

# **NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO**

## ***NEW CONCEPT OF PEOPLE WITH DISABILITIES AND PROHIBITION OF RETROGRESSION***

*Maurício Maia*

*Procurador Federal. Procurador-Geral Substituto da PF/UNIFESP  
Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Conceito de pessoa com deficiência; 2 O novo conceito de pessoa com deficiência e a proibição do retrocesso trazida pelo artigo 4 da Convenção da ONU; 2.1 O novo conceito de pessoa com deficiência e o benefício assistencial do artigo 203, V, da Constituição Federal; 2.2 Da impossibilidade de fruição da proteção constitucional dirigida às pessoas com deficiência àqueles que, de acordo com o novo conceito trazido pela Convenção, não mais se encontram em tal situação; 3 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência, trazido pela Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pode excluir de tal condição uma série de indivíduos que antes, sob critérios estritamente médicos, eram considerados pessoas com deficiência. Tal exclusão, apesar de implicar na impossibilidade de fruição de benefícios pelos excluídos, não afronta a proibição do retrocesso, trazido pelo artigo 4 da referida Convenção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoas com Deficiência. Conceito de Pessoa com Deficiência. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Exclusão de Proteção. Proibição do Retrocesso.

**ABSTRACT:** The new constitutional concept of person with disabilities, brought by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, may exclude such condition a number of individuals who formerly under strictly medical criteria were considered disabled. Such exclusion, despite imply the impossibility of enjoyment of benefits by the excluded does not affront the prohibition of retrogression, brought by Article 4 of the Convention.

**KEYWORDS:** People with Disabilities. Concept of Person with Disabilities. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Exclusion from Protection. Prohibition of Retrogression.

## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro conta, desde a internalização da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, com um novo conceito, agora constitucional, de pessoa com deficiência, que leva em conta a dificuldade de inserção social do indivíduo para a sua caracterização.

A superação do conceito de pessoa com deficiência anteriormente adotado pelo nosso ordenamento jurídico, fundado exclusivamente em critérios médicos, gera implicações de ordem prática, tendo em vista a possibilidade de alguém considerado como pessoa com deficiência à vista do ordenamento jurídico anterior à Convenção não mais ser enquadrado em tal conceito.

Fator complicador é a verificação da incidência, na questão apontada, do artigo 4 da referida Convenção, que veda a possibilidade de que haja o retrocesso na proteção às pessoas com deficiência em função de suas disposições.

Para essa questão, da influência do novo conceito de pessoa com deficiência adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro na situação jurídica das pessoas que não mais se enquadrem em tal conceito, procuraremos a resposta.

### 1 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de pessoa com deficiência passou recentemente por significativas transformações.

A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência patrocinada pela Organização das Nações Unidas – ONU, aprovada pelo Brasil por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal e, portanto, com equivalência de emenda constitucional, ratificada em 1º de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro novo conceito de pessoa com deficiência, dessa vez de *status* constitucional e, assim, com eficácia revogatória de toda a legislação infraconstitucional que lhe seja contrária.

A referida Convenção, já em seu preâmbulo, na alínea “e”, aponta para a incompletude do conceito de deficiência, que deverá ser verificado

e atualizado em cada momento/contexto histórico, apontando, ainda, para sua dimensão social, não mais a considerando como algo intrínseco à pessoa. Vejamos a disposição do preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, no tocante à conceituação de deficiência:

e) Reconhecendo 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,

Ainda no seu preâmbulo, a Convenção aponta para a impossibilidade de que todas as pessoas com deficiência sejam tratadas de forma uniforme, reconhecendo a existência de diversas formas de deficiência, quando dispõe:

i) Reconhecendo, ainda, a diversidade das pessoas com deficiência,

A definição de pessoa com deficiência vem colocada no artigo 1 da Convenção, com a seguinte redação:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. *Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.* (grifo nosso)

Nota-se que a Convenção não apresenta um conceito unicamente médico de pessoa com deficiência, como era a prática até então, adotando um conceito que prioriza a dimensão social.

A Convenção da ONU foi elaborada em processo que contou com a efetiva participação das pessoas com deficiência, com o mote “*nothing about us without us*” (“nada sobre nós sem a nossa participação”). Trata-se de parte de um processo iniciado no final do Século XX e início do Século XXI, em que começou a haver a preocupação com a inclusão e a integração das pessoas com deficiência, buscando a equiparação de oportunidades de fruição das benesses da vida em sociedade para todas

as pessoas, após um longo processo histórico de rejeição e segregação pelo qual passaram as pessoas com deficiência.

De fato, o núcleo da definição é a interação dos impedimentos que as pessoas têm com as diversas barreiras sociais, tendo como resultado a obstrução da sua participação plena e efetiva na sociedade, em condição de igualdade com as demais pessoas. A deficiência não é mais, assim, vista como algo intrínseco à pessoa, como pregavam as definições puramente médicas; a deficiência está na sociedade, não na pessoa.

Os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais passaram a ser considerados como características das pessoas, inerentes à diversidade humana; a deficiência é provocada pela interação dos impedimentos com as barreiras sociais, ou seja, com os diversos fatores culturais, econômicos, tecnológicos, arquitetônicos, dentre outros, de forma a gerar uma impossibilidade de plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade. Como dito, não é a pessoa que apresenta uma deficiência, mas a sociedade. Superar a deficiência não é tão-somente cuidar dos impedimentos, mas possibilitar e criar mecanismos que eliminem as barreiras existentes no ambiente.

Vejamos o apontamento de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca<sup>1</sup>:

Os impedimentos de caráter físico, mental, intelectual e sensorial são, a meu sentir, atributos, peculiaridades ou predicados pessoais, os quais, em interação com as diversas barreiras sociais, podem excluir as pessoas que os apresentam da participação da vida política, aqui considerada no sentido mais amplo. [...]

Podemos afirmar, assim, que se o impedimento que a pessoa tem não lhe traz qualquer dificuldade de integração social, seja no trabalho, seja no desenvolvimento das demais atividades cotidianas, não se enquadra tal pessoa no conceito de pessoa com deficiência trazido pelo nosso sistema jurídico.

Também deve-se considerar se para aquele caso em especial existe de fato uma barreira a ser superada em razão do impedimento do indivíduo.

---

1 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa Com Deficiência: Um Ato De Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 24.

Cumprе ressaltar que, face a aprovação da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência nas duas Casas do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, aquela é equivalente a emenda constitucional, e, assim, qualquer conceito de pessoa com deficiência contido em normas infraconstitucionais que se contraponha ao conceito trazido pela Convenção tem-se por revogado. A legislação futura, também, deverá observar os limites traçados pela Convenção, como observaria qualquer outra norma de hierarquia constitucional.

Dessa forma, a definição de pessoa com deficiência trazida pelo artigo 4º do Decreto nº 3.298/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004<sup>2</sup>, que regulamenta a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, unicamente com critérios médicos, não é mais aplicável (isto é, se se entendesse que mera norma regulamentar, sem lei que lhe lastreasse, fosse válida em algum momento para a definição de pessoa com deficiência, conceito que implica na geração de direitos a uma categoria de indivíduos e, dessa forma, necessitaria de delimitação legal), por incompatível com a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, norma equivalente a emenda constitucional e, pois, de hierarquia superior.

### Esse o entendimento de Luiz Alberto David Araujo<sup>3</sup>:

2 "Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004) e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências."

3 ARAUJO, Luiz Alberto David. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna do Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 56.

A Convenção, portanto, trata a questão da deficiência de maneira diferente. Inova, avança e torna revogada a legislação brasileira anterior. Inegável que o decreto regulamentar era mais fácil de ser aplicado. Trazia índices, referências mais precisas. No entanto, não se pode deixar de louvar a Convenção e seu novo conceito, porque exigirá melhor critério e mais discussão do que o anterior.

A Lei nº 12.435/2011, que altera a Lei nº 8.742/1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, já adota a nova terminologia (“pessoa com deficiência”) e faz constar da lei alterada, em seu art. 20, §2º, I, o conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU e, assim, está consentânea com o sistema constitucional brasileiro.

A mesma Lei nº 12.435/2011 incorpora na Lei nº 8.742/1993 conceito de “impedimento de longo prazo”, integrante do conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU, em seu art. 20, §2º, II:

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.

Também o Decreto nº 7.612/2011, que institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, já traz definição de pessoa com deficiência consentânea com a Convenção da ONU, em seu artigo 2º:

Art. 2º São consideradas pessoas com deficiência 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.

Notamos, assim, que o legislador brasileiro já vem encampando, como não poderia ser diferente, o novo conceito de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU, que, insistimos, tem a estatura de emenda constitucional, face sua internalização na forma do §3º do art. 5º da Constituição Federal.

## **2 O NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO TRAZIDA PELO ARTIGO 4 DA CONVENÇÃO DA ONU**

A existência de um novo conceito de pessoa com deficiência, de estatura constitucional, como acima visto, traz à tona um sério problema:

alguém que era considerado pessoa com deficiência pelo ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Convenção deixará de receber a proteção garantida pela Constituição a tal grupo se não for possível o seu enquadramento no novo conceito de pessoa com deficiência?

Antes da Convenção da ONU bastava que fosse constatada uma situação fisiológica, médica, dentro de certos parâmetros, para que a pessoa fosse considerada como pessoa com deficiência; agora, o fator fisiológico, médico, é somente um dos elementos do conceito de deficiência (o impedimento), que em interação com as diversas barreiras presentes na sociedade, possa ter como resultado a obstrução de que a pessoa se integre plenamente no convívio social, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Não é difícil imaginarmos, assim, uma situação em que alguém deixe de ser considerado pessoa com deficiência em razão do novo conceito trazido pela Convenção da ONU.

Devemos ter em conta que o artigo 4 da Convenção ONU, em seu inciso 4, traz a chamada proibição do retrocesso, ou seja, impede que, em razão da Convenção, algum Estado-Parte deixe de aplicar norma interna mais benéfica às pessoas com deficiência. Vejamos o disposto no referido artigo 4 da Convenção da ONU:

4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

Não nos parece que o artigo 4 da Convenção da ONU implique que alguém que deixou de ser reconhecido como pessoa com deficiência em razão do novo conceito trazido pela Convenção possa continuar fruindo da proteção constitucional a esse grupo dirigida.

Primeiramente, devemos apontar que o dispositivo é claro em afirmar que não haverá prejuízo, em razão da Convenção, aos direitos *das pessoas com deficiência* previstos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Partes. Ora, como acima visto, estamos tratando de pessoas que

não integram o grupo das pessoas com deficiência, ou seja, não há que se falar em retrocesso de benefícios, pois nenhuma pessoa com deficiência estará sendo prejudicada.

A proteção constitucional dirigida às pessoas com deficiência continuará a existir exatamente da mesma forma, íntegra, como sempre foi. Ocorre que houve uma mudança no conceito acerca de quem são as pessoas com deficiência, de quem são os verdadeiros destinatários do benefício.

A necessidade de enquadramento no novo conceito de pessoa com deficiência é medida que, ao contrário de provocar um retrocesso na proteção constitucional, promove uma proteção mais efetiva das pessoas com deficiência, assegurando que a política afirmativa irá beneficiar àqueles que efetivamente fazem jus, evitando-se que os recursos orçamentários destinados às pessoas com deficiência sejam utilizados com pessoas alheias a tal grupo.

Não há, assim, qualquer retrocesso na proteção prevista no ordenamento interno brasileiro, já que este continuará a prover as pessoas com deficiência de medidas que tenham por escopo promover sua integração social em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos.

Exigir, para a percepção do benefício, que o indivíduo se enquadre no conceito constitucional (e agora também legal) de pessoa com deficiência é medida mais protetiva ao grupo das pessoas com deficiência, que poderão ter certeza de que os recursos destinados a tal política serão efetivamente gastos com aqueles que fazem jus à proteção constitucional, além de ser medida de proteção do princípio isonômico, já que implicará que o tratamento jurídico diferenciado seja dispensado apenas para aqueles que estejam de fato na situação diferenciada.

Na célebre máxima aristotélica de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello em sua clássica obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, há a necessidade de eleição de um fator de discrimen pelo legislador, fator este que deverá forçosamente recair sobre um elemento interno às pessoas, coisas ou situações a que se pretende atribuir um tratamento jurídico diferenciado, bem como deverá guardar relação lógica com tal tratamento jurídico atribuído, prestigiando, ainda, um valor constitucionalmente acolhido.

Ora, o fator de discrimen eleito pelo constituinte brasileiro foi a deficiência, e, se a pessoa não atende tal fator, não pode participar da proteção constitucional, sob pena, inclusive e especialmente, de restar violada a igualdade.

Ademais, admitir a extensão da proteção constitucional a pessoas que não atendam ao conceito de pessoa com deficiência certamente implicará em maior escassez de recursos para atender àqueles que realmente fazem jus à proteção constitucional, ou seja, aqueles que atendem os requisitos postos pelo constituinte. Devemos ressaltar que, se por um lado a nova definição de pessoa com deficiência exclui pessoas de sua incidência, certamente houve a inclusão de outras pessoas, que segundo os critérios unicamente médicos anteriormente utilizados não eram consideradas pessoas com deficiência e agora, com o conceito social de pessoa com deficiência, passaram a fazer jus à proteção constitucional dispensada a esse grupo.

Para melhor compreensão do tema, com maior concretude, examinaremos, a título de exemplo, o caso de alguém que receba o benefício assistencial do artigo 203, V, da Constituição Federal e deixe de ser enquadrado no conceito de pessoa com deficiência. As conclusões a que chegaremos em tal questão poderão nortear a percepção do problema visto de forma geral, com as ressalvas que apontaremos, em especial em relação ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido.

## **2.1 O NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DO ARTIGO 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Alguém que era considerado pessoa com deficiência pelo ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Convenção, e recebia o benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal, e agora sob a égide da convenção, não é mais considerado como pessoa com deficiência, perderá o direito ao benefício?

De fato, como o critério anterior adotado para a concessão do benefício era a definição estritamente médica de pessoa com deficiência, contida no Decreto nº 3.298/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004, não é difícil imaginar uma situação em que, apesar de ter um impedimento (físico, mental, intelectual ou sensorial), este impedimento em nada obstrua a “participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” daquele indivíduo em

especial e, assim, hoje, ele não mais poderá ser considerado como pessoa com deficiência.

A definição da Convenção (de caráter constitucional, frise-se novamente), aliás, já foi integralmente adotada pela lei nº 8.742/1993, que, em seu artigo 20<sup>4</sup>, regula o benefício assistencial previsto pela Constituição Federal no artigo 203, V, face a alteração que lhe foi dada pela Lei nº 12.435/2011.

O §6º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/1993, com a redação dada pela Lei nº 12.435/2011, inclusive prevê a necessidade de avaliação médica (para verificação do impedimento), bem como de avaliação social (para verificação da possibilidade de participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas), como requisitos para a concessão do benefício.

---

4 “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 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. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998) § 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998) § 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011) § 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. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)”

Como visto, não basta mais a existência do impedimento para que alguém seja considerado pessoa com deficiência, devendo, para a caracterização da deficiência, decorrer da interação dos impedimentos com as barreiras ambientais uma situação de desvantagem em relação às outras pessoas.

Parece-nos que a nova conceituação de pessoa com deficiência faz aquele que não mais é considerado como pessoa com deficiência perder o direito de receber o benefício assistencial, já que não mais sustenta o requisito essencial para a sua percepção. Tal benefício é destinado à proteção das pessoas com deficiência (e dos idosos) e o indivíduo não mais se inclui em tal grupo, que o constituinte quis proteger.

Se não há uma situação de desvantagem competitiva em relação às demais pessoas e, a partir da convenção, tal situação passou a ser parte integrante do conceito de pessoa com deficiência, grupo destinatário da proteção constitucional, o benefício deverá cessar.

A instituição do benefício assistencial pelo artigo 203, V, da Constituição Federal constitui-se em medida afirmativa de promoção da igualdade material, sendo de rigor que seus beneficiários sejam os integrantes do grupo de pessoas que o constituinte elegeu para receber o tratamento jurídico diferenciado.

No caso do artigo 203, V, o fator de *discrímén* eleito para a percepção do benefício foi a deficiência (bem como a idade), e, se a pessoa não atende tal fator, não pode participar da proteção constitucional, sob pena, inclusive, de restar violada a igualdade.

Ressalte-se, ainda, que admitir que pessoas que possuam algum impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial mas não sejam consideradas pessoas com deficiência (por lhe faltar a impossibilidade de participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas), sejam objeto da proteção constitucional implicará na possibilidade de que qualquer pessoa, sob o fundamento da isonomia, ainda que não recebesse o benefício anteriormente, venha a requerê-lo quando apresentar qualquer impedimento, já que o núcleo da definição de pessoa com deficiência não será considerado relevante para a percepção do benefício.

Como visto, para a efetivação da isonomia, é necessário que o beneficiário da ação afirmativa, no caso o benefício do artigo 203, V, da Constituição Federal, seja considerado pessoa com deficiência, e isto sob os critérios constitucionalmente vigentes.

Poder-se-ia alegar, como acima apontado, que a cessação do benefício assistencial do indivíduo que não mais fosse considerado pessoa com deficiência em razão do novo conceito adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro violaria o artigo 4, inciso 4 (supracitado), da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que proíbe o retrocesso, com fundamento na Convenção, da proteção já conferida às pessoas com deficiência nos respectivos ordenamentos nacionais.

Entendemos que não há qualquer violação a tal disposição da Convenção, tendo em vista, como acima afirmado, que não há qualquer retrocesso aos direitos das pessoas com deficiência, mas há apenas um ajuste no próprio conceito de pessoa com deficiência; quem for pessoa com deficiência receberá normalmente o benefício, assim como toda a proteção constitucional. Nenhuma pessoa com deficiência será prejudicada e não haverá a diminuição da proteção a tal grupo.

Repita-se que estender a proteção a pessoas que não são pessoas com deficiência seria grave violação ao princípio isonômico, bem como implicaria na ausência da efetiva proteção das pessoas com deficiência, pois justamente o fator “deficiência” seria ignorado.

Por fim, devemos ressaltar que o benefício em questão é assistencial, não previdenciário, e, dessa forma, somente deve ser pago àqueles que necessitem e enquanto perdurar a situação que lhe der causa, não havendo que se falar em direito adquirido; a verificação das condições para a percepção do benefício deve se dar periodicamente, cessando o benefício se cessar algumas das condições de seu recebimento, como por exemplo, se o beneficiário, por algum motivo, passar a contar com renda suficiente para manter-se condignamente sem a assistência do Estado. Cessado, assim, o fator “deficiência”, é de cessar o benefício, não havendo direito adquirido à sua percepção.

## **2.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DIRIGIDA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ÀQUELES QUE, DE ACORDO COM O NOVO CONCEITO TRAZIDO PELA CONVENÇÃO, NÃO MAIS SE ENCONTRAM EM TAL SITUAÇÃO**

Pelas mesmas razões acima demonstradas entendemos que as pessoas que antes, com base no critério exclusivamente médico, eram consideradas pessoas com deficiência e, agora, com o critério social de pessoa com deficiência trazido pela Convenção da ONU não mais podem ser enquadradas em tal situação, não fazem jus à proteção constitucional a tal grupo deferida.

A proteção constitucional é dirigida às pessoas com deficiência, sendo de rigor, para efetivação da igualdade material (igualdade na lei), que o fator de discrimen “deficiência” esteja presente; conferir tal proteção àqueles que não sejam pessoas com deficiência seria promover uma discriminação legal sem um fator de diferenciação presente naquele grupo, fator de diferenciação este que deverá guardar correlação lógica com o tratamento jurídico diferenciado a ser conferido. Em outras palavras, conferir um tratamento legal diferenciado a alguém que não mais ostente o fator de discrimen eleito implicaria na promoção de desigualdade legal inadmissível à vista do princípio isonômico.

Poderíamos falar em violação ao princípio do não retrocesso trazido pelo artigo 4 da Convenção se algum benefício, alguma parte da proteção constitucional conferida à pessoa com deficiência fosse suprimida, o que não é o caso. As pessoas com deficiência, assim consideradas pelo sistema constitucional brasileiro (que adotou a Convenção), não terão qualquer prejuízo, não experimentarão qualquer retrocesso na sua proteção.

Os verdadeiros destinatários do tratamento jurídico diferenciado atribuído pela Constituição continuarão a fruir integralmente da proteção.

Ademais, admitir que pessoas que não mais são consideradas pessoas com deficiência possam fruir de qualquer parte da proteção constitucional dirigida àquele grupo é afrontar o princípio isonômico, estabelecendo uma discriminação sem justificativa. A proteção constitucional, outrossim, somente poderá ser efetiva se dirigida especificamente ao grupo que se pretendeu atingir; se todos, pessoas com deficiência nos termos do ordenamento jurídico ou pessoas que não mais sustentam essa condição, recebem a proteção constitucional, não estamos diante de proteção às pessoas com deficiência, mas estaremos diante de proteção às pessoas que sejam acometidas de impedimentos médicos.

Cabe, aqui, uma ressalva. As situações concretas já agasalhadas pelo ato jurídico perfeito, ou pelo direito adquirido, como, por exemplo, a situação daquele que ingressou no serviço público em vaga reservada, atendendo aos critérios previstos no edital de concurso público, deverão ser preservadas em nome da segurança jurídica, bem como em atenção ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal<sup>5</sup>. No entanto, a

---

<sup>5</sup> “Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”

verificação da existência de ato jurídico perfeito, coisa julgada ou direito adquirido deverá se dar em cada caso concreto, verificando todas as suas especificidades.

Dessa forma, ficará vedada a incidência do novo conceito de pessoa com deficiência nos casos em que possa haver afronta ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada.

### 3 CONCLUSÕES

O Brasil adotou, com estatura constitucional, um novo conceito de pessoa com deficiência, trazido pelo artigo 1 da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizado em nosso ordenamento jurídico na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal.

Tal conceito, de caráter social, tem como núcleo para caracterização da deficiência a interação dos impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial com diversas barreiras, gerando como resultado a obstrução da participação plena e efetiva do indivíduo na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Face esse novo conceito, é possível, e até provável, que pessoas que antes eram consideradas pessoas com deficiência, por um critério puramente médico que era adotado até então, deixem de ser assim enquadradas.

O indivíduo que não mais pode ser considerado como pessoa com deficiência não deve ser incluído na proteção constitucional conferida a tal grupo, por faltar-lhe o fator de *discrímen* adotado pelo constituinte, qual seja, ser pessoa com deficiência, sob pena de restar violado o princípio isonômico.

A cessação da proteção constitucional para esses indivíduos não implica um retrocesso na proteção das pessoas com deficiência, mas, ao contrário, lhes confere uma maior proteção, garantindo que as políticas afirmativas do Estado serão de fato destinadas ao grupo social que o constituinte elegeu como seu beneficiário. A proteção continuará existindo integralmente, e será atribuída àqueles que realmente precisam e a ela fazem jus, aqueles constitucionalmente entendidos como pessoas com deficiência.

Tal medida promove a proteção do princípio da igualdade, consagrado constitucionalmente no artigo 5º, *caput*, já que garantirá que

somente receba o tratamento jurídico diferenciado aquele que estiver na situação que o constituinte almejou proteger, e atende ao fator de discrimen eleito, qual seja ser pessoa com deficiência.

Outrossim, a proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido, o que sempre deverá ser verificado concretamente, deverá prevalecer em relação à incidência do novo conceito de pessoa com deficiência para situações já existentes, em homenagem à segurança jurídica e ao quanto disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2011.

\_\_\_\_\_. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna do Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

\_\_\_\_\_. *Barrados. Pessoas com Deficiência Sem Acessibilidade: Como, o que e de Quem Cobrar*. Petrópolis: KBR Digital, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

BERNARDES, Liliane Cristina Gonçalves; ARAÚJO, Tereza Cristina Cavalcante Ferreira de. Deficiência, Políticas Públicas e Bioética: Percepção de Gestores Públicos e Conselheiros de Direitos. *Ciência & Saúde Coletiva (online)*. V. 17, n. 9, p. 2435-2445, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232012000900024>>. Acesso em: abr. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. 2ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas Com Deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa Com Deficiência: um Ato de Coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). *Deficiência no Brasil – Uma Abordagem Integral dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Por Falar em Classificação de Deficiências. *Revista Brasileira de Tradução Visual*. v. 12, n. 12, 2012. Disponível em: <<http://www.rbtv.associadodainclusão.com.br/index.php/principal/article/view/157/265>>. Acesso em: nov. 2012.

