão de haver meios menos onerosos hábeis a alcançar o propósito almejado. (...)articula com restrição desproporcional em sentido estrito.”

Assim, são sempre uma exigência *prima facie*, cujo grau de satisfação é provocada pelo equilíbrio. A proporcionalidade e todos os seus subprincípios também resultam da natureza dos princípios pois que estes são pressupostos de otimização. E, os direitos fundamentais, cuja natureza é de princípios, pressupostos de otimização, são consequências lógicas do princípio da proporcionalidade, o que resulta numa equivalência necessária (ALEXY, 2014, p. 05).

A revisão, conformação ou regulamentação constitucional, e da mesma forma as restrições a direitos fundamentais, apenas são admitidas se forem proporcionais, expressões de otimização diante das possibilidades factuais e jurídicas. No entendimento da doutrina constitucional moderna quando se está tratando de restrições a direitos fundamentais é indispensável a verificação da admissibilidade constitucional da restrição em consonância com a proporcionalidade (MENDES; BRANCO, 2013, p. 226). Isso quer dizer que a proporcionalidade serve ao controle de constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, pois excessos ou insuficiências violam-na e caracterizam uma inconstitucionalidade da ação estatal (SARLET, et al., 2012, p. 338-41).

A atuação do legislativo pode ocorrer de forma a violar a proibição de excesso e a proporcionalidade através da “contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins” resultando em inconstitucionalidades (MENDES; BRANCO, 2013, p. 217). Essa situação como qualquer outra relativa à efetivação de uma restrição a direito fundamental está sujeita ao controle de constitucionalidade através da proporcionalidade (SARLET, 2011, p. 397), considerando os limites do poder que o legislador recebeu para conformar o direito. Na verdade isso compõe a verificação do poder conformatório atribuído ao legislador, se ultrapassou ou não o poder da discricionariedade que lhe foi outorgada. É um limite à sua liberdade de conformação (MENDES; BRANCO, 2013, p. 226), que por sua vez se localiza entre a proibição de restrição excessiva e de insuficiência de proteção (SARLET, 2011, p. 397).

Nesse mote, e considerando-se que os direitos fundamentais devem ser realizados na máxima medida possível, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas, a verificação da legitimidade constitucional das medidas restritivas, exige que o princípio da proporcionalidade se desdobre nos seus três subelementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2012a, p. 588; SARLET, et al., 2012, p. 338-41).

Então, para que uma restrição seja proporcional e não excessiva o meio empregado pelo legislador, de imediato, deve ser adequado, o que se deduz se de sua utilização o fim pretendido é alcançado. A adequação quer dizer que as medidas devem promover o fim para o qual o direito foi criado e que não são admitidas medidas que impedem a realização da finalidade do direito (ALEXY, 2012a, p. 121; ALEXY, 2014, p. 02).

Alexy traz um exemplo de uma lei, uma regulamentação, que foi declarada inconstitucional por desproporcionalidade. O diploma previa a exigência de um teste de tiro a todas as pessoas que visassem licença para caça, aplicando-se isso também para aquelas que visassem a prática de falcoaria – arte de criar, cuidar e treinar falcões. A lei foi declarada desproporcional e, conseqüentemente, inconstitucional porque tal exigência para os falcoeiros não se mostrava a promover o bom exercício das atividades da falcoaria e violava a “liberdade geral de ação do falcoeiro” garantida na Lei Básica (ALEXY, 2014, p. 03).

Uma medida restritiva, ao mesmo tempo, deve ser necessária, o que significa que não deve existir outro modo eficaz e menos gravoso, menos agressivo ao direito fundamental para atingir o fim buscado (MENDES; BRANCO, 2013, p. 217; 225-6). Entre os meios empregáveis, deve ser escolhido aquele que cuja importância para o direito seja maior do que a que resultaria do outro menos gravoso (ALEXY, 2012a, p. 593; 117; 119). Caso haja outro meio de promoção do objetivo do direito, que lhe seja menos gravoso, é este que deverá ser escolhido.

Alexy (2014, p. 03) também traz um exemplo de regulamentação declarada inconstitucional por não atender à necessidade. Trata-se do caso de doces de Natal e Páscoa feitos com arroz tufado. Visando proteger o consumidor do equívoco de adquiri-los pensando se tratar de doces de chocolate uma lei proibiu os doces de arroz tufado. O Tribunal considerou inconstitucional a lei por violação do subprincípio da necessidade, visto que se poderia proteger o consumidor pela simples identificação do produto, tão somente, o que não geraria prejuízo algum aos fornecedores do outro doce.

Tanto a adequação quanto a necessidade referem a otimização no sentido de se evitar custos desnecessários, evitáveis. A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito ao sopesamento entre princípios colidentes, no sentido de que quanto maior for a interferência num deles, maior deverá ser a importância de satisfazer o outro. Isso se aplicaria quando uma restrição sobre um direito ocorre para a promoção doutro direito (ALEXY, 2014, p. 04).

Ocorre que toda medida estatal que intervir no domínio de proteção dos direitos fundamentais deve ter um fim constitucional (SILVA, V.A., 2010, p. 169), o qual pode ser a permissão para que outro direito fundamental se realize. E quando em caso de colisão restar inevitável que um deles seja restringido, a restrição deve resultar do sopesamento entre os direitos, bens ou interesses envolvidos, para que o preterido sofra o mínimo possível (ARAVENA, 2010, p.186). O ideal é a máxima realização de um direito, mas o sopesamento pode relativizar isso e permitir a realização em diferentes graus, a depender das condições que se apresentam no caso concreto. Aliás, o sopesamento, ou a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, resulta da necessidade de haver relativização em algumas situações, em função das condições que se apresentarem (ALEXY, 2012a, p. 117).

A submissão à proporcionalidade não coincide com a concepção de que os direitos fundamentais devam ser sempre limitados. Ao contrário, ela visa tutelar tanto quanto puder e estender até onde for possível a proteção que tais direitos albergam, buscando que os direitos sejam realizados na máxima medida possível, e tanto quanto admissível, compatíveis entre si (CARBONEL, 2008, p. 10). O emprego da proporcionalidade implica na verificação daquilo que é ideal para fomentar a realização do fim pretendido (SILVA V. A., 2010, p. 169). Dessa forma os direitos fundamentais servem de limites à sua própria restrição (ALEXY, 2012a, p. 295-6).

Ademais disso, qualquer restrição intensa a direito fundamental, sendo sempre uma exceção, exige justificação (ALEXY, 2012a, p. 299). Qualquer intervenção num direito fundamental, de acordo com Alexy (2014, p. 06), há que ser, além de equilibrada, correta, sendo que essa correção depende de que seja justificada. Assim devem ser fundamentadas em razões relevantes, num motivo concreto, compreensível, e, passível de revisão. Isso significa que há uma exigência para que sejam razoáveis, proporcionais, adequadas, não abusivas (ARAVENA, 2010, p.186).

Para Virgílio A. da Silva, (2010, p.142) materialmente as restrições a direitos fundamentais ocorrem por meio de princípios, mas há possibilidade de restrições por regras. A concepção de Borowski (2000, p. 40) vai nessa mesma direção. Borowski chama a atenção para a relação existente entre a teoria dos princípios e a teoria das restrições aos direitos fundamentais. Se um direito é assegurado por uma regra, ele é não limitável, ao que se refere a teoria interna, anteriormente vista. Ele não é suscetível à ponderação nem na possibilidade de colisão com outros bens ou direitos. A aplicação do direito, segundo este prisma exige a concretização plena de seu conteúdo. Regras

sempre conduzem à posições não-limitáveis. Doutro lado, se for um princípio que garante o direito, tem-se então um direito limitável, ao qual se refere a teoria externa. As normas que restringem a realização de um princípio são as restrições deste princípio. Estas fazem com que aquilo que tenha sido ordenado *prima facie* por um princípio não seja mais definitivo (BOROWSKI, 2000, p. 39-40).

Uma restrição mediante regra ocorre quando a regra entra em vigor e altera um direito fundamental até então tido por definitivo. Uma restrição mediante princípio é um tanto mais complexa. Um princípio é um mandamento de otimização, exige que o direito se realize no máximo grau possível, e portanto busca a maior proteção possível para um direito (BOROWSKI, 2000, p. 40-2), o que ocorre em situações fáticas e jurídicas ideais. Mas, também significa que a depender destas, a proteção pode ser relativizada e alcançar diferentes graus (ALEXY, 2012a, p. 117).

Mesmo a restrição de um direito por regras sustenta-se nos princípios constitucionais, o que explica a restrição de direitos fundamentais por leis, do contrário, se radicasse tão somente na lei, não seria eficaz. Ora, os direitos fundamentais não podem ser restringidos por normas de hierarquia inferior, mas quando a lei da restrição é sustentada em princípios constitucionais, ocorre uma colisão de normas de igual hierarquia, solucionável mediante ponderação (BOROWSKI, 2000, p. 40-2).

A ponderação é um método empregado na aplicação das normas princípio, restringíveis, *prima facie*, o qual permite que se alcance seu conteúdo definitivamente protegido. Assim, o conteúdo dos direitos depende do procedimento da ponderação de normas *prima facie* sopesadas entre si (BOROWSKI, 2000, p. 43).

Mas há teorias, como a de Haberle, que defendem a possibilidade do emprego da ponderação também na determinação do conteúdo de direitos não limitáveis, definidos por regras (BOROWSKI, 2000, p. 43).

Como visto, as restrições precisam ser constitucionais e que a constitucionalidade da restrição normativa é verificada a partir do plano formal e material. A constitucionalidade formal refere a competência, o procedimento e a forma que o legislador adotou. A inconstitucionalidade material diz respeito à violação de direitos ou bens coletivos protegidos pela Constituição ou às restrições excessivas destes bens

Há inúmeras possibilidades de acontecerem restrições, e não raro uma pretendida restrição não preenche as condições supra referidas, e mesmo assim são reconhecidas pelos órgãos estatais como válidas, embora não o sejam ou sejam

ilegítimas. Nestas situações o que se tem são restrições fáticas, ou arbitrariedades. Elas representam um entrave ao exercício do direito, mas ilegítimo, e não constituem restrições verdadeiras, pelo não cumprimento dos requisitos a elas estabelecidos, e, portanto, são apenas intervenções (ARAVENA, 2010, p. 188).

CAPÍTULO II – O DEVER DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1 POBREZA E DEFICIÊNCIA: UMA REALIDADE QUE SE RETROALIMENTA

A ONU relata que 15 % da população mundial é composta por pessoas com alguma deficiência, o que equivale a cerca de 1 bilhão de pessoas, sendo que 80% delas estão nos países em desenvolvimento (UNITED NATIONS, 2013).

Neste contexto, é especialmente relevante em termos de Direitos Humanos, a informação de que 20% das pessoas mais pobres do planeta tem alguma deficiência, o que deixa transparente a estreita ligação entre a deficiência e a pobreza, relação há tempos apontada pelo Programa de Ação Mundial para as Pessoas com deficiência das Nações Unidas:

Se o risco de deficiência é muito maior entre os pobres, a recíproca também é verdadeira. O nascimento de uma criança deficiente ou o surgimento de uma deficiência numa pessoa da família pode significar uma carga pesada para os limitados recursos dessa família e afeta a sua moral, afundando-a ainda mais na pobreza. O efeito conjunto desses fatores faz com que a proporção de pessoas deficientes seja mais elevada nas camadas mais carentes da sociedade. Por esta razão, o número de famílias carentes atingidas pelo problema aumenta continuamente em termos absolutos. Os efeitos dessas tendências constituem sérios obstáculos para o processo de desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, Programa de Ação Mundial para as Pessoas com deficiência, 1982).

A situação destas pessoas é tanto mais grave quanto menos desenvolvido for o Estado onde se verifique, pois que nestes há precarização dos direitos sociais que lhe seriam necessários (MADRUGA, 2013, p. 57).

Especialmente, na América Latina a deficiência normalmente aparece associada a uma situação de pobreza material extrema, pois que 70% das pessoas com deficiência não possui alocação laboral, cerca de 25% do total da população apresenta algum tipo de deficiência, sendo que desse número 82% é obrigada a sobreviver abaixo do limiar da pobreza, a qual atinge não somente a pessoa com deficiência, mas também

à sua família. E, se for considerada uma média de três pessoas por grupo familiar, resultará tipificado um quadro de pobreza endêmica na região (GARCÍA, 2006, p. 33;152; 421-2).

No Brasil, de acordo com as informações do Censo realizado em 2010, são mais de 45 milhões de pessoas com alguma deficiência, ou 23,9% da população total que em 2010 alcançou 190.755.799 habitantes (IBGE, 2010). Desta, são mais de 6 milhões de pessoas com deficiência expostas à exclusão social, sobrevivendo com renda inferior a meio salário mínimo mensal, sem acesso às condições minimamente dignas de vida (MADRUGA, 2013, p. 56).

Ainda com relação a números Larson (2014, p. 228) chama a atenção para o fato de que nos países em desenvolvimento as pesquisas indicam que de 80 a 90% das pessoas com deficiência são desempregadas. E, as que trabalham estão sujeitas a remunerações muito menores às oferecidas aos demais trabalhadores, ou não recebem remuneração alguma, o que ocorre inclusive nas instituições voltadas a estas pessoas.

Não é difícil visualizar que a pobreza e a deficiência se retroalimentam. Esse elo negativo, entre a deficiência e a pobreza, prevalece no mundo inteiro tendo como consequência, ao fim e ao cabo, a marginalização e a exclusão social.

Assim, não há dúvidas de que a questão da proteção das pessoas com deficiência constitua um tema de direitos humanos, cuja abordagem se faz urgente justamente em função do “fenômeno conjunto da fome, pobreza e exclusão, agravado pela globalização econômica, e em torno da riqueza humana como critério de valor” (MADRUGA, 2013, p. 23; 57).

A pobreza é o resultado da falta crônica de recursos materiais, com potencialidade de causar uma situação de vida incompatível com a dignidade humana. A fome tem origem na pobreza, e constitui junto com esta a principal causa de vida subumana. A união destas duas condições desedifica o caráter da humanidade constante em cada pessoa e molesta o mais ínfimo traço de direitos humanos fundamentais, especialmente daquelas mais desfavorecidos socialmente, como é o caso das pessoas com deficiência.

Quadro especialmente delicado, e que bem retrata a relação entre a pobreza e a miséria, é o das crianças com deficiência. São elas que tem maior probabilidade de serem pobres, se comparadas com as que não apresentam deficiência. E, as crianças pobres estão mais expostas à deficiência do que as de família de maior renda. Somada a

estas perspectivas desfavoráveis vai a constatação de que a pobreza na infância é um limitador das oportunidades do desenrolar da vida (MADRUGA, 2013, p. 55).

A deficiência pode ser tanto resultado quanto causa da pobreza que a pessoa enfrenta durante a vida E por isso que a deficiência também pode ser concebida como uma expressão da pobreza (BORTOLLETO FILHO, 2009, p. 60).

A dramaticidade do quadro ultrapassa a frieza dos dados estatísticos e das teorias. Fatidicamente todos os dias milhares de pessoas com deficiência precisam encarar, além das suas limitações, a miséria, a qual expõe seus corpos – físico e mente - à ainda maior expiação pela situação crônica de carência de recursos materiais, que além das consequências sobre físico lhes trará, obviamente, implicações emocionais. Para estas pessoas, a pobreza é uma realidade ainda mais infeliz, que lhes expõem à vida de uma forma degradante. Isso é sofrimento.

É inegável que a qualidade de vida de uma pessoa com deficiência depende também, e em grande medida dos recursos materiais de que dispõe. Exposta à miséria, a pessoa com deficiência sofre de forma muito mais intensa, pelos efeitos de ambas as condições, da pobreza e das limitações e de seus derivados. Sobrevivem em maior exposição a outras intempéries da vida, como as doenças, a desnutrição, o estresse familiar, as carências afetivas, à falta de perspectiva, à depressão, à discriminação e à exclusão, ao maior risco de violência e exploração (GARCÍA, 2006, 221-4).

A deficiência que já representa uma situação de vulnerabilidade social, associada à pobreza, então, tem a capacidade de se transformar na expressão mais completa materialização da exclusão e da lesão a direitos humanos (BORTOLLETO FILHO, 2009).

Para piorar, a marginalização e as privações resultantes da pobreza que se repetem geração após geração, parecem conduzir a uma infame e consolidada desesperança de que possa existir alguma alteração positiva. Como um fatalismo fundido à pessoa, uma sensação de impotência e resignação, que conduz a aceitar um destino desumano e cruel (GARCÍA, 2006, p. 197) de exposição aos maiores riscos sociais e à dependência estatal, frente às despesas elevadas decorrentes de sua condição (MADRUGA, 2013, p. 55).

Nesse quadro pinta-se normalmente de um lado os governos alegando falta de recursos para acudi-los e do outro a clara a insuficiência ou ausência de prioridade social resultante da inversão que considera como despesa a distribuição de recursos. Assim, o arremate ocorre com milhares de pessoas com deficiência, privadas da

segurança social, sem resguardo ou provimento das suas necessidades básicas (GARCÍA, 2006, p. 234).

Contudo, se está tratando de pessoas, de seres humanos. Portanto, a questão da proteção das pessoas com deficiência é relativa a Direitos Humanos, direitos cujos destinatários são os humanos, todos os seres humanos. São direitos que a pessoa tem pelo fato de ter humanidade, para proteger a dignidade que lhe compõe. Não se trata de direitos advindos de uma concessão da sociedade política. Precedem-na. E ela tem o dever de consagrá-los e de respeitá-los (HERKENHOFF, 2004, p. 94).

A obrigação de proteger as pessoas com deficiência fundamenta-se unicamente na sua condição humana, na sua dignidade, e em todos os atributos indispensáveis à essa condição, a igualdade enquanto isonomia, e o seu direito à diferença, a liberdade e autonomia, a sua condição de ser social, o seu direito de participação, à sua individualidade, ao seu direito à diferença.

A dignidade humana antecede ao Estado, e a positivação busca dar-lhe eficácia. Mas, infelizmente, sequer esta previsão nos ordenamentos internacionais ou nacionais basta a garantir a dignidade da pessoa com deficiência, excluídas social, política, cultural e economicamente. Isso, de forma muito mais intensa quando próximas da pobreza.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio de injustiças (SARLET, 2009, p. 35)

Ora, a dignidade da pessoa humana não concebe a manutenção da pessoa num quadro de exclusão social, sem chances de ter uma vida minimamente decente. Como destaca Savaris (2011, p.299) a vida restrita à exclusão e à miséria, ao mero indispensável para sobreviver, é imprópria, reduz a pessoa. O ser humano precisa de muito mais para realizar-se. Neste sentido a posição de Sarlet:

A pobreza configura violação da dignidade da pessoa humana sempre que ela implica em exclusão e *deficit* efetivo da autodeterminação. Isso se verifica “sempre que as pessoas são forçadas a viverem na pobreza e na exclusão, em função de decisões tomadas por outras pessoas no âmbito dos processos políticos, sociais e econômicos”.

Mas a ligação entre a dignidade da pessoa humana e a pobreza não se limita apenas ao *deficit* de autodeterminação, privação do mínimo existencial. Manifesta-se também pela humilhação e exclusão a que fica sujeito o que é atingido pela pobreza extrema (SARLET I. W., 2011a, p. 113).

Ninguém consegue se manter dignamente, exposto à miséria e a ingerências. Nesse contexto as pessoas com deficiência precisam de um mínimo de segurança material, social para que não estejam expostas a sujeições, coisificação, marginalização, enfim, à exclusão.

A questão da inclusão das pessoas com deficiência não abrange somente alterações de estruturas, acesso a recursos, tecnologias, serviços. Depende também de se resolver uma questão de fundo, ligada à forma de compreendê-las e considerá-las a partir de seu valor de humanidade, independentemente da utilidade ou produtividade (MADRUGA, 2013, p. 111). É necessário perceber a pessoa com deficiência como um igual em dignidade, uma pessoa com direito às mesmas oportunidades disponibilizadas às demais pessoas.

Ademais, um dos ideários dos Direitos Humanos é o reconhecimento da igualdade entre as pessoas, e isso ocupa as agendas das instituições internacionais e dos Estados no que tange à ordem econômica, social e política (MADRUGA, 2013, p. 2013).

Tal qual a dignidade, a igualdade é um direito que antecede ao Estado ou qualquer organização que lhe tenha precedido. Enquanto direito fundamental, a Igualdade resguarda a Dignidade da Pessoa Humana, e dessa forma, importa às pessoas com deficiência a igualdade material, a que tem possibilidade de permitir-lhes iguais oportunidades e tratamento especial para que de fato alcancem estas oportunidades e o desenvolvimento.

A igualdade de oportunidade para todos representa o que se pode considerar como justo num ideal humanitário. Assim, entende-se que a todos devem ser garantidos padrões mínimos de oportunidades, para que possam buscar seu desenvolvimento na sociedade. Trata-se de se garantir a todos as oportunidades razoáveis de êxito, de condições para suprir suas necessidades básicas, de desenvolver seus planos de vida. Nesse sentido a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência deve focar na inclusão, tanto pela eliminação dos obstáculos que se impuserem à participação e

desenvolvimento na sociedade quanto por medidas inclusivas (MADRUGA, 2013, p. 126).

Essa face da igualdade, material, de permitir tratamento ao desigual, na medida de sua desigualdade, para que possa também alcançar igualdade tem previsão em constituições, em leis, nas doutrinas, sendo inclusive tida como significado da justiça (LIMA, 2011, p. 232). Em relação às pessoas com deficiência, isso implica tanto em reconhecer sua desvantagem histórica, decorrente da interação das limitações com os fatores sociais, quanto em verificar que, se trata de um problema social, de amplas dimensões e que o Estado tem a responsabilidade de atuar neste quadro. É necessário, como adverte Riddle (2014, p. 95) levar a sério a questão da materialização da igualdade material para as pessoas com deficiência, retirando-a das previsões jurídicas internacionais e nacionais, pois apesar de serem muitas ainda a estamos negligenciando e temos uma vaga ideia “do que queremos dizer quando falamos de igualdade”, o que se torna ainda mais grave quando é verificada a incapacidade de tratar a respeito do que, de fato, a experiência da deficiência acarreta (RIDDLE, 2014, p. 95). E assim, não é de admirar que apesar de tantas previsões legais, prevalece a enorme desigualdade ainda enfrentada hodiernamente pelas pessoas com deficiência. Há muito a ser feito ainda.

Destarte, na expressão dos números supra citados e no contexto da realidade vivenciada pelas pessoas com deficiência reside a importância do tema da proteção destas pessoas, pois embora já se tenha por senso comum a concepção de que todas as pessoas nasçam livres e iguais em direitos, amiúde as pessoas com deficiência estiveram e, podem estar ainda, mais expostas a desvantagens e à desigualdade nas oportunidades de participação social.

Estas pessoas, dadas suas peculiaridades, são afetadas de forma desproporcional pelas tradicionais estruturas sociais (RIDDLE, 2014, p. 94), e fazem parte do grupo que tradicionalmente sofreu injustiças maiores do que as impostas às demais pessoas ao longo da história da humanidade (JAKUTIS, 2006, p. 22; 299). O sistema de Direitos Humanos Internacionais preocupa-se, especialmente com os direitos destes grupos, a que também se convencionou denominar de minorias, e de certa forma são a razão de existir destes direitos. O dever de proteção das pessoas com deficiência é decorrência dessa preocupação, a qual se volta aos seus valores humanos, àquilo que lhes assegura o tratamento de seres humanos, sujeitos de direitos, detentores de dignidade humana (MADRUGA, 2013, p. 102-3).

Passa-se então, a tratar especificamente do sistema de direitos internacionais especialmente voltado às Pessoas com deficiência.

2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA: DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS

O enfoque das Nações Unidas em relação aos instrumentos voltados às pessoas com deficiência desperta distinto interesse. Isso se justifica devido a ter proclamado o mais importante instrumento internacional, com força vinculante e especialmente voltado a estas pessoas, a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, de extrema relevância em termos de tratados de direitos humanos. Além disso, o foco nas Nações Unidas decorre do papel peculiar que o referido instrumento desempenha no ordenamento jurídico pátrio.

A universalização dos direitos humanos é acompanhada pela especificação da sua proteção, no âmbito dos Estados e no âmbito internacional. Alguns direitos se singularizam devido à especificidade, à peculiaridade da situação que os contém, e os torna merecedores de especial atenção em respeito à Dignidade da Pessoa Humana. Este é o caso dos direitos das pessoas com deficiência (MENDES; BRANCO, 2013, p. 156).

No que tange aos direitos humanos, ao que mostram os atuais instrumentos internacionais, acredita-se que a humanidade esteja trilhando o caminho de sua evolução, o que implica na alteração positiva de suas concepções acerca da própria condição humana e na busca da efetivação de medidas que venham a resguardá-la e promovê-la.

A compreensão das razões e consequências da consideração da deficiência como um tema de direitos humanos obrigatoriamente passa pela evolução de tratamento dispensado às pessoas com deficiência até a atual concepção alcançada de que mais do que uma questão restrita às limitações fisiológicas individuais a ocorrência da deficiência envolve fatores sociais. Devido às estas alterações no enfoque o direito nacional e internacional tem buscado se adequar para proporcionar as respostas jurídicas adequadas (GARCÍA, 2006, p. 267).

A história é testemunha da situação nefasta a que foram submetidas as pessoas com deficiência ao longo dos tempos, e que se mostra tanto pior quanto mais se alonga o caminho ao passado. Com o fito de compreender a evolução da proteção dos direitos

da pessoa com deficiência, bem como o atual quadro e, buscando algumas perspectivas acerca do que virá nessa senda, passa-se a analisar alguns aspectos históricos acerca do tema no item que segue.

2.1 A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Neste item a abordagem centra-se nos aspectos da evolução histórica da consideração dispendida às pessoas com deficiência bem como os instrumentos internacionais específicos a resguardar e proteger os direitos das mesmas.

Historicamente preferiu-se relegar as pessoas com deficiência à segregação e à caridade em vez de estabelecer-lhes direitos específicos. Seja por medo, por vergonha ou por ignorância de como lidar com a situação da diferença, é bem conhecida a história das práticas de isolamento e eliminação de seres humanos que se afastavam do *standard* típico do ser humano. Numa realidade, que sequer pode ser considerada distante ao ponto de parecer quimérica, essas pessoas foram submetidas a um paradigma de esquecimento e marginalização (SILVA, 2013, p. 75), limitadas a uma convivência social familiar e, ainda assim, com privações, dado o fato de terem nascido num corpo, e/ou com uma mente não conforme ao modelo comum.

O tratamento social dado às pessoas com deficiência, via de regra, sempre foi dicotômico, ora de segregação ou exclusão, ora de caridade (SILVA J. L., 2010, p. 201), dificilmente considerando-as como sujeitos de direito (GOLDFARB, 2009, p. 25-6). Isso não se distancia muito da contemporaneidade, pois ainda no Estado Moderno as pessoas com deficiência eram tidas como civilmente mortas, pois “não tinham direito a ter direito” (SILVA, 2009, p. 115).

A partir da Revolução Industrial deixam de ser apenas as guerras, as epidemias e as alterações genéticas as únicas responsáveis pelas deficiências. A precarização das condições de trabalho acabava por promover acidentes e mutilações (COSTA, 2008, p. 24). Essa sociedade industrial concebia o homem como máquina, e assim prevalecia a exigência da harmonia e perfeito funcionamento do corpo, o que resultava na exclusão social daquelas pessoas que não se enquadrassem no padrão (SILVA, 2009, p. 115).

Mas, nada se comparara às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, que mutilaram milhares de pessoas, civis e soldados, não apenas nos campos de batalhas mas também pelas práticas de extermínio justificados pela pretendida superioridade de

um padrão étnico apregoado por Hitler (SILVA, J.L., 2010, p. 210. SILVA, 2009, p. 115). Isso não se limitou aos campos de concentração, visto que estudos indicam que o *fürher* determinou a eliminação de pessoas que padecessem de deficiência mental, falando-se também que prescrevera ordem para que parteiras e médicos indicassem o nascimento de crianças com má-formação congênita, as quais poderiam ser mortas (GOLDFARB, 2009, p. 29).

O fato é que as sociedades e culturas em diversos momentos de sua história dispensaram às pessoas com deficiência práticas de segregação e eliminação, sob a justificativa de que tais seres humanos se afastavam do padrão típico do ser humano. Por conta disso, estes seres humanos suportaram a efetivação do paradigma da exclusão (SILVA, 2013, p. 75), isolados de forma a não alcançar a convivência social.

Esse tipo de tratamento, de acordo com Sidney Madruga enquadra-se no modelo da *prescidência*, que confere à deficiência um fundo religioso, pois esta carregaria a pecha de um castigo divino porque seria fruto do pecado, ou significaria o aviso do rompimento da aliança com Deus, ou portaria uma mensagem diabólica; além de considerar a pessoa com deficiência como um ser inútil à comunidade por não colaborar com suas necessidades. Nesse cenário a sociedade então prescindiria das pessoas com deficiência, seja pela adoção do submodelo eugenésicos como o infanticídio, seja pelo submodelo da marginalização, através da exclusão (MADRUGA, 2013, p. 58).

Há que se verificar, como ressalva Silva (2013, p. 68-70), que a bem da verdade, sempre houve algum traço de determinação ao respeito às pessoas com deficiência, mas de pontuais que eram, mostravam-se incapazes, no entanto, de se sobrepor ao tratamento de desigualdade. Isso não causa surpresa alguma, visto que toda coletividade sempre tem sua carga de compaixão e solidariedade em relação ao próximo (MADRUGA, 2013, p. 79).

Alguns achados em papiros do Egito Antigo destacam o respeito às pessoas com deficiência, contraposto à prática de punir com mutilação muitas condutas revesses à ordem da sociedade. Também os hebreus antigos consideravam indispensável certo respeito às pessoas com deficiência, mas ao mesmo a exclusão destas não deixava de ser um dever moral e religioso, pois segundo Costa (2008, p. 23) viam na deficiência uma punição lançada por Deus. A autora ainda cita que os hindus, ao revés dos hebreus respeitavam as pessoas com deficiência visual porque acreditavam que tinham mais proximidade com o divino, instigando-as nas funções religiosas. E, entre os gregos, uma

lei de Sólon determinava o dever de alimentação dos soldados feridos e mutilados, ao cargo do Estado (SILVA, 2013, p. 68). Da mesma forma os romanos mantinham seus soldados mutilados pelas batalhas (COSTA, 2008, p. 23). Ainda, o Cristianismo comandou o acolhimento das pessoas com incapacidades em instituições caritativas, as quais não foram mais suficientes diante da miséria reinante na Idade Moderna (SILVA, 2013, p. 68-70).

Goldfarb (2009, p. 27) observa que entre os séculos XV e XVII houveram alguns avanços relativos à proteção das pessoas portadoras de deficiência, como a criação de um código, por Girolamo Cardano, para que as pessoas desprovidas da audição pudessem ler e escrever. A autora também aponta o método Braille criado no século XIX e os progressos da medicina como formas de inclusão desse segmento societário.

Ao que parece foi no século XIX que as mudanças mais efetivas de concepção acerca das pessoas com deficiência começam a tomar corpo, ainda que ainda não se tivesse despertado para mecanismos efetivos de inclusão social. A raiz disso foram as mutilações ocasionadas na revolução industrial, e nesse contexto a questão da habilitação da reabilitação das pessoas com deficiência para o trabalho começou ganhar maior impulso, para reintroduzir a mão-de-obra nas indústrias (COSTA, 2008, p. 24).

Data da época o surgimento dos seguros sociais. Mas as pessoas com deficiência continuam sendo tidas como inaptas à participação social, o que é nítido nas legislações que restringem a possibilidade de participação na sociedade (GOLDFARB, 2009, p. 28-9).

A alteração do paradigma da exclusão para o paradigma da inclusão teve sua mola propulsora nos funestos resultados da Segunda Guerra Mundial. Com os milhares de soldados e civis mutilados pelas batalhas das grandes guerras, de forma especial pela Segunda Guerra Mundial, aumentou a pressão para alteração do paradigma da marginalização das pessoas com deficiência (MALHOTRA; HANSEN, 2011, p. 74). Ao final do conflito surgiu um modelo de concepção substituto ao da *prescindência*, o modelo *médico* ou *reabilitador*, inspirado nos efeitos que afetavam a face laboral dos soldados e civis feridos nas batalhas (MADRUGA, 2013, p. 58). Passou-se a considerar que as causas das deficiências não eram mais de fundo religioso, mas de razão científica, e que as pessoas poderiam ser habilitadas, bastando isso pra sua reinserção no mercado de trabalho e na sociedade. Era necessário “normalizar” as pessoas com deficiências, pois que o problema destas residiria somente nas suas limitações

fisiológicas ou psíquicas. Sendo a deficiência um problema individual, científico, quando a pessoa fosse fisiologicamente reabilitada, a deficiência não mais existiria (MADRUGA, 2013, p. 59).

Foi neste período pós Segunda Guerra que iniciaram expressivos movimentos pró Direitos Humanos, aos quais se somaram outros pela afirmação dos direitos das pessoas com deficiência. Imperava o receio de que o desrespeito bélico, nunca antes havido contra os direitos das pessoas, viesse a se repetir. Tanto países que participaram do grande conflito como os que não o fizeram, pensaram na criação de um ente internacional capaz de garantir os direitos humanos mínimos a todas as pessoas (SILVA, 2009, pp. 210-116).

Dessa forma, com o surgimento da Organização das Nações Unidas em 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a pessoa passa a ser considerada na sua individualidade, pela sua dignidade, como membro da família humana (SILVA, J.L., 2010, p. 210. SILVA, 2009, p. 116. SILVA, 2013, p. 75-6. MALHOTRA; HANSEN, 2011, p. 74).

Embora isso tenha repercutido positivamente sobre as pessoas com deficiência, ainda levaria um tempo para que estas passassem a ser consideradas como sujeitos de direitos humanos nas sociedades e nas teorias de justiça dominantes (MALHOTRA; HANSEN, 2011, p. 74). Apenas depois de passados quase trinta anos da criação da ONU é que sua Assembleia proclamou o primeiro documento especialmente voltado às pessoas com deficiência, como se verifica na sequência.

2.1.1 A Evolução da proteção à pessoa com deficiência no Direito Internacional

Como exposto, a criação das Nações Unidas - ONU - foi resultado de intensa mobilização mundial, em prol de se garantir os direitos humanos, após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Foi a partir dela que se começou prestar maior atenção à questão dos direitos das pessoas com deficiência nos organismos e instrumentos internacionais promovedores dos Direitos Humanos, embora essa atenção tenha se mantido no patamar da generalidade durante bem mais de vinte anos.

O primeiro destaque neste plano, mesmo que num caráter mais genérico, foi a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, “um marco na defesa dos direitos das pessoas com deficiência” nas palavras de Juliane da Silva (2010, p. 210). Muito

embora não mencione uma linha especificamente voltada ao tema da deficiência, a Declaração estabelece que o núcleo dos direitos de todas as pessoas é a Dignidade Humana.

Assim, diante do caráter universalista da Declaração, as pessoas com deficiência estavam contidas nas suas previsões. O documento reconhece que todas as pessoas, sujeitos de direito, nascem livres e iguais em direitos; com direito à vida, à liberdade e à segurança e com o dever de agir fraternalmente umas com as outras. Mas, a maior contribuição desta Declaração foi a importância atribuída ao valor inderrogável da Dignidade da Pessoa Humana, inaugurando um sistema global de proteção dos direitos humanos (SILVA, J.L., 2010, p. 211).

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos foram elaborados muitos outros documentos pelos Organismos Internacionais, voltados aos direitos humanos, mas não trataram especificamente das pessoas com deficiência².

Sequer o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, fez alguma menção especialmente voltada às pessoas com deficiência. Contudo, isso não significa que os direitos nele contidos não se aplicam a estas pessoas. As Observações Gerais do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, responsável pela supervisão do PIDESC, dão conta da aplicação destes direitos, especificamente às pessoas com deficiência.

A aplicação ou a observação da aplicação do PIDESC tem sido monitorada através de documentos denominados Observações. Na Observação de número 19 o artigo 20 refere especificamente a importância de prestar apoio suficiente às pessoas com deficiência, que por sua condição ou fatores relacionados à ela, não disponham de renda suficiente, nem condições de obtê-la pelo trabalho, seja essa situação temporária, seja definitiva. O texto estabelece que

ese apoyo debe prestarse de una manera digna, y debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos que suele conllevar la discapacidad. El apoyo prestado debe extenderse también a los familiares y otras personas que se ocupan de cuidar a la persona con discapacidad (NACIONES UNIDAS, 2008).

² Seis grandes Tratados compõem juntamente com a Declaração Universal Carta Internacional de Direitos Humanos, destinada à proteção de todas as pessoas. São eles, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), de 1965; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979, a Convenção contra a Tortura outros Tratamento ou Penas cruéis (CAT), de 1984, e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC), de 1989.

Mas há ainda uma Observação específica ao tema das pessoas com deficiência, é a Observação 05, de 1994. Ela frisa a estreita relação que tem a deficiência com os fatores econômicos, os quais impedem que estes seres humanos alcancem níveis adequados de vida, ou, que alcancem e usufruam dos direitos previstos no Pacto. A Observação 05 é muito precisa ao frisar que apesar do PIDESC não referir diretamente as pessoas com deficiência a titularidade dos direitos nele contidos a estas pessoas decorre tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reconhece que todas as pessoas nascem livres e iguais em direitos e em dignidade, quanto da aplicação das disposições do PIDESC a todos os membros da sociedade. E, destaca a Observação que na medida em que se faça necessário um tratamento especial, os Estados estão comprometidos com o fornecimento de condições para que estas pessoas também usufruam dos direitos previstos no Pacto (NACIONES UNIDAS, 1994).

Foi apenas a partir dos anos de 1970 que começaram surgir instrumentos internacionais com o intuito de orientar os Estados especificamente para a garantia e a promoção dos direitos das pessoas com deficiência (Madruga, 2013, p. 75). A vinculatividade de tais documentos é variável, mas a importância da proliferação dos mesmos no avanço das medidas de integração e proteção destas pessoas é incontestável.

Passa-se então a abordar os principais documentos internacionais específicos relativos aos direitos das pessoas com deficiência, com vistas principalmente à análise da evolução do tratamento e da inclusão propiciada pelos mesmos.

2.1.1.1 A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes

Essa Declaração não foi, na verdade, o primeiro documento das Nações Unidas sobre as pessoas com deficiência. Esta posição cabe à Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, de 20/12/1971. Nessa, conforme explica Silva, J. L., (2010, p. 212), o objetivo era garantir a tais pessoas, no máximo das possibilidades, direitos iguais aos dos seus concidadãos, permitindo-lhe usufruir de uma vida digna, saúde, educação, segurança econômica, reabilitação profissional.

Mas, em seguida as Nações Unidas direcionam atenção a todas as pessoas com deficiências, não apenas as mencionadas na Declaração supra referida. E, em

09/12/1975, sua Assembleia Geral aprova a “Declaração dos direitos das pessoas deficientes”, através da Resolução 3447.

A primeira observação a ser feita é quanto à nomenclatura: “pessoas deficientes”. A conceituação alude a pessoa “incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”. Observa-se claramente que considera apenas critérios clínicos como óbices a que estas pessoas tenham uma vida normal.

O direito à não-discriminação é o primeiro direito trazido pelo texto, seguido pelo direito ao respeito à dignidade humana e demais direitos que possuem as outras pessoas, sejam civis ou políticos, apontando a possibilidade de restrição àqueles que denomina “mentalmente deficientes” e “mentalmente retardadas”. A capacitação, reabilitação, realização de tratamentos, acesso à educação, assistência, condições de vida decente são direitos previstos a fim de permitir a integração social. A Declaração pretende que as pessoas ditas “deficientes” tenham uma vida normal e que não sejam submetidas a tratamento diferencial, sequer no ambiente familiar. A possibilidade de estabelecimento especial é indicado apenas para casos necessários, e mesmo assim, em condições que sejam próximas do ambiente normal da pessoa. Ainda frisa a proteção contra a exploração e a consideração da condição física e mental.

A Declaração também estabeleceu que os Estados deveriam constar as necessidades especiais nos planejamentos econômico e social.

2.1.1.2 O Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência e outros instrumentos internacionais contemporâneos

Em 1978 a ONU realizou em Manila, Filipinas, a II Conferência Internacional sobre Legislação relativa às Pessoas portadoras de deficiência, onde se consagrou o ano de 1981 como o Ano Internacional da Pessoa Deficiente, sob o lema “Participação plena e Igualdade”. O objetivo era o de atrair a atenção da comunidade internacional à situação de desigualdade das pessoas portadoras de deficiência, a qual as impedia de ter acesso a oportunidades e de usufruir as melhorias trazidas pelo desenvolvimento econômico, tal qual ocorria com os demais. Assim, o ano de 1981 foi marcado por intensas discussões que evidenciaram a necessidade de medidas hábeis a alterar o cenário desenhado, ou seja, medidas preventivas, de reabilitação, voltadas ao

desenvolvimento de habilidades e de condições de acessibilidade e igualdade. Enfim, mostrava a imprescindibilidade de se proporcionar condições à plena participação da pessoa com deficiência na sociedade (SÃO PAULO, s.d.. CORDE, 2007, p. 06).

O resultado dessas discussões fora justamente a elaboração do Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência (*World Programme of Action Concerning Disabled Persons*) aprovado pela Resolução n. 37/52 em 03 de dezembro de 1982, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (NAÇÕES UNIDAS, 1982).

Com o postulado básico da igualdade de oportunidades, o Programa constituiu um marco na elaboração de medidas efetivas relativas aos direitos das pessoas com deficiência. Definiu-se que a realização do Programa deveria ocorrer no interregno de 1982 a 1992, denominado de Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência (GUGEL, 2006, p. 02).

O texto do Programa foi dividido em três partes. A primeira é relativa aos objetivos, o histórico, os princípios que lhe baseiam e as definições. A segunda pontua a situação enfrentada quando da elaboração do programa, em relação, por exemplo, aos países em desenvolvimento, aos grupos especiais, à prevenção e reabilitação, às oportunidades. A terceira parte traz as propostas para a execução do programa em âmbito nacional dos países signatários e também no âmbito internacional (NAÇÕES UNIDAS, 1982).

Observa-se quanto às nomenclaturas que, apesar da tradução do Programa para o português (NAÇÕES UNIDAS, 1982) utilizar no título a expressão “pessoas com deficiência” e não “pessoa deficiente” como utilizado nos documentos anteriores, o texto original mantém a expressão *disable person*. No desenrolar do texto permanece a expressão “pessoa deficiente” e “pessoa portadora de deficiência”.

Os objetivos deste Programa, em consonância com o lema do ano que lhe moldou, centram-se na prevenção da deficiência, na busca da reabilitação e da realização dos objetivos de "igualdade" e "participação plena" das pessoas com deficiência na sociedade, de forma que possam também alcançar e usufruir os frutos do desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, 1982).

Assim, sob a diretriz da igualdade de oportunidades, o Programa visava para as pessoas com deficiência oportunidades de acesso à cultura, transporte, saúde, habitação, serviços sociais, educação, esporte, trabalho e lazer. Além disso, com foco na prevenção, o texto enfatiza que muitas deficiências poderiam ser evitadas com medidas simples contra a desnutrição, a poluição e a contaminação, as más condições de vida, a

falta ou deficiente assistência pré-natal, os acidentes, e assim recomenda estratégias preventivas, como imunização, e assistência dos Estados (NAÇÕES UNIDAS, 1982).

Quanto às definições contidas no texto das Nações Unidas (1982), se destacam as de deficiência, incapacidade e invalidez:

Deficiência: Toda perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica.

Incapacidade: Toda restrição ou ausência (devido a uma deficiência), para realizar uma atividade de forma ou dentro dos parâmetros considerados normais para um ser humano.

Invalidez: Um situação desvantajosa para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou de uma incapacidade que limita ou impede o desempenho de uma função normal no seu caso (levando-se em conta a idade, o sexo e fatores sociais e culturais).

Verifica-se que o meio, a ausência de oportunidades e possibilidades fundamentais à vida e ao desenvolvimento é trazida como fator determinante do resultado de uma deficiência ou incapacidade (GOLDFARB, 2009, p. 53; NAÇÕES UNIDAS, 1982). O texto expressa o entendimento de que o contexto social, ambiental e cultural em que se insere a “pessoa deficiente” pode causar-lhe incapacidade ou a invalidez:

(...) a incapacidade existe em função da relação entre as pessoas deficientes e o seu ambiente. Ocorre quando essas pessoas se deparam com barreiras culturais, físicas ou sociais que impedem o seu acesso aos diversos sistemas da sociedade que se encontram à disposição dos demais cidadãos. Portanto, a incapacidade é a perda, ou a limitação, das oportunidades de participar da vida em igualdade de condições com os demais.

(...)

A pessoa vê-se relegada à invalidez quando lhe são negadas as oportunidades de que dispõe, em geral, a comunidade, e que são necessárias aos aspectos fundamentais da vida, inclusive a vida familiar, a educação, o trabalho, a habitação, a segurança econômica e pessoal, a participação em grupos sociais e políticos, as atividades religiosas, os relacionamentos afetivos e sexuais, o acesso às instalações públicas, a liberdade de movimentação e o estilo geral da vida diária (NAÇÕES UNIDAS, 1982).

O Programa recomenda a adequação da estrutura social e dos programas de governo para a existência das “pessoas deficientes”, o que implica na eliminação de obstáculos à participação plena e fornecimento dos serviços especiais de que podem necessitar as pessoas deficientes como dos serviços gerais de um país. Considera que a participação efetiva das “pessoas deficientes” na vida e na sociedade se dará, essencialmente através da implementação de medidas políticas e sociais, entre as quais

programas de ensino e de trabalho, programas socioculturais, medidas de acessibilidade, saúde pública e reabilitação, formação pessoal e profissional. Assim o foco começa voltar à capacidade e não à limitação, pois o Programa incentiva o desenvolvimento das capacidades destas pessoas, oportunidades de carreira e formação profissional.

2.1.1.3 Tratados, Convenções e Declarações paralelos à Década das Nações Unidas para as Pessoas com deficiência

Paralelamente à Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência houve a mobilização doutros organismos de direito internacional em volta das garantias dos direitos das pessoas com deficiência.

Um primeiro exemplo é a Declaração de Sundenberg, da UNESCO. Foi redigida na Conferência Mundial sobre ações e Estratégias para a Educação, Prevenção e Integração dos Impedidos, realizada em Terremolinos, na Espanha, no ano de 1981. Essa conferência expôs a urgência de ações para assegurar medidas voltadas à educação e profissionalização das pessoas com deficiência. A realização do evento nesse ano foi significativa, visto que 1981 foi eleito pela ONU como *Ano Internacional das Pessoas Deficientes*. Foi um documento de grande importância para a mundialização da Década das Nações Unidas das Pessoas com Deficiência (UNESCO, 1981).

A Declaração de Sundenberg “foi o início de uma década destinada a estimular o cumprimento dos direitos dessas pessoas à educação, à saúde e ao trabalho” (CARVALHO, 2002, p. 35).

Outro exemplo data de 1983, a Convenção 159 da OIT sobre a reabilitação e o emprego de “pessoas deficientes” e sua a Recomendação 168 (LOPES, 2009, p. 39). Antes disso, a OIT havia feito menção ao tema na Recomendação 99 de 1955, acerca da reabilitação e orientação vocacional das pessoas com deficiência para o trabalho, aumentando-lhes as oportunidades de inserção do mercado de trabalho. Também trata da proteção do emprego, e traz disposições específicas para as crianças e jovens com deficiência, no que diz respeito à educação e formação profissional (OIT, 1955).

Também se destaca o Tratado de Amsterdã, de 1997, cujo mote é o incentivo à promoção da inclusão da pessoa com deficiência na Comunidade Europeia e a coibição por Tribunal próprio da discriminação e afronta aos direitos fundamentais (FONSECA, 2013, p. 95).

Seguiu-se a isso a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiência, também conhecida como a Convenção da Guatemala, de 1999. Foi ratificada pelo Brasil em 2001 e também é voltada à eliminação de discriminação contra as pessoas com deficiência (FONSECA, 2013, p. 95-6). De acordo com Fonseca (2013) a importância dessa Convenção deve-se ao fato de que foi a primeira Convenção Internacional a fazer menção ao conceito social de deficiência, pois no artigo 1º a define como uma restrição mental, sensorial ou física que limita a capacidade da pessoa exercer as atividades essenciais da sua vida e que tenha sido causada ou agravada pelo ambiente econômico e social:

Artigo I – (...) O termo “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Madruga (2013, p. 275) tem entendimento diverso de Fonseca. Para ele o modelo social só foi empregado na sua completude mais tarde e nesta Convenção a limitação individual da pessoa permanece em primeiro plano, não os fatores sociais como ocorre no modelo social, empregado posteriormente, noutra Convenção.

Observa-se que a deficiência em associação aos aspectos sociais já havia sido mencionada também no Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência (NAÇÕES UNIDAS, 1982), o que denota que a tentativa dessa vinculação antecede à Convenção da Guatemala. A Convenção Interamericana, segundo salienta Goldfarb, levou em conta todos os Convênios e Declarações Internacionais promulgados que o antecederam, o que justifica a menção aos fatores sociais, mencionados no Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência.

Destarte, o foco da Convenção também contém os objetivos dos documentos anteriores quanto à prevenção, tratamento, reabilitação, formação ocupacional, prestação de serviços hábeis a permitir a ampla inclusão social e a sensibilização da comunidade para eliminar o preconceito. Além disso, prevê a cooperação entre os Estados-partes para alcançar tais fins (GOLDFARB, 2009, p. 55-6).

Este documento abrange apenas os 35 países do sistema americano, e não há precedentes nos Sistemas Europeu e Africano, o que o estabelece como a única norma regional de caráter vinculante especificamente voltada para as pessoas com deficiência (LOPES, 2009, p. 42-3). Talvez, devido à essa vinculatividade é que tenha sido

considerado o primeiro instrumento internacional que de forma mais expressiva se dedicou à proteção e garantia dos direitos das pessoas com deficiência no mundo (MADRUGA, 2013, p. 271).

Após Guatemala vieram outras Declarações Internacionais, como a de Madrid, Caracas e de Sapporo, todas de 2002, e a de Quito, de 2003 (FONSECA, 2013, p. 96). E, de especial destaque para o Brasil e para o mundo, a Convenção de Nova Iorque, ou Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 30 de março de 2007, internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de Emenda Constitucional pelo Decreto 6. 949/2009 (FOLMANN; SOARES, 2012, p. 31), da qual se trata adiante.

Todos esses trabalhos ocorreram após o Programa Mundial de Ações para as pessoas Deficientes, buscando sempre uma maior efetividade das ações de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiências. Aí está a maior importância daquele Programa, a de ter servido de mola propulsora e de ter despertado a preocupação e a dedicação internacional, a organização de movimentos de representantes desse segmento da sociedade, a conscientização da necessidade de medidas concretas para que estas pessoas tenham de fato a igualdade, a liberdade e a dignidade pertencentes a qualquer pessoa.

2.1.1.4 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ou, Convenção de New York

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiram instrumentos internacionais de proteção às pessoas com deficiência, porém sem que tivessem alcançado a eficiência que se desejava no intento. A pressão internacional, promovida principalmente pelas organizações da sociedade civil em defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência fez com que a ONU começasse a direcionar esforços para alcançar um instrumento de maior efetividade (LOPES, 2009, p.43-4). Sinais de uma alteração começam aparecer quando surge no horizonte a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ou, Convenção de Nova Iorque (FONSECA, 2013), aprovada pelas Nações Unidas, em 2006, depois de anos intenso trabalho.

A primeira reunião para avaliar os progressos e proceder a uma revisão do Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência foi marcada para metade

da Década das Nações Unidas para Pessoas com Deficiência como explica Lopes (2009, p. 81). Isso veio acontecer em Estocolmo, em 1987, com a Reunião Mundial de Especialistas, que verificaram o andamento das medidas previstas no Programa. A pressão internacional era para que aquele discurso fosse de fato efetivado, pois poucos objetivos contidos no Programa haviam sido atingidos passados 05 anos da sua criação (LOPES, 2009, p. 40. BOTTI, 1988). A conclusão da avaliação foi da necessidade de instrumentos com maior força para garantir os propósitos escritos no Programa de 1982, o que resultou numa recomendação à Assembleia Geral para que fosse realizada uma conferência para elaborar uma Convenção Internacional específica às pessoas com deficiência, a ser ratificada ao final da década (LOPES, 2009, p.81).

A efervescência da mobilização resultante do encontro, não amadurecidos os trabalhos de forma suficiente a alcançar imediatamente uma Convenção, resultou noutro documento importante: das “Normas sobre a equiparação de oportunidades para as pessoas com deficiência”, aprovado pela Resolução 44/70 da 45ª da Assembleia Geral de 1990 e adotado de 20 de dezembro de 1993. Foi uma resposta mais imediata da ONU à exigência da comunidade internacional (LOPES, 2009, p.81). Segundo a autora, apesar da ausência de vinculatividade apresentou o diferencial de prever um instrumento de supervisão e um relator especial. O destaque ficou por conta de se constituir de uma série de recomendações significativas para a criação de políticas públicas destinadas às pessoas com deficiências.

Os anos que se seguiram foram marcados por intensas discussões nos Estados e organizações da Sociedade Civil em defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência. A pressão internacional para a elaboração de uma Convenção Internacional era cada vez mais visível nos seminários e conferências mundiais. No ano de 2000 a Comissão de Direitos Humanos da ONU começou direcionar esforços para atender essa pretensão (LOPES, 2009, p.43-4)

As ações e campanhas internacionais prosseguiram e em 19 de Dezembro de 2001 uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a proposta para um novo Tratado temático de Direitos Humanos destinada especialmente para as pessoas com deficiência, conformou o Comitê *ad hoc* e formalizou a direção das negociações internacionais (SILVA, J.L., 2010, p. 213. MALHOTRA; HANSEN, 2011, p. 74).

Iniciaram-se uma série de sessões periódicas destinadas a elaborar a Convenção, as quais tiveram a incomum característica da participação do Comitê

Internacional sobre Deficiência, criado em junho de 2003, e de diversas Organizações não-governamentais, que enriqueceram os debates e por consequência os resultados obtidos, dada a rede virtual de troca de informações com a sociedade civil, traduzindo para o comitê as reais necessidades e expectativas das pessoas com deficiência (GARCÍA, 2006, p. 82-3).

Assim, após um trabalho comprometido e transparente, de quase cinco anos, desenvolvido por um comitê de redação composto por representantes de quase todas as nações do mundo (MELISH, 2007, p. 1), em 13.12.2006 as Nações Unidas trazem à luz a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O documento foi aprovado por unanimidade, pela 61ª Assembleia Geral, através da Resolução A/61/611 de 2006 (LOPES, 2009, p.45-7). Devido à aprovação ter ocorrido na sede da ONU em New York, também passou a ser conhecido como Convenção de New York. A Convenção e seu Protocolo Facultativo entraram em vigor em 03 de maio de 2008.

Todo o processo histórico de construção de um sistema global de direitos das pessoas com deficiência, portanto, culminou na aprovação desta Convenção (SILVA, J. L., 2010, p. 213. MALHOTRA; HANSEN, 2011, p. 74). Historicamente é o Tratado de direitos Humanos mais rapidamente aprovado na história do Direito Internacional (SILVA, J.L., 2010, p. 213). Também ocupa o posto de oitavo maior Tratado de Direitos Humanos da ONU e de primeiro do século XXI (MALHOTRA; HANSEN, 2011, p. 74).

Esta Convenção é um documento amplo e vinculante, e constitui o mais abrangente e significativo instrumento internacional especificamente dedicado a promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência. Sua maior contribuição é ofertar uma compreensão mais fidedigna dos fatores relacionados à deficiência como uma questão de direitos humanos, de forma coesa a uma face do desenvolvimento social (MADRUGA, 2013, p. 271-2).

O texto da Convenção é composto por 50 artigos e o seu Protocolo facultativo é formado por 18 artigos. Daqueles 50 artigos, 30 são dedicados aos direitos humanos universais e os outros 20 dedicam-se ao seu monitoramento. O protocolo dá ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com deficiência a competência para receber e analisar comunicações de violações à Convenção, as quais tenham sido submetidas por seus jurisdicionados.

Na Convenção constam os propósitos, as definições, os princípios que lhe fundamentam, as obrigações, os direitos, os sujeitos de direito e de obrigações, os

compromissos, os objetivos, as medidas a serem adotadas, os métodos estatísticos e de controle da implementação de políticas públicas, previsão de cooperação internacional, a previsão de acompanhamento pela comunidade internacional através de relatórios, a previsão de cooperação internacional e outras previsões de aspectos formais (CORDE, 2008).

2.2 A QUEBRA DE PARADIGMAS TRAZIDA PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS

A Convenção de New York constituiu um documento histórico e pioneiro em vários sentidos. A começar, pela previsão internacional de proteção direcionada a mais de 650 milhões de pessoas com deficiência, as quais podem a partir dela recorrer às suas disposições para fazer valer seus direitos, um feito sem precedentes. Também, pelo nível de engajamento da sociedade civil durante as negociações que culminaram no documento, o que permitiu o desenvolvimento de um processo dinâmico de cooperação e confiança, benéfico aos trabalhos de implementação da Convenção, os quais devem ser contínuos e crescentes, seja em nível nacional ou internacional (MELISH, 2007, p. 01).

Mas a Convenção também abriga outras mudanças paradigmáticas no âmbito do direito humano internacional. Para Christian Courtis (2007, p. 71) a primeira é a alteração de uma série de instrumentos internacionais não obrigatórios, também conhecidos como *soft law*, tais como o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com deficiência, para um Tratado obrigatório às Nações que o ratificarem, e com mecanismos de supervisão do cumprimento. Ou seja, a alteração do direito internacional não vinculante ao direito internacional vinculante, potencializado pelos sistemas que o tornam direito local.

Outra mudança diz respeito a um rompimento do modelo que centrava as negociações dos tratados unicamente nas mãos dos Estados, as quais eram inalcançáveis e distantes das pessoas destinatárias dos direitos previstos no instrumento negociado. A Convenção inaugurou um procedimento participativo e que considera como ponto de partida da abordagem a vivência, as considerações desse público destinatário, beneficiário do Tratado (MELISH, 2007, p. 01-02).

A terceira alteração é acerca da concepção da deficiência, que se desloca do modelo assistencial médico-social centrado na incapacidade, para um foco claramente mais humano, voltado aos direitos, às capacidades e à inclusão, na necessidade da

remoção dos obstáculos que impedem a inclusão e a igualdade de participação na comunidade (MELISH, 2007, p. 01-2).

Como visto anteriormente e como observa Courtis (2007, p. 72-3), desde o Programa de Ação Mundial começou-se a vislumbrar um modelo cujas finalidades voltavam-se à plena inclusão social, vida independente e remoção dos obstáculos à participação. No entanto, ressalva Courtis, tanto naquele Programa como nos instrumentos que lhe seguiram, a conceituação da deficiência fica entre o modelo médico e o social, pois permanece nestes instrumentos a concepção de que a deficiência é um desvio negativo individual, em relação a um pretense modelo de normalidade, pelo quê se deve buscar a cura ou reabilitação.

A Convenção surgiu com o objetivo de efetivamente e incisivamente promover, proteger e assegurar às pessoas com deficiência o exercício real de seus direitos, de forma total e em paridade de condições com as demais pessoas, além de promover o respeito pela sua dignidade (CORDE, 2008).

A preocupação do direito internacional não à toa constou a dignidade por nove vezes ao longo do texto da Convenção. Começa pelo artigo 1º onde o respeito pela inerente dignidade da pessoa com deficiência é apontada como propósito da Convenção, junto com a promoção, proteção e garantia do exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos. No artigo 3º, vem como princípio da Convenção; no 8º a conscientização da sociedade sobre seu valor é apontada como compromisso dos Estados; o respeito dignidade em todas as ações voltadas às pessoas com deficiência é referido no artigo 16, o desenvolvimento do senso da dignidade é apontada como guia das ações voltadas à educação das pessoas com deficiência no artigo 24; e no artigo 25 a conscientização dos profissionais da saúde a respeito da dignidade das pessoas com deficiência é um dever do Estado (BRASIL, 2009).

A Convenção busca estar adequada aos objetivos traçados no Plano de Ação Mundial, atribuindo a estes um caráter mais enfático, reconhecendo os direitos de maneira mais consistente, mais do que estabelecer metas a serem alcançadas (COURTIS, 2007, p. 73-4). Para tanto orienta as práticas dos países na promoção da igualdade das pessoas com deficiência em diversas áreas, garantindo-lhes direitos de efetiva isonomia nas oportunidades, de não-discriminação, de proteção, de escolha, de acessibilidade, de participação e de inclusão social com plenitude, de autonomia e de independência, além do respeito à diferença e à diversidade humana, direitos culturais e sociais. Por tais motivos, constitui o mais importante instrumento de proteção e

promoção dos direitos das pessoas com deficiência (MALHOTRA; HANSEN, 2011, p. 74. BRASIL, 2009).

O direito à igualdade é mencionado no texto por quarenta e três vezes, referindo a igualdade de oportunidade, igualdade de condições com as demais pessoas para o exercício dos direitos, igualdade entre homem e mulher, dever dos Estados promoverem o direito à igualdade e não discriminação, e medidas para o alcance da igualdade efetiva. Fica transparente que a igualdade pretendida para as pessoas com deficiência é a material (BRASIL, 2009).

A autonomia e a independência das pessoas com deficiência são enfatizados pela Convenção. O direito de viver e ser incluído numa comunidade consta pela primeira vez num tratado internacional. O direito à igualdade de tratamento e oportunidade também são grifados. E há várias passagens que se dedicam à diversidade, tanto como valor aportado à sociedade, quanto à diversidade de situações e exigências no coletivo das pessoas com deficiência. Há que se assinalar ainda o destaque atribuído pela Convenção, às necessidades de especial tratamento e proteção decorrente da maior exposição das pessoas com deficiência a situações de risco e vulnerabilidade, como a pobreza, a exclusão social (COURTIS, 2007, p. 74-6).

O artigo 28 da Convenção traduz a sensibilidade acerca desta maior exposição da pessoa com deficiência às adversidades da pobreza e da exclusão, e estabelece o papel dos Estados quanto à garantia de padrões de vida digna, não apenas para as pessoas com deficiência, como também para as suas famílias, ante a realidade incontestável, que tanto a pessoa com deficiência quanto de seu grupo familiar são atingidos pelas consequências da deficiência e da pobreza:

Artigo 28

Padrão de vida e proteção social adequados

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

a) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência;

- b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;
- c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso;
- d) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos;
- e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

Este artigo em especial mostra a compreensão de que a Convenção de New York busca prevenir o crescente aumento da exclusão e da pobreza enquanto risco que afeta a sustentabilidade da convivência humana. Transparece que o direito à vida frente a estes fatores também refere o direito aos meios materiais necessários à sobrevivência, e neste eixo conduz a defesa dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

Nesse sentido deixa claro o dever do Estado garantir segurança à pessoa com deficiência e à sua família, com a proposição de que a dignidade seja resguardada através da efetivação dos direitos humanos necessários à vida. Dificilmente a pessoa com deficiência exposta à pobreza, ou seu grupo familiar, terá condições de fazê-lo por conta própria num mundo cujos padrões afetam os direitos mínimos das pessoas, e cujos valores estão centrados no econômico e não no ser humano (MADRUGA, 2013, p. 45-6)

É possível verificar nitidamente que se trata de um documento de fundo holístico baseado em três alicerces, quais sejam, os direitos humanos, o desenvolvimento social e a não-discriminação (MADRUGA, 2013, p. 272). A construção desta Convenção a partir de uma visão diferenciada, holística, com uma abordagem de direitos abrangente dos direitos humanos, era uma necessidade para a preservação dos direitos humanos das pessoas com deficiência (LOPES, 2009, p.48-50).

Apesar de existirem previsões protetivas dos direitos das pessoas com deficiência nos Tratados anteriores à Convenção de New York, estes permaneciam fora de alcance, de fato (FONSECA, 2013, p. 98-100). Os relatórios dos Estados-parte anteriores à Convenção mostravam que se havia dado pouca atenção ao segmento das pessoas com deficiência. Descreviam violações sucessivas de seus direitos humanos, tais como a desnutrição, a esterilização forçada, a exploração sexual, a negação do direito à educação, ao trabalho, ao voto e aos serviços públicos, entre outras problemáticas (LOPES, 2009, p.48). Estas pessoas continuavam a ser feridas, tanto de

forma flagrante quanto de forma imperceptível às lentes convencionais, pelas atitudes e estereotipagens profundamente enraizadas nas sociedades (MELISH, 2007, p. 6-7).

A comunidade internacional sentia-se na obrigação de alcançar uma Convenção específica, mas efetiva quanto ao reconhecimento da identidade coletiva dessas pessoas, da especificidade de suas condições. Havia urgência numa proteção específica e hábil a possibilitar acesso real aos direitos, o que não se alcança através das previsões dos Tratados gerais (LOPES, 2009, p.48-50).

Por isso a Convenção buscou proximidade com o cotidiano das pessoas com deficiência, pretendendo a eficácia dos seus direitos humanos. Representou um consenso acerca da ineficácia do arranjo dos sistemas de direitos humanos, que apesar de ser aplicado às pessoas com deficiência e de proibirem discriminação, não foi eficaz de garantir-lhes igualdade, nem de impedir violações abusivas ligadas às limitações. Muitas destas violações institucionalizadas, ocultas nas barreiras sociais e ambientais, nos inúmeros obstáculos à inclusão social e às iguais chances de oportunidades, as quais resultam numa segregação à qual se faz vistas grossas (MELISH, 2007, p. 6-7).

A Convenção nasceu como uma grande promessa de mudanças efetivas, pois erigida em princípios ancorados profundamente na dignidade da pessoa humana, pretende que estes conduzam o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência (BRASIL, 2009), além de propiciar-lhe voz jurídica e eficácia dos direitos humanos (FONSECA, 2013, p.100).

2.2.1 O conceito de pessoa com deficiência a partir da Convenção de New York

A linguagem tanto nos revela ao mundo quanto nos auxilia a compreendê-lo, e mostra-se diversa segundo a época em que se está inserida e o nível de evolução alcançado. Nesse contexto, segundo o desenvolvimento da história da humanidade e desde diferentes perspectivas, a concepção de deficiência também evoluiu e originou diferentes conceitos, de acordo com a visão social que se tinha a respeito dela (GARCIA, 2006, p. 22).

Na forma já tratada a compreensão da deficiência caminhou desde uma visão animista, de castigo ou possessão, ao reconhecimento da cientificidade dos fatos, dos direitos e da participação da sociedade nisso. Durante sua evolução oscilou do desprezo à compaixão, da exclusão à intervenção médico assistencial, da resignação ao

autoreconhecimento e respeito, da mera normatização à inclusão. E continua em evolução, tal qual dirigem os passos da humanidade.

Neste contexto, o conceito de deficiência contido no corpo da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, é o que se tem de mais moderno, e que representa o atual estágio da evolução da compreensão alcançada pela humanidade, segundo a evolução que atingiu. Atenta à dinâmica do processo com tendências evolutivas, a Convenção deixa claro que o conceito de deficiência é um processo em construção permanente. Destarte, é possível que melhore, na medida em que melhorarmos e tivermos maior capacidade de absorvermos e compreendermos a importância do valor de cada um e de todos, e da importância de cada um para o todo e do todo para cada um, na composição e no funcionamento do sistema universal em que nos inserimos.

A concepção de deficiência trazida nesse novo Instrumento mostra novos contornos, sinalizadores de uma compreensão mais ampla, desde a nomenclatura utilizada no nome da Convenção: “Pessoa com Deficiência”, não mais “Pessoa Deficiente”, como prevalecia nos documentos anteriores. É esta a expressão que a partir da Convenção de New York passou a ser utilizada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e isso representou um passo grandioso.

Em nenhuma parte do texto da Convenção há referência à pessoa “portadora de deficiência”, nem à “pessoa deficiente”, a não ser quando no preâmbulo faz referência ao Programa de Ação Mundial para Pessoas Deficientes. Também não faz menção alguma à diferenciação entre deficiência, incapacidade e invalidez, tal qual faz o Programa de Ação Mundial, de 1982 (CORDE, 2008).

Na visão de Ricardo Tadeu Fonseca isso significa uma virada radical, cujo objetivo foi justamente o de aniquilar os estigmas guardados em expressões como “pessoa portadora de necessidade especial”, “pessoa deficiente”, “pessoa portadora de deficiência”. Para o autor o fato de ser uma pessoa com deficiência não significa um menos valor, frisa que as deficiências “não se portam como se vírus fossem” (FONSECA, 2013, p. 103-4), não é algo que se porte, não há uma possibilidade de carregá-la ou não, como uma opção (ZIMMERMANN, 2013, p. 25; FONSECA, 2013, p. 103-4).

Para Madruga (2013, p. 34), a deficiência não é sinônimo de doença, muito menos é o antônimo de eficiência. A pessoa também não é “deficiente”, pois a deficiência é um resultado de fatores complexos e nem todos atribuíveis à pessoa, como

se verá na sequência. As denominações anteriores de “inválidos”, “incapazes” e “deficientes” devem ser substituídas pela expressão nova: pessoa com deficiência (FONSECA, 2013, p. 103-4).

A expressão “pessoa excepcional” também não é mais empregada, pois é uma contraposição à ideia do normal, soando de forma preconceituosa. Nem “portador de necessidade especial” se mostrou apropriada, como bem explica Madruga (2013, p. 33), pois não significa diferenciação alguma, uma vez que todas as pessoas são especiais, tenham ou não alguma limitação.

Assim, em termos conceituais inicialmente há que se deixar claro que após o surgimento da Convenção de New York a nomenclatura correta a ser empregada é **pessoa com deficiência**, não pessoa deficiente, nem pessoa portadora de deficiência, nem pessoa portadora de necessidades especiais (ZIMMERMANN, 2013, p. 25).

Como é apropriado a um Tratado de Direitos Humanos, a Convenção traz uma concepção de deficiência fortemente ancorada em fatores sociais (WADDINGTON, 2007, p. 03) como se percebe já no preâmbulo do texto:

a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (BRASIL, 2009).

A partir disso, o artigo 1 do texto original da Convenção estabelece que pessoas com deficiência incluem aquelas que apresentem deficiência física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo que, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os outros (UNITED NATIONS, s.d.). Há uma particularidade quanto à tradução deste conceito para a versão brasileira, a qual será tratada com maior detalhamento no capítulo IV.

Para a Convenção, um fator determinante para a deficiência é a falha, o fracasso, do ambiente social, em atender as necessidades e anseios das pessoas com deficiência:

A deficiência deve ser entendida não só como a constatação de uma falha, falta ou carência de um indivíduo, mas, sobretudo, diante do seu grau de dificuldade no relacionamento social, profissional e familiar, dos obstáculos que se apresentam para sua integração (inclusão) social (MADRUGA, 2013, p. 35).

Verifica-se que o conceito traz a conjugação de dois elementos: médico e social, não se limitando ao primeiro, e priorizando o segundo. O elemento médico refere o impedimento, e o social a interação daquele primeiro com os obstáculos da sociedade e do ambiente, capaz de impedir a plena e efetiva participação na sociedade, da forma como fazem as demais pessoas (ZIMMERMANN, 2013, p. 27). Na opinião de Costa (2008, p.26) isso constitui uma importante reversão na concepção jurídica de quem é o destinatário da sua proteção, pela inclusão dos fatores sociais no conceito.

Os primeiros matizes do modelo social surgiram nos anos de 1960 no Reino Unido opondo-se ao modelo da abordagem médica da deficiência, e se desenvolveu durante a década de 1980, principalmente a partir da instituição de 1981 como ano dedicado às pessoas com deficiência, e das demais medidas que se seguiram, com o fim de promover os direitos destas pessoas (MADRUGA, 2013, p. 59-60). Foi, entretanto, a partir da Convenção de New York que o modelo social da deficiência passou a ser oficialmente adotado pelas Nações Unidas e que todos os países signatários da Convenção de New York devem empregar essa abordagem. Apesar do modelo social ter sido mencionado em instrumentos que a precederam, tais como o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com deficiência e a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiência, a ênfase nestes casos pairava sobre a questão individual do impedimento enquanto deficiência (MADRUGA, 2013, p. 275).

Assim, nos termos acima expostos, pode-se afirmar que a Convenção representa a mais importante manifestação do modelo social da deficiência no direito internacional (WADDINGTON, 2007, p. 03), e que em termos de Tratados Internacionais a Convenção de New York representou a quebra do paradigma do conceito de deficiência, tradicionalmente visto pelas lentes do modelo médico (LOPES, 2009, p. 45).

O modelo tradicional, também chamado de modelo médico, foi empregado exclusivamente por muito tempo, tendo como base tão somente critérios clínicos. Nessa concepção a deficiência seria uma limitação meramente funcional, física ou mental, resultado de um impedimento orgânico, ou biológico, persistente que impede o indivíduo de alcançar a mesma funcionalidade dos demais de sua espécie (HARTLEY, 2011, p. 121). Em tal condição, as pessoas com deficiência são consideradas inválidas, improdutivas, e são excluídas da sociedade até que sejam curadas (MALHOTRA, 2009, p. 70, HARTLEY, 2011, p. 121).

A tomada de consciência de que a sociedade impõem barreiras à participação e à inclusão das pessoas com impedimentos, expondo-as à estigmatização e a tratamentos degradantes, ou caritativo humilhante, que destinava certo respeito piedoso sem deixar de considerar as pessoas com deficiência como fardos, despertou o entendimento de que não eram os corpos que precisavam mudar, mas a sociedade deveria mudar para acomodá-los, para recebê-los (MALHOTRA, 2009, p. 71). A deficiência passou então a ser compreendida não mais como uma questão necessariamente intrínseca à pessoa, mas como resultado das limitações que o meio impõe às pessoas com limitações (OLIVEIRA; BAKHOS, 2013, p. 44). Essa alteração de foco dá corpo ao modelo social, que concebe a deficiência como uma construção social, e tem na estrutura da sociedade e nas barreiras atitudinais a causa principal da exclusão, que resulta na profunda marginalização das pessoas com deficiência, perceptível pelos baixos níveis de educação, na predominância da pobreza e do desemprego (MALHOTRA, 2009, p. 70-1).

No prisma do modelo social os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais são apenas atributos pessoais e a causa, o fato gerador, da deficiência é a organização do ambiente social. Este é que transforma um impedimento numa deficiência devido à incompetência para acomodar uma minoria de pessoas com disfunções físicas ou mentais, e cria barreiras que lhes impede ou dificulta o acesso aos direitos humanos (HARTLEY, 2011, 121; FONSECA, 2013, p 104-6). Na nova proposição a deficiência resulta de uma função em que

o valor final da variável deficiência depende de duas outras variáveis independentes, quais sejam, as limitações funcionais do corpo humano e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente do indivíduo (LOPES, 2009, p. 50).

Tal alteração permite que a pessoa com deficiência não seja vista mais apenas pela lente da sua funcionalidade na sociedade, mas pela lente dos direitos humanos: dignidade da pessoa humana, autonomia, equiparação, solidariedade (LOPES, 2009, p. 50-1).

A deficiência é uma questão pertencente à sociedade, pois esta é que se mostra incapaz de ajustar-se às diferenças das limitações enfrentadas pelas pessoas com deficiência (MADRUGA, 2013, p. 59-60). Assim a justiça e a inclusão de pessoas com

deficiência, depende de medidas efetivas para a eliminação das barreiras, adaptação do ambiente, atenção específica a estas pessoas, na medida de suas necessidades.

Esta ampliação conceitual da deficiência foi também apresentada na CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde (*International Classification of Functioning, Disability and Health*) - aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001 (WHO, 2001). A CIF foi o coroamento de uma busca que a OMS iniciou nos anos de 1970 por alternativas que pudessem bem expressar a etiologia das enfermidades e das deficiências (GARCÍA, 2006, p. 23). Inicialmente a ICIDH (International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps), de 1980, pretendeu uma alternativa que pudesse traduzir termos científicos relativos à etiologia, de forma que não gerasse interpretações ou utilizações pejorativas ou insultantes. Mas, a crítica considerou o resultado muito linear. Buscava-se um alvo mais amplo, que contemplasse as outras influências e causas (GARCÍA, 2006, p. 23). Seguiram-se a CIDID (Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens), de 1989, e a CIDDM (Classificação Internacional das Deficiências, Atividades e Participação), de 1997, com o claro objetivo de considerar os fatores ambientais na análise (BRASIL, 2008, p. 8-11). Todavia se pretendia uma construção mais socializada do que aquela que ambas tinham alcançado.

A Organização Mundial da Saúde fez da CIF um documento paradigmático, pois representou uma mudança “em termos conceituais, políticos e metodológicos” (BRASIL, 2008, p. 8-11). Ela conseguiu enriquecer o enfoque através da incorporação de conceitos, modelos e métodos, que tornaram possível tratar a deficiência em termos globais, como resultado da interação entre a pessoa e o contexto social e ambiental que a envolve (GARCÍA, 2006, p. 23). Isso se deve ao sua tradução multidimensional da deficiência, resultado da associação de aspectos clínicos e sociais, físicos e ambientais, que superou as conceituações tradicionais (LOPES, 2009, p. 45; WHO, 2001, *passim*).

A análise da CIF centra-se na “funcionalidade, estrutura morfológica, participação na sociedade, atividades da vida diária e o ambiente social de cada indivíduo” (BRASIL, 2008, p. 8-11). Emprega os domínios da saúde e os que com ela se relacionam na verificação da relação das funções e estruturas do corpo, das atividades, participação e a interação destes com fatores ambientais enquanto barreiras, para avaliar as medidas necessárias a serem empregadas para possibilitar a inclusão (ZIMMERMANN, 2013, p. 27).

Considerando entorno y persona como elementos responsables para atenuar o compensar la discapacidad, el enfoque desde la persona con discapacidad pasa a ser una situación social que demanda una respuesta global (GARCÍA, 2006, p. 27).

A conceituação empregada pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência teve grande influência da conceituação contida na CIF (FONSECA, 2013, *passim*; LOPES, 2009, p. 45). Como a missão da Convenção de New York é orientar os Estados na elaboração e efetivação da inclusão social e de todos os direitos das pessoas com deficiência e a efetividade aos seus direitos (FONSECA, 2013, *passim*) as mudanças influenciadas pela CIF também auxiliaram a alteração no tratamento que os governos do mundo inteiro devem dar às questões das pessoas com deficiência, servindo de inspiração, inclusive, às futuras políticas públicas dos países signatários (BRASIL, 2008, p. 8-11).

Essas alterações possibilitaram às pessoas com deficiência serem vistas pela lente dos direitos humanos, com foco na autonomia, na equiparação, e na solidariedade (LOPES, 2009, p. 50-1) e na igualdade material. O novo modelo contido na Convenção materializa o princípio da igualdade material, através de tratamento diferenciado àquele que dele necessita, para dirimir as diferenças que por si sós não conseguiriam superar, pois “transcende os debates tradicionais sobre igualdade e impõem uma concepção mais substancial de igualdade”. É nesse sentido que os Estados assumem o compromisso de adotar medidas, ações efetivas, na remoção dos empecilhos e na promoção da inclusão das pessoas com deficiência, em par de igualdade com os demais (MALHOTRA, 2009, p. 71).

Isso reflete a intenção de uma proteção mais efetiva das pessoas com deficiência e muito se aproxima das bases da Abordagem das Capacidades, pois a deficiência deixa de ser vista apenas como uma questão fisiológica, psíquica, clínica (MALHOTRA, 2009, p. 70; LOPES, 2009, p. 51) e porque seus postulados fixam-se na valorização da pessoa independentemente da sua utilidade para a sociedade. De acordo com a conceituação da perspectiva social da deficiência as pessoas podem ser integradas à sociedade desde que esta crie condições que permitam isso, o que diminuiria as deficiências associadas aos *impedimentos* (NUSSBAUM, 2013, p. 130; 140).

Da mesma forma, a mudança de visão acerca da pessoa com deficiência coaduna com o dever de proteção suficiente dos direitos fundamentais destas pessoas,

ou com a proibição de insuficiência, mostrando-se como instrumento de efetivação dos mesmos, não apenas por suas diretrizes, mas pela sua vinculatividade.

Não é raro ouvir-se que cada pessoa é um universo no mundo. Tal afirmação reporta a individualidade da experiência de vida que cada pessoa representa. E esta, por sua vez, ajustada a diversos fatores sociais poderá ser conduzida a resultados de vida marcados pela negatividade ou positividade. Uma pessoa com deficiência vivencia uma experiência única, irrepetível, que também representa a diversidade de um universo resultante da composição das inúmeras individualidades (GARCÍA, 2006, p.29).

Apesar de reconhecer a importância dos fatores sociais sobre as limitações da pessoa e sobre a deficiência, há uma corrente que critica o modelo social, muito embora o considere o melhor que tenha surgido para abordar a questão da deficiência. Assim, a crítica vem muito mais no sentido de melhorar o modelo social do que a fim de desqualificá-lo totalmente. Neste sentido, os críticos afirmam que o fato de considerar os fatores sociais na abordagem da deficiência não lhe retira a subjetividade, e fatores como a dor, a fadiga, a depressão, os quadros crônicos não podem ser desprezados. Mais, há casos que estas situações são de tal nível que a restrição exterior é irrelevante. Assim, afirmam que o abandono por completo da abordagem médica pode ser um empecilho para que as pessoas reconheçam suas experiências pessoais, o que acaba por conduzir a que aspectos difíceis da deficiência sejam enfrentados. A crítica propõe que este aspecto seja considerado juntamente com os aspectos sociais (MADRUGA, 2013, p. 63-4; RIDDLE, 2014).

Com relação a isso, observa-se que de fato é pertinente, uma vez que os aspectos subjetivos da deficiência não podem ser desconsiderados. Ao que se observa a Convenção aborda a questão da deficiência pelo foco do modelo social, formalizando e oficializando a adoção desta nova visão para tratar da questão das pessoas com deficiência. Mas, ao que se pode notar, a Convenção associa os aspectos pessoais, a limitação em si, tendo adequado a abordagem tal qual a crítica recomenda que se componha.

Madruga chama a atenção para o cumprimento das previsões destas Declarações, Convenções e Tratados, pelos Estados. A conversão destas previsões em garantias concretas, pelo menos do que já está sacramentado em termos de direitos humanos, tem sido insatisfatória. Isso significa que todo esse arsenal jurídico não está sendo posto em prática pelos Estados, do que conclui-se que a mera previsão dos

direitos das pessoas com deficiência nos instrumentos internacional não lhes tem garantido a necessária efetividade (MADRUGA, 2013, p. 80).

2.2.2 A incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência no ordenamento jurídico do Brasil

No Brasil a Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência tem importância singular para o ordenamento jurídico nacional. Foi o primeiro Tratado Internacional da História brasileira, e até este momento o único, recepcionado pelo Sistema Constitucional com *status* de Emenda Constitucional. Assim, o documento inaugurou o procedimento estabelecido no § 3º do artigo 5º Constitucional, trazido pela Emenda número 45/2004.

O Brasil assinou a Convenção e seu Protocolo sem ressalvas. Como fora assinada em Nova Iorque, juntamente com seu protocolo facultativo, em 30 de março de 2007, também é chamada de Convenção de Nova Iorque. Entrou em vigor em 03.05.2008 quando recebeu a vigésima ratificação, do Equador (SILVA, J. L., 2010, p. 213-4) e foi promulgada no Brasil em 25 de Agosto de 2009, pelo Decreto Presidencial 6.949 após a aprovação do Congresso Nacional através do Decreto Legislativo 186 de 9 de Julho de 2008 (FONSECA, 2013, 97).

Os direitos estabelecidos na Convenção de Nova Iorque equivalem aos direitos e garantias contidos na Constituição Federal, pois de acordo com o que esta estabelece no § 2º do art. 5º, os direitos e garantias que estão expressos no seu texto não excluem outros mais, que decorram do regime e dos princípios que ela adota ou dos tratados internacionais que o Brasil participa.

É um Tratado formalmente constitucional, tanto pela matéria que veicula quanto pelo grau de legitimidade popular contido no processo de aprovação de 3/5 em cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Nessa condição não pode ser denunciado pois os direitos que prevê receberam assento no texto constitucional (VASCONCELLOS, 2010, p. 61-2).

O propósito da Convenção é promover, proteger e assegurar que as pessoas com deficiência possam alcançar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, além da promoção da dignidade destas pessoas (BRASIL, 2009).

A ratificação da Convenção deixou explícito que o Brasil reconhece as barreiras que se erguem entre estas pessoas e os direitos que lhe são inerentes, e que se faz indispensável elaborar e implementar políticas públicas para que tal obstáculo se desfaça (FONSECA, 2013, p. 106). A igualdade prevista no texto constitucional refere o princípio da isonomia, a igualdade material. E é essa a igualdade que a Convenção pretende que seja alcançada pelas políticas de atenção às pessoas com deficiência.

Além da incorporação da Convenção no sistema constitucional, a Constituição de 1988 reserva pontos específicos de seu texto para referir as pessoas com deficiência, que vão desde a proibição de discriminação em termos trabalhistas, e previsão de alteração e construção de estruturas de acessibilidades até a garantia de um salário mínimo mensal (BRASIL, 1988).

Mas, a preocupação constitucional com a pessoa com deficiência não é extraída tão somente dos artigos que fazem menção expressa à deficiência. Há outras previsões constitucionais das quais se depreende a proteção aos menos favorecidos, entre os quais as pessoas com deficiência. Um exemplo é o artigo 3º cujos incisos mostram como objetivos a construção de uma sociedade justa, livre solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção de todos. Outro exemplo é o artigo 1º que traz a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e que revela a preocupação primordial com este valor. Isso também diz respeito à dignidade da pessoas com deficiência. Da mesma forma, lhe diz respeito a igualdade inscrita no caput do artigo 5º (BRASIL, 1988).

CAPITULO III – DIREITOS FUNDAMENTAIS SUBJETIVOS DE SEGURIDADE SOCIAL

1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO TITULAR DE DIREITOS HUMANOS DE SEGURIDADE SOCIAL

Direitos humanos, positivados ou não, são dotados de capacidade de produzir efeitos no plano jurídico, cujas normas, com natureza de princípio, ocupam a mais alta posição num ordenamento jurídico e vinculam todos ao seu cumprimento. O papel essencial destes direitos é a proteção da dignidade da pessoa humana. Devem ser compreendidos como normas objetivas supremas que impõe ao legislador o dever de agir da forma mais eficiente possível na sua promoção e proteção (ALEXY, 2012a, p. 501).

O que motiva a eleição de certos valores como direitos fundamentais, é a importância destes para uma sociedade num determinado momento histórico (SARLET, 2011, p. 92). Os elementos essenciais dos direitos fundamentais albergam o momento histórico de sua configuração, a proteção da dignidade humana, todas as pessoas, as garantias, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a cidadania e a justiça (KELLER, 2011, p. 23-4).

Conforme a evolução histórica, os direitos fundamentais são divididos em gerações, ou em dimensões, de acordo com seu momento de confirmação. Assim, a primeira dimensão corresponde aos direitos de liberdade, os direitos civis e políticos, que freiam as infringências estatais sobre a vida dos homens. A segunda representa os direitos econômicos, sociais e culturais. A terceira diz respeito aos direitos difusos. Como o foco deste texto é um direito social, limita-se às duas primeiras, de forma especial à segunda dimensão.

Foi para fazer frente às interferências abusivas do Estado absolutista na esfera privada, durante os séculos XVII e XVIII que surgiram os direitos fundamentais de primeira geração. A intenção foi, portanto manter o Estado longe da esfera de ação da liberdade das pessoas. E o Estado, de fato passou de uma ação de ingerência absoluta e abusiva à neutralidade e ausência, deixando a vida privada ao leme do capital. Dessa ausência estatal e das ingerências agora cometidas pela concentração de capital nas

mãos de poucos, adveio toda a sorte de sacrilégios na vida privada, obviamente, para os mais fracos em termos de propriedade do capital.

Assim, a segunda dimensão, ou geração, dos direitos fundamentais foi resultado dos graves desajustes sociais enfrentados no século XIX, especialmente as péssimas condições de vida e miserabilidade a que estava submetida a classe dos trabalhadores nos países industrializados na Europa, que tornou a intervenção estatal uma necessidade imperativa. Constatou-se a impossibilidade de se alcançar a efetiva liberdade diante da ausência de condições mínimas para garanti-la. Estas condições, essenciais, somente são alcançadas através da participação ativa do Estado, por meio dos direitos econômico-sociais e culturais, cuja incumbência é a de tornar acessíveis os direitos formais, propiciando a todos o alcance aos meios de garantia de vida (KELLER, 2011, p. 27).

A segunda dimensão de direitos fundamentais começou a se desenvolver no século XIX, mas ganhou intensidade no século XX, especialmente após as duas grandes guerras mundiais. O *Welfare State* implica numa maior intervenção do Estado nas relações privadas, provendo meios, serviços e recursos públicos, com o fim de melhorar a distribuição de renda e o alcance aos direitos essenciais, como saúde, previdência, trabalho e moradia, especialmente por aqueles menos favorecidos (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 02).

Então, num primeiro instante, correspondente ao dos direitos de primeira geração/dimensão, quando a liberdade estava em risco, pretendeu-se que o Estado se abstinhasse de intervenções; num segundo instante, referente aos direitos de segunda geração/dimensão, quando a dignidade está em risco pela carência de recursos e meios essenciais à sua manutenção almeja-se o contrário, um Estado intervencionista, participativo e proativo, que preste os meios necessários para que todos os homens, sem distinção, possam viver com igualdade e dignidade (GOLDSCHMIDT, 2008, p. 02).

A Seguridade Social compõe esta categoria de direitos, de segunda dimensão, ou geração e constitui direito de resposta a demandas sociais (SERAU JUNIOR, 2011, p. 157), possibilita ao indivíduo proteção contra os riscos sociais (OIT, 2011, p. 86). De acordo com Ibrahim (2012, p. 01) a Seguridade Social deriva do reconhecimento de uma preocupação que existe desde remotos tempos com a sobrevivência e com os infortúnios que possam afetá-la, o que denota o senso de proteção própria e do seu grupo. Essa preocupação surgiu na família, onde os mais fortes tinham sob sua incumbência os idosos e vulneráveis. A ausência da proteção familiar, ou a precariedade

desta, expunha aquelas pessoas à necessidade de auxílio de terceiros, voluntários, muito incentivado pelo cristianismo. Inexistia direito subjetivo à proteção social, e o auxílio da comunidade dependia de recursos destinados à caridade (SANTOS, 2012, p.27).

Durante muito tempo, as dificuldades sociais por que passavam os pobres e necessitados não eram vistas como questões de justiça, mas como assunto relacionado à caridade. A desvinculação entre a proteção ao necessitado e a caridade somente iniciou após a edição das Leis dos Pobres, em 1601 (IBRAHIM, 2012, p. 01). Ainda assim, de forma muito discreta, pois até aproximadamente a última quarta parte do século XIX a Seguridade Social era predominantemente baseada em sistemas voluntários ou informais (BRASIL, 2013, p. 17).

O caminho da mudança foi aberto pela Prússia, com a proposta de Bismarck de sistemas de seguros sociais mais abrangentes tanto em termos de público quanto de riscos, obrigatórios, como política de Estado destinada à classe assalariada. Tendo se tornado obrigatório, gerou direito subjetivo ao trabalhador. A administração ficou para o Estado e o custeio dos empregadores, empregados e também do Estado. A lógica não era mais a do seguro civil, mas do social, baseado na solidariedade e no viés da redistribuição de renda, que a todos permitia o consumo (SANTOS, 2012, p. 29-30).

O modelo acabou sendo adotado por grande parte dos Estados em todos os continentes, eventualmente se ampliando e absorvendo novas coberturas e maiores riscos. A proteção, especialmente na época da crise dos anos de 1930, fora estendida, em boa parte dos países, a toda a população. Depois do passo dado pela Prússia, o maior avanço veio com a Inglaterra, muito relevante para a planetarização da proteção social. A novidade encampada no Relatório Beveridge, de 1942, dizia respeito à necessidade da sociedade se responsabilizar pela garantia da proteção social dos trabalhadores (BRASIL, 2013, p. 17). O modelo de seguridade social proposto por Beveridge era definido pelo compromisso de manutenção dos ingressos necessários à sobrevivência, tanto por um modelo de seguro social contributivo e por um modelo assistencial, residual (FLEURY, 2005, p. 453). Mas a principal conclusão do Beveridge foi que um plano de ação para acabar com a miséria exige uma dupla redistribuição de rendas, uma pelo seguro social e a outra pelas necessidades da família. O Plano Beveridge começou a ser implantado no Reino Unido em 1945 e marcou a expansão da seguridade social no cenário internacional (SANTOS, 2012, p. 32. CASTRO ; LAZZARI, 2010, p.39-43).

Assim, desde a década de 1940, tem-se assistido a um complexo fenômeno de internacionalização não só do mercado, mas também dos direitos, especialmente os

Direitos Humanos, e de forma particular aqueles voltados à eliminação da insegurança social que abraça e arrasta a maior parte da população mundial (BRASIL, 2013, p. 18).

A dinâmica social trouxe a tecnologia e globalização, e as exigências sociais também foram alteradas (SANTOS, 2012, p. 33). Muitos dos ideários do *Welfare State* retroagiram frente à intensa pressão dos mercados e as desigualdades aumentaram de forma dramática. A distribuição de renda tornou-se ainda mais polarizada, e a maioria absoluta da população mundial permaneceu à margem de algum sistema de seguridade social (FAGNANI, 2011, p. 05).

Isso levou à tomada de consciência da necessidade de incorporação das dimensões humana e social ao desenvolvimento, e que a questão de se pensar em segurança social é essencial ao desenvolvimento humanamente sustentável. Conforme adverte a OIT (2011, p. 87) a falta de atenção para com estes direitos tem consequências negativas, sejam econômicas, sociais, humanas ou de desenvolvimento. E, isso não ocorre apenas a nível local e imediato, visto que os riscos e consequências aumentam a longo prazo, e não se limitam aos Estados, refletindo também no âmbito regional e internacional, atingindo desde o cidadão até os Estados. Ou seja, a fragilidade da seguridade social faz toda a extensão das sociedades sofrer e, a longo prazo, os custos do acesso inefetivo aos direitos sociais, como o aumento na desigualdade e a diminuição da coesão social, tendem a ser maiores do que a economia obtida num curto prazo. O reforço a estes direitos é uma imperatividade, e o diálogo social internacional é um dos caminhos que levam à efetivação dessa pretensão (OIT, 2011, p. 87).

Como visto no capítulo anterior, as pessoas com deficiência, historicamente submetidas a um quadro social de desvantagem que associa pobreza e deficiência, são titulares de direitos humanos, em decorrência de sua condição humana. Neste sentido, o direito internacional evoluiu e especificou a proteção a estas pessoas, que também abarca a proteção pela seguridade social. Cumpre a partir deste momento da abordagem voltar-se à linha do surgimento e evolução do direito à seguridade social no contexto internacional até sua abrangência à pessoa com deficiência no cenário do direito interno, especificamente àquelas em estado mais crítico pela carência financeira relevante, o que conduz ao tema do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social e às restrições promovidas ao acesso a tal benefício pela legislação infraconstitucional.

1.1 A SEGURIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

Como já referido noutros momentos, se considerou necessário uma agenda partilhada, comum a todos os povos, no que toca à Seguridade Social a qual passou a ser pensada no plano internacional, pois que

a redução da insegurança de rendimentos e na melhoria do acesso aos serviços de saúde e assistência, com vistas à erradicação da pobreza e à promoção do trabalho digno, reduzindo assim as desigualdades e iniquidades em geral, com eficiência e sustentabilidade fiscal, sem discriminação e como direito fundamental difuso e inalienável (BRASIL, 2013, p. 18).

Isso se justifica pela inafastabilidade do argumento de que os instrumentos de direito internacional dão maior força às reivindicações dos cidadãos aos seus Estados. Assim, na abordagem dos direitos de seguridade social as políticas e instituições de seguridade social, assim como todas as políticas nacionais e internacionais, devem estar fundamentadas nas normas e valores consagrados nos tratados internacionais sobre os valores dos direitos humanos, ou seja, em valores morais universalmente reconhecidos e reforçados por obrigações legais.

Os direitos humanos capacitam as pessoas, o que lhes possibilita buscar a garantia social que lhes é devida e neste prisma os instrumentos internacionais são ferramentas da implementação do direito à seguridade social, pois lhes permitem uma abordagem mais robusta e eficaz de aplicação no plano do desenvolvimento. A base internacional também fez com que o direito à seguridade passasse a ser encarado a partir de uma abordagem mais humanista e progressista do desenvolvimento pelos Governos nacionais e agências de desenvolvimento (OIT, 2011, p. 87-8).

O primeiro registro histórico que se tem da Seguridade Social enquanto um direito humano data de 1944, na Declaração da Filadélfia. Depois, em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos foi firmado o entendimento de que toda pessoa tem direito à seguridade social, e a partir desta Declaração o tema fez-se presente noutros Tratados de Direitos Humanos, Internacionais e Regionais. Em comum a todos, a preocupação com a proteção do fragilizado, por sua natureza ou pelas intempéries da vida, sejam estas passageiras ou não, tendo em conta apenas a condição de humanidade de cada pessoa. Estes instrumentos preveem medidas para garantir um padrão de vida condizente com a dignidade através de níveis aceitáveis de seguridade social, que

devem ser sempre incrementados (OIT, 2011, p. 79; 82-85). É nos mais relevantes destes instrumentos que a sequência do texto se apoia, iniciando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, passando ao Pacto internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, à Observação 19 e aos Instrumentos procedidos da OIT.

1.1.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH

No cenário das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos Humanos assim prevê:

Art. XXII: Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

[...]

Art. XXIV: Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Artigo XXV: 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Declaração representa um grande avanço na definição do caminho que a comunidade internacional passaria a seguir no que tange à construção de um sistema de proteção dos direitos humanos, que parte da especial consideração ao ser humano enquanto sujeito de direito, portador de especial dignidade. Desde o início o caráter da universalidade da segurança social é destacado. Entretanto, a Declaração não possuía força vinculante, a despeito da singular importância de que está investida, reflexo da comunhão de ideias globais acerca do valor de cada ser humano a ser tida em primeiro plano nas intenções de cada Estado e da comunidade internacional.

1.1.2 O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais - PIDESC

Durante muito tempo discutiu-se acerca do *status* de vinculatividade daqueles direitos previstos na Declaração Universal, especialmente quanto aos direitos sociais, o que findou apenas em 1966, com o consenso de que sim, estes direitos são vinculantes. Foi naquele ano que os direitos sociais previstos na Declaração Universal foram tratados num documento específico, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela ONU em 16 de Dezembro de 1966, através da Resolução 2200-A, XXI (NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 06. NAÇÕES UNIDAS, 1966), e que passou a vigorar em 1976. O PIDESC tem importante papel na consolidação de um conjunto de direitos sociais previstos na Declaração Universal, pois assegura o direito de todos à Seguridade Social, incluindo os seguros sociais (OIT, 2011, p. 79).

A Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado também em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e os seus protocolos facultativos, formam juntos a Carta de Direitos Humanos das Nações Unidas (NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 03). Ambos os Pactos são considerados *hard laws*, pois além de reforçar as previsões acerca dos direitos humanos contidas na Declaração Universal, regulam-lhe o conteúdo e tem a função de vincular o cumprimento, pois obrigam os Estados membros. A universalidade, a interdependência e o interrelacionamento são características destes direitos, legitimados desde a II Conferência Internacional de Direitos Humanos, em 1993, com a Declaração de Viena e seu Programa de ação (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Na década de 1960, quando da aprovação do PIDESC, não havia uma concordância geral de que os direitos humanos sociais portavam aquelas características, não eram considerados direitos individuais, ou indivisíveis ou interdependentes. E, esta é a razão pela qual foram elaborados dois pactos, um para direitos políticos e civis e outro para direitos sociais e culturais, ou, de um lado os direitos supostamente sem custos econômicos, e do outro os que pudessem implicar em custos e investimentos econômicos. Ou, prioridades para um lado e as não prioridades para o outro, uma visão socialistas de um lado e defensores de liberdade, para o outro.

O PIDESC buscou transformar os dispositivos da Carta e da Declaração Universal, em normas com poder de cogência e vinculação aos Estados-partes, resultado em obrigações que estes deveriam cumprir, sob pena de responsabilização. Este Pacto observa e respeita as especificidades e diferenças de cada Estado, uma vez que o que

pretende é fixar padrões minimamente aceitáveis de proteção e bem-estar social, considerando o Estado como o potencial implementador dessa meta (LEAL, 2000, p. 110-1).

Entre os artigos 9º e 12, o PIDESC refere especificamente a seguridade social (NAÇÕES UNIDAS, 1966). A Seguridade Social é reconhecida como direito humano, ou, como na linguagem germânica, um direito fundamental. A função é de garantir a vida digna, em níveis adequados ao patamar da dignidade humana, a todas as pessoas, especialmente os mais vulneráveis. Assim, o PIDESC, nestes artigos, refere níveis de vida suficientes, albergando vários aspectos, tais como a alimentação, habitação, vestuário, condições de existência, saúde, proteção ao núcleo familiar, às crianças e à maternidade. A ratificação pelos Estados deixa indubitável a concordância destes com os mandamentos do Pacto, mas mais que isso, impõe-lhes o dever de agir para o cumprimento de suas disposições e de não lhes diminuir.

Trata-se de uma norma supralegal, com poder de suspender os efeitos de norma constitucional, e, portanto, tem eficácia e para ser restringido precisa existir uma justificativa fundamentada em razões muito relevantes. Especificamente no que toca às restrições aos direitos da Seguridade Social, o PIDESC faz a seguinte referência, no artigo 4º:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, no gozo dos direitos assegurados pelo Estado, em conformidade com o presente Pacto, o Estado **só pode submeter esses direitos às limitações estabelecidas pela lei, unicamente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o fim de promover o bem-estar geral numa sociedade democrática** (NAÇÕES UNIDAS, 1966) (Grifos nossos).

No total, 163 países ratificaram o PIDESC, entre os quais o Brasil, que o fez através do Decreto 591 de 06 de Junho de 1992. Assim, estes Estados se comprometeram ao cumprimento das disposições do Pacto, e ao reconhecimento, inclusive, da dimensão individual do direito à segurança social e o direito aos seguros sociais. Como o PIDESC diz respeito a normas atinentes à realização progressiva dos direitos, isso implica, inevitavelmente em obrigações tanto de concretização quanto de resultados. Como garantem a possibilidade de serem exigidos imediatamente, isso quer dizer que os países membros tem a obrigação de materializar as ações que forem necessárias, mesmo legislativas, com o fim de alcançar a efetivação dos direitos constantes no Pacto (BRASIL, 2013, p. 23).

O Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, responsável pela supervisão do PIDESC, por recomendação do Conselho Econômico e Social decidiu elaborar observações acerca dos vários artigos do Pacto, com vistas a uma melhor orientação dos Estados partes no cumprimento dos deveres assumidos com a ratificação do Pacto, colhendo informações dos países e a experiência tida com a implantação do documento. O objetivo foi de sanar as dificuldades identificadas, e facilitar, estimular a aplicação progressiva, para o atendimento dos direitos previstos (NACIONES UNIDAS, 2001, p. 11).

Assim, periodicamente os países membros do PIDESC enviam relatórios ao Comitê que supervisiona o cumprimento do Pacto. Isso é de extrema importância visto que são direitos regidos pela progressividade, possibilita que se proponham e se busquem avanços. Ao mesmo tempo, as conquistas alcançadas são vinculantes de ações futuras, pois o retrocesso não é admitido, a menos que, justificado em justas razões para períodos de crise e mesmo assim isso requer parcimônia, pois para estes períodos os Direitos Humanos tem outros mecanismos que devem ser acionados, como cooperação e ajuda internacional.

1.1.3 A Observação 19

A observação 19, também chamada de “Comentário 19”, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou Comitê DESC (NACIONES UNIDAS, 2008) é uma dos relatórios supra referidos e analisa os últimos dez anos que lhe antecedem acerca de como o mundo aplicou o artigo 9º do PIDESC - “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas à segurança social, incluindo os seguros sociais” (NAÇÕES UNIDAS, 1966).

Possui altíssimo valor hermenêutico, contém as informações colhidas dos relatórios, traz os consensos a respeito e tem o poder de vincular ações futuras. Caso um país membro queira tomar direção diversa terá obrigação de justificar-se nos termos da Observação 19.

Já de início a Observação 19 aponta a importância da promoção dos Direitos de Seguridade Social, dado o papel que desempenha na garantia da dignidade humana em situações que impossibilitam-nas de exercer os direitos previstos no PIDESC, e a

importância de seu papel redistributivo para *”reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social”* (NACIONES UNIDAS, 2008).

Ao que se extrai da interpretação do artigo 9º do PIDESC pela Observação 19, a seguridade social difere de seguro social. Ela pode referir mecanismos contributivos, mas não se restringe somente a estes. A segurança, ou seguridade social é proteção e esta não tem que ser obrigatoriamente contributiva. Trata-se de um mecanismo de garantia da dignidade, o que representa um claro traço de sua natureza de Direito Humano e implica no dever de cobertura e proteção universal. Não há argumento contributivo. É um dever de cada Estado e de todos os Estados protegerem os direitos de seguridade social. Assim, cada Estado pode ter seu modelo com vários pilares de sustentação e de proteção, nos quais pode haver compartilhamento não se restringindo ao público, mas jamais poderá retirar o caráter público deste direito. A seguridade social é bem público, o que impede que seja gerida pela lógica do lucro, pois que se caracteriza pela equidade e cidadania.

O documento reafirma o caráter redistributivo da Seguridade Social, amplamente destacado no cenário internacional, que a torna um instrumento eficaz para a redução da pobreza, prevenção da exclusão social, inclusão e coesão social.

A observação 19 também refere o âmbito de proteção e a natureza do direito subjetivo da Seguridade Social. O conteúdo jurídico desse direito “consiste no direito de não sofrer restrições arbitrárias ou pouco razoáveis quanto à cobertura social (...) bem como a igualdade no gozo e proteção contra riscos e imprevistos (BRASIL, 2013, p. 30). Constitui uma obrigação respeitá-lo e nele não intervir de modo negativo e arbitrário. Há uma dimensão garantista, pois que nenhum Estado ao legislar, ao regulamentar, ao conformar juridicamente, poderá provocar restrições excessivas, desarrazoadas a estes direitos de seguridade social:

9. El derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales (NACIONES UNIDAS, 2008).

Isso é uma confirmação do que o artigo 4º do PIDESC já havia estabelecido:

Artigo 4.º: Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, no gozo dos direitos assegurados pelo Estado, em conformidade com o presente Pacto, o Estado só pode submeter esses direitos às limitações estabelecidas pela lei, unicamente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o fim de promover o

bem-estar geral numa sociedade democrática. A existência da legislação é um Direito Humano de proteção, de materialização. A positivação representa a garantia da existência do direito.

Conforme os itens 9º e 33 da observação 19, a Seguridade Social deve ser compreendida como um mecanismo de proteção universal e suficiente. Deriva disso o direito de não ser submetido a restrições arbitrárias ou pouco razoáveis de cobertura social existente. Qualquer condição e restrição, portanto, deverá ser razoável, proporcional e transparente. O Direito de proteção deve ser suficiente em quantidade e duração, e deve ser periodicamente revisado, para que os titulares para condições de exercer também os demais direitos humanos e de desenvolver suas capacidades, pois são todos interligados, são direitos indivisíveis, interdependentes. E, quando o direito a prestações for contributivo, há que existir uma correspondência razoável entre aquilo que é pago e o valor recebido.

A Observação 19 é diligente no sentido de tencionar instrumentalizar o exercício do direito à Seguridade Social, inclusive ao seguro social, nos termos previstos no artigo 9º do PIDESC. Assim descreve as prestações ao cargo da Seguridade Social, a serem fornecidas em espécie ou efetivo, sem discriminação, para situações de ausência de rendimentos advindos do trabalho em virtude da ocorrência de incontigências, tais como a invalidez, a deficiência, a maternidade, o acidente de trabalho, a idade avançada, a morte de familiar, os gastos excessivos com tratamentos de saúde, o suporte de recursos insuficiente para a família (BRASIL, 2013, p. 29).

O artigo 20 da Observação 19 refere especificamente a importância de prestar apoio suficiente às pessoas com deficiência, que por sua condição ou fatores relacionados à ela, não disponham de renda suficiente, nem condições de obtê-la pelo trabalho, seja essa situação temporária, seja definitiva. O texto estabelece que

ese apoyo debe prestarse de una manera digna, y debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos que suele conllevar la discapacidad. El apoyo prestado debe extenderse también a los familiares y otras personas que se ocupan de cuidar a la persona con discapacidad (NACIONES UNIDAS, 2008).

Neste sentido insta ressaltar que há outra Observação específica ao tema das pessoas com deficiência, é a Observação 05, de 1994. Ela frisa a estreita relação que tem a deficiência com os fatores econômicos, os quais impedem que estes seres humanos alcancem níveis adequados de vida, ou, que alcancem e usufruam dos direitos

previstos no Pacto. A Observação 05 é muito precisa ao frisar que apesar do PIDESC não referir diretamente as pessoas com deficiência a titularidade dos direitos nele contidos a estas pessoas decorre tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reconhece que todas as pessoas nascem livres e iguais em direitos e em dignidade, quanto da aplicação das disposições do PIDESC a todos os membros da sociedade. E, destaca a Observação que na medida em que se faça necessário um tratamento especial, os Estados estão comprometidos com o fornecimento de condições para que estas pessoas também usufruam dos direitos previstos no Pacto (NACIONES UNIDAS, 1994).

O item 28 da Observação 19 expõe que a Seguridade Social é mecanismo de capacitação, um direito interrelacionado, interdependente e indivisível. O direito à Seguridade Social é apontado como direito à prestação de renda substitutiva que também visa a igualdade a desimpedimentos e desembaraços. Por isso prevê também serviços de apoio, instalações, direito a serviços de saúde; medidas de combate à pobreza e exclusão social, e especial atenção às pessoas mais vulneráveis, tais como as pessoas com deficiência.

A Observação também aborda questões relativas à obrigação de cumprimento no âmbito interno dos Estados, tanto em termos de medidas legislativas, políticas estratégicas, planos e programas que sejam hábeis a promover a concretização da Seguridade Social (BRASIL, 2013, p. 29-33). Deixa transparente que a proteção social deve ser suficiente, primar pela capacitação e redistribuição, características chaves da seguridade social. Ainda, que realização dos direitos de Seguridade Social deve ser progressiva, avançar continuamente para propiciar, no mínimo, uma proteção social mínima para todos. Também indica que os recursos disponíveis devem ser otimizados, de forma que se garanta o melhor possível com os recursos disponíveis (NACIONES UNIDAS, 2008).

1.1.4 A Seguridade Social na OIT

A Seguridade Social está positivada no direito internacional, não apenas no PIDESC e nas suas Observações correlatas. Também a Organização Mundial do Trabalho (OIT), trata da Seguridade Social em vários documentos de grande importância (OIT, 2011, p. 05). É o caso das recomendações 67 e 69, e das Convenções

102 sobre as Normas Mínimas para a Seguridade Social, 1952; a Convenção 118 sobre a Igualdade de Tratamento para nacionais e estrangeiros em termos de segurança social, de 1962; a Convenção 121, a respeito das Prestações Relativas a Acidentes no Trabalho, de 1964; a Convenção 128 sobre Prestações de Invalidez, Velhice e Sobrevivência, de 1967; a Convenção 130, sobre os Cuidados Médicos e as Indenizações de doenças, de 1969; a Convenção 157, referente à Conservação dos Direitos à Segurança Social, de 1982; a Convenção 168 sobre a Promoção do Emprego e a Proteção contra o Desemprego, de 1988 e a Convenção 183 sobre a Proteção da Maternidade, de 2000 (BRASIL, 2013, p. 29; OIT, p. 05).

As Recomendações 67 (Recomendação sobre a Seguridade dos meios de vida) e 69 (Recomendação sobre a Assistência Médica) foram editadas em 1944. O destaque atribuído a ambas vem do fato de terem estreado num documento jurídico a preocupação da comunidade mundial com a universalização da Seguridade Social, externando o compromisso de estender essa proteção a todas as pessoas do mundo. A cobertura da segurança social não se restringe a certos grupos ou pessoas. É um direito humano, e portanto pertence a toda a população (OIT, 2011, p. 19-23).

Estes dois instrumentos antecedem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e pode-se dizer que abriram caminho para que a questão da Seguridade Social enquanto direito humano constasse na referida Declaração (FAGNANI, 2011, p. 10).

Mesmo comprovada a importância da segurança social nas crises econômicas e o papel na redução da pobreza e dos riscos sociais, a maioria das pessoas ainda está desabrigada de sua cobertura. Assim, a OIT recomenda que seus países membros destinem todos os esforços e recursos possíveis com vistas à universalização destes direitos (OIT, 2011, p. 139).

Das Convenções da OIT supra apontadas, o Brasil adotou a 102, sobre Normas Mínimas para a Seguridade Social, a 118, sobre Igualdade de Tratamento para nacionais e estrangeiros em termos de segurança social, a 168 acerca da Promoção do Emprego e a da Proteção contra o Desemprego (OIT, s.d.).

A Convenção 102, ou Convenção Concernente às Normas Mínimas para a Seguridade Social foi aprovada em 1952 e passou a vigorar no direito internacional. No Brasil, passou pela aprovação do Congresso em 2008 através do Decreto Legislativo 269, e foi ratificada em 2009. Como o nome da Convenção indica, ela trata de aspectos básicos da Seguridade Social. Refere um catálogo de prestações mínimas, essenciais, de

seguridade social, relacionadas à prestação de serviços de saúde, e a benefícios voltados ao atendimento de contingências comuns que impossibilitem angariar renda através do trabalho, como é o caso de desemprego, a incapacidade laborativa, a maternidade, acidente de trabalho, idade avançada, morte (OIT, 1955).

A Convenção 118, em vigor desde 25 de Abril de 1964, foi promulgada no Brasil através do Decreto 66.467, de 27 de Abril de 1970. Destina-se à articulação e interligação dos sistemas de Seguridade dos vários Estados, para propiciar cobertura aos trabalhadores migrantes (OIT, s.d.).

A Convenção 168 Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego entrou em vigor no cenário internacional em 17 de Outubro de 1991. No Brasil, foi promulgada Decreto 2.682 de 22 de Julho de 1998 (OIT, s.d.). No que tange à Seguridade Social, sua importância reside justamente na proteção contra o desemprego através de prestações temporárias, para substituir os rendimentos antes advindos da relação de emprego (OIT, 1991).

A combinação destes instrumentos mostra o desenvolvimento da implantação dos sistemas de Seguridade Social no cenário do Direito Internacional. Assim, não restam dúvidas que a Seguridade Social é um Direito Humano Fundamental, positivado. Há obrigação de cumprir estas previsões.

Nas últimas décadas tem havido um maior reconhecimento constitucional do direito à Seguridade Social. As garantias constitucionais são importantes para introdução dos direitos sociais na legislação nacional e à sua execução. Os textos das Constituições consagram o direito à seguridade social de formas diferentes, mas há uma analogia convergente em três pontos, em que reafirmam: a seguridade social como um direito individual, a responsabilidade social do Estado na sua prestação, e a inclusão da seguridade social entre os princípios que regem as políticas estatais. Os governos, de forma implícita ou explícita, tem a obrigação imposta de adotar um enfoque de seguridade social baseada nos direitos humanos (OIT, 2011, p. 115-118).

1.2 A SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

Tendo perpassado, ainda que de modo breve, o tratamento da Seguridade Social nos Instrumentos Internacionais mais relevantes, a partir desse ponto, o compromisso é alcançar a abordagem desse tema no cenário interno do Direito

Brasileiro, conduzindo-o até o Benefício de Prestação Continuada, eixo da presente dissertação.

Em termos de Brasil, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais foi adotado através do Decreto 591, de 06 de Junho de 1992, muito tempo depois da sua criação, ocorrida em 1966. Desde então, o Brasil está formalmente comprometido, no cenário do Direito Internacional das Nações Unidas a proporcionar Seguridade Social aos seus cidadãos, sob pena de ser responsabilizado. O Brasil reconheceu então a Seguridade Social como Direito Humano, e assim, como garantia de proporcionar níveis de vida compatíveis com a dignidade humana a todas as pessoas, especialmente àqueles em situação de maior fragilidade.

Entretanto antes disso já havia alguma previsão de proteção social no Brasil, o que se trata em breves linhas antes de adentrar no atual cenário da vigência da Constituição de 1988. Especialmente na era Getúlio, aberta nos anos de 1930, aconteceram passos importantes com a criação de Ministérios importantes para a temática, como o do Trabalho e Emprego, o da Saúde e da Indústria e Comércio, além da Constituição de 1934, que faz referência à Previdência Social. Com a Constituição de 1937 surgiram os Institutos de Aposentadoria e Pensão, em substituição às precárias Caixas de Pensão, e os benefícios estendidos a todos os operários urbanos. Depois, a Constituição de 1946 prosseguiu com intensa sistematização da matéria previdenciária, e o próximo destaque foi a Lei Orgânica da Previdência Social, de 1960, que ofereceu uma abordagem mais estruturada (BRASIL, 2013, p. 36).

Conforme explica Fleury (2005, p. 451), na época da expansão do populismo, entre os anos de 1940 até meados de 1960, a maior parte da população estava concentrada no trabalho informal e no meio rural. E, o modelo de seguro social adotado alcançava apenas os indivíduos que faziam, formalmente, parte do sistema produtivo. Assim, o modelo contribuiu para intensificar diferenças, servindo ao jogo político de troca de privilégios para os trabalhadores com maior força de barganha por legitimação dos governantes. Assim, como ressalta a autora, a opção de inclusão de alguns grupos, nessas condições também implicou na opção da exclusão de outros, não enquadrados nas categorias abrangidas pelo seguro social.

Após, durante o Regime Militar, os trabalhadores foram retirados do jogo político, e buscou-se, ainda que precariamente estender a cobertura do seguro aos trabalhadores que haviam sido deixados de lado anteriormente (FLEURY, 2005, p. 451). Foi criado o PRORURAL, para a proteção do trabalhador assalariado rural e às

pessoas inválidas com mais de setenta anos. Na sequência, em 1977, foi aprovada a Consolidação das Leis de Previdência Social (CLPS), e instituído o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) (MARTINEZ, 2010, p. 39).

Apesar do aumento da cobertura, a estratificação social crescia, especialmente nos centros urbanos, resultando em demandas sociais por maior inclusão social e equidade (FLEURY, 2005, p. 452). Nesta época ainda predominava um modelo de seguridade paternalista assistencialista, resultado da herança histórica de uma sociedade “colonial, escravista latifundiária e autoritária” que naturalizou as diferenças e desigualdades e que considerava que cada pobre e cada miserável era culpado por esta condição. Nesse cenário as prestações de segurança social da saúde e da assistência eram concebidas como concessões de benevolência senhorial e a segurança social tinha laços fortemente forjados ao trabalho. Isso prevaleceu até o final da década de 1980, e nesse período a Seguridade Social não era vista como um Direito Humano (BRASIL, 2013, p. 37).

Foi com a Constituição de 1988 que o prisma mudou. A proteção social pela qual a Constituição optou reflete uma intenção de universalizar a cidadania, superando a proteção adstrita aos trabalhadores formais e reduzindo a rigidez do vínculo entre contribuições e benefícios, permitindo maior solidariedade e redistribuição de riquezas. “Os benefícios passam a ser concedidos a partir das necessidades”, segundo os princípios da justiça social (FLEURY, 2005, p. 453).

1.2.1 Seguridade na Constituição de 1988 – um direito humano fundamental

Com a nova Constituição, o compromisso social do Estado para com seus cidadãos tornou-se certo, inquestionável, uma obrigação, não mais um favor. A condição de Direito Humano portada pela Seguridade Social deixou de ser incerta (BRASIL, 2013, p. 37). Ao contrário.

O artigo 6º que está assentado sob o Título dos Direitos Fundamentais, traz Direitos Sociais, destinados à redução das desigualdades sociais e regionais. Entre esses direitos está a Seguridade Social, por cada um de seus direitos: saúde, a previdência social e a **assistência aos desamparados**:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a **previdência social**, a

proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988) (Grifos nossos).

A importância da posição desses direitos no corpo constitucional é essencial. Devido ao caráter de direito humano fundamental expresso, todo estudo acerca da Seguridade Social, enquanto um direito social, e de cada um de seus direitos, precisa ter em conta, desde o princípio, sua natureza de direito humano e tal fundamentalidade. Isso lhe confere uma especial distinção no ordenamento jurídico, seja no aspecto formal, seja no aspecto material (OLSEN, 2010, p. 23).

A sua jusfundamentalidade é sustentada na universalidade dos direitos fundamentais, que a todos se destinam unicamente pela condição de humanidade de cada pessoa. Assim, a Seguridade acolhe a todos, abraça todos os segmentos sociais e os coloca sob seu manto e esse caráter universalista não permite que pessoa alguma esteja desprotegida. A jusfundamentalidade da Seguridade é também visualizada prontamente, quando se constata seu papel em relação à preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, ponto fulcral no constitucionalismo atual. Além disso, decorre das normas internacionais dos Direitos Humanos, onde já está amplamente reconhecida a Seguridade Social como um direito humano, e por fim, decorre dos demais valores assumidos pelo Estado e pelos fins que ele pretende (OIT, 2011, p. 04; 08-14).

Diante disso, pode-se abstrair que o sustentáculo da Seguridade Social no Brasil emerge de disposições constitucionais contidas em dispositivos anteriores ao artigo 6º, a começar pela dignidade da pessoa humana, também pela cidadania, ambos constantes no artigo 1º; nos objetivos trazidos pelo artigo 3º, quais sejam, de se construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades, e promover o bem de todos, e no princípio da prevalência dos Direitos Humanos, albergado no artigo 4º (BRASIL, 1988).

Uma Constituição que abraça todos esses valores implica necessariamente na elaboração de um sistema de proteção social eficiente, o que revelará o tipo de sociedade que pretende construir. O Estado brasileiro fundamentou sua constituição na dignidade da pessoa humana e optou por assumir feições sociais. Nesse contexto previu, segundo o artigo 194 constitucional, a composição da Seguridade Social com o conjunto formado pela Previdência Social, pela Assistência Social e pela Saúde, cujo fundamento é a Solidariedade:

Art.194: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 1988).

A inclusão da previdência, da Assistência e da Saúde na Seguridade Social introduz a ideia de que esses direitos são universais, são parte da cidadania, da humanidade. A proteção social não se restringe mais à população antes abrangida pelo seguro social (FLEURY, 2005, p. 453). Os institutos da Seguridade Social são hábeis a propiciar os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, à efetivação do bem-estar, à redução das desigualdades, condutores da justiça social (SANTOS, 2012, p. 35).

Nas palavras de Strapazzon (2012) os direitos da Seguridade Social obrigam tanto a sociedade quanto o Estado a desenvolverem ações eficazes para alterar as situações desfavoráveis vivenciadas pelas pessoas, e, para na máxima medida possível, promover a “dignidade, equidade social e da proteção das pessoas contra riscos e vulnerabilidades humanas e sociais”.

Como tem sustentado Strapazzon³, a expressão “Seguridade Social” cunhada pelo constituinte de 1988 motiva muitas críticas, especialmente fundadas na ordem da tradução da palavra espanhola “*seguridad*”, considerando-as mais adequada se fosse “segurança” e não “seguridade”. De todo modo, o que o constituinte pretendeu foi um sistema, uma rede, de proteção social, cuja criação coubesse ao Estado e que alcançasse a todos, de alguma forma, suprindo-lhes as necessidades e expectativas de direitos sociais mínimos⁴. O novo ideário pretendido pela Assembleia Constituinte (1987-1988) foi o da *Social Security*, a materialização do objetivo da “proteção social universal dos brasileiros” (STRAPAZZON; CAVALHEIRO, 2013, p. 233).

O artigo 194 supra não traz um conceito de Seguridade Social, mas relaciona-lhes os componentes (IBRAHIM, 2012, p. 05) da estrutura pública destinada a atender as necessidades básicas e vitais da população, as quais derivam tão somente da condição de humanidade ostentada por toda e qualquer pessoa.

A Previdência Social está prevista no artigo 201 da Constituição Federal e é considerada um seguro social. É um sistema coletivo, compulsório e contributivo. O fim último da Previdência Social é fornecer uma renda substitutiva da obtida com o

³ Notas pessoais de aulas apresentadas no curso “Direitos Fundamentais de Seguridade social” PPGD UNOESC, Mar-Jul, 2014.

⁴ Notas pessoais de aulas apresentadas no curso “Direitos Fundamentais de Seguridade social” PPGD UNOESC, Mar-Jul, 2014.

trabalho, obstaculizado por alguma contingência. Assim, a Previdência Social cobre os riscos do segurado quanto à perda, ou diminuição relevante, da capacidade laboral por doença, acidente, idade, maternidade, desemprego involuntário e também dá direito a uma aposentadoria por tempo de contribuição. Mas, também pode cobrir a ausência da renda obtida pelo segurado, para os dependentes em caso da morte ou reclusão deste. Há também a possibilidade de benefício que venha colaborar com o sustento dos filhos menores de 14 anos e inválidos (BRASIL, 1988. CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 503). Uma das mais importantes normas que disciplina os principais temas da Previdência Social, tais como a respeito dos benefícios, das finalidades, dos princípios é a Lei 8.213/91, relativa ao Regime Geral de Previdência Social.

A Saúde é apontada na Constituição como um direito de todos e um dever do Estado:

Art. 196. 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 (BRASIL, 1988).

O usufruto do direito à saúde não exige contribuição. Qualquer pessoa pode usufruir de atendimento à saúde, de forma gratuita junto à rede pública. Dos três ramos da Seguridade, o escopo mais amplo é o da saúde, visto que não restringe o acesso a qualquer pessoa. O horizonte de ações da saúde envolve políticas e planos de ação voltados tanto para a prevenção quanto para a promoção e recuperação da saúde (IBRAHIM, 2012, p. 08).

Isso refere a importância desse direito, essencial para o exercício dos demais direitos. A interdependência e a indivisibilidade dos direitos da Seguridade Social é muito visível quando se está tratando do direito à saúde (BRASIL, 2013, p. 45). O principal instrumento de efetivação do Direito à Saúde é o SUS e o principal diploma é a Lei 8.080/1990, chamada Lei Orgânica da Saúde (BRASIL, 1990).

Por fim, a Assistência Social está prevista nos artigos 203 e 204 da Constituição. Ela vem complementar e integrar a Previdência Social, levando a segurança social àqueles mais desamparados na sociedade, e que a Previdência não alcança. Como é este o direito no qual se insere o estudo desenvolvido neste trabalho, cabe uma análise mais detida do mesmo, ao que se procede no item a seguir.

1.2.2 A Assistência Social

A Assistência Social é assunto recente na história da humanidade. Desde Beveridge a seguridade social também foi pensada para alcançar também àquelas pessoas que não estivessem cobertas pelo seguro social. A ampliação da cobertura tem especial importância para aquelas pessoas em situação de maior vulnerabilidade, em condição de carência financeira relevante. É a Assistência Social que vai assegurar a essas pessoas o sustentáculo de que necessitam quando expostas à pobreza, à miséria, a aos seus efeitos deletéricos, pois sem condições de prover-se a si, mesmo que não façam jus a algum benefício previdenciário, ou quando este se mostre insuficiente, fará jus ao menos à Assistência Social para garantir sua dignidade humana, através de prestações pagas pelo Estado (OIT, 2011, p. 11; 18-21).

Nesses termos, a Assistência Social é instrumento de transformação social, não se trata de um aparato meramente assistencialista. Tem o objetivo de buscar a inclusão e a integração do assistido na comunidade, tornando-o menos desigual (SANTOS, 2012, p. 107). Para o autor (p. 109) a Assistência Social é o instrumento da Seguridade Social que mais coaduna com o preceito da redução das desigualdades sociais e regionais, diante de seu papel no combate à pobreza, atendimento às contingências e universalização dos direitos sociais. Desempenha um papel de extrema relevância para o valor humano daquelas pessoas a que se destina, e **se destina a todos que dela necessitarem**, como está expresso no caput do artigo 203 da Constituição Federal de 1988.

Art. 203 - A assistência social será prestada **a quem dela necessitar**, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos [...] (grifos nossos).

Esse dispositivo evidencia o caráter de Direito Humano Universal que a Assistência Social ostenta, ao deixar claro que se destina a acudir toda e qualquer pessoa que dela precisar. Não é necessária contribuição alguma e como bem observa Ibrahim (2012, p. 13) “o requisito [chave] para o auxílio assistencial é a **necessidade do assistido**”. Isso é uma decorrência do fim último da Assistência Social: a preservação da dignidade humana de seus destinatários, que necessitam de segurança social por estarem em situação de extrema vulnerabilidade. A Assistência Social “tem o propósito nuclear de preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta [...] não é

extensível a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes” (IBRAHIM, 2012, p. 13). É isso que torna a Assistência Social um dos componentes do sistema da Seguridade Social, complementando o seguro social destinado apenas aos contribuintes.

Então a concepção de que a Assistência Social é universal e se destina a toda pessoa que dela necessitar é coerente com a ideia de que pessoa alguma pode estar à deriva da segurança social, dada a ínsita dignidade humana de cada um. Essa função de resguardar a dignidade humana de cada pessoa que dela necessitar se depreende também do *status* de direito humano fundamental da Assistência Social, explícito no artigo 6º da Constituição de 1988.

A lei básica da Assistência Social é a 8.742/1993, a qual prevê, em seu artigo 1º e 22 que se trata de um dever do Estado fornecer os mínimos sociais capazes de enfrentar a pobreza através do suprimento das necessidades básicas do assistido que enfrenta alguma incontinência, de forma que possa materializar a universalização dos direitos sociais (BRASIL, 1993).

Para alcançar esse fim, a Assistência Social atua em vários eixos. Um deles é a concessão do Benefício Assistencial, que pode ser de duas espécies, os benefícios de prestação continuada (BPCs) e os benefícios de prestações eventuais. Estes, como se abstrai do próprio nome, são transitórios e complementares, concedidos em parcela única, quando verificadas situações de intensa carência financeira, como os auxílios natalidade e funeral (BRASIL, 2013, p. 48). Ambos os benefícios assistenciais constituem transferência de renda substitutiva da obtida pelo trabalho, ante a impossibilidade do exercício deste, à população mais desfavorecida economicamente, são benefícios não contributivos.

Entretanto, há que se mencionar que além destas duas possibilidades de benefícios assistenciais, houve recentemente uma ampliação da proteção no âmbito dos benefícios não baseados em contribuição, por meio dos denominados *Programas de transferência de renda*, que são programas de governo, cuja principal expressão é atualmente o Programa Bolsa Família (PBF). Este, foi instituído em 2003 pelo Governo Federal, na estratégia Fome Zero. Este Programa unificou os programas federais de transferência de renda que lhe precederam – Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Auxílio Gás, Programa Nacional de acesso à alimentação. O Programa de erradicação do trabalho infantil também passou a compor o PBF em 2005 (SOARES et al., 2009, p. 07).

O PBF destina-se a complementar a renda das famílias cuja renda atual *per capita* fica entre R\$ 77,01 e R\$ 154,00, considerados em situação de pobreza, a àquelas cuja renda per capita alcança até R\$ 77,00, ditos em situação de extrema pobreza (MDS, s.d.).

Tanto o Benefício de Prestação Continuada quanto o Bolsa família compõem o sistema de renda mínima à população exposta à pobreza. Todavia, há grandes diferenças entre ambos, a começar pelo marco legal. O BPC é um benefício assistencial tido como direito constitucional e cuja função é a de substituir a renda daqueles que não tem como garantir por si mesmos o próprio sustento, nem de tê-lo providos pela família, devido a uma situação de extrema desvantagem, tais como a idade avançada e a presença de impedimentos, que resultam na impossibilidade de auferir renda para manter a si mesmo. Por sua vez, o PBF é um programa do governo para complementação da renda (SOARES, et al., 2009, p. 08) e não está relacionado com a impossibilidade de participar do mercado de trabalho, mas apenas com a fragilidade da renda. Isso quer dizer que o público alvo do PBF difere do público do BPC e também daquele coberto pelo seguro social, pois tanto os benefícios previdenciários quanto o BPC, se destinam àqueles considerados dispensados ou então impossibilitados de proporcionarem o próprio sustento por meio do trabalho. Já o Programa Bolsa Família se dirige especialmente àquelas famílias cujos membros adultos estão em idade e em condições de inserção no mercado de trabalho e oferece uma proteção básica que beneficia a família não importando a sua composição (JACCOUD, 2009, p. 12;15).

Ainda, ao contrário do BPC, o PBF impõe condicionalidades, a depender de cada realidade específica, tais como a frequência escolar e o acompanhamento pré e pós-natal. Enquanto um Programa de Governo o PBF é marcado pela impermanência (IVO; SILVA, s.d. p. 24-5). Além disso, os valores também são diferenciados, enquanto o BPC prevê o pagamento de um salário mínimo mensal durante o período que vigorarem as condições que lhe deram origem, o PBF parte de um benefício básico de R\$ 77,00, mais benefícios variáveis, de acordo com a configuração do grupo familiar. Assim, poderá ser acrescido ao valor básico mais R\$ 35,00 por criança até 15 anos de idade, num limite de cinco crianças; mais 35,00 por gestante, durante a gestação; mais R\$ 35,00 por nutriz, durante seis meses; mais R\$ 42,00 por adolescente entre 16 e 17 anos de idade, num limite de até dois benefícios. Além dessas, há a parcela para superação da extrema pobreza, calculada caso a caso, de forma que renda per capita não

fique abaixo de R\$ 77,01(MDS⁵). Verifica-se assim que o valor do PBF fica muito aquém, ou seja, enquanto o valor do BPC corresponde a um benefício mensal individual que atualmente corresponde a R\$ 724,00, o valor do PBF é variável, e objetiva que cada grupo familiar alcance uma renda *per capita* de R\$ 77,00, bem abaixo do valor daquele benefício. Isso pode ser compreendido diante de seu caráter de complementar, não de substituir a renda obtida pelo trabalho.

Pode-se verificar que é inegável a evolução da Segurança Social no Brasil, especialmente devido à ampliação da cobertura dos riscos, tanto pela ampliação dos riscos cobertos pelos benefícios contributivos e não contributivos destinados à perda da capacidade laborativa, como pela nova garantia de renda para aqueles cuja renda do trabalho é insuficiente (JACCOUD, 2009, p. 15).

Como o principal faceta deste trabalho é o Benefício de Prestação Continuada, a ele reservou-se o espaço no item que segue.

⁵ Para saber mais, consulte: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/beneficios/composicao-de-valores>

CAPÍTULO IV - A ESTRUTURA JURÍDICA DO DIREITO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: O CASO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

É pacífico no contexto do sistema internacional de direitos humanos, como já foi demonstrado, que a dignidade da pessoa humana necessita de um mínimo de segurança social. O direito à vida e à integridade física requer uma postura ativa para garanti-lo. É neste contexto que pessoas carentes devem ter auxílio econômico e proteção do Estado, a fim de garantir-lhes a dignidade. O Estado Social tem entre suas funções dar assistência aos necessitados que, por sua condição, estão limitados na sua vida em sociedade e não possuem meios de prover a subsistência própria, ou não possuem meios suficientes para tanto. Nesses casos a sociedade e o Estado tem o dever fundamental de dar-lhes condições mínimas de integração social, um mínimo existencial (SARLET, 2011, p. 318).

O Benefício assistencial de Prestação Continuada, previsto na Constituição Federal de 1988, é uma das ferramentas que o Estado pode dispor para alcançar este desígnio. Constitui um substituto da renda do trabalho, uma garantia do sustento quando o trabalho se torna inalcançável dada a impossibilidade social, fisiológica ou mental, ou sensorial da pessoa. Seu valor, vinculado ao salário mínimo compõe um mínimo condicionado pelo padrão socioeconômico vigente, e que não se limita ao mínimo fisiológico, pois uma vida com dignidade não pode significar a mera existência física. A dignidade da pessoa humana só é garantida quando for possível o gozo dos direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade, conforme o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A análise das Atas da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas deficientes e Minorias, da Constituinte de 1988, permitiu verificar que o Poder Constituinte Originário da Constituição de 1988 dedicou-se de forma especial às pessoas com deficiência. As discussões, com respaldo de técnicos com conhecimento específico da causa, bem como com a participação da sociedade civil e órgãos de representação de movimentos das pessoas com deficiência, mostraram que predominava no ambiente daquele momento a intenção de desfazer as injustiças anteriores,

especialmente no que tange à exclusão social e discriminação desse segmento social (BRASIL, 1987).

As Atas mostram que os desígnios do Constituinte Originário eram dar efetividade aos direitos das pessoas com deficiência que viessem a constar na Constituição. Em vários momentos afirmam a necessidade de evitar previsões que representassem mera intenção no corpo constitucional. Vigorava a clareza da relação direta entre miséria e deficiência, e a situação de desvantagem extrema a que estavam submetidas as pessoas com deficiência em relação às demais pessoas. Frente a isso, a ânsia por medidas que pudessem proporcionar efetiva igualdade tangenciava as reflexões. Destarte, segundo as Atas, a intenção preponderante foi a de proporcionar segurança social efetiva, imediata à pessoa com deficiência, especialmente para os expostos à situação de pobreza. Daí, entre outras prerrogativas, o projeto finalizado nesta Subcomissão, previu a concessão de um benefício, em valor fixo de um salário mínimo mensal, às pessoas com deficiência que não tivessem mais condições de habilitação, bem como para aquelas passíveis de retorno ao mercado de trabalho, desde que expostas, juntamente com a família, à situação de pobreza intensa (BRASIL, 1987).

Foi a partir disso que a Constituição Federal locou no título relativo à ordem social, especificamente no capítulo reservado à Seguridade Social, na seção dedicada à Assistência Social, a previsão da concessão do BPC à pessoa com deficiência, ao cargo da Assistência Social:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

Trata-se de um benefício assistencial, não contributivo, sem condicionalidades, constituído por prestações mensais contínuas, no valor de um salário mínimo, mantidas enquanto perdurar a necessidade de seu titular (MDS, s.d.; BRASIL, 1988).

A destinação deste benefício especialmente às pessoas com deficiência não cobertas pelo regime contributivo incorpora a proteção social às suas necessidades específicas, ao quadro de pobreza ainda agravado pelas limitações fáticas que lhes acomete. O Benefício visa assegurar alguma renda para garantir, dentro de um patamar minimamente aceitável, o usufruto doutros direitos, e, especialmente, a inclusão social.

Além do Brasil apenas outros 86 países no mundo preveem a outorga desse benefício às pessoas com deficiência (OIT, 2014, p. 05).

Fato a ser rememorado neste ponto, é que, conforme tratado detalhadamente no segundo capítulo deste estudo, o Brasil recepcionou a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, e desde 2009 ela compõe o ordenamento jurídico brasileiro com *status* de Emenda Constitucional. Destarte, todas as normas relativas à pessoa com deficiência devem ser interpretadas em conformidade e em conjunto com as disposições da Convenção. Em relação ao objetivo de resguardar um nível de vida adequado às pessoas com deficiência, o artigo 28 deste instrumento traz uma previsão específica quanto à persecução das condições necessárias a proporcionar um nível de vida adequado às pessoas com deficiência:

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência (BRASIL, 2009).

A ratificação da Convenção pelo Brasil e a sua internalização com *status* de Emenda Constitucional, anteriormente referida, deixaram claro o compromisso assumido de garantir de um padrão de vida ideal às pessoas com deficiência, e às famílias dessas pessoas, compatível com a dignidade humana, sem discriminar em função da deficiência. Todo o sistema de proteção social da pessoa com deficiência no Brasil deve estar de acordo com isto, o que inclui, obviamente, o BPC.

2 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

De acordo com a anteriormente citada disposição constitucional do artigo 203, inciso V, a concessão do BPC à pessoa com deficiência exige o cumprimento de dois requisitos (I): que se trate de uma pessoa com deficiência e, (II) que não tenha condições de prover a própria manutenção nem de tê-la provida pela família. Foram bem definidos pelo Constituinte tanto o público beneficiário - pessoas com deficiência – e o valor do benefício – um salário mínimo. Demais aspectos condizentes à

operacionalização do benefício ficaram pendentes de regulamentação, tema ao qual se passa a partir de então.

Pretende-se então, neste ponto, verificar a estrutura formal do direito legal da pessoa com deficiência ao benefício assistencial de prestação continuada. Noutras palavras, a intenção aqui é analisar os aspectos diversos de como se deu a intervenção do legislador na conformação desse direito, como ele delimitou e conformou a titularidade do direito e do dever, a sua proteção quanto à existência de direito a ações positivas ou negativas, qual o bem jurídico protegido, o bem jurídico a ser fornecido para a satisfação do direito, o tempo da proteção, o lugar da proteção.

Há que se verificar que o legislador apenas estreou nesta conformação cinco anos depois da promulgação da Carta Política, com a edição da Lei 8.742, de 1993, ou, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Além desse diploma, o Decreto 6.214 de 2007 assume grande importância no assunto devido ao seu papel na regulamentação do benefício prestacional que aquela lei previu para materializar a previsão do inciso V artigo 203 constitucional.

De acordo com a disposição do artigo 12, inciso I da LOAS é à União que cabe a titularidade do dever de concessão e manutenção dos benefícios concedidos pela Assistência Social, inclusive no que diz respeito ao financiamento. Mas, a operacionalização quanto à concessão e administração do BPC ficou ao cargo do Instituto do Seguro Social INSS, conforme previu o Decreto 6.214/07 (BRASIL, 2007). Todavia, frisa-se, não se trata de um benefício previdenciário e sua operacionalização ocorre através do INSS por questões ligadas à eficiência administrativa. A implementação, coordenação, regulação, financiamento, monitoramento e avaliação do benefício é competência da Secretaria Nacional de Assistência Social (MDS, s.d.)

O critério que impõe a concessão desse benefício assistencial, ou, nas palavras de Martinez (2010, p. 190), a sua “razão de ser” é a **necessidade** da pessoa. É isso que se pode deduzir também do artigo 203 constitucional e de seu inciso V, que toda pessoa com deficiência **que necessitar**, é destinatária do Benefício de Prestação Continuada, no valor de um salário mínimo, se comprovar ser desprovida de recursos financeiros suficientes a manter o próprio sustento e que sua família também não possa provê-lo. Ao final o inciso observa, “conforme dispuser a lei” (BRASIL, 1988).

E a LOAS, ou Lei nº 8.742/93, estabeleceu no artigo 2º que, entre os objetivos da Assistência Social está “a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência [...] **que comprove não possuir meios de prover a própria**

manutenção ou de tê-la provida por sua família”, repetindo o que o inciso V do artigo 203 da Constituição já havia disposto quanto ao BPC (BRASIL, 1993). Assim, também para a lei 8.742/1993, a manutenção da vida digna refere o bem protegido, importa para tanto que haja necessidade, e a satisfação dessas necessidades ocorrerá através da prestação positiva da concessão de um salário mínimo mensal.

O artigo 20 § 3º da Lei 8.742/93 que veio regulamentar a questão da comprovação da necessidade estabeleceu que para que o assistido faça jus ao BPC, a renda *per capita* mensal do grupo familiar seja inferior a ¼ do salário mínimo. Discutida a Constitucionalidade desse limite no Recurso Extraordinário 580.963/PR (BRASIL, 2010)⁶, inicialmente foi considerado constitucional, mas não mais absoluto, visto que necessário avaliar outros critérios para aferir a miserabilidade. A conclusão alcançada foi de que a renda mensal per capita abaixo de ¼ do salário mínimo demonstra de forma irrefutável a miserabilidade, e dispensa qualquer outra prova de necessidade (SANTOS, 2012, p. 118).

Nesse sentido também foi a posição do Superior Tribunal de Justiça, conforme emenda a seguir transcrita, relativa ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 409974/SP:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA E DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de provar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando demonstrada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.112.557/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 2. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, que a agravante não preenche os requisitos legais, no que tange à comprovação da hipossuficiência econômica. A revisão

⁶ Para saber mais: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=736432>. Acesso em 15 de Junho de 2014.

desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido (BRASIL, 2013a).

Também em 2013, no julgamento da reclamação 4374 ajuizada pelo INSS perante o STF, o esse critério estabelecido no parágrafo 3º do artigo 20 fora declarado inconstitucional pela Corte, de forma incidental, confirmando o entendimento do Plenário exposto na análise dos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963. Todavia, não fora declarada a nulidade dos dispositivos, mas a fixado de prazo para que o Congresso reelaborasse a regulamentação da matéria, sendo mantida a atual até o final do ano de 2014. O Ministro Relator, Gilmar Mendes frisou que novos programas sociais utilizam-se do parâmetro mínimo de ½ salário mínimo para balizar a concessão de seus benefícios, o que aponta para a inconstitucionalização do critério de ¼ de salário mínimo como renda per capita balizadora da concessão do BPC. Além disso, aponta notórias mudanças, fáticas e jurídicas, indicativas da insuficiência do requisito limitador objetivo para a proteção do direito (BRASIL, 2013b)⁷.

Ao que se percebe, a jurisprudência entende que a condição da necessidade deve ser analisada com prudência, considerando outros fatores específicos à realidade individual do assistido, visto que a privação do benefício de caráter alimentar pode causar risco à sobrevivência, atingir a dignidade humana do assistido e impedir o exercício dos demais direitos (BRASIL, 2011a. KERTZMAN, 2012, p. 465-6).

A pessoa com deficiência deverá passar por uma avaliação abrangente das condições necessárias à concessão do BPC, a qual não se restringe à perícia médica mas conjuga esta com uma avaliação social, conforme o artigo 20 § 6º da Lei 8.742/93.

Há que destacar que nem o quadro de deficiência, nem as condições de necessidade de recursos financeiros que deram azo à concessão do BPC, precisam ser definitivos. Isso se depreende da leitura do artigo 21 da LOAS, cujo texto diz prevê a revisão do Benefício a cada dois anos para verificação da continuidade ou não das condições que lhe motivaram a concessão. O BPC cessará tão logo as causas que deram azo à sua concessão cessarem. Assim, pode-se concluir que a duração da proteção pelas prestações no tempo apenas se estende enquanto durarem as causas de sua concessão, sejam estas ligadas a impedimentos, sejam a necessidades. Também cessará quando da

⁷ Para saber mais, disponível na internet, site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rc14374.pdf>. Acesso em 20 de Outubro de 2014.

morte do assistido, de fato ou presumida declarada judicialmente, pois não se trata de benefício transferível; também pela ausência declarada; pelo não comparecimento à perícia médica relativa à revisão do benefício; bem como pelo não fornecimento de declaração da composição do grupo familiar nesta ocasião de revisão, e quando a pessoa exercer atividade remunerada, exceto na condição de aprendiz (SOUZA, 2012, p. 23; BRASIL, 1993).

Em relação ao lugar da proteção, constata-se pelo artigo 7º do Decreto 6.214/2007, que apenas fazem jus ao BPC os brasileiros, natos ou naturalizados, inclusive os indígenas, desde que não amparados por nenhum sistema de previdência social e, se comprovarem domicílio e residência no Brasil. Quanto ao brasileiro naturalizado, além disso, não pode estar coberto pelo sistema de seguro social de seu país de origem. Desta forma, o legislador excluiu do direito ao BPC o estrangeiro.

O legislador também definiu a titularidade do direito, ou seja, quem é a pessoa “portadora de deficiência” prevista no inciso V do artigo 203 da Constituição. Essa é uma das questões mais polêmicas do direito ao benefício de prestação continuada. Assim, por este motivo optou-se por referi-la num item apartado, a seguir.

2.1 A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A carência de recursos aliada à deficiência tem potencial para colocar a pessoa em situação de grande desvantagem em relação às demais. Assim, a proteção da Constituição de 1988 à pessoa com deficiência também considerou as dificuldades de inserção no mercado de trabalho e de integração na comunidade (SANTOS, 2012, p. 115). Como ressalta a autora, o constituinte referiu a impossibilidade da pessoa com deficiência prover a própria subsistência e de tê-la provida pela família, o que não se confunde, necessariamente, com incapacidade laborativa ou para a vida.

Todavia, o legislador inicialmente intuiu que a deficiência equivalia sim à incapacidade para a vida independente e para o trabalho (HENDGES E MÜLLER, 2013, p. 07; 13), e constou no artigo 20 § 2º da Lei 8.742/1003, que, para fins de concessão do BPC, pessoa “portadora de deficiência” haveria de ser aquela “incapaz para a vida independente e para o trabalho” (BRASIL, 1993). Assim, segundo a versão original da Lei 8.742/1993, tinha direito ao BPC tão somente a pessoa com deficiência que não possuísse condições de trabalhar, nem de exercer as atividades mais

elementares de seu dia-a-dia. Isso demonstra que a primeira definição centrava a proteção nos casos mais graves de impedimentos, e limitava-se, especificamente, aos aspectos clínicos, fisiológicos, funcionais.

O Decreto 1.744/1995 veio regulamentar a concessão do BPC, detalhando questões concernentes à Lei 8.742. Seu texto foi mais específico, e estabeleceu que a incapacidade para a “*vida independente e para o trabalho*” referida pela lei dava-se “em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”. O Decreto reafirmou a incapacidade para a vida diária e para o trabalho, centrando-se e acentuando os aspectos funcionais, introduzindo a questão da irreversibilidade das alterações. Como resultado as avaliações da deficiência tornaram-se extremamente rígidas, restringindo o direito ao BPC apenas às deficiências mais graves, ou seja, àquelas que impedem a pessoa tanto para o trabalho quanto para a vida independente e que, ainda, apresentassem caráter de irreversibilidade.

Entendia-se que o significado de *pessoa que não tivesse condições para vida independente* correspondia àquela que dependia total e permanentemente, da ajuda de terceiros. Isso gerou restrições tão desarrazoadas de acesso ao BPC, ao ponto do Ministério Público Federal emitir uma Recomendação ao INSS⁸, para que não mais analisasse a capacidade laborativa de pessoas com deficiência, menores de 16 anos. Os reflexos desta Recomendação prevaleceram até a edição do próximo decreto, em 2007 (MARCELINO, 2011, p. 423).

Em Junho de 2007 foi criado um grupo de trabalho interministerial com a incumbência de rever a metodologia da avaliação da deficiência para fins de obtenção do BPC. Assim, foi elaborado um instrumento com base na CIF (MARCELINO, 2011, p. 426). Nesse contexto, o Decreto 1.744/1995 foi revogado pelo Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007. Neste, foi mantida a definição de que pessoa com deficiência é “aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho” (Art. 4º, II), sendo esta incapacidade explicada no inciso III do mesmo artigo como um

fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.

⁸ Recomendação do Ministério Público Federal nº 30, de 25/09/2001

Não há, como se observa, a fixação de prazo para a duração do impedimento. Mas, há referência expressa à proteção dos casos mais graves de deficiência, os incapacitantes.

A partir do Decreto 6.214/2007 a avaliação da pessoa com deficiência, para fins de obtenção do BPC, deve ocorrer a partir da análise das diversas dimensões da saúde, considerando sua perspectiva biológica, individual e social, além da conexão entre a saúde e outros fatores, tanto pessoais quanto externos, ou seja, do contexto em que se insere (MARCELINO, 2011, p. 431). Isso quer dizer que a partir desse Decreto a deficiência não deve ser mais considerada tão somente a partir dos aspectos anatômicos, fisiológicos, clínicos enfim, a partir das funcionalidades corporais, mas também a partir das particularidades do meio em que vive.

Constata-se uma alteração importante em relação ao conceito anterior derivada da menção aos aspectos sociais. Mas há outra particularidade do Decreto 6.214 que não pode ser desconsiderada. Ele data de 26 de setembro de 2007, pouco mais de três meses da criação do grupo de trabalho que visava uma avaliação da deficiência mais adequada aos padrões de documentos internacionais, e, destaca-se, seis meses após o Brasil ter se tornado signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, em 30 de março de 2007, em New York. Para esta Convenção o fundamento da deficiência conjuga aspectos sociais e funcionais, e assim a deficiência resulta da interação dos aspectos funcionais com as barreiras sociais, ambientais, do que reste impedida ou restringida a plena participação social da pessoa.

Foi, portanto, o Decreto 6.214/2007 que realizou a primeira mudança na definição de deficiência da Lei 8.742 após a aprovação da Convenção de New York, em 2007. E, apesar de ainda considerar pessoa com deficiência “aquela cuja deficiência a *incapacita* para a vida independente e para o trabalho”, e de empregar “incapacidade” ao invés de “impedimento”, ao mencionar a interação da pessoa com o meio “supera a visão reducionista centrada no autocuidado, que considerava vida independente como a incapacidade de se vestir, higienizar, alimentar, locomover e outros atos da vida cotidiana” (MARCELINO, 2011, p. 431). A deficiência passa a ser encarada como um fenômeno multidimensional, ou seja, não mais restrito aos aspectos clínicos, mas resultado da interação destes e o ambiente físico e social, nos moldes da Convenção. Um primeiro passo.

E, ao longo dos anos, a legislação voltada às pessoas com deficiência, e, especialmente, a Lei 8.742/1993, passou por várias alterações para adequar-se às alterações e disposições da Constituição, dando azo a muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente no que toca às conceituações (HENDGES; MÜLLER, 2013, p. 07). As alterações derivadas da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência foram importantes, e influenciaram o novo olhar da legislação brasileira sobre a deficiência ainda antes da sua aprovação pelo Congresso Nacional. Tanto a Convenção quanto seu Protocolo Facultativo só foram aprovados pelo Congresso Nacional em 09 de Julho de 2008, pelo Decreto Legislativo 186, e sua promulgação só veio ocorrer em 25 de Agosto de 2009, através do Decreto Presidencial 6.949. A partir de então, como já visto no Capítulo II, a Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, um Tratado de Direitos Humanos, passou, nos termos do artigo 5º § 3º da Constituição, a compor o ordenamento jurídico pátrio com *status* de Emenda Constitucional.

Assim, toda norma brasileira atinente à pessoa com deficiência foi submetida às disposições da Convenção, pois que esta lhes vincula. Assim, isso significa que devem estar adequadas à Convenção, a começar pelo conceito de pessoa com deficiência que esta estabeleceu, o que é de especial importância na legislação concernente à concessão do BPC.

No texto da Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência a referência inicial ao conceito de deficiência situa-se no seu preâmbulo, onde o ponto de partida ao desenvolvimento das demais disposições é o reconhecimento de que a deficiência é um conceito em evolução e que

a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

O conceito de pessoa com deficiência, propriamente dito, vem depois, no artigo primeiro. O texto original assim dispõe:

Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others (UNITED NATIONS, s.d.).

A versão brasileira para esta parte do texto da Convenção define as pessoas com deficiência 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 igualdades de condições com as demais pessoas.** (BRASIL, 2009). (Grifos nossos).

Há uma diferença entre o texto original e a versão brasileira, que, no entanto, traz consequências de extrema importância. Muito relevante é o fragmento do texto em inglês “*Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments(...)*”, donde chama a atenção o vocábulo *include* em sua relação com o conceito, que corresponde à palavra “incluir”, segundo os dicionários online Collins Cobuild e Linguee.

Tomando-se esse significado – de inclusão, não de restrição - tem-se que *peçoas com deficiências **incluem** aquelas que tem impedimentos físicos, intelectuais ou sensoriais duradouros que em interação com várias barreiras podem impedir sua plena participação.*

Sendo este o significado real do texto da Convenção, a versão empregada no Brasil mostra-se limitadora demais, pois se pessoas com deficiência incluem as pessoas com impedimentos de longa duração, também podem incluir as outras, com impedimentos de curta e média duração. Contudo, na versão brasileira, apenas **são** pessoas com deficiência aquelas cujo impedimento seja de longa duração, o que significa que as com impedimentos de curta e média duração estão excluídos do conceito, e, por consequência, também do âmbito de proteção daquelas primeiras.

Ante a dissonância entre a versão oficial brasileira e a original, buscou-se saber sobre as versões empregadas noutros idiomas, como no Italiano, Espanhol e Francês.

A versão italiana do trecho em questão da Convenção de New York, contida no texto da UNICEF coincide com a versão original, de que pessoas com deficiência incluem as que tem impedimentos de longo prazo:

Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri (UNICEF, 2007).

Observou-se, também outra versão:

Tra le persone disabili sono comprese le persone che soffrono di menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali durature che, interagendo con barriere di diversa natura, possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla vita della società su base paritaria (COOPERAZIONE ITALIANA ALLOS VILLUPO, s.d.).

A *Cooperazione Italiana allo Sviluppo* é uma organização existente desde os anos de 1950 voltada ao desenvolvimento humano e à garantia da dignidade humana, com foco de ação em países em desenvolvimento ligados à Itália por laços coloniais. A tradução para “*Tra le persone disabili sono comprese*” significa: “Entre as pessoas com deficiência estão incluídas” e também coincide com a compreensão de que a versão original referiu mesmo a inclusão e não a limitação do conceito de pessoa com deficiência às que possuem impedimentos de longa duração.

A tradução da Convenção para o espanhol parece trazer esse mesmo sentido para o fragmento supra referido:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (NACIONES UNIDAS, s.d.).

Como se observa, novamente, há referência a “incluir”, tal qual a versão original em inglês.

Já na versão francesa da Convenção a redação coincide com a versão oficial brasileira do conceito de pessoa com deficiência:

Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l’interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l’égalité avec les autres (NATIONS UNIES, s.d.).

A definição de pessoa com deficiência é limitada, na versão francesa, apenas às que apresentam impedimentos de longa duração.

Como a conceituação parece divergir a depender do idioma, levou-se a questão ao conhecimento do Dr. Christian Courtis, *Officer* do Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, questionando-lhe qual seria a versão a prevalecer. Courtis

(2014)⁹ afirmou que a versão correta é aquela original inglesa, onde consta “incluir”, uma vez que a Convenção pretendeu evitar uma definição restrita, ao contrário. A Convenção buscou permitir que os Estados pudessem adotar definições ainda mais abrangentes.

Assim, diante desta afirmação, a tradução oficial brasileira, que limita a concepção de pessoa com deficiência àquelas com impedimento de longo prazo, não estaria correspondendo à intenção da Convenção, de que os Estados pudessem empregar uma conceituação mais ampla. No Brasil, dada a versão oficial traduzida, e em vigor, da Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência, passaram a ser consideradas pessoas com deficiência tão somente as que têm deficiência física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo que, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os demais. No cenário da limitação advinda dessa tradução, a limitação à duração de longo prazo do impedimento, mostra-se como uma interpretação fechada, restritiva daquela definição.

Para além dessa discordância de significados entre a versão original e a brasileira, há que se observar que no texto da Convenção também não é necessário que a deficiência incapacite para vida independente e para o trabalho, sequer fala em incapacidade, mas em impedimentos que atuem na obstrução da participação social tal qual alcançam as demais pessoas. Além disso, conforme observam Araújo e Ferraz (2010, p. 8844), a Convenção não impõem a necessidade do impedimento ser permanente para caracterizar a deficiência. Isso não exclui do âmbito de proteção os impedimentos incapacitantes, nem dos permanentes, apenas estende também esta proteção aos casos menos graves (não incapacitantes), nos quais a interação entre o impedimento e as barreiras do entorno impede a plena participação e inclusão social, mesmo que haja capacidade. Ou seja, a proteção destina-se tanto às deficiências incapacitantes para a vida e trabalho como as não incapacitantes; duradouras ou não, passageiras ou definitivas. Há um *plus* na proteção, em consonância com a evolução dos direitos das pessoas com deficiência.

O Tratado pretendeu que a proteção da pessoa com deficiência tomasse um rumo mais abrangente e efetivo. Nesse cenário, construído na base evolutiva do conceito da pessoa com deficiência, a incorporação da Convenção ao Ordenamento

⁹ COURTIS, CHRISTIAN. Parecer constante em e-mail, enviado em 29 de Outubro de 2014.

interno com *status* constitucional além de vincular os atos normativos relacionados aos direitos dessas pessoas mostra que o Estado reconhece que as pessoas com deficiência fazem jus a uma proteção mais eficaz do que a tida até então.

Visando essa adequação, em 06 de julho de 2011 a Lei 12.435 trouxe mais alterações à LOAS. A nova lei inseriu no inciso I do § 2º do artigo 20 da Lei 8.742/1993, o conceito, agora constitucional, de pessoa com deficiência albergado no artigo 1º da Convenção de New York:

I- aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Como se vê, o conceito é igual àquele contido na versão brasileira da Convenção, com limitação do conceito de pessoa com deficiência à que possua impedimento de longo prazo. E, no inciso II, a Lei ainda especificou o quanto seria esse impedimento de longo prazo:

II- impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência **para a vida independente e para o trabalho** pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (grifos nossos).

Observa-se que a disposição acima mantém a caracterização da deficiência como incapacidade para o trabalho e para a vida independente. E isso, conforme bem observa Moreira (2013, p. 62-3), foi um erro do legislador, pois tal proposição já havia sido superada desde a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao direito nacional.

Então, apesar da intenção da Lei 12.435 de adequar a LOAS às inovações, a definição de deficiência continuava inadequada às concepções internacionais e ao espírito constitucional que havia incorporado a Convenção de New York (HENDGES; MÜLLER, 2013, p.13). Ao retomar uma previsão já superada, o legislador ordinário contrariou a norma constitucional, ignorando a substancial alteração (MOREIRA, 2013, p. 62-3).

Já havia até uma súmula da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências dos Juizados Especiais Federais, a de número 29, de 13 de fevereiro de 2006, que estabeleceu que para fins de concessão do BPC, não era necessário haver impedimento para as atividades elementares da pessoa, bastando que não permitisse à pessoa garantir o próprio sustento.

Além da vinculação necessária da deficiência à incapacidade a Lei 12.435 atribuiu a esta uma temporariedade mínima, o que também não consta na Convenção de New York, nem no texto do artigo 203, inciso V da Constituição. Como explicam Follmann e Soares (2012, p. 30), a lei acrescentou um critério objetivo que trouxe uma exigência a mais para a concessão do BPC. Se a versão brasileira da conceituação de deficiência já a limitava a deficiência à duração de longo prazo do impedimento, o estabelecimento de um critério objetivo como este, de dois anos, diminui ainda mais o alcance do conceito.

Provavelmente pelo reconhecimento do equívoco da conceituação da deficiência como incapacidade é que uma nova alteração da Lei 8.742/1993 ocorreu logo depois da Lei 12.435/2011, através da Lei 12.470, de 01 de setembro de 2011 (BRASIL, 2011). As modificações realizadas quanto ao conceito de pessoa com deficiência alcançaram a redação que ainda hoje vigora nos seguintes termos no artigo 20, parágrafos 2º e 10:

§ 2º: Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem **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.**

[...]

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (grifos nossos).

De acordo com Moreira (2013, p. 63), o legislador corrigiu o erro relativo à exigência de **incapacidade** para a vida independente e para ao trabalho através desta nova Lei, que ao invés de relacionar a deficiência à **incapacidade para a vida independente e para o trabalho**, fala em efeitos do impedimento, o que possibilita uma aplicação mais ampla (IBRAHIM, 2012, p. 16). Contudo, fora mantida a limitação da deficiência aos impedimentos de longo prazo, tal qual a redação da versão brasileira da Convenção de New York, fechando essa definição em dois anos.

Há que se atentar que um impedimento caracterizador, ou deflagrador, da deficiência não é um impedimento irrelevante, mas proeminente ao ponto de, por si, ou em interação com os fatores de contorno, obstruir uma vida em sociedade, tal qual conseguem as demais pessoas (SILVA, 2013, p. 192). Contudo, como já frisado, a

conceituação não exige que a pessoa com deficiência seja incapaz, necessariamente, de exercer atividades mais corriqueiras da vida, ou que seja incapaz para o trabalho.

Assim, como salienta Zimmermann (2013, p. 31) não se pode mais pressupor que é somente a incapacidade laborativa que dá direito à pessoa a receber o BPC. A deficiência que resulte de impedimentos incapacitante, o mais grave, é destinatário de proteção pelo BPC, mas o benefício também destina-se aos casos em que a participação e inserção social são impossibilitadas devido às barreiras do meio em interação com os impedimentos menos graves. Conjugando tais premissas à disposição do artigo 203 da Constituição, tem-se que a Pessoa com deficiência para fins de BPC é, como afirma Zimmermann (2013, p. 31), a que não consegue prover meios para sua manutenção, nem tem como sua família provê-los, mesmo que a deficiência não lhe tolha a capacidade laborativa, bastando que apresente impedimentos que lhe impeçam a participação social plena e efetiva, em igualdade de participação com as outras pessoas.

Ademais, o rechaçamento da incapacidade como significado necessário à caracterizar a deficiência para fins de concessão de BPC ocorre pela previsão de uma possibilidade da pessoa com deficiência possa vir a exercer uma atividade laborativa. No fluxo do paradigma da inclusão é necessário que se possibilitem ações afirmativas para a inclusão da pessoa com deficiência e a eliminação das barreiras impostas pela estigmatização e que impedem a participação em igualdade de condições com as demais pessoas. Contudo, é óbvio que até se alcançar o patamar da inclusão a pessoa com deficiência necessita de mínimos sociais suficientes à uma vida digna. Essa é a razão pela qual a Lei 12.470, permite que a pessoa com deficiência trabalhe na condição de aprendiz e aufera remuneração junto com a renda do BPC durante dois anos, e também que intercale o recebimento deste benefício com o seguro desemprego. A lei segue a lógica da promoção da pessoa com deficiência a conquistar seu espaço, garantindo-lhe a segurança de remuneração mínima (SILVA, 2013, p. 177).

Outras alterações trazidas pela Lei 12.470 ao artigo 20 § 2º dizem respeito ao acréscimo da palavra “mental” ao conceito, bem como da expressão “em igualdade de condições” quando referiu a participação da pessoa com impedimentos em relação às demais pessoas. Quanto à duração do impedimento, permanece de longo prazo, estabelecido este como o que produz efeitos por no mínimo dois anos.

O mesmo ocorreu na alteração da regulamentação do BPC ao cargo do Decreto 6.214/2007, através do Decreto 7.617, de 17 de Novembro de 2011. Este Decreto manteve os dois anos de duração mínima do longo prazo dos efeitos dos impedimentos,

como critério objetivo à concessão do benefício. Contudo, prevê a possibilidade de concedê-lo diante da impossibilidade de se comprovar esta duração mínima, mas apenas diante da possibilidade que se estendam **por longo período**.

Consoante à evolução da compreensão da deficiência, a redação do Decreto ainda previu expressamente a necessidade do emprego dos critérios estabelecidos na CIF para a avaliação da deficiência, o que já era uma exigência a partir do momento da incorporação da Convenção de New York ao ordenamento jurídico, quando se optou pelo modelo social ao exclusivamente clínico. Esta conjugação dos fatores contextuais sociais e ambientais constou tanto na Lei 12.435/2011 quanto na Lei 12.470/2011. Nas palavras de Hendges e Müller (2013, p. 25) ambas as leis visaram alcançar uma conceituação mais ampla de deficiência, não restringindo a compreensão do tema às limitações clínicas, biológicas, pessoais. As leis abordaram a questão das dificuldades de interação e inclusão social das pessoas com deficiência, aspectos a serem vistos sob o ponto de vista da dimensão social das desigualdades de condições para as oportunidades e dos entraves às capacidades. Um feito harmônico tanto em relação à Abordagem das Capacidades quanto em relação à CIF e à Convenção de New York. No entanto, a base conceitual empregada pela Lei 12.470 é a mais coerente com as determinações dos diplomas internacionais que pretendem a inclusão da pessoa com deficiência. O resultado é uma postura terminológica que tenta se alinhar com o que existe de mais atual, um marco para as ciências jurídicas em termos linguísticos (SILVA, 2013, p. 149).

Deve-se salientar que mesmo diante dos avanços terminológicos, o conceito de pessoa com deficiência é um conceito em evolução, aberto, potencial, não verificável na situação teórica, mas tão somente diante de um quadro concreto. Apenas assim é possível analisar se um determinado impedimento é hábil de, em interação com demais fatores contextuais, obstruir a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade, em igualdade com as demais pessoas, causar-lhe estigma – impossibilidade de aceitação social plena (SILVA, 2013, p 193-4).

A nova definição de deficiência, alcançada pela legislação pátria recente, apresenta-se como sendo a mais adequada que as anteriormente utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro. Isso é especialmente importante no que se refere à adoção do modelo social da deficiência. Entretanto, especialmente, para fins de estudo da concessão do BPC a limitação da deficiência aos impedimentos de longo prazo pela versão brasileira da Convenção de New York e leis que disso derivaram, bem como o

estabelecimento do limitador temporal dos dois anos para este “longo prazo” (art. 20 da Lei 8.742/93), desperta dúvidas e discussões (HENDGES; MÜLLER, 2013, p. 17). Essa é a questão é analisada a seguir.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DA DELIMITAÇÃO TEMPORAL OBJETIVA TRAZIDA PELA LEI 8.742/1993 AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal estabeleceu que a Assistência Social é um direito fundamental destinado a todos que dela necessitarem, e que garantirá um benefício mensal de um salário mínimo à pessoa com deficiência que não tenha condições de garantir sua manutenção e cuja família também não possa fazê-lo. Tem-se, portanto, que a pessoa com deficiência exposta à situação de intensa pobreza, tem um direito constitucionalmente garantido a uma renda de um salário mínimo mensal. Como visto, a intenção do Constituinte foi dar efetividade a este direito, para desfazer injustiças pretéritas e promover a inclusão social destas pessoas, em respeito ao princípio da Igualdade material.

A legislação pátria concernente aos direitos das pessoas com deficiência não poderá contrariar a Constituição. E, desde que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro com *status* de Emenda Constitucional, a legislação que diz respeito aos direitos das pessoas com deficiência também deverá estar adequada a ela. E foi por isso que ao estabelecer quem tem direito ao BPC a lei 8.742/1993 - e também o Decreto 6.214/2007, que regulamenta o benefício - buscou adequar-se à conceituação da Convenção de New York e estabeleceu que a pessoa com deficiência que faz jus a tal benefício é

aquela que tem 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 (Grifos nossos).

Ou seja, semelhante ao conceito de pessoa com deficiência trazido pela versão oficial traduzida para o português da Convenção de New York, aprovada e promulgada:

pessoas com deficiência são aquelas que tem **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 demais pessoas (Grifos nossos).

A Lei definiu que o “**impedimento de longo prazo**” é “aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo **de 2 (dois) anos**”. Esse limitador temporal objetivo não consta no texto constitucional nem no texto da Convenção. E, ao que indica a versão original, em inglês, também não há limitação da deficiência tão somente aos impedimentos de longo prazo, mas inclusão entre as pessoas com deficiência daquelas que tem impedimento de longo prazo.

Se o sentido a prevalecer, tal qual asseverou o Representante da Organização das Nações Unidas, Christian Courtis (2014), é o contido no texto original, em inglês, tem-se que a versão empregada no Brasil mostra-se demasiadamente limitadora, ao reduzir o grupo de pessoas com deficiência apenas àquelas pessoas com impedimentos de longo prazo. Isso representa uma contrariedade à intenção da Convenção de permitir aos Estados uma definição mais abrangente.

Mas, deixando de lado, por enquanto essa questão, prevalece a discussão sobre a possibilidade do legislador restringir o direito fundamental ao BPC garantido constitucionalmente pela fixação de um limite temporal objetivo mínimo à duração dos efeitos do impedimento de longo prazo como essencial à conceituação de pessoa com deficiência.

Há autores como, por exemplo, Follmann e Soares, Araújo, e Hendges e Müller, que questionam a possibilidade do legislador restringir um direito constitucional. Araújo (2013, p. 75) faz o seguinte exame:

O conceito constitucional de deficiência pode ser restringido por lei ordinária? A censura formulada ao § 10 do art. 20 da Lei 8.742/1993 diz respeito ao fato de o legislador ter fixado um lapso mínimo de 2 anos, para fins de configuração de um quadro de impedimento de longo prazo, quando, por sua vez, tal limitação temporal não se encontra prevista no texto do art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo (Convenção de Nova York)”.

Na mesma linha Follmann e Soares afirmam:

o legislador infraconstitucional não pode ir além dos termos constitucionais restringindo direitos. Logo, como a CF/88 não precisava o sentido da incapacidade, não poderia a norma

infraconstitucional fazê-lo de forma a contrariar a realidade daqueles que visam à tutela do benefício (FOLLMANN E SOARES, 2012, p. 35).

E Hendges e Müller (2013, p. 18) assim se manifestam quanto ao critério da limitação dos dois anos:

Não podemos esquecer que esse requisito não foi exigido pelo legislador constitucional, muito menos pela Convenção de Nova York (incorporada como Emenda Constitucional), o que nos permite deduzir que, num primeiro momento, a sua exigência é flagrantemente inconstitucional.

Essa questão ultrapassa os horizontes conceituais. Da delimitação temporal, dos dois anos resulta que, caso a pessoa padeça de impedimento que produza efeitos por período de tempo inferior a esse, não fará jus à concessão do benefício assistencial de prestação continuada, não importa a gravidade nem do impedimento, nem da necessidade de recursos enfrentada. É isso que observa Amado (2012, p. 67), ao ressaltar que a diretiva limitadora da duração do impedimento ao longo prazo faz com que o benefício seja indeferido quando classificado como de curta e média duração, independentemente do grau de gravidade verificado durante a avaliação médico-social. Da mesma forma, a limitação do longo prazo a dois anos, ceifa o direito daqueles cujo impedimento produza efeitos por menor tempo, ainda que minimante.

Nesse sentido, o limite temporal veio reduzir ainda mais o público alvo do BPC, do que já o havia feito a conceituação advinda da interpretação inadequada do conceito de pessoa com deficiência, uma vez que somente terá direito ao benefício aquela pessoa com deficiência cujo prognóstico médico-social indicar que o impedimento produz efeitos de no mínimo dois anos (SANTOS, 2012, p. 116; ARAÚJO, 2013, p. 75).

Então, a discussão se estende aos resultados do acréscimo legislativo no mundo dos fatos. A questão envolve a possibilidade da lei infraconstitucional impor uma limitação temporal que a Constituição não previu ao conceituar a pessoa com deficiência, bem como se refere à constitucionalidade dessa medida, diante do direito ao qual se refere.

Nesse contexto, a delimitação do conceito de pessoa com deficiência na legislação brasileira talvez possa significar uma restrição excessiva, inconstitucional

porque atinge de forma desproporcional um direito fundamental. Eis o nó górdio da discussão.

A questão exige uma análise mais detalhada, tanto dos aspectos da real afetação da pessoa, o que diz respeito à sua relação com a Abordagem das Capacidades, quanto dos aspectos relativos à admissibilidade da intervenção relacionada à teoria das restrições dos direitos fundamentais. Optou-se por iniciar-se pela análise da possibilidade do legislador intervir num direito fundamental constitucional restringindo-o, para na sequência verificar se a intervenção é cabível ou não de acordo com a Abordagem das Capacidades.

3.1 A LIMITAÇÃO TEMPORAL AO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA – UMA RESTRIÇÃO EXCESSIVA?

Há que se partir da constatação que o Benefício de Prestação Continuada é um dos direitos que compõe a Assistência Social, elemento da Segurança Social. Esta, como visto anteriormente, é um direito humano caracterizado pela universalidade, o que significa que nenhum ser humano está excluído de seu amparo. A fundamentalidade desse direito à segurança social também foi reconhecida pelo Brasil quando se tornou signatário do PIDESC, assumindo a obrigação do Estado garantir a toda pessoa um nível adequado de vida, bem como proteger cada pessoa contra a fome, direcionando ações para que isso se materialize.

Nesse contexto o direito fundamental à Assistência Social é direito e instrumento fundamental, fundado no dever de atender as necessidades daquelas pessoas que não estão sob o manto do seguro social. E, do que se extrai até aqui o Benefício de Prestação Continuada é um de seus desdobramentos cuja essência é o atendimento das necessidades humanas de seus destinatários, carentes de recursos financeiros e expostos a uma situação de maior gravidade, decorrente doutras vicissitudes - velhice e deficiência.

Na condição de um direito fundamental assistencial, o direito ao BPC representa o dever permanente do Estado de concretizá-lo, garantindo-lhe proteção suficiente. Na transparente condição de direito fundamental, o direito ao BPC tem íntima relação com o mínimo existencial e com a manutenção e promoção da dignidade da pessoa humana para todos.

O dever de proteção suficiente desse direito, em termos voltados à pessoa com deficiência em situação de pobreza, se justifica a partir da previsão constitucional de que a Assistência Social é destinada a proteger as pessoas em situação de desamparo, conforme estabelecido na Constituição, no artigo 6º, *caput*, da Constituição. A harmonia constitucional dessa intenção é especificada no artigo 203, novamente no *caput*, que a Assistência Social será prestada “a quem dela necessitar”, uma expressão do princípio da Universalidade, e no inciso V, quando garante “um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência” que comprove “não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. O BPC, destarte, é um direito especificamente destinado àqueles expostos à maior vulnerabilidade, e configura-se um instrumento com vistas à igualdade. Seu fim último é livrar a pessoa de um quadro de necessidade por ausência ou insuficiência de recursos decorrente da impossibilidade de obtê-los por si mesmo ou por meio da família.

Em todo o curso constitucional a proteção do direito fundamental à Assistência Social, é justificada pela necessidade de proteção social que seus sujeitos de direito enfrentam. Também, e ainda em padrões constitucionais, o BPC também representa a efetivação do compromisso do Estado de garantir um padrão de vida adequado, redução da pobreza e proteção social para a pessoa com deficiência em situação de risco, conforme consta na Convenção de New York.

Este direito, como todos os direitos fundamentais está sujeito à intervenção do legislador para sua conformação, o que pode gerar uma restrição, desde que cumpra, entre outros requisitos com o dever de proteção suficiente. Com a expressão “conforme dispuser a lei”, ao final do inciso V do artigo 203 constitucional supra referido, o Constituinte originário chamou o legislador ordinário à configuração das medidas para a concessão do benefício assistencial previsto.

Assim, a Lei 8.742/1993, ao regulamentar a concessão, fixou a limitação temporal objetiva ao significado do “longo prazo” contido na definição de pessoa com deficiência surgida a partir da versão brasileira do texto da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. Importa saber se tal expressão necessitaria de uma delimitação temporal objetiva, tal qual a estabelecida, e se essa intervenção legislativa garante proteção suficiente e não representa excesso, violação do direito fundamental.

Inicialmente tem-se que o elemento temporal contido no conceito trazido pela Lei 8.742 se refere ao impedimento no qual se origina a deficiência, de acordo com a

tradução do conceito de pessoa com deficiência contido no texto original da Convenção para a versão em vigor no Brasil. Segundo tal definição os impedimentos podem ser de **natureza física, mental, intelectual ou sensorial**.

Um impedimento, conforme explica Sasaki (2004) é algo que traduz uma perda ou uma anormalidade, numa parte, ou numa estrutura, ou numa função do corpo. Para o autor, representa uma fração ou a expressão das várias condições de saúde da pessoa, mas não é sinônimo de doença. No entanto é possível que algumas doenças provoquem impedimentos, tal qual a diabetes, que provoca diminuição da acuidade visual, ou a hanseníase que provoca perda de certas estruturas do corpo (SILVA, 2013, p. 189). Nesse sentido, uma pessoa que sofreu um AVC, pode também apresentar um impedimento, pela afetação dos movimentos, ou pela ausência de algum dos sentidos, como da visão. Uma mulher que enfrenta um caso de câncer de mama pode vir a sofrer a perda de parte do tronco e membros superiores, bem como das funções destes. Mas, uma pessoa que está acamada por causa de uma gripe, tem uma alteração das funções físicas, mas não um impedimento. A mulher que enfrenta uma gravidez de risco pode enfrentar uma variação nas suas funções, se comparada às demais mulheres, mas não necessariamente serão impedimentos.

Para a Convenção, a verificação da deficiência se dá pela análise da relação do impedimento com o entorno social e ambiental. Se, a tradução empregada no Brasil fosse a correta, o impedimento caracterizador da deficiência deveria ser de longo prazo, o que para a LOAS significa uma duração mínima, e necessária, de dois anos. Mas, com a prevalência da versão original, e com o advento do modelo social da concepção da deficiência, os impedimentos de curta e média duração também podem causar uma deficiência, se da sua relação com o ambiente resultar obstaculizada a participação plena e efetiva na sociedade, em par de igualdade com as outras pessoas (SILVA, 2013, p. 189-192). Nesse caso, a referência aos dois anos é absolutamente descabida, pois qualquer que seja a duração do impedimento, se em interação com as barreiras sociais e ambientais impedir ou obstaculizar a participação social em igualdade com as demais pessoas, estará caracterizada uma deficiência.

É difícil imaginar que a perda ou a anormalidade de uma estrutura ou de uma função do corpo, de **natureza física, mental, intelectual ou sensorial**, seja algo efêmero. Então, mesmo a definição do longo prazo como sendo dois anos parece uma extravagância legislativa. Pode-se cogitar a possibilidade de uma eventual situação dessas ficar aquém de um biênio. E nesse caso seria de médio ou curto prazo?

Não se pode ignorar a possibilidade de existirem pessoas que apresentam impedimentos hábeis a obstruírem sua plena inserção, participação social, em igualdade de condições com as outras pessoas, expondo-as à situação de miséria, os quais, no entanto, não se alongam por dois anos. E, nesse caso, de acordo com a legislação vigente no Brasil, derivada da interpretação restritiva que originou uma tradução inadequada do conceito de pessoa com deficiência, estas pessoas não são titulares do direito ao BPC, porque não são tidas como “pessoas com deficiência”, não importando sua condição de necessidade, nem a gravidade do impedimento. Ora, se o texto original da Convenção condiz com a inclusão das pessoas com impedimentos de longo prazo no conceito de deficiência, os de curto e médio prazo também são admitidos para compor o conceito.

Resta claro que a referência específica da LOAS e do Decreto aos dois anos, importa numa barreira ainda maior à obtenção do benefício assistencial de prestação continuada. Se a limitação ao dos impedimentos ao longo prazo pode servir de obstáculo ao benefício, a fixação do critério objetivo aumenta ainda mais essa barreira. Ao que tudo indica não representa a garantia de uma proteção suficiente ao direito fundamental. Talvez a lei tenha extrapolado os limites.

Embora o impedimento da deficiência não se confunda com incapacidade para o trabalho, é tentador realizar uma analogia entre uma pessoa empregada, e que esteja resguardada pela previdência social e a outra que esteja desempregada e fora do período cobertura, intensamente carente de recursos financeiros, cuja família é, da mesma forma, provida de poucos meios de vida insuficientes.

Aquela pessoa empregada que venha a sofrer, por exemplo, algum tipo de trauma físico que lhe impeça de continuar exercendo suas habituais atividades laborais temporariamente, será protegida pelo Seguro Social caso a incapacidade supere 15 dias, o qual lhe substituirá a renda que o emprego lhe atribuía. Caso não ultrapasse esses 15 dias, o empregador é que suporta o pagamento de sua renda nesse período, enquanto ele permanece afastado para recuperar-se. De qualquer forma terá a renda necessária à sua sobrevivência, ou proveniente do empregador, ou do Estado, pelo seguro social público. A pessoa segurada receberá a renda em cada um dos dias que permanecer afastada. Isso deriva da lógica de que necessita de seus rendimentos, mesmo quando doente, incapacitada.

Imagine-se agora a outra pessoa, não segurada da Previdência Social, cuja renda sobrevenha de uma atividade informal, com baixos ganhos, e cujo grupo familiar

também aufera baixíssimo rendimento, que pode até ser complementado com algum benefício social de inclusão, como o Bolsa Família. E, que essa pessoa venha a sofrer um acidente grave, do qual resulte um impedimento grave, incapacitante, como a perda da visão ou a perda da memória, sendo que isso a impossibilita de continuar participando da sociedade em igualdade com as demais pessoas, inclusive de trabalhar. Diante da situação do prejuízo funcional, da carência financeira agravada ainda mais pela situação do impedimento, e da impossibilidade de se manter e de ser mantida pela família, esta pessoa recorre à segurança social. Caso a avaliação médico-pericial constatar que sua situação possa perdurar por vinte e quatro meses, e verificado que cumpre com o requisito da renda per capita, fará jus ao BPC, por ser qualificada como pessoa com deficiência em situação de necessidade. Por outro lado, mesmo que comprovada a pobreza, mesmo que seja constatado que o impedimento lhe obstrui a participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, se a conclusão médico-pericial for que os efeitos do impedimento – perda da visão ou da memória - apenas perdurarão por vinte meses, não receberá o benefício de Prestação Continuada da Assistência Social.

Pelo fator temporal estanque, mesmo que a pessoa no exemplo citado esteja completamente cega, mesmo sem memória alguma, mesmo enfrentando quadro de necessidade ainda mais grave, abatida pela miséria, esta pessoa não fará jus ao BPC porque estes meses a menos não permitem que seja classificada como pessoa com deficiência, e neste caso estará ao desamparo do BPC, segundo o conceito de deficiência atualmente vigente no país.

Como já afirmado, inclusive pelo *Officer* do Alto Comissariado das Nações Unidas consultado, a Convenção de New York pretendeu possibilitar aos Estados uma concepção ainda mais abrangente, não mais excludente. Obviamente que o resultado advindo desse cenário seria uma proteção mais ampla. O conceito de pessoa com deficiência vigente, adstrito aos impedimentos de longa duração, e, especialmente, ao limitador temporal dos dois anos acrescido ao conceito, contraria aquele desígnio cujo resultado pretendido.

Há que se ter em conta que o dever de proteção suficiente obriga o legislador a editar leis de modo a tutelar adequadamente os direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p. 130-2). E esta análise breve, possibilita colocar em cheque a proteção dada pelo legislador ao direito fundamental da Assistência Social, que é direcionado a todos que dela necessitarem, uma vez que o grupo definido como destinatário de uma especial

proteção desse direito, tanto pelo texto constitucional quanto pelo texto original da Convenção de New York, foi limitado de forma intensa.

Isso significa que da limitação temporal, tanto advinda da tradução taxativa do conceito de pessoa com deficiência, quanto daquela objetivação de dois anos trazida pela lei 8.742/1993, restou um grupo de pessoas sem amparo da Seguridade Social. Isso colide e afeta seriamente a realização do princípio da universalidade da cobertura da Segurança Social (Art. 194, I, da Constituição).

Tem-se um dissenso em relação à evolução das previsões dos Direitos Humanos voltados as direitos das pessoas com deficiência, especialmente à intenção da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência de efetivar a inclusão e a proteção social das pessoas com deficiência. Choca-se também com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante a todas as pessoas o direito à segurança social, aos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade (artigo XXII); a um padrão de vida digno e serviços sociais indispensáveis e segurança na situação de perda dos meios de subsistência em situações fora do controle (artigo XXIV) (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A limitação colide com o PIDESC, cuja ratificação estatal reconhece a todas as pessoas o direito à segurança social (artigo 9º) e vincula o Estado a cumprir com a obrigação de garantir a todos um padrão digno de existência e de proteger toda e qualquer pessoa da fome, garantindo a todas as pessoas um nível de vida suficiente para si e para sua família, além do melhoramento das condições dessa existência, através de medidas concretas (artigo 11).

O atual modelo concentra-se mais no enquadramento da pessoa com deficiência num determinado grupo (aquele das pessoas cujos impedimentos sejam de longo prazo – no mínimo de 2 anos), ao invés de eleger a proteção contra situações de desamparo e de necessidade como o critério de maior importância. Não parece razoável que o critério temporal seja o melhor para qualificar alguém como uma pessoa com deficiência para fins de recebimento do BPC pois, como salienta Riddle (2014, p. 90) “a deficiência não é uma opção”, e sendo assim, impedimentos de curto ou médio prazo podem ser até mais graves do que outros, de longo prazo e, assim, também expor alguém a uma situação de desamparo ou necessidade.

A dificuldade de comprovar a duração do impedimento talvez tenha sido a razão que despertou uma possibilidade legal de certa relativização. A nova redação que o Decreto 7.617/2011 deu ao parágrafo 6º do artigo 16 do Decreto 6.214/2007

(Regulamento do BPC) prevê a possibilidade de concessão do BPC quando não houver certeza de que a duração dos impedimentos que a pessoa enfrenta alcance longo prazo – dois anos. Contudo, é indispensável que haja evidências de que vá alcançar esse tempo mínimo.

A este primeiro passo à relativização do limitador temporal, somam-se algumas decisões judiciais ao invés de adotar um critério temporal rígido da duração do impedimento para julgar casos de concessão de BPC, têm elegido o critério da situação necessidade, da ausência de meios da pessoa prover a própria subsistência ou de tê-la provida pela família. Muitas foram confirmadas em decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal¹⁰, como é o caso do recente julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário número 804863 (BRASIL, 2014). Trata-se de questão relativa a uma pessoa acometida de câncer de mama, com sequelas que implicaram em limitações graves aos movimentos de um dos braços, do que lhe restou incapacidade para prover a subsistência, sendo que não havia quem o pudesse fazer. O resultado da perícia médica para fins de obtenção do BPC foi que em seis meses seria possível a recuperação. A sentença considerou rigidamente o critério da miserabilidade e o curto interregno da recuperação e negou a concessão do benefício. A pessoa recorreu então à Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná alegando “que a incapacidade total, ainda que temporária, aliada ao fato de não possuir renda, permitem a concessão do benefício assistencial”. A pretensão foi acolhida, por estes mesmos fundamentos, tendo em conta o impedimento, ainda que temporário, e a situação de miserabilidade da família, que sobrevive de doações, razões para a concessão de benefício assistencial. Inconformado, em Recurso Extraordinário com Agravo o INSS levou a questão ao STF, que manteve a decisão da inferior instância.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.
CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO
ASSISTENCIAL (ART. 203, INC. V, DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA). INCAPACIDADE TEMPORÁRIA:

¹⁰ Em pesquisa realizada junto ao site do Supremo Tribunal Federal, não foram encontradas decisões colegiadas acerca da questão. A ausência de abordagem do tema pelo STF foi confirmada em contato feito com o setor responsável por pesquisa de jurisprudência daquela Corte, em 06 de Agosto de 2014, nos seguintes termos: “Assunto: Restrição temporal ao conceito de pessoa com deficiência pela Lei 8.742/1993. Legislação pertinente e/ou maiores informações: Estou procurando a posição do Tribunal acerca do limitador temporal objetivo de 02 anos, que a Lei 8.742 atribuiu aos impedimentos de longa duração, na definição de pessoa com deficiência”. A resposta ao pedido veio nos seguintes termos: Prezada Senhora, Informamos que, nos exatos termos solicitados, não foi encontrado nada específico neste Tribunal. Contudo, seguem decisões monocráticas que mais se aproximaram do tema”. Contudo, as decisões referidas no texto, não são as enviadas neste e-mail.

IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

[...]

No caso concreto, a parte recorrente apresenta sequelas de neoplasia maligna de mama, possui severas limitações em seus movimentos de braço. Essas limitações, segundo conclusão da perícia médica judicial, causam incapacidade para sua atividade laborativa no momento, mas é possível melhora considerável mediante trabalho dirigido por fisioterapeuta, tendo, em média, um período de recuperação de 6 meses (LAU1, evento 21).

A Turma Recursal decidiu com base no conjunto probatório que conduziu os julgadores à conclusão de que a situação apresentada configura hipossuficiência capaz de proporcionar à Agravada a obtenção do benefício assistencial previsto no art. 203, inc. V, da Constituição da República [...].

Na mesma linha o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 787054. Aqui questão gira em torno do fato da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco ter confirmado a concessão do BPC a uma pessoa cuja avaliação pericial concluiu que o prazo de recuperação ocorreria em tempo inferior a 01 (um ano). A autarquia previdenciária recorreu, lastreada no argumento de que a concessão do BPC nesta condição implicaria na criação de um novo benefício pelo judiciário ou na ampliação de hipótese legal. Apesar da Corte não adentrar na análise do cabimento do fator temporal dos dois anos, entendeu que importava no caso, a situação da necessidade enfrentada por aquela pessoa:

Ademais, o Tribunal de origem assentou estar comprovado não dispor o Agravado de meios suficientes para prover a própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família, pelo que a ela se deferiu o benefício assistencial, o que faz incidir a Súmula n. 279 deste Supremo Tribunal, por ser inviável o reexame do conjunto fático-probatório em recurso extraordinário. Confirmam-se:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – BENEFÍCIO ASSISTENCIAL (CF, ART. 203, V) – RECONHECIMENTO, NO CASO, DO ESTADO DE MISERABILIDADE (E DE AFLITIVA NECESSIDADE) QUE AFETA A PESSOA DESTINATÁRIA DE REFERIDO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL – CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHECEU, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DO MENCIONADO BENEFÍCIO – INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA (SÚMULA 279/STF) – ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (BRASIL, 2013).

Embora não tenha sido referida a questão da constitucionalidade do fator temporal objetivo trazido pela Lei 8.742/1993, trata-se de uma decisão muito importante porque mostra que os julgadores da Suprema Corte dão preferência à análise da situação fática da necessidade enfrentada pelo sujeito do direito ao BPC. No caso, ao que se conclui, imperou a assistência ao necessitado.

Essa linha¹¹ do Supremo Tribunal Federal é coerente com o dever de proteção dos direitos fundamentais que também vincula o Judiciário o qual tem a obrigação de ter sempre em foco a defesa dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p. 130-2), cabendo-lhe, em concordância lógica com o entorno de valores constitucionais, a revisão de atos que não garantam níveis de proteção adequados a tais direitos, o que se restringe à vedação de omissão, estende-se à proibição de insuficiência (SARLET, et al., 2012, p. 297).

Como visto no primeiro capítulo, a obrigação de proteção suficiente é tanto maior quanto maior for a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido (CANARIS, 2009, p. 101). O dever constitucional de proteção do direito fundamental da pessoa com deficiência ao BPC liga-se à satisfação das necessidades, para proteção de um bem de elevado valor, a vida, do qual depende o exercício dos demais direitos. A falha dessa proteção resultará na ausência de recursos essenciais à sobrevivência da pessoa com deficiência submetida à situação de pobreza, e a afetação de uma cadeia de direitos como a vida, a integridade física, a saúde, a dignidade da pessoa humana.

Como o dever de proteção exige que a conformação legislativa do direito não gere uma proteção aquém do mínimo resguardado constitucionalmente (QUEIROZ, 2006, p. 121-2), a delimitação temporal mostra-se inadequada a propiciar uma proteção suficiente do objeto do direito fundamental, porque excessiva. O imperativo de tutela de proteção de um direito fundamental condiciona o legislador a não proceder a uma intervenção excessiva (CANARIS, 2009, p. 122-4; 138), desproporcional e, portanto, inconstitucional (SILVA, V.A., 2010, p. 169; ALEXY, 2012a, ARAVENA, 2010, p. 173-5).

¹¹ Esse também é o prisma do recente julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 772341: “E cuidando o benefício previsto pela LOAS da proteção social de atendimento a pessoas incapazes de sobreviver sem a ação do Estado, a incapacidade para a vida independente há de ser entendida em consonância com o princípio da dignidade humana e com os objetivos da assistência social: esta incapacidade se revela com a impossibilidade do necessitado, sem o amparo de alguém, de prover ao próprio sustento”(BRASIL, 2013).

O limitador temporal que condiciona o direito ao BPC, seja por uma redação advinda da interpretação limitada da versão em português da Convenção que isolou a deficiência aos impedimentos de longo prazo e o que dela derivou, seja da especificação dos dois anos contida na Lei 8.742/1993, atua sobre a posição *prima facie* do direito que as pessoas com deficiência desamparadas têm ao benefício da Assistência criado para lhes acudir. É necessário, assim, que esta intervenção tenha compatibilidade com a Constituição, para que sua inibição à realização *prima facie* do direito se revele uma restrição (ALEXY, 2012a, p. 281; 339).

Dado que a Assistência Social aos desamparados é um direito fundamental, e que o direito ao BPC é um direito fundamental da Assistência Social, tem-se que só pode ser restringido por normas de hierarquia constitucional ou infraconstitucionais compatíveis com os mandamentos constitucionais (ALEXY, 2012a, p. 286), há que se cogitar essas duas possibilidades neste estudo.

O artigo 203 da Constituição Federal, que estabeleceu o direito de assistência social específico à duas categorias de pessoas em situação de especial vulnerabilidade, dentre as quais às pessoas com deficiência, assim fixou:

Art. 203. A assistência social será prestada **a quem dela necessitar**, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por **objetivos**:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência [...] que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Convenção de New York foi recepcionada com hierarquia Constitucional e trouxe uma conformação à disposição supra, ao conceituar a deficiência. A tradução da versão original para a brasileira limitou a titularidade desse direito às pessoas com impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que em interação com as barreiras do meio lhe impossibilitam a plena participação social. Contudo, como já abordado, a versão original previu que as pessoas com deficiência incluem aquelas com impedimentos de longo prazo, então admite também no conceito os impedimentos de curta e média duração.

Como a intenção das Nações Unidas, segundo Courtis (2014), foi permitir aos Estados definições mais abrangentes, não parece razoável propor que a Convenção de New York tenha tido a intenção de limitar, reduzir, o direito da pessoa com deficiência à proteção social especialmente pensada para ela. Ademais, o texto da Convenção

reconhece a necessidade da proteção e promoção dos direitos humanos daqueles em maior vulnerabilidade e a necessidade de aplacar o impacto da pobreza sobre as pessoas com deficiência. Ainda, se seu propósito se volta a assegurar os direitos humanos e as liberdades fundamentais e a dignidade inerente às pessoas com deficiência, e, se estabelece como compromisso de cada Estado a proteção da pessoa com deficiência em situação de risco, e a garantia a estas e às suas famílias de um padrão de vida digno, a versão brasileira representa uma inadequação, uma contrariedade, uma restrição excessiva.

A Constitucionalidade de uma intervenção deve estar consoante com todo o conjunto das normas constitucionais, o que no direito sob análise inclui especialmente o fundamento da dignidade da pessoa humana, os objetivos de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, bem como o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, a Assistência Social dirigida aos desamparados e a todos que dela necessitarem, a previsão do Direito das pessoas com deficiência ao BPC, além dos princípios da universalidade da segurança social, da igual proteção a todos, da isonomia. Uma restrição indiretamente constitucional advém de uma lei, sob autorização da Constituição. Mas, mesmo com autorização constitucional, ou reserva legal, uma norma não pode violar uma garantia estabelecida pela Constituição (Mendes; Branco, 2013, p. 202), pois configuraria uma intervenção desproporcional.

A Lei 8.742/1993 é uma norma infraconstitucional que por expressa autorização da Constituição, traz conformações ao direito à Assistência Social, e, especificamente ao BPC. Ao prever, em derivação da versão brasileira do conceito de pessoa com deficiência a partir da Convenção de New York, que os impedimentos de longo prazo são aqueles que duram no mínimo dois anos, trouxe uma regra que atuou sobre o direito da pessoa com deficiência ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. Aquele cujo impedimento dura no mínimo esse período, é considerado pessoa com deficiência e terá direito ao BPC, se for também hipossuficiente em recursos para a manutenção da vida. Aquele cujo impedimento não alcança esta duração não tem direito ao benefício, mesmo que também seja hipossuficiente em recursos para a manutenção da vida. Trata-se, pois, de uma regra, aplicada com base no tudo ou nada. Reitere-se que é possível, na forma já tratada, que as regras restrinjam direitos, sendo essa é a mais comum das situações. Com base em Alexy (2012a, p. 284), pode-se sustentar que da aplicação dessa regra frente ao direito fundamental *prima facie* ao BPC, resta um não-direito definitivo para aquelas pessoas

cujo impedimento não é de dois anos, afrontando todo o leque de disposições constitucionais referido acima, no que se refere a estas pessoas.

Há que se relembrar que uma restrição a direito fundamental só se legitima se tiver justificativas constitucionais fundamentas em razões importantes (ALEXY, 2012a, p. 279-80; 299). Logo, a limitação do conceito de pessoa com deficiência àquelas cujo impedimento perdure minimamente por dois anos, deve ser justificada. É imperativo saber qual foi a razão que conduziu o legislador a estabelecer que um impedimento de longo prazo é o que dura no mínimo 02 anos.

De acordo com a opinião de alguns doutrinadores, é possível que o legislador tenha fixado esse prazo mínimo tendo em conta o prazo estipulado para que a administração previdenciária verifique a continuidade das condições fáticas que geraram o direito ao benefício, o que, segundo o artigo 21 da Lei 8742/1993, deve ocorrer a cada dois anos (FOLLMANN; SOARES, 2012, p. 36-7; SANTOS, 2012, p. 116). Contudo, mesmo que tenha sido isso, parece uma justificativa descabida, pois o prazo legal para a chamada “revisão do benefício” diz respeito ao exercício do poder autotutela administrativa. Já o limite temporal objetivo interveio sobre o conceito constitucional de deficiência como um requisito de acesso ao BPC, e, destarte, uma coisa não justifica a outra. Essas coincidências temporais não estão juridicamente relacionadas em nenhum documento pertinente.

Além desta referência à provável vinculação ao tempo da revisão do benefício, nenhuma alternativa de justificação fora encontrada na doutrina para a limitação objetiva dos dois anos. Ao que se percebe não é uma questão facilmente decifrada nem mesmo por aqueles que trabalham diretamente com estas questões, ao que se verifica no texto do perito médico Rodrigo Prado Santiago, que ao se manifestar sobre o novo Conceito da deficiência trazido pela Lei 8.742/93 afirma: “como se estar incapaz por menos de 02 anos não fosse também uma incapacidade” (SANTIAGO, 2013).

3.1.1 Por que dois anos?

A pesquisa realizada diretamente no processo legislativo que originou a previsão do limite temporal dos dois anos pela lei 12.435/2011 revelou as motivações que deram origem à esta modificação na Lei 8.742/1993. Como referido noutro momento, a menção aos dois anos de duração mínima para o impedimento foi acrescida

à LOAS pela Lei 12.435/2011. A origem desta lei foi o Projeto de Lei (PL) 3.077/2008 de autoria do Poder Executivo (MSC119/2008), cuja intenção consta na explicação da Ementa:

Estabelece objetivos para o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e sua composição descentralizada e participativa, integrada pelos três entes federativos; reduz para 65 (sessenta e cinco) anos a idade mínima para o idoso receber o benefício de prestação continuada; define a proteção social básica e especial; cria o CRAS e CREAS (BRASIL, 2008a).

Para cumprir tal desígnio este PL buscava alteração de vários artigos da LOAS, entre os quais o 20¹², cuja redação pretendida com as alterações era:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com sessenta e cinco anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Assim, verifica-se que a proposição original apresentada ao plenário nada mencionava acerca da duração do impedimento. O Plenário encaminhou o PL à apreciação pelas Comissões, o que iniciou pelas Comissões de Seguridade Social e Família, em 28 de Março de 2008. Dessa, a alteração da proposta resultou no seguinte texto substitutivo, no que toca ao artigo 20:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com sessenta e cinco anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

¹² A redação original do artigo 20 era:

“Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.
 § 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.
 § 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.
 § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.
 [...]

§ 1º Para os fins do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

[...]

Em seguida, em 09 de setembro de 2009, o PL foi submetido à Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e não houve emendas. No entanto, passados quase três meses, em 02 de Dezembro de 2009, no Plenário o Deputado João Dado requereu nova oportunidade para apreciação do Projeto de Lei pela CFT, o que restou deferido. O deputado, Relator da apreciação, em seu relatório, apontou a necessidade de avaliar em preliminar os aspectos

relacionados à compatibilidade e adequação orçamentária e financeira da matéria em questão [...] Portanto, nosso exame da adequação orçamentária e financeira se aterá a pontos que, por sua natureza, poderão ter implicações orçamentárias e financeiras.

Já no tocante à matéria, considerou necessário dar mais perenidade a regimentos provenientes de decretos, portarias e resoluções, faz várias referências às disposições tocantes aos órgãos relativos à gestão, e ao orçamento, tratando por exemplo do impacto financeiro que algumas alterações poderiam causar, da continuidade da valorização do salário mínimo, também da alteração da pirâmide etária e do aumento da expectativa de vida e sua exigência de maiores gastos com o benefício.

O relator, em seguida, destacou então sua participação em fóruns de Entidades de Assistência Social e Secretarias Estatais e em quatro seminários, em Natal (RN), em Cuiabá (MT), em Votuporanga (SP) e em São Paulo (SP), do que considerou ter resultado vários avanços entre os quais alcançar a definição de deficiência e de “impedimentos de longo prazo”. Assim, a Comissão de Finanças e Tributação, apresentou um substitutivo ao texto da CSSF, no qual a alteração do artigo 20 foi:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com sessenta e cinco anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I – pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas;

II – impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de dois anos.

Verifica-se a definição de pessoa com deficiência nos moldes da versão brasileira traduzida do conceito da Convenção de New York, repetindo a limitação da deficiência aos impedimentos de longo prazo, ao invés de incluí-los na concepção de deficiência, tal qual diz o texto original. Também absolutamente nada consta no relatório a respeito do motivo que levou a escolha do critério objetivo dos dois anos para definir os impedimentos de longo prazo. Não há menção alguma a uma eventual resolução ou portaria anterior que pudesse direcionar um entendimento passível de ser revisto ou questionado, tal qual faz com a Resolução 145 do Conselho Nacional de Assistência Social-CNAS acerca da organização da Assistência Social, ao referir o CREAS e CRAS.

Ainda assim, a proposição foi aprovada por unanimidade em 07 de Julho de 2010. Passou à Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania, onde não houve emenda alguma. Ao fim, o Projeto de Lei 3.077 foi transformado na Lei 12.345/2011, que alterou a Lei 8.742/1993, acrescentando a previsão da duração mínima do impedimento, por autoria da Comissão de Finanças e Tributação.

Buscou-se saber também junto aos textos dos estudos técnicos específicos elaborados pela Consultoria Legislativa, nos Estudos e Notas Técnicas da Previdência e Direito Previdenciário, do site da Câmara dos Deputados, mas, em 2008 nenhum estudo é apontado, em 2009, nada consta a respeito entre os estudos existentes, o que se repetiu em 2010¹³. Também não se alcançou resultado algum nas duas buscas que pudesse indicar uma justificativa ou fundamentação para a escolha dos dois anos.

Destarte, ao que parece, inexistente uma justificativa para tal intervenção no direito ao BPC, que, na forma já expressa em vários pontos, o atingiu de forma intensa.

¹³ <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema15>

3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO TEMPORAL DE DOIS ANOS

Como salienta Alexy, qualquer restrição intensa a direito fundamental exige justificção, deve ser fundamentada em razões relevantes (ALEXY, 2012a, p. 299) em motivos concretos, compreensíveis, passíveis de revisão. Isso significa que há uma exigência para que sejam razoáveis, proporcionais, adequadas, não abusivas (ARAVENA, 2010, p.186). A motivação legislativa que originou a limitação dos dois anos à duração mínima do impedimento para que uma pessoa venha ser a ter direito ao BPC não revelou uma justificção sequer, na forma referida por Alexy.

Uma restrição pode, ou não, ser proporcional. Todavia, restrições proporcionais sempre serão constitucionais. Disso se pode concluir que é possível perquirir a constitucionalidade de uma intervenção, pelas diretrizes da proporcionalidade. Conforme Mendes e Branco (2013, p. 226) uma lei será inconstitucional se não passar no teste da proporcionalidade, seja por falta, seja por excesso, pois a proporcionalidade prevê a adequação entre os fins e os meios empregados.

Uma restrição proporcional é aquela em que o legislador elegeu meios e fins legítimos, é necessária e adequada. Em tais termos, há que se saber se o limitador temporal estanque dos dois anos trazido pela lei infraconstitucional ao conceito de pessoa com deficiência representa uma intervenção proporcional, constitucional e neste caso uma restrição, ou, se do contrário, constitui uma violação, ou intervenção excessiva, ao direito fundamental ao benefício assistencial.

Chama a atenção o fato do Relator da Apreciação do PL 3.077/2008 na Comissão de Finanças e Tributação ter afirmado ter realizado avanços quanto à conceituação de deficiência e de impedimento de longo prazo após a participação em quatro fóruns, e que a Lei 12.434 tenha retomado a conceituação de deficiência há muito superada. Diante disso, logo em seguida a Lei 12.470/2011 veio alterar a conceituação que o legislador fixou naquela Lei. Apesar de essa modificação posterior nada ter modificado quanto aos dois anos, suas alterações por si próprias relativizam a certeza daqueles ditos “avanços” conceituais apontados no procedimento legislativo.

Em relação ao meio empregado, regra contida na Lei 12.435/1011, é legítima, não resta dúvida. Obedeceu aos critérios legislativos adequados. Quanto aos fins buscados, não há uma resposta clara, porque isso equivale à justificção, e nada há na

lei, ou no procedimento legislativo que lhe deu origem, que indique qual é a legitimidade ou o fim buscado com a limitação, senão diminuir o público atendido pelo BPC. Não há um indicador sequer da legitimidade da escolha destes dois anos.

Quanto à adequação, as medidas interventivas devem se mostrar adequadas a atingir o fim constitucional pretendido. No caso da Assistência Social, o objetivo buscado é atender as pessoas em situação de desamparo, e a quem necessitar, materializando o princípio da universalidade da Segurança Social. Isso, no contexto específico da pessoa com deficiência, — como tantas vezes repetido neste trabalho — é relativo àquela que estiver em situação de necessidade, sem condições para prover a própria manutenção nem de tê-la garantida pela família. Para além desses pontos específicos da Assistência Social, há o fundamento da dignidade da pessoa humana e os objetivos fundamentais da República, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Acrescenta-se, enquanto previsão com *status* Constitucional, o fim buscado pelo Estado, estabelecido no artigo 28 da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. Fica claro que o Estado assumiu o compromisso de garantir à pessoa com deficiência e à sua família um padrão de vida adequado e a melhoria das condições de vida, a proteção social e o exercício de tal direito, assistência financeira e a seguridade social (BRASIL, 2009)¹⁴.

Além disso, há que se ter claro o compromisso resultante da ratificação do PIDESC, anteriormente referido, de garantir a todos a segurança social e de livrar toda e

¹⁴ Artigo 28: Padrão de vida e proteção social adequados

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

- a) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência;
- b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;
- c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso;
- d) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos;
- e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

qualquer pessoa da fome, garantindo a todos um nível de vida decente para si e para a família. O limitador temporal exclui do BPC toda pessoa que não se enquadrar nos seus limites não importa a situação de miséria e necessidade porque esteja passando a pessoa.

Uma pessoa acometida de uma perda de um órgão ou função do corpo, que lhe impede de prover a subsistência e que não tem como tê-la provida pela família, é uma pessoa desamparada, que tem direito de receber proteção Assistência Social, destinatária deste direito, independentemente se essa situação atinge dois anos, três anos, seis meses, vinte meses.

Assim, a medida de limitação temporal que interveio no conceito de deficiência, impedindo que as pessoas acometidas de impedimento, e em situação de necessidade tenham acesso ao BPC, não se coaduna com nenhum dos objetivos do sistema de proteção e promoção dos direitos humanos, nem como os objetivos constitucionais supra apontados, uma vez que a pessoa com deficiência desamparada necessita da Assistência Social não terá acesso a tal direito.

A segunda regra da proporcionalidade é a necessidade, o que equivale à inexistência de outra alternativa menos gravosa, para resguardar o direito fundamental em questão. Neste sentido, é preciso saber se não conceder um benefício assistencial à uma pessoa cujo impedimento produza efeitos por período inferior a dois anos é a maneira menos gravosa de proteger o direito destas pessoas? Pelo que se expôs logo acima, a resposta é negativa. A maneira menos gravosa para elas e para o interesse público é protegê-las na proporção de sua necessidade, na urgência da sua vida e dignidade humana. Assim, esta medida de aplicar um limitador temporal ao conceito de pessoa com deficiência não é necessária, visto que a concessão do benefício, na medida da necessidade melhor resguarda a pessoa, isso se mostra adequado e menos oneroso. Existe, portanto, outra possibilidade de garantir o direito, de forma menos agressiva.

Sabe-se que a concessão do benefício sujeita o beneficiário à revisão do mesmo a cada dois anos. Talvez o legislador quis evitar que uma pessoa com deficiência cujo impedimento dure menos do que tal interregno receba o benefício até a data da revisão, o que poderia permitir que o recebesse sem que as condições que lhe deram estivessem presentes, ou seja, sem fazer jus ao benefício por todo o período. Porém, essa medida deixa ao desamparo todas as pessoas com deficiência cujos impedimentos forem de média ou curta duração.

No entanto isso poderia ser facilmente resolvido pela possibilidade da realização da revisão das condições dentro do prazo estabelecido para a cessação do

impedimento, mesmo menor de dois anos. Esta medida muito menos gravosa, seria proporcional e permitiria a concessão do benefício na medida da necessidade, ou seja, proporcional a esta.

Frente a estas considerações, verifica-se que o legislador está sujeito a limites na conformação do direito fundamental (MENDES; BRANCO, 2013, p. 226), e sua liberdade situa-se entre o dever de suficiência e a proibição de excesso, ou desproporcionalidade (SARLET, 2011, p. 397).

Assim, a intervenção do fator temporal dos dois anos ao conceito de pessoa com deficiência mostra-se inadequada e desnecessária, do que resta que é desproporcional, e, portanto, inconstitucional. Ainda, há que se considerar que está baseada na tradução errônea do conceito de pessoa com deficiência da Convenção de New York, o que a compromete desde o surgimento. Assim, não pode ser considerada uma restrição, mas uma restrição excessiva, o que a descaracteriza enquanto “restrição” e a torna uma intervenção excessiva ao direito fundamental ao BPC - Assistência Social -, o que coloca em risco os bens que este direito protege.

Ademais, a limitação temporal cria um vácuo na proteção universal da Seguridade Social, uma discriminação sem justificativa. A Assistência Social é um direito destinado àqueles que não estejam cobertos pelo Seguro Social. A limitação impede que um grupo não albergado pelo Seguro Social, alcance a proteção Social, permanecendo ao desamparo. Nessa situação, também parece afrontar o PIDESC, ao qual o Brasil está vinculado:

artigo 4º: Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, no gozo dos direitos assegurados pelo Estado, em conformidade com o presente Pacto, o Estado **só pode submeter esses direitos às limitações estabelecidas pela lei, unicamente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o fim de promover o bem-estar geral numa sociedade democrática** (NAÇÕES UNIDAS, 1966) (Grifos nossos).

No mesmo sentido a Observação 19, a qual expõe que o conteúdo normativo do direito à seguridade social compõem o dever de respeito a esse direito aliado ao de nele não intervir de modo negativo e arbitrário, provocando restrições excessivas, desarrazoadas aos direitos de seguridade social contidos no artigo 9º do PIDESC (NAÇÕES UNIDAS, 2007).

Assim, tem-se que a limitação da duração do impedimento para caracterizar uma deficiência, é incompatível com as diretrizes do direito internacional, inclusive

com a versão original do texto da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, cuja direção é a busca da maior proteção aos direito da pessoa com deficiência¹⁵.

Ao final desse item, há que concordar com a reflexão que Riddle (2014, p. 33), da necessidade de se agir com cuidado quando das definições e conceituações relativas à deficiência, visto que podem resultar em implicações muito relevantes, e não raramente nocivas. As definições das causas da deficiência, do próprio conceito da deficiência, atuam nas direções das decisões políticas e judiciais, e não se pode desprezar o resultado disso sobre vidas humanas.

3.3 O LIMITADOR TEMPORAL SEGUNDO A TEORIA DAS CAPACIDADES: FRUSTRAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E ATIVAÇÃO DE DESVANTAGENS CORROSIVAS

Neste item analisa-se a admissibilidade/viabilidade do limitador temporal ao conceito de deficiência para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada, segundo o enfoque da *Capability Approach*, de Martha Nussbaum.

¹⁵ Observa-se que o dispositivo sob análise, o limitador temporal dos dois anos para caracterizar deficiência, no artigo 20 da Lei 8.742/1993, foi declarado inconstitucional, pelo controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Magistrado Federal Georgius Luís Argentiní Príncipe Credidio, nos autos 0502284-55.2011.4.05.8311, que teve trâmite na 30ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Jaboatão dos Guararapes, Pernambuco¹⁵. Entendeu o Julgador que tal limitador contraria a finalidade para a qual o BPC foi criado e é incompatível com os fins da Assistência Social e com a garantia de um mínimo essencial à sobrevivência. Concebe que a norma mostra-se inconstitucional por várias razões, a começar pela incoerência em relação às diretrizes da Convenção de New York, recepcionada com *status* constitucional, cuja intenção é aumentar a proteção às pessoas com deficiência, enquanto o limitador diminui esta proteção. Para o Julgador o limitador tornou a proteção menos efetiva do que a trazida pela norma anterior, o que representa lesão à proibição de retrocesso. Ao final aponta que se trata de medida desproporcional, por ser inadequada, “apresentar muito mais desvantagens do que vantagens na realização dos fins a que se destina”, pois

a proposição normativa cria um *discrímen* desproporcional e intolerável, na medida em que admite a existência de pessoas deficientes economicamente miseráveis sem direito à existência digna, desde que isso se verifique por um determinado período, embora os arts. 1º, inc. III, e 203, inc. V, da CR, garantam o direito à dignidade de maneira habitual, isto é, todos tem direito a uma existência digna no decorrer de todas as suas vidas.

[...]

o considerável interregno de dois anos, para aquele que se encontra sem condições de auto-sustento, pode importar, sem nenhuma dúvida, em coarctar o próprio direito à vida (art. 5º, *caput*, da CR).

Assim, ao fim, o Magistrado declarou, pela via incidental, a inconstitucionalidade do limitador temporal componente do conceito de pessoa com deficiência para fins de recebimento do BPC. Esse fato é importante porque mostra que a norma trazida pela Lei 12.435/2011 à Lei 8.742/1993 incorporando ao conceito de deficiência um limitador temporal, é questionável em termos de constitucionalidade.

Para a *Capability Approach* o que mais importa para uma sociedade são seus cidadãos, o Estado tem o dever de promover as *capacidades* de seus cidadãos, de forma especial dos mais vulneráveis, de modo a propiciar-lhes oportunidades efetivas de vida digna (UNDP, 1990, p. 9. DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 557). Por isso o enfoque que Martha Nussbaum dá à Abordagem dedica-se de forma minuciosa às pessoas com deficiência, defendendo que o Estado lhes propicie medidas promotoras de igualdade material, ante ao quadro de desvantagem a que estão submetidas, além das vias necessárias para alcançar e desenvolver capacidades essenciais e meios hábeis a permitir-lhes qualidade de vida (NUSSBAUM, 2013, p. 89).

Para Nussbaum há uma lista de dez capacidades essenciais, indispensáveis a qualquer pessoa no mundo: a **vida**; a **saúde física**; a **integridade física**; os **sentidos, imaginação e pensamento**; as **emoções**; a **razão prática**; a **afiliação**; **outras espécies**; o **lazer**; o **controle sobre o próprio ambiente político e material** (NUSSBAUM, 2013, p. 91-3). São todas indispensáveis e a falta de qualquer uma delas faz com que a vida se torne incompatível com a dignidade humana.

Nenhum Estado poderá afetar esta lista de forma a diminuí-la, visto que corresponde a um mínimo (NUSSBAUM, 2013, p. 90-1; 94-6). Da mesma forma, nenhum Estado as poderá considera-las como mera previsão, pois a *Capability Approach* exige atuação para materialização das capacidades. Caso alguns membros de uma sociedade não tenham as oportunidades necessárias a alcançá-las, a abordagem entende que o Estado deve estabelecer medidas para socorrê-los, alterando o quadro, uma vez que todos devem ter meios para desenvolver suas capacidades (BLOODWORTH, 2006, p. 59).

Em termos de Segurança Social isso se mostra muito coerente, especialmente em relação ao princípio da universalização, cujo espírito é o de guardar a todos, permitindo que possam alcançar o desenvolvimento das capacidades necessárias a viver com dignidade, mesmo em situação de contingência. O Brasil é signatário do PIDESC, estando vinculado à obrigação de fornecer segurança social aos seus cidadãos. A previsão da Seguridade Social é constitucional, assim como é especificada a função da Assistência atender aos desamparados e a todos os que dela necessitarem. Da mesma forma, é obrigação constitucional a especial consideração dos direitos das pessoas com deficiência, bem como o direito que estas têm de receber o benefício de um salário mínimo mensal quando enfrentarem situação de necessidade que nem por conta própria, nem pela família consigam suprir, sendo esta necessidade resultado da impossibilidade

da plena participação social em decorrência do impedimento e das barreiras que com ele interagirem. É muito claro o papel do BPC, portanto, na garantia da vida e das demais capacidades desta pessoa, pelo tempo que durar a necessidade e sua ausência impede não apenas uma, mas o desenvolvimento de todas as capacidades.

A deficiência para a *Capability Approach* é concebida segundo o modelo social, tal qual a Convenção de New York, e assim, tal qual o modelo adotado no Brasil. A Abordagem também não faz menção a nenhum critério temporal do qual possa derivar a caracterização ou não da pessoa com deficiência.

Do emprego do limitador temporal, que apenas considera pessoa com deficiência aquela cujo impedimento perdura por longo prazo, o que o legislador brasileiro definiu como o mínimo de dois anos, resta ao desamparo toda aquela pessoa cujo impedimento não perdure por tal interregno mínimo, independentemente da situação de miséria e exclusão social enfrentada, nem da gravidade do impedimento, mesmo que não esteja coberta pelo Seguro Social. Isso se mostra inconcebível segundo o enfoque da *Capability Approach*, pois, em primeiro lugar, cidadãos, que são o que há de mais valioso ao Estado, são deixados justamente pelo Estado, que lhes devia proteger, num vácuo de proteção da segurança social, em um momento de vulnerabilidade extrema.

A situação resultante da delimitação temporal mostra-se inaceitável pela exclusão de um grupo de pessoas da proteção da segurança social, como se esse grupo não tivesse o direito de desenvolver suas capacidades, como se o Estado em relação a estas pessoas estivesse livre do dever de atuar para propiciar-lhes o desenvolvimento das capacidades e os meios para que possam alcançar condições mínimas de qualidade de vida, como se estas pessoas também não fossem o que há de mais importante para o Estado.

A pessoa com impedimento cuja duração seja inferior a dois anos, vulnerável de forma relevante, também necessita, sobremaneira, dos recursos do BPC para desenvolver suas capacidades, todavia o limitador a impede de acessá-lo. Portanto, é uma barreira excludente ao desenvolvimento das capacidades deste grupo de pessoas, configura um anacronismo. Se nenhuma pessoa consegue desenvolver suas capacidades se não dispuser de condições que lhe permitam isso, quanto menos o poderá fazê-lo aquela acometida por um impedimento que em interação com o meio obstrui sua participação social, e que enfrenta grave situação de miséria. Torna-se impossível o alcance de aspectos relevantes, essenciais, para uma vida adequada aos padrões da

dignidade humana, tal qual recomenda a *Capability Approach* (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 556-7).

Para a Abordagem das Capacidades é uma agressão desmedida permitir que reste às pessoas com deficiência tão somente a benevolência alheia e o excedente se houver. Precisam desenvolver suas capacidades, tanto quanto for possível, e o Estado deve atendê-las na medida de suas necessidades. Portanto, se uma pessoa com impedimento necessita de assistência social, deverá recebê-la na proporção dessa necessidade.

De acordo com a visão da deficiência contida no modelo social, empregada na Convenção de New York, também adotada pela *Capability Approach*, o que transforma uma pessoa com impedimentos numa pessoa com deficiência, ou que impede que produza ou coopere com a sociedade, são as barreiras que a própria sociedade lhes impõe (NUSSBAUM, 2013, p. 130). Assim, pode-se abstrair que a negativa do direito à Assistência Social numa situação em que a pessoa com impedimento dela esteja necessitando, simplesmente pela aplicação do limitador temporal, consiste também numa barreira que obstrui o pleno desenvolvimento da pessoa, o que deve ser removido.

Riddle (2014, p. 30-1) chama a atenção para a necessidade de se considerar o aspecto subjetivo do impedimento quando se trata do tema da deficiência. Os fatores como a dor, o efeito devastador que ele impõe à pessoa, independentemente de questões ambientais ou sociais, não podem ser desprezados. Ademais, mesmo que removidos todas as questões do entorno, mesmo que não haja consideração do mesmo, estes fatores permanecem agindo e são potencialmente nocivos ao ser humano. Desta forma, desconsiderar um quadro de impedimento pode equivaler à desconsideração da própria pessoa. A *Capability Approach* olha para a dignidade humana não apenas pela racionalidade, mas também na natureza animalesca, orgânica, material, que envolve a vulnerabilidade e a necessidade da pessoa (CORRADO, 2013, p. 13-14). Portanto, o que vale é a necessidade a que a pessoa com impedimento esteja submetida, o que leva a concluir que não importa a formalidade temporal, mas a necessidade real, orgânica, à qual o BPC não pode faltar. Como uma sociedade justa tem a primordial função responder às necessidades de seus cidadãos, de modo a garantir-lhes a dignidade (NUSSBAUM, 2013, p.124-6), importa uma grave falha deixar ao desamparo, exposta à caridade tão somente, aquela pessoa que é miserável, não tem como contar com a ajuda da família para sustentá-la, e enfrenta um quadro de impedimento, nos moldes

ditados pela versão original da Convenção de New York, tão somente por um rígido limite temporal à duração do impedimento.

A Abordagem das Capacidades analisa a igualdade a partir da premissa básica do conceito de *Desenvolvimento Humano*, que é a *pluralidade*, a igualdade para grupos diversos, com condições muito diferentes, que resultam em necessidades diferentes. (DIXON; NUSSBAUM, p. 561). Importa considerar o que é **necessário** a cada pessoa, para que alcance um nível mínimo das capacidades. Desta forma, se a pessoa com impedimento, tem a necessidade do BPC por doze meses, ou vinte meses, ou vinte e quatro meses, o Estado não pode obstá-lo, sob pena de obstar o acesso à manutenção da dignidade humana. Assim, mesmo que houvesse coincidência do texto original da Convenção de New York com a versão brasileira do conceito de pessoa com deficiência, sendo esta aquela cujo impedimento seja, exclusivamente, de longo prazo, ainda assim a fixação dos dois anos seria um excesso.

Devem ser garantidas à pessoa todas as capacidades da lista de Nussbaum, não importa a duração do impedimento, pois necessidades vitais não se curvam a nenhum fator temporal formal. Para *Capability Approach* a vida deve se mostrar adequada, com condições vitais verdadeiramente humanas, o que conduz à conclusão de que não é razoável excluir, discriminar, ou submeter alguém ou um grupo, da proteção social, ignorando suas necessidades de meios para alcançar a suas capacidades (NUSSBAUM, 2013, p. 96-7).

Por fim, resta destacar a colaboração de Riddle (2014, p. 83) ao referir as desvantagens corrosivas. Para o autor, é essencial que se oportunize o desenvolvimento de todas as capacidades a todas as pessoas. Mas, observa que é inegável que algumas capacidades ocupem posição hierárquica mais elevada, pela maior importância em relação às demais. A afetação de qualquer uma das capacidades listadas por Nussbaum afeta a dignidade da vida. Contudo em alguns casos, a afetação de alguma das capacidades, também resultará na afetação das demais – de uma, ou de várias ou de todas - pois se apresentam como pré-requisitos destas. Isso recebe o nome de desvantagem corrosiva:

O termo "prejuízo corrosivo" utilizado aqui é para se referir o prejuízo que afeta negativamente a obtenção de outras coisas valiosas. [...] essa desvantagem é apenas corrosiva quando atinge outros aspectos da vida do indivíduo e afeta negativamente a capacidade de proteger outros estados valiosos do ser (RIDDLE, 2014, p. 83).

Do limitador temporal, seja o da tradução do conceito de deficiência na versão brasileira da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoa com deficiência, seja o trazido pela Lei 12.435/2011 à Lei 8.742/1993 na definição do conceito de deficiência, restarão pessoas que mesmo acometidas de impedimentos graves e expostas a situação de extrema miséria não receberão o BPC, apenas porque impedimento não alcança aquele período mínimo, que não sejam tidos como de longa duração. A ausência de recursos nesta situação impedirá o desenvolvimento das capacidades destas pessoas, o que é fácil concluir. Serão especialmente atingidos a manutenção da vida, a saúde e a integridade física. A afetação da manutenção da vida impedirá todas as demais capacidades, inclusive a saúde e a integridade física. A afetação da saúde e da integridade física atuam no impedimento do desenvolvimento mútuo e também podem afetar as demais, inclusive a manutenção da vida. A pessoa que vive exposta à miséria, ou em más condições de saúde, ou enfrentando quadro de grave deficiência, dificilmente desenvolverá as capacidades dos sentidos, imaginação e pensamento. Assim, por este prisma o limitador temporal não é admissível porque se apresenta como um deflagrador de desvantagens corrosivas multidimensionais, que impede às pessoas com deficiência, que não alcançam longa duração (dois anos) de impedimento, de desenvolverem suas capacidades (RIDDLE, 2014, p. 84).

Apesar de tantos Tratados, previsões constitucionais e leis visando a justiça e a igualdade para todos, parece, como Riddle (2014, p. 95) adverte, que se tem apenas uma noção vaga do que seria materializar estas previsões. Ao que parece pela incapacidade de bem compreender a questão da deficiência, materializou-se uma injustiça e a negligência a um grupo. Contudo, a lógica da justiça é tão logo descoberta a injustiça, corrija-la. Já é tempo.

CONCLUSÃO

Esta dissertação tomou por tema a análise da proteção destinada pela Assistência Social, através do Benefício de Prestação Continuada, à pessoa com deficiência que não tem condições de se manter por si própria, nem de ser mantida por sua família, frente ao delimitador temporal ao conceito de pessoa com deficiência – tanto da tradução do conceito de pessoa com deficiência do texto da Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência, que limita a deficiência aos impedimentos de longa duração, quanto o limitador objetivo que deu significado a esta longa duração como sendo dois anos, trazido pelo legislador ordinário. Especificamente, o que se pretendeu foi análise da *constitucionalidade deste* limitador, enquanto uma possível restrição ao significado de *pessoa com deficiência* e, portanto, da titularidade de benefício assistencial tal como estabelecido na LOAS.

Dessa forma a pesquisa dedicou-se aos fundamentos *teóricos* de uma categoria especial de titular de direitos humanos e de direitos fundamentais e, por outro, à *constitucionalidade* da delimitação de titularidade de um benefício assistencial conexas a essa definição. A categoria de titular especial analisada foi a de *pessoa com deficiência*; a *delimitação de titularidade* conexas a essa categoria é a de beneficiário, tal como estabelecida pela Lei de Organização da Assistência Social (LOAS). O texto concentra-se na análise do conceito de *pessoa com deficiência*, nos termos estabelecidos na Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência, em seu texto original e no texto traduzido para a versão brasileira, na Lei 8.742, de 7 de Dezembro de 1993 (LOAS), e na evolução do tratamento dado a estas pessoas ao longo do tempo pelo Direito Internacional e pelo Direito pátrio, neste caso, voltando-se especialmente no que concerne àquelas pessoas com deficiência em situação econômica de maior vulnerabilidade – as que não tem condições de garantir o próprio sustento, nem tem como tê-lo garantido pela família.

Nesse ponto é que se inseriu o problema da pesquisa que foi a tentativa de saber se essa delimitação temporal assegura uma *proteção suficiente* à pessoa com deficiência e se não representa uma intervenção excessiva no direito ao benefício de prestação continuada da Assistência Social, e dessa forma uma inconstitucionalidade.

A dissertação buscou desenvolver, então, uma crítica normativa do problema da *proteção constitucional suficiente* e da *restrição excessiva* que decorre do modelo de *delimitação* de titularidade estabelecido pela Lei brasileira e pela interpretação que se

deu ao conceito de pessoa com deficiência contido no texto da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, que *restringiu* o alcance do benefício de assistência social, exclusivamente, às pessoas que tem impedimentos com longa duração - mínimo de dois anos -, sejam estes de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais interagindo com barreiras sociais ou ambientais, podem obstruir sua plena e efetiva participação social, em igualdade com as demais pessoas.

A apreciação das questões fora submetida ao delineamento teórico da *Capability Approach*, segundo o enfoque de Martha Nussbaum, e às diretrizes da Proteção Suficiente e das Restrições aos Direitos Fundamentais, sob o enfoque de Robert Alexy. Estas foram, portanto as teorias de base. Assim, optou-se, para compor o primeiro Capítulo, por trazer ao lume num primeiro momento as principais diretrizes da Abordagem das Capacidades, e num segundo momento as considerações acerca da necessidade de Proteção Suficiente aos Direitos Fundamentais e das restrições a estes direitos. No segundo Capítulo decidiu-se realizar uma imersão no sistema de Proteção das Pessoas com Deficiência, desde o surgimento dos primeiros instrumentos internacionais destinados a tal fim, até, e com especial deferência, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro. O terceiro Capítulo foi eleito para assentar o exame da proteção que a Seguridade Social destina às pessoas com deficiência. Por fim, o quarto capítulo dedicou-se, especificamente, à estrutura jurídica do benefício de prestação continuada, especialmente voltado à pessoa com deficiência que enfrente situação de miséria. Ali, fora referida a conformação deste direito no que diz respeito à limitação temporal acrescida ao conceito de pessoa com deficiência, em cotejo com as teorias de base referidas no primeiro capítulo.

O estudo realizado permitiu que se alcançasse algumas reflexões conclusivas acerca do tema proposto. Tem-se inicialmente que entre os grupos de seres humanos em especial vulnerabilidade estão as pessoas com deficiência, as quais historicamente ficaram às margens das considerações e inclusão social. As tradicionais teorias contratualistas não as tiveram em conta quando da elaboração do contrato social, na materialização da sociedade foram relegadas a um excedente se houver, ou à caridade, quando não à exclusão completa. No entanto, pessoas são portadoras de dignidade humana, sujeitos de direitos humanos, bastando-lhe a condição humana para tanto. Dessa forma, nada justifica que estas pessoas sejam desconsideradas. Assim, especialmente na segunda metade do Século XX, como a internacionalização dos

direitos humanos e o surgimento dos seus vários instrumentos, as atenções começam a se voltar também às pessoas com deficiência, estimulando novas teorias de justiça e instrumentos nacionais especialmente voltados à promoção e proteção de seus direitos.

A inauguração desse sistema de proteção ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e avançou por instrumentos cada vez mais específicos, alcançando em Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ou, Convenção de Nova Iorque, aprovada em 13.12.2006. Essa Convenção nasceu com o dever de guiar os Estados na elaboração e efetivação de medidas de inclusão das Pessoas com Deficiência e na busca pela efetividade aos seus direitos. No Brasil ela ostenta importância ímpar, pois que foi o único Tratado Internacional recepcionado com *status* de Emenda Constitucional.

O conceito de deficiência na Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiência foi esculpido pelo modelo social e é resultado da influência evolutiva do conhecimento científico, filosófico, médico e social, e de instrumentos importantes, tais como a CIF. Trata-se de um conceito aberto, em evolução, mas que não concebe a deficiência de forma restrita aos aspectos clínicos, pois associa a estes o panorama social na qual a pessoa com impedimento se insere, o qual atua sobre sua condição particular e a impede de participar da sociedade em igual condição com as demais pessoas. Assim, torna-se transparente o dever da sociedade, e, de forma especial, ao Estado, de remover todas as barreiras, e de promover as condições de igualdade material a essas pessoas, em respeito à sua dignidade. Com a admissão da Convenção em nível constitucional, é inconteste que isso é o que está em vigor no Brasil.

Também se verificou que, na superação do Liberalismo, os direitos fundamentais de segunda geração, relativos às ações positivas do Estado, direitos sociais vieram complementar os direitos de primeira geração, abrindo espaço para a compreensão da indispensabilidade da Segurança Social, concebida sob o princípio da Universalidade. Neste novo prisma, os Estados devem assumir a responsabilidade de dar a todos os seus, a segurança social nas vicissitudes da vida, através do seguro social, e, residualmente, através da Assistência Social, além do direito à saúde pública. A Abordagem das Capacidades mostra-se apropriada a este cenário da evolução dos Direitos Humanos e da proteção das pessoas com deficiência. E, apresenta-se na medida da proteção da segurança social, ajustando-se perfeitamente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. De acordo com as lentes de Nussbaum,

a Abordagem, configura-se como uma moderna teoria de justiça, adequada à análise da proteção e promoção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Pôde-se constatar que o tratamento que Nussbaum dispensa a estas pessoas na Abordagem coincide com as concepções conceituais resultantes da superação do modelo médico pelo social, empregadas nos novos instrumentos internacionais de tutela dos direitos dessas pessoas. Nesse sentido, a Abordagem afina-se com as diretrizes da evolução do Direito Internacional no tocante à crescente promoção e proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

Ao quadro de exclusão e desconsideração historicamente vivenciado por estas pessoas, a *Capability Approach*, bem como a Convenção de New York e a nova conceituação social da deficiência mostram-se como alterações muito significativas. Configuram forte indicativo de que os direitos humanos internacionais evoluem no sentido de conduzir teorias sociais e medidas legislativas hábeis a alcançar ações práticas de promoção e proteção das pessoas com deficiência. Na nova concepção de pessoa com deficiência que ostentam, consideram as oportunidades e as barreiras que a sociedade proporciona para que possam agir, interagir, estarem inclusas. A ênfase da Convenção de New York, tal qual o enfoque da Abordagem das Capacidades pleiteia a inclusão e a autonomia das pessoas com deficiência pela superação das barreiras, atribuindo o papel de removê-las e de fomentar medidas de inclusão e promoção da dignidade à sociedade e ao Estado.

A conexão com os Direitos Humanos é muito clara na *Abordagem das capacidades*, pois se centra na ideia da dignidade da pessoa humana, partindo do pressuposto que a vida de qualquer pessoa deve se mostrar adequada e condizente com este aspecto, para o que é indispensável que cada pessoa possa desenvolver suas capacidades. Estas se mostram como direitos essenciais e universais, hábeis a conduzir o alcance das condições vitais verdadeiramente humanas. Desta forma, as capacidades são o mínimo que um Estado justo deve garantir aos seus cidadãos para que alcancem um nível adequado de vida. Ademais, porque segundo a *Capability Approach*, o que há de mais precioso para um Estado, são seus cidadãos, portanto nenhuma delas pode ter ignoradas suas necessidades de recursos para alcançar o desenvolvimento de suas capacidades. Nesse ponto a *Capability Approach* é uma teoria de promoção da igualdade material, visto que na promoção das capacidades aquele mais vulnerável, tal qual a pessoa com deficiência, é o ponto para o qual o Estado deve dedicar a maior atenção.

Nesse sentido, para a *Capability Approach*, em consonância com a Convenção de New York, às pessoas com impedimentos e deficiências associadas, devem ser criadas as condições para sua inclusão e diminuição das deficiências ligadas aos impedimentos, e de promoção de vida digna. Tanto para a Abordagem quanto para a Convenção de New York, a deficiência não pode ser visto como um acaso rude a depositar seu peso unicamente nos ombros da pessoa por ele atingido. A sociedade e o Estado tem o dever de agir para promover a inclusão desta pessoa, e de remover as barreiras que impedem que a vida condizente com a dignidade. É muito nítido o alinhamento desse fim com os desígnios dos Direitos Humanos, especialmente com os objetivos da Segurança Social e com o dever de proteção suficiente dos direitos fundamentais.

Devido ao elevado valor de cada pessoa ela também é a destinatária da Segurança Social para lhe acudir em tempos de intempéries que lhe fragilizem. A *Capability Approach* foca exatamente nessa situação de fragilidade humana, tal qual a Convenção de New York, e entende que é obrigação do Estado e da Sociedade abandonarem a posição de inércia e agirem pelos seus, pela promoção social. Há uma coincidência com estes fins no dispositivo de proteção da Assistência Social escolhido pela Constituição Federal de 1988, que a destina a todos os que dela necessitarem, bem como na especificação daqueles em pior situação, através do benefício mensal de um salário mínimo. Isso compõe o sistema de Segurança Social dos Direitos Humanos, destinado a toda e qualquer pessoa.

Nesse contexto, a limitação temporal, não contida no texto original da Convenção de New York, nem no texto da Constituição, no que refere à conceituação de pessoa com deficiência é hábil a promover a exclusão de um grupo da proteção social, deixando-o ao vácuo da segurança social, em contrariedade ao que dispôs o sistema internacional de Segurança Social, ao compromisso assumido pelo Brasil ao ratificar o PIDESC, às diretrizes Constitucionais da Assistência Social.

As restrições aos direitos fundamentais pelo legislador, como visto, são possíveis, são legítimas e por vezes são indispensáveis. Todavia, as restrições não poderão ser desproporcionais, desarrazoadas e injustificadas, e sem base passível de revisão.

A origem do limitador objetivo trazido pelo legislador durante o procedimento legislativo não é clara. Não existe no texto da proposta da Lei 12.435/2011, que incluiu na Lei 8.743/1993 o limitador de dois anos, um motivo que justifique a escolha do

interregno mínimo para a duração do impedimento que conduz à deficiência. Essa alteração partiu da Comissão de Tributação e Finanças e o legislador tão somente descreve que participou de fóruns que lhe possibilitaram maior clareza quanto ao significado de deficiência e de longo prazo. Contudo, a razão da escolha dos dois anos não é mencionada. A certeza da precisão do conceito alcançada não se mostra muito concreta, ao referir impedimento incapacitante para o trabalho e para a vida independente, já superado desde a entrada em vigor no ordenamento pátrio, da Convenção de New York. Tanto que poucos meses após a entrada em vigor da alteração, outra lei altera o conceito de deficiência que o legislador da Lei 12.435/2011 havia alcançado. A Lei 12.470/2011 não mais referiu a incapacidade para a vida independente e para o trabalho. No entanto, foi mantido o interregno dos dois anos.

No decorrer do desenvolvimento deste trabalho, verificou-se que o conceito original de pessoa com deficiência constante na Convenção de New York não restringe a deficiência aos impedimentos de longo prazo tal qual faz a tradução brasileira. A redação em inglês menciona que as pessoas com deficiência incluem aquelas com impedimentos de longo prazo. Ao limitar a deficiência somente às pessoas com impedimentos de longa duração, exclui aquelas cujos impedimentos sejam de média e curta duração. Todas as leis que derivaram desta proposição seguiram estes moldes, inclusive a Lei 8742/1993, sendo a isso que seu limitador objetivo - dois anos - se refere. O limitador temporal mostra-se incompatível em relação ao texto original da Convenção, bem como quanto à intenção das Nações Unidas de proporcionar aos Estados a possibilidade do estabelecimento de uma definição mais inclusiva.

Da rigidez do critério temporal resulta um grupo de pessoas excluído do direito fundamental ao BPC, o que representa uma violação ao princípio da igual proteção e constitui uma discriminação injustificada. Isso materializa um *déficit* na obrigação de proteção suficiente do direito fundamental ao que esse benefício da Assistência Social se dedica. Isso também contraria a proibição de insuficiência, ao imperativo de tutela, ou a obrigação de proteção suficiente (CANARIS, 2009, p. 101).

O que justifica a existência do BPC é a atenção devida a uma situação de necessidade, desamparo. Tem o papel elementar de garantir o essencial, um mínimo social, para garantir vida digna à pessoa com impedimentos que não tem condições de se manter, nem de ser mantida pela família, a partir do momento que essa pessoa enfrente necessidades. Nem sempre um impedimento corresponderá a uma deficiência. Do mesmo modo, nem sempre um impedimento gera o direito ao BPC, pois nem

sempre afeta a manutenção da vida e a inserção social. Contudo, se for uma das variáveis que atue na equação cujo resultado seja o desamparo, deve ser motivo para concessão do BPC, independentemente se for de longa, média ou curta duração.

Ademais, se a tradução do conceito de pessoa com deficiência mostra-se como uma interpretação por demais limitada do texto original da Convenção de New York, o qual não cinge a deficiência apenas aos impedimentos de longa duração, mas tão somente os inclui no conceito, o limitador temporal objetivo de dois anos aos impedimentos de longa duração para fins de definir a deficiência, não possui razões para existir, pois que um impedimento de qualquer duração pode caracterizar uma deficiência. Acrescendo a isso uma situação de miséria tão intensa, dada a impossibilidade da pessoa com deficiência manter-se por si mesma, ou de ser mantida pela família, tem-se configurado o direito ao Benefício de Prestação Continuada.

Nussbaum (2013) também não faz especificação à duração do impedimento, apenas refere quadros de deficiência de longa e de curta duração, sem especificar prazos em nenhuma das situações. Ora, se impedimentos de longa e curta duração compõe a deficiência, obviamente os de média duração também.

Ao que indica a análise feita, a interferência do legislador no direito da pessoa com deficiência carente de recursos ao benefício da Assistência Social, não alcança a proteção suficiente deste direito e o limita de forma excessiva e desproporcional, o que a torna inconstitucional. As pessoas com deficiência que não forem seguradas da Previdência Social, que não disponham de recursos para se sustentarem e que não tenham como serem mantidas por suas famílias, e cujo diagnóstico apontar para impedimento de duração inferior a dois anos, estão ao desamparo da Segurança Social, em contrariedade com os fins do direito humano fundamental à Segurança Social, especificamente à Assistência Social.

Dessa forma, obviamente que não têm como desenvolver suas capacidades, o que tem por consequência a impossibilidade de alcançar uma vida em padrões condizentes à sua dignidade humana. Como o benefício de prestação continuada diz respeito à uma prestação mínima e sua ausência implica na condenação à impossibilidade de manter a sobrevivência. Essa situação causa aquilo que se costuma chamar de desvantagem corrosiva, visto que o prejuízo a algumas das capacidades terá efeitos nocivos sobre as demais.

Acredita-se que a pesquisa atingiu os fins propostos de analisar o limitador temporal ao conceito de pessoa com deficiência frente às diretrizes da Abordagem das

Capacidades, da proteção suficiente e das restrições aos direitos fundamentais. As considerações permitem concluir que as hipóteses ventiladas foram confirmadas. Inicialmente que a Convenção de Nova Iorque sobre os direitos das Pessoas com Deficiência representou um avanço na concepção de pessoa com deficiência e influenciou a alteração da concepção de pessoa com deficiência no Ordenamento Jurídico Pátrio; que a concepção de pessoa com deficiência contida na Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência foi influenciada pela CIF – Classificação Internacional de Funcionalidades. Também fora confirmada a hipótese de que a limitação temporal à duração do impedimento para fins de caracterizar a deficiência é inconstitucional, por ser desproporcional devido à ofensa à adequação e à necessidade, de acordo com a teoria das restrições dos direitos fundamentais. Além disso, não alcança a proteção suficiente que o direito à Assistência Social pretende, de atender a todos os que dela necessitam. E, por fim, se choca com as diretrizes da *Capability Approach* e com os fins da Segurança Social enquanto direito humano fundamental, movimentando-se na contramão da evolução do direito internacional relativo à maior proteção e inclusão das pessoas com deficiência. A deficiência, ao contrário do que a versão brasileira afirma, não se restringe aos impedimentos de longo prazo. Qualquer que seja a duração do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial, que em interação com diversas barreiras, sejam capazes de obstruir a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade, tal qual conseguem as demais pessoas, caracteriza uma deficiência. Assim, o limitador temporal dos dois anos para caracterizar o que seja um impedimento de longo prazo, não tem razões para existir.

Entende-se que a pesquisa veio ao encontro da área de concentração do Mestrado e do grupo de pesquisas em Direitos da Seguridade Social vinculado ao curso de Mestrado, pois além de adentrar na análise de importante problema de Seguridade Social, ligada à área de concentração escolhida, dos Direitos Sociais, debruçou-se sobre duas teorias que podem ser empregadas em várias análises de questões voltadas a Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 21-42, Ene./Jun. 2000.

_____. Sobre los derechos constitucionales a protección. **Derechos Sociales y Ponderación**, 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Imprime J. San José S.A., 2009, p. 45-84.

_____. The Reasonableness of Law. **Reasonableness and Law**, Law and Philosophy Library. Springer, v. 86, p. 5-15, 2009a.

_____. The dual natural of Law. **Law of Ukraine legal Journal: Scientific-practical professional Journal**, Kyiv – Ucrânia: Vipol CJSC, v. 1/2011, p. 39-50. 2011.

_____. Law, morality and the existence of human rights. **Ratio Juris**, v. 25, n.1, p. 2-14. Mar. 2012.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012a.

_____. A existência de Direitos Humanos. In: _____ et al. (Orgs.). **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. p. 67-75.

_____. Constitutional Rights and Proportionality. **Revus** [online], 22/2014, Online desde 10 de Jun. de 2014, acesso em 01 de Julho de 2014. p. 1-12. Disponível em <http://revus.revues.org/2783> ; DOI : 10.4000/revus.2783.

ALONSO, Eduardo Fernández. Capacidades y globalización. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Medellín, v. 41, n.114, p. 167-180, Ene./Jun. 2011.

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM. 2012.

ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de; FERRAZ, Fernando Basto. O conceito de pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho. In: **Anais eletrônicos do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, Junho de 2010. p. 8841-59. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/541/1/2010_eve_fbferraz.pdf>. Acesso em 20 de Junho de 2014.

ARAVENA, Hugo Tórtora. Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales. **Estudios Constitucionales**, Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 8, v. 2, p.167-200. 2010.

ASÍS, Rafael de. **Las Paradoja de los Derechos Fundamentales como limites al poder**. Madri: DYKINSON. 2000.

BARDEN, Júlia Elisabete. Abordagem das Capacitações: uma análise a partir de um indicador agregado via Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. **Anais da III Conferência Latino Americana e Caribenha sobre a abordagem das Capacitações e Desenvolvimento Humano**, Porto Alegre: PUCRS. Nov. 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/eventos/alcadeca/download/abordagem-das-capacitacoes-uma-analise-a-partir-de-um-indicador.doc>> Acesso em 17 de Dezembro de 2013.

BLOODWORTH, Andrew. Nussbaum's 'Capabilites Approach'. **Nursing Philosophy**, v. 7, p. 58-60. (2006, January 12)

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 59 ed.Madrid, Maio/Ago. 2000.

BORTOLLETO FILHO, Fernando. Deficiência e pobreza. **Caminhando**, 14 ed. São Paulo , p. 57-64. 2009.

BOTTI, Pedro Roberto Cruz. Programa de Ação Mundial Para As Pessoas Com Deficiência - Hora da Verdade - Epílogo da Edição Castelhana. **CEDIPOD - Centro de Documentação e Informação do Portador de Deficiência**, Maio. 1988. Disponível em: <<http://www.cedipod.org.br/w6pam.htm>>. Acesso em 11 de Novembro de 2013.

BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. Ata da Subcomissão dos Negros, Povos Indígenas, Pessoas com deficiência e Minorias. **Atas das Comissões**. Brasília: Congresso Nacional. 1987.

_____. **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. IOB Juris Síntese: legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. CD ROM. Porto Alegre: Thomson IOB, Mar./Abril. 2013

_____. Decreto nº 1.744, de 08 de Dezembro de 1995. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. **IOB Juris Síntese**: legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. CD ROM. Porto Alegre: Thomson IOB, Mar./Abril. 2013.

_____. **Decreto nº 6.214**, de 26 de Setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso. Palácio do Planalto, Presidência da República, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm> Acesso em 03 de Maio de 2014.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **IOB Juris Síntese**: legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. CD ROM. Porto Alegre: Thomson IOB, Nov./Dez. 2013.

____. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **IOB Juris Síntese:** legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. CD ROM. Porto Alegre: Thomson IOB, Nov./Dez. 2013.

____. Lei 8.742, de 7 de Dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **IOB Juris Síntese:** legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. CD ROM. Porto Alegre: Thomson IOB, Nov./Dez. 2013.

____. Lei 12.435, de 06 de Julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. **IOB Juris Síntese:** legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. CD ROM. Porto Alegre: Thomson IOB, Mar./Abr. de 2014.

____. Lei 12.470, de 31 de Agosto de 2011a. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social; acrescenta os §§ 4º e 5º ao art. 968 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. **IOB Juris Síntese:** legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. CD Rom. Porto Alegre: Thomson IOB, Mar./Abr. de 2014.

____. **Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência.** In Ministério da Saúde, Secretaria da Atenção à Saúde. Brasília: Editora do Ministério da Saúde. 2008.

____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à Seguridade Social.** Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos. 2013. (Coleção Por uma cultura de Direitos Humanos)

____. **Projeto de Lei nº 3077/2008**, de 25 de março de 2008a. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Câmara dos Deputados. Brasília, Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=387873>>. Acesso em: 29 de Março de 2014.

____. Superior Tribunal de Justiça. Agrg no REsp nº 409974 SP 2013/0337806-9. Brasília, DF, 26 de novembro de 2013a. **Dje.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1285288&num_registro=201303378069&data=20131205&formato=PDF>. Acesso em 05 de Maio de 2014.

____. Supremo Tribunal Federal. Are nº 772341. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2013. **Dje.** Brasília, 09 dez. 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2014. Acesso em 30 de Maio de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Are nº 787054c. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2013c. **Dje.** Brasília, 10 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 04 maio 2014. Acesso em 02 de Abril de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Are nº 804863. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 de abril de 2014. **Dje.** Brasília, 25 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=804863&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de Julho de 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 580.963. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 08 de setembro de 2010. **DJe.** Brasília, 16 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=736432>>. Acesso em 15 de Jun. de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 4374, Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 de abril de 2013d. **Dje.** Brasília, 04 set. 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl4374.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina. 2013.

CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,** Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 09-12. (Serie Justicia y Derechos Humanos - Neoconstitucionalismo y Sociedad).

CARVALHO, Rosita Edler. **A nova LDB e a educação especial.** Rio de Janeiro: WVA, 2002.

CASTILHO, Rodrigo. **Estudos Aprofundados do Ministério Público do Trabalho.** 2ª ed. Salvador: Jus Podium, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Collins Cobuild Advanced Dictionary of American English. Disponível em <<http://myelt-aadictionaries.heinle.com>>. Acesso em 04 de Novembro de 2014.

COOPERAZIONE ITALIANA ALLO SVILLUPO. **Convenzione sui diritti delle persone disabili - Protocollo facoltativo.**

Disponível em: <http://www.cooperazioneallosviluppo.esteri.it/pdgs/italiano/DGCS/uffici/ufficioXIII/CONVENZIONE_italiano.pdf>. Acesso em 04 de Novembro de 2014.

CORDE/SEDH/PR, Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa portadora de deficiência. **A Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência - versão comentada**. Brasília: Secretaria especial dos Direitos Humanos, 2008.

_____. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência**. Brasília, 2007

CORRADO, Michael Louis. Disability and Nationality: Martha Nussbaum on Justice. **Essays in Philosophy**, v. 9, North Carolina: University of North Carolina Legal Studies, 2008.

COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade Humano e Pessoa com deficiência**. São Paulo: LTR, 2008.

COURTIS, Christian. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Ante un nuevo paradigma de protección? In: **Memorias del Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: por una cultura de implementación (2006, México)**. México: Secretaria de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2007. p. 71-86.

DIXON, Rosalind; NUSSBAUM, Martha. Children's rights and a Capabilities Approach: the question of special priority. **Chicago Public Law and Legal Theory**, Chicago: The Law School the Univerity of Chicago, p. 549-94, May. 2012.

FAGNANI, Eduardo. Seguridade Social: a experiência Brasileira e o debate internacional. **Análises e Propostas**, nº 42, p. 1-47, Dez. 2011.

FASCIOLI, Ana. Justicia social en clave de capacidades y reconocimiento. **Areté - Revista de Filosofia**, Lima, nº 23, p. 53-77, 2011.

FLEURY, Sonia. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. **RAP**, Rio de Janeiro, nº 39, p. 449-69, Maio/Jun. 2005.

FOLLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício Assitencial ao Idoso e ao Portador de Deficiência (LOAS)**. Curitiba: Juruá, 2012.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas: Escola Judicial do TRT 15 Região, nº 42, p. 93-116, 2013.

GARCÍA, Pilar Samaniego de **Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica**. Madrid: CERMI, 2006.

GOLDFARB, Cibelle Linero. **Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Discriminação no mercado de trabalho: consciência e ações de resistência*. ANAMATRA: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 23 de Junho de 2008. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/artigos/discriminacao-no-mercado-de-trabalho-consciencia-e-acoes-de-resistencia>>. Acesso em: 01 de Junho de 2014.

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.

HARTLEY, Christie. Disability and Justice. **Philosophy Compass**, Georgia: Blackwell Publishing Ltd - Georgia State University, v. 6/2, p. 120-32, Feb. 2011.

HENDGES, Carla Evelise Justino; MÜLLER, Eugélio Luis. Alterações na Disciplina do Benefício Assistencial Previsto no Artigo 203, inciso V, da Consituição Federal de 1988. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, p. 5-26, Dez./Jan. 2013.

HERKENHOFF, João Batista. **Movimentos Sociais e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religio_o_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em 09 de Abril 09 de 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

IVO, Anete B.L.; SILVA, Alessandra B. de A. *Programas de Transferência de Renda no Brasil: uma análise do Benefício de Prestação Continuada- BPC*, s.d. Disponível em: <<http://www.sinteseeventos.com.br/bien/pt/papers/alessandranuarqueProgramasdeTransferenciadeRendanoBrasil.pdf>>. Acesso em 20 de Agosto de 2014.

JACCOUD, Luciana. **Pobres, pobreza e cidadania: os desafios recentes da proteção social**. IPEA, pp. 7-27, Janeiro de 2009.(Série seguridade Social)

JAKUTIS, Paulo **Manual de Estudo da Discriminação do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2006.

KELLER, Werner. **O direito ao trabalho como direito fundamental**. São Paulo: LTR, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de Direito Previdenciário**. Salvador: JusPODIVM, 2012

LARSON, David Allen. Access to Justice for Persons with Disabilities: An Emerging Strategy. **Laws**, v.3, p. 220-38, Mai. 2014. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2442534>>. Acesso em 06 de Julho de 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da Discriminação nas relações de trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LINGUEE EDITORIAL DICTIONARY. Disponível em <http://www.linguee.com.br/?from=com>. Acesso em 04 de Novembro de 2014.

LOPES, Lais Vanessa Carvalho de Figueiredo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. 229 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC/SP, São Paulo, 2009.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALHOTRA, Ravi. Martha Nussbaum's Capabilities Approach and Equality Rights for People with Disabilities: Rethinking the Granovsky Decision. **The Supreme Court Law Review**, v. 45, p. 61-89, Jan. 2009.

MALHOTRA, Ravi; HANSEN, Robin. F. The United Nations Convention on the Rights of Persons with disabilities and its implications for the equality rights of Canadians with disabilities: The case of education. **Windsor Yearbook of Access to Justice**, Windsor, Ontario, Canada, v. 29, 2011.

MARCELINO, Miguel Abud. Avaliação social e médico-pericial para acesso ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC. In: SAVARIS, José (Coord.). **Curso de Perícia Judicial Previdenciária**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 415-52.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2010.

MDS, Ministério do Desenvolvimento Social e combate à fome. **Benefícios Assistenciais**. Disponível em [MDS.gov.br](http://www.mds.gov.br): <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais>>. Acesso em 14 de Setembro de 2014.

MDS. **Bolsa Família**: benefícios. Disponível em [MDS.gov.br](http://www.mds.gov.br): <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/beneficios>> Acesso em 25 de Outubro de 2014

MELISH, Tara J. The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify. **Human Rights Brief**, v. 14, No. 2, 2007. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=997141>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Jean Soares Moreira. Benefício assistencial à Pessoa com Deficiência: reflexões acerca das alterações legislativas patrocinadas pelas lei nºs 12.435/2011 e 12.470/2011. **Juris Plenum Previdenciária**, Caxias do Sul: Editora Plenum, nº 03, p. 57-94, Ago. 2013.

NACIONES UNIDAS. 11º período de sesiones (1994): Observación general Nº 5 - Las personas con discapacidad. **Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#Las personas>> Acesso em 16 de Julho de 2014.

_____. **Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: Reacompliaci3n de las Observaciones Generales Y Recomendaciones Generales adoptadas por 3rganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos**. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas, 26 de Abril de 2001. Disponível em <<http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/dcp.pdf>>. Acesso em 30 de Junho de 2014.

_____, Comit3 de Derechos Econ3micos, Sociales Y Culturales. **Observaci3n General N3 19: El derecho a la seguridad social (art3culo 9)**. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas, 04 de Febrero de 2008.

_____. Convenci3n sobre los derechos de las personas con discapacidad y Protocolo facultativo. **Naciones Unidas Enable: los derechos y la dignidad de las personas com discapacidad**. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>>. Acesso em 04 de Novembro de 2014.

NAÇ3ES UNIDAS. **A Carta Internacional dos Direitos Humanos**: Ficha informativa nº 02 - A D3cada das Naç3es Unidas para a Educaç3o em mat3ria de Direitos Humanos - 1995-2004. Ginebra: Naç3es Unidas, 2004.

_____. Confer3ncia de Direitos Humanos: Viena, p. 14-5, Jun. 1993. **Dhnet**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>> Acesso em 29 de Maio de 2014.

_____. Declaraç3o Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948. **A ONU e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 03 de Març3o de 2014.

_____. **Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais**, de 19 de Dezembro de 1966. Brasília: Ministério da Justiça - Governo Federal Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em 03 de Junho de 2014.

_____. Programa de Ação Mundial para as Pessoas com deficiência, de 03 de Dezembro de 1982. **CEDIPOD**: Centro de Documentação e Informação do Portador de Deficiência. Disponível em: <http://www.cedipod.org.br/w6pam.htm>. Acesso em 14 de Novembro de 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____; FARALLI, Carla. On the New Frontiers of Justice: a Dialogue. **Ratio Juris**: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford, v.20, p. 145-61, Jun. 2007.

OIT. Convenção 102, de 27 de Abril de 1955: Normas Mínimas da Seguridade Social. **Organização Internacional do Trabalho**: Escritório no Brasil - Promovendo o trabalho decente. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/468>>. Acesso em 14 de Julho de 2014.

_____. Convenção 168, de 17 de Outubro de 1991: Promoção do emprego e Proteção contra o desemprego. **Organização Internacional do Trabalho**: Escritório no Brasil: promovendo o trabalho decente. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/512>>. Acesso em 01 de Julho de 2014.

_____. Convenções ratificadas pelo Brasil. **Organização Internacional do Trabalho**: Escritório no Brasil - Promovendo o trabalho decente – Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em 03 de Junho de 2014.

_____. Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. In: **Conferencia Internacional del Trabajo**: 100.^a reunión. Ginebra: OIT, 2011.

_____. **Informe Mundial sobre la protección social, 2014-2015**: hacia la recuperación económica, el desarrollo inclusivo y la justicia social. Ginebra, Suiza: Departamento de Comunicación y de la Información Pública de la Oficina Internacional del Trabajo. 2014.

OLIVEIRA, Danilo de; BAKHOS, Lilian Muniz. Lei complementar nº 142/12 - Aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do regime geral de previdência social (RGPS) - marco inicial de regulamentação ou de indagação. **Juris Plenum Previdenciária**, p. 41-52, Nov. 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio. Reflexiones sobre los derechos sociales. In ALEXY, Robert. **Derechos Sociales e Ponderacion**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 85-101.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIBEIRO, Carlos Dimas Martins; MELANINE, Walter. Higher education pedagogies: a capabilities approach. Berkshire, England: Open University Press; 2006. 164p. In: **Revista Brasileira de Educação Médica**, v.31, Jan./Abr. 2007.

RIDDLE, Christopher. A. Well-Being and the Capability of Health. **Topoi**: An International Review of Philosophy, Springer, v. 32, n° 02, p. 153–160, 2013.

_____. A. **Disability and Justice**: The Capability Approach in Practice. Laham, Maryland, USA: Lexington Books, 2014.

ROBEYNS, I. The capability approach. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer, 2011. Disponível em: 22 de Dezembro de 2013.

SANTIAGO, Rodrigo Prado. Análise dos efeitos práticos das alterações conceituais que se constituem em requisitos para o direito ao BPC através do tempo. **Previdência e Perícia médica**. 29 de Março de 2013. Disponível em: <<http://www.acrealerta.com/colunistas/1/?p=76#respond>>. Acesso em 06 de Agosto de 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÃO PAULO. AIPD - Ano Internacional das Pessoas deficientes: 1981. **Memorial da Inclusão**: os caminhos da pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.memorialdainclusao.sp.gov.br/br/home/aipd.shtml#conteudo>. Acesso em 11 de Novembro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In I. W. SARLET, **Dimensões da dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva Constitucional. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Os direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SASSAKI, R. K. Deficiência mental ou deficiência intelectual. **LAB: Laboratório de acessibilidade**. Dez. 2004. Disponível em: <<http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/deficiencia-mental-ou-deficiencia-intelectual/>>. Acesso em 30 de Julho de 2014.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da Decisão Judicial da Previdência Social: Contributo para Superação da Prática Utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

SEN, Amartya. A decade of Human Development. **Journal of Human Development**, v.1, nº 1, p. 17-23, 2000.

_____. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurelio. **Seguridade Social como direito fundamental material**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Eduardo Jannone da. **Tutela jurídica do direito à saúde da pessoa portadora de deficiência**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Juliana Luciani da. A Pessoa com deficiência e o sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia et al. **Direitos Humanos na Ordem Contemporânea: Proteção Nacional, Regional e Global**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 207-31.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Sergei; RIBAS, Rafael Perez; SOARES, Fabio Veras. **Focalização e Cobertura do Programa Bolsa-família: qual o significado dos 11 milhões de famílias**. IPEA, pp. 6-48, Mar. 2009. (Série Seguridade Social).

SOUZA, Lilian Castro. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Atlas, 2012.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Âmbito de proteção de direitos fundamentais de seguridade social: Expectativas imperativas de concretização. In: SARLET, Ingo

Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Constituição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

____; CAVALHEIRO, Andressa. Nova fase da Seguridade Social. In STRAPAZZON, Carlos Luiz; Mercè Barcelò i. **Direitos Fundamentais em Estados Compostos..** Chapecó: UNOESC, 2013. p. 231-63.

____; RENCK, Maria Helena Pinheiro. Embaraços administrativos arbitrários da Previdência Social Brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 03. nº 02, p. 1559-1586, 2014.

UNDP - United Nations Development Programme. **Human Development Report**, May. 1990, p. 9: Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/219/hdr_1990_en_complete_nostats.pdf. Acesso em 28 de Dezembro de 2013.

UNITED NATIONS. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>. Acesso em 05 de Novembro de 2014.

____. The United Nations and indigenous persons with disabilities. **United Nations - Enable - Development and Human rights for all**. 2013. Disponível em: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1605>. Acesso em 05 de Janeiro de 2014.

UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of the Human Rights**, de 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/>. Acesso em 02 de Junho de 2014.

UNESCO. Declaração de Sundenberg, de 07 de Novembro de 1981. **Faders**: Fundação de Articulação e Desenvolvimento de Políticas Públicas para PcD e PcAH no RS. Disponível em: <http://www.faders.rs.gov.br/portal/index.php?id=legislacao&cat=6&cod=35> Acesso em 15 de Fevereiro de 2014.

UNICEF. **Convenzione sui Diritti delle Persone con disabilità**. Roma: Comitato Italiano per l'UNICEF Onlus, 2007.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda **Proteção internacional dos Direitos Humanos na realidade latino-americana**: Reflexão Filosófica sob a perspectiva da Ética da Libertação. Curitiba: Juruá, 2010.

WADDINGTON, Lisa. A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications the United Nations' Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community. **Maastricht Faculty of Law Working**, p. 1-22, Abr. 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1026581> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1026581>.

WHO. **ICF: International Classification of Functioning, Disability and Health.** Geneve: WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, May. 2001.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. Aposentadoria da Pessoa com deficiência: conceitos e peculiaridades da nova prestação do Regime Geral de Previdência Social. **Juris Plenum Previdenciária**, v. 4, p. 9-40, Nov. 2013.