

A PERSPECTIVA INCLUSIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

THE INCLUSIVE PERSPECTIVE OF THE STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITIES

Jane Lucia Wilhelm Berwanger¹

Yasmin Alves dos Santos²

RESUMO: Historicamente, as pessoas com deficiência encontram diversos obstáculos para terem as mesmas oportunidades para o trabalho e para a vida digna de que usufruem os demais cidadãos. No intuito de solucionar esse problema, e seguindo o princípio da Igualdade, foram elaboradas leis diferenciadas para garantir os direitos das pessoas com deficiência. No presente estudo, serão analisadas as modificações históricas da Constituição Federal, especialmente em relação às concepções de Igualdade e às normas referentes à pessoa com deficiência. Serão estudados e distinguidos dois dos subsistemas da Seguridade Social - Previdência e Assistência - para então revisar o modo com que abordam a figura da pessoa com deficiência. Busca-se compreender a evolução histórica da legislação - constitucional e intraconstitucional -, que culminou, mais recentemente, na aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em julho de 2015. Não obstante, as questões abordadas configuram o ponto de partida para que sejam alcançados os objetivos principais do trabalho, qual seja de avaliar como as pessoas com

Artigo recebido em 20 de setembro de 2016

¹ Doutora em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Advogada. Professora do PPGDireito – Mestrado e Doutorado e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Professora visitante da Escola da Magistratura Federal do Paraná, da Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento do Judiciário, da ATAME POS-GRADUAÇÃO E CURSOS, do Complexo de Ensino Superior, do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, da Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Paraná, do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC), do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER), da Universidade FEEVALE, dentre outras. Autora de várias obras de Direito Previdenciário, como Previdência Rural Inclusão Social e Segurado Especial, pela Editora Juruá.

² Bacharel em Direito.

deficiência são afetadas pelas modificações da Lei e de que formas pode-se evoluir ainda mais na concretização do Princípio da Igualdade.

Palavras-chave: Pessoas com deficiências; Seguridade social; Igualdade.

ABSTRACT: Historically, people with disabilities encounter many obstacles to have the same opportunities to work and to have a dignified life enjoyed by other citizens. In order to solve this problem, and according to the principle of equality, differentiated laws were elaborated to guarantee the rights of persons with disabilities. The present study includes an analysis of the historical changes of the Constitution, especially when it comes to the concepts of equality and the norms for the disabled person. The subsystems of Social Security will be distinguished and the way they approach the figure of the person with disabilities will be reviewed. The aim is to understand the historical evolution of the legislation, culminating most recently with the adoption of the Statute of Persons with Disabilities, in July 2015. However, the issues raised constitute the starting point to achieve the main objective of the work, which is to evaluate how people with disabilities are affected by changes in the law and through which means it is possible to advance further in the implementation of the Principle of Equality.

Keywords: People with disabilities; Social security; Equality.

INTRODUÇÃO

Historicamente, as pessoas com deficiência encontram diversos obstáculos para terem nível igual ou similar de oportunidades para trabalho e para uma vida digna ao que apresentam os demais cidadãos.

No intuito de efetivar na prática o princípio constitucional de igualdade, a legislação brasileira promoveu diferenciações para a obtenção de direitos por parte das pessoas com deficiência. Será analisada aqui, portanto, a aplicação da isonomia na área da Seguridade Social, em especial os requisitos diferenciados para concessão de benefícios assistenciais e previdenciários para as pessoas com deficiência.

O estudo iniciará avaliando o modo com que ocorreu historicamente a inclusão da figura do deficiente na Constituição Federal, desde a outorgada em 1824 até a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988.

Em um segundo momento, será feita uma revisão da legislação infraconstitucional referente à Previdência Social e à Assistência Social e serão contrastados esses dois subgrupos da Seguridade Social. Será dado maior enfoque aos benefícios assistencial e de aposentadoria do deficiente e suas alterações legislativas.

Destacar-se-á a influência da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) pela Organização Mundial da Saúde (OMS), consolidada na Conferência de Nova Iorque de 2001, na definição de deficiente para a legislação brasileira.

Posteriormente, será avaliada a adoção da política de cotas no serviço público e nas empresas privadas como uma aplicação, diretamente no mercado de trabalho, dos princípios da igualdade e da isonomia, previstos na Constituição. Será examinada a tentativa, a partir das políticas de ações afirmativas, de prover um maior leque de oportunidades de trabalho às pessoas com deficiência.

A evolução histórica da legislação relativa às pessoas com deficiência convergirá na instituição, em 6 de julho de 2015, da Lei Federal 13.146, traduzindo-se no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Será esse, portanto, o último ponto a ser discutido nesse estudo, e será abordada a configuração resultante da nova lei, suas vantagens e desvantagens para a pessoa com deficiência e as profundas modificações que dela emergiram no que concerne ao Código Civil Brasileiro e à própria concepção social de pessoa com deficiência.

1. A INCLUSÃO DO DEFICIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição remete a um conjunto de normas jurídicas e é composta de regras e de princípios, hierarquicamente posicionadas no ápice do ordenamento jurídico, acima de qualquer outra forma normativa.³

Canotilho pontifica que a Constituição é um sistema normativo aberto de regras e princípios “porque tem uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade e da justiça’”.⁴

Nesse sistema normativo aberto, os princípios jurídicos exercem um papel fundamental, tendo em vista se revestirem de alto grau de generalidade, diferentemente das regras, que

³ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

⁴ CANOTILHO apud BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20..

apresentam grau de abstração relativamente baixo, já que sua incidência ocorre em situações predefinidas⁵.

A igualdade é o princípio basilar que norteia toda a lógica jurídica quando o assunto cinge a inclusão da pessoa com deficiência. O conceito de igualdade, contudo, nunca foi uniforme, tendo diversas variações no decorrer da história.

Sob o prisma constitucional, o conceito de igualdade foi muitas vezes considerado sinônimo de mera legalidade - ou seja, desde que a lei fosse geral, abstrata e genérica, estar-se-ia aplicando o princípio da igualdade. A Constituição do Império de 1824 referia-se à igualdade somente entre homens e mulheres, destituindo boa parte da população da qualidade de sujeitos de direitos (população de escravos e, em grande medida, a de mulheres). Dessa forma, sequer se pode considerar que essa igualdade-legalidade atingiu a dimensão da isonomia⁶.

Na Constituição Republicana de 1891, em seu art. 72, §2º, inseriu-se a expressão “todos são iguais perante a lei”, sugerindo a possibilidade de adoção de uma igualdade como isonomia (expurgando privilégios de nascimento e foros de nobreza e abolindo a escravatura)⁷.

A Constituição de 1934, por sua vez, buscou o sentido da igualdade na isonomia, estabelecendo, nos arts. 102, §2º e 113, I, que “todos são iguais perante a lei, sem privilégio de nascimento, sexo, classe social, riqueza, crenças religiosas e ideias políticas, desde que não se oponham às da pátria”.

A Carta Magna de 1937 voltou a adotar a redação sucinta da Constituição de 1891, repetindo, por meio do seu art. 122, I, que “Todos são iguais perante a lei”. Todavia, o contexto brasileiro ditatorial, até se desrespeitava até o princípio da legalidade.⁸

A Constituição de 1946 permaneceu com essa redação em seu art. 141, §1º, não obstante englobando também o rechaço aos preconceitos de raça e de classe. Durante a vigência dessa Constituição é que ocorreu a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1948 e 1951. Nesse período a doutrina passou a interpretar a Constituição mais sob a ótica de Estado Social do que Liberal, comprometendo-se com as necessidades sociais a fim atingir uma igualdade material, não apenas formal.⁹

⁵ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. *CONSTITUIÇÃO: Um olhar sobre as minorias vinculadas à Seguridade Social*. 2.ed. Rev. Atual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20.

⁶ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 23

⁷ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 24

⁸ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 24

⁹ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 24

Posteriormente, a Constituição de 1967 novamente abordou a igualdade sob o aspecto da legalidade, ao prever em seu art. 153, §1º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”. Em 1969 a Constituição-emenda alterou um pouco a redação do art. 153, §1º para acrescentar que “[...] Será punido o preconceito de raça [...]”.

Segundo Lorentz, na atual Constituição a igualdade tem uma dimensão muito maior que a da simples legalidade, alcançando a isegoria (participação de todos nos processos judiciais e administrativos) e a isocrítica (igualdade de todos de alterar ou substituir a lei/possibilidade de participação nos processos legislativo, judiciário e administrativo por meio da aplicação da ampla defesa)¹⁰.

Para Barroso, a norma constitucional da igualdade não veda o estabelecimento de situações de desigualdade jurídica e, às vezes, até a impõe, permitindo tratamentos diferenciados a certas pessoas ou grupos a fim de afastar a discriminação a que estão sujeitos. Como exemplo, vale mencionar a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, prevista no art. 37, inciso VIII da CF.

Nessa linha de pensamento, Lorentz leciona que a norma constitucional da igualdade deve ser lida como a obrigatoriedade de tratamento isonômico a todos os cidadãos e a possibilidade de tratamentos diferenciados a pessoas e grupos que enfrentam situações fáticas naturalmente desiguais. Este tratamento diferenciado, contudo, somente é admissível se o conjunto de regras e princípios constitucionais o autorizar¹¹.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 admite esse tratamento diferenciado em diversos dispositivos. Vejamos o art. 227 da CF:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o

¹⁰ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 25

¹¹ LORENTZ, *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr 2016, p. 27.

trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. (*grifo nosso*).

No aspecto da educação também há princípios e regras que buscam garantir maior inclusão das pessoas com deficiência:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
(...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

No que tange ao meio ambiente artificial, também houve preocupação do Constituinte com a produção de normas de caráter inclusivo, *in verbis*:

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

Recentemente toda essa proteção constitucional direcionada às pessoas com deficiência foi regulamentada mediante implantação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), que também será analisado no presente trabalho.

2. O PAPEL DA SEGURIDADE SOCIAL: BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E APOSENTADORIA DO DEFICIENTE

A expressão “Seguridade Social” é corriqueiramente utilizada para designar um conjunto de regras que conferem proteção social, uma vez que o princípio objetiva amparar os membros da sociedade em todas as situações aptas a gerar algum estado de pobreza ou indigência.¹²

Ao tratar da dinâmica histórica da proteção social, Wagner Balera e Thiago D’Avila Fernandes mencionam que:

A procura por seguridade individual ou coletiva sempre foi um dos instintos essenciais da humanidade. Desde os primeiros tempos, o homem sempre se ajustou, de forma individual ou coletiva, para que pudesse atender às suas necessidades nas situações de infortúnio. A Seguridade Social, estágio mais avançado de proteção social, surgiu, portanto, como forma coletiva de proteção a tais necessidades [...].¹³

¹² BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D’Avila. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2015, p. 25.

¹³ BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D’Avila. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2015, p. 28.

Não é incomum o uso da expressão “Seguridade Social” como sinônimo de proteção social, no entanto Wagner Balera e Thiago D’Avila Fernades esclarecem que Seguridade Social é restrita às áreas da saúde, previdência e assistência social, enquanto a proteção social tem um significado mais amplo, compreendendo qualquer direito social.¹⁴

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 194, define Seguridade Social como “um conjunto integrado de ações e iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Desse modo, à luz da definição constitucional, a Seguridade Social é composta por três subsistemas: previdência, assistência e saúde.

O subsistema da previdência social é gerenciado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e tem como foco a proteção do trabalhador em situações de necessidades futuras, fundamentando-se nos princípios da contributividade, compulsoriedade, filiação prévia, proteção do trabalhador contra riscos sociais, manutenção limitada do nível de vida dos trabalhadores e equilíbrio financeiro-atuarial.¹⁵

O subsistema da saúde compõe-se de um conjunto de serviços gerenciados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e que visam a resguardar a higidez física e mental dos cidadãos. Seus princípios basilares são a universalidade e o tratamento igualitário entre os usuários (acesso universal e igualitário).¹⁶

Ao contrário da previdência social, o subsistema da assistência se preocupa com o hipossuficiente, ou seja, aquele que passa por situações atuais de necessidade e indigência, impedido de integrar o mercado de trabalho e prover suas necessidades básicas¹⁷.

É a contemporaneidade do estado de necessidade que diferencia o subsistema da previdência do subsistema da assistência. Enquanto este cuida de situações atuais de necessidade, prestando auxílio independente de qualquer contribuição prévia do assistido, aquele visa atender necessidade futura do segurado ou de seus dependentes, mediante prévia contribuição. Destaca-se, por conseguinte, o caráter reparador da assistência em oposição ao caráter preventivo da previdência.¹⁸

¹⁴ BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D’Avila. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2015, p. 30.

¹⁵ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 24.

¹⁶ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 24.

¹⁷ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 24.

¹⁸ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009. P. 24.

Ao dispor sobre a assistência social, no artigo 203, inciso V da Carta Magna, o Constituinte garantiu o benefício mensal de um salário mínimo aos portadores de deficiência que não possuem meios de proverem a própria manutenção ou de a terem provida por sua família.

Nota-se, portanto, que a assistência social tem caráter subsidiário - isso porque o ser humano, em regra, é autossuficiente para prover sua própria subsistência. Somente no surgimento de circunstâncias que prejudicam essa capacidade é que entram os sistemas externos de proteção, observando-se sempre a ordem do menor para o maior (família, sociedade, Estado).¹⁹

Desse modo, a assistência deve ser prestada pela família, por grupos ou pessoalmente de forma espontânea e circunstancial e, por fim, pelo próprio Estado, mediante aplicação de políticas de assistência pública/social.

Nesse sentido, cabe ressaltar que o benefício previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, somente passou a ser devido a partir da edição da Lei n. 8.742 de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social). Anteriormente a Lei n. 6.179, de 11 de dezembro de 1974, havia instituído benefício semelhante, denominado renda mensal vitalícia, nos seguintes termos:

Art 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que:

- I - Tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou
- II - Tenham exercido atividade remunerada atualmente incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou ainda
- III - Tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.

A Lei também trata dos benefícios devidos às pessoas abrangidas:

Art 2º As pessoas que se enquadrem em qualquer das situações previstas nos itens I e III, do artigo 1º, terão direito a:

- I - Renda mensal vitalícia, a cargo do INPS ou do FUNRURAL, conforme o caso, devida a partir da data da apresentação do requerimento e igual à metade do maior salário-mínimo vigente no País, arredondada para a unidade de cruzeiro imediatamente superior, não podendo ultrapassar 60% (sessenta por cento) do valor do salário-mínimo do local de pagamento.
- II - Assistência médica nos mesmos moldes da prestada aos demais beneficiários da Previdência Social urbana ou rural, conforme o caso.

¹⁹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 27.

§ 1º A renda mensal de que trata este artigo não poderá ser acumulada com qualquer tipo de benefício concedido pela Previdência Social urbana ou rural, por outro regime, salvo, na hipótese do item III, do artigo 1º, o pecúlio de que trata o § 3º, do [artigo 5º, da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960](#), na redação dada pelo artigo 1º, da Lei nº 5.890, de 8 junho de 1973.

Verifica-se, destarte, que a relação jurídica tinha como sujeito ativo o ex-trabalhador rural ou urbano e como sujeito passivo o FUNRURAL (quando o beneficiário era ex-trabalhador rural) ou o INPS (quando se tratava de ex-trabalhador urbano)²⁰.

Assim, apesar do forte traço assistencial da Renda Mensal Vitalícia, era exigida a prévia filiação ao sistema previdenciário para recebimento do benefício, não havendo que se falar ainda em benefício assistencial²¹.

Dessa forma, o primeiro benefício assistencial foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, previsto em seu art. 203, inciso V. O dispositivo constitucional, contudo, em razão da sua parte final, não era autoaplicável, necessitando-se a atuação do legislador infraconstitucional para ser concretizado²².

A Lei nº 8.742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), como dito, regulamentou o artigo 203 da Constituição Federal e estabeleceu que o benefício assistencial garantido ao deficiente seria um “benefício de prestação continuada” no valor de um salário mínimo.

O art. 40 da referida lei estipulou que a Renda Mensal Vitalícia seria extinta a partir da implantação do benefício de prestação continuada, o que de fato ocorreu com a entrada em vigor do Decreto n. 1.744/95, que regulamentou a implantação do benefício.

A Emenda Constitucional n. 20 de 1998 acrescentou o §4º ao art. 40 da CF/88, permitindo a adoção de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos participantes do Regime Próprio de Previdência Social, em casos de trabalho em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, nos termos definidos em Lei Complementar. A mesma disposição foi repetida no § 1º do art. 201 da CF.²³

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 47 de 2005 alterou a redação do §4º do art. 40 da CF/88, elencando quais servidores públicos abrangidos pelo RGPS deveriam ser

²⁰ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 49.

²¹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 49.

²² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 50.

²³ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr., p. 28.

beneficiados com a adoção de requisitos e critérios diferenciados, incluindo, assim, os servidores públicos portadores de deficiência. A referida Emenda Constitucional cuidou de reiterar tal previsão no §1º do art. 201 da CF.

Trata-se, pois, de uma exceção ao princípio da vedação de critérios diferenciados para concessão de aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Conforme enfatiza João Marcelino Soares, “o próprio constituinte prevê uma desigualdade normativa com a finalidade de igualar uma situação fática naturalmente desigual”.²⁴

Em que pese a previsão constitucional, o benefício ficou sem regulamentação durante quinze anos, sendo inclusive objeto do Mandado de Injunção n. 5.126, impetrado pelo Juiz Federal Roberto Wanderley Nogueira. Para suprir a omissão do legislador, o Supremo Tribunal Federal ordenou a aplicação provisória do artigo 57 da Lei n. 8.230/91, até regulamentação dos dispositivos da Carta Política.²⁵

Após longa tramitação no Congresso Nacional (2005/2013), sobreveio a Lei Complementar n. 142/2013, de 08.05.2013, publicada no Diário Oficial da União de 09.05.13.

A referida Lei institui duas espécies de aposentadorias: por tempo de contribuição e por idade, ambas com redução de tempo e idade, respectivamente. Há necessidade de enfatizar que em ambos os casos os benefícios são de caráter contributivo, abrangendo segurados obrigatórios e facultativos, urbanos e rurais, da previdência social básica.

Na aposentadoria por tempo de contribuição, tanto para homem quanto para mulher reduz-se dois anos se a deficiência é leve, seis anos se a limitação é moderada e dez anos se a limitação é grave. Já a idade mínima para ter direito à aposentadoria é diminuída em cinco anos, tanto para homem quanto para mulher (art. 3º da LC 142/2013).

O requisito para obtenção da redução da idade é que o segurado comprove, na data em que alcançou a idade mínima, a existência de alguma deficiência, não importando a classificação dela (grave, moderada ou leve). Se o segurado comprovar algum grau de deficiência após atingir a idade mínima, também terá direito ao benefício.²⁶

Para que seja possível a concessão do benefício, exige-se 180 meses de contribuição. Não obstante, o art. 3º, inciso 4º, da LC 142/2013, dispõe que são necessários, no mínimo, 15 anos

²⁴ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 127.

²⁵ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 127.

²⁶ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 46.

de contribuição. Isso significa que a comprovação dos 180 meses de contribuição deve estar contido dentro do período de no mínimo 15 anos de deficiência, não importando o grau²⁷.

Seguindo essa linha de raciocínio, se a pessoa tem a carência de 180 meses no decorrer da sua vida laborativa, mas nem todos os períodos de contribuição ocorreram dentro do período de deficiência comprovada, o segurado não terá direito ao benefício. Se, por outro lado, no período de comprovada deficiência o segurado tiver realizado contribuições não contabilizadas para efeito de carência (por exemplo, recolhimento em atraso de contribuinte individual) mas que totalizam 180 meses de tempo contribuição e, além desses períodos, tiver contribuído fora do período de comprovada deficiência, fará jus ao benefício.²⁸

Assim sendo, verifica-se que na aposentadoria por idade o que interessa não é a contagem do tempo de serviço em anos, mas sim a quantidade de meses contribuídos, que deve ser igual ou maior que 180.²⁹

De outro lado, para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição exige-se apenas um requisito, conforme se extrai do art. 201, §7º da Constituição Federal: 35 anos de contribuição para o homem e 30 anos de contribuição para mulher.³⁰

Em que pese o dispositivo constitucional, os novos critérios estabelecidos pela LC n. 142/2013 permitem que a pessoa que possua deficiência comprovada na data do requerimento administrativo ou no momento em que alcançou os requisitos mínimos para concessão do benefício, não cumpra a regra geral de 30 anos de contribuição para a mulher e 35 anos para o homem. Isto porque, de acordo com o regulamento legislativo, o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição será concedido a um deficiente de acordo com a gravidade de sua deficiência (leve, moderado ou grave)³¹.

Assim, quem possui um quadro grave de deficiência poderá aposentar-se com um período menor de tempo de contribuição, sendo que existe um aumento gradativo do tempo de contribuição necessária para cada tipo de deficiência, conforme se denota do art. 3º, incisos I, II e III da LC n. 142/2013:

²⁷ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 49.

²⁸ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 49.

²⁹ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 49.

³⁰ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, 2015, p. 63.

³¹ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, p. 64.

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve (...)

No que toca à LC 142/2013, considera-se que o objetivo do legislador foi restabelecer a equidade por meio de um tratamento de excepcionalidade positiva. Contudo, muito embora o intuito do legislador tenha sido garantir aos deficientes a possibilidade de aposentarem-se com menor tempo, o Decreto n. 8.145/13, por meio de modificação do Decreto 3.048/99, impôs um requisito a mais para concessão do benefício: cumprir um tempo de carência de 180 meses³².

Artigo 70-B. A aposentadoria por tempo de contribuição do segurado com deficiência, **cumprida a carência**, é devida ao segurado empregado, inclusive o doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e facultativo, observado o disposto no art. 199-A e os seguintes requisitos (...) (grifo nosso)

A imposição de mais este requisito (cumprimento do tempo de carência) é bastante criticada pela doutrina. Primeiro porque é cediço que um decreto do Poder Executivo não pode criar regras novas, tampouco restringir direitos, somente regulamentar uma legislação ordinária ou complementar programática. Segundo porque não é coerente que o tempo de carência exigido para o benefício do deficiente seja igual ao exigido para uma aposentadoria com tempo total de 30 ou 35 anos³³.

Por outro lado, é preciso lembrar que o critério de carência é indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro do sistema previdenciário. Em razão disso, Adriano Mauss e José Ricardo Caetano Costa defendem que esse critério deve ser flexibilizando, permitindo a diminuição proporcional do tempo de carência de acordo com a diminuição do tempo de contribuição previsto na LC n. 142/2013, já que o tempo necessário desta é menor³⁴.

3. A POLÍTICA DE COTAS NO SERVIÇO PÚBLICO E NAS EMPRESAS PRIVADAS

³²MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr., p. 64

³³ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, 2015.

³⁴ MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr, 2015.

Ao longo da história as pessoas com deficiência enfrentaram diversas dificuldades para terem o mesmo direito ao respeito e à dignidade que os demais, assim como igualdade de acesso a oportunidades de trabalho.

Em alguns momentos históricos, as pessoas com deficiência eram discriminadas ao ponto de serem equiparadas a seres bestiais, excluídas tanto do conceito de povo ativo quanto do conceito de destinatários de prestações civilizatórias³⁵.

Lutiana Nacur Lorentz divide a história das pessoas com deficiência em quatro fases distintas: a fase da eugenia (ou da eliminação), a fase do assistencialismo (ou da piedade caridosa), a fase da integração, e a fase atual da inclusão³⁶.

Segundo a autora, na fase da eugenia ocorreu a preponderância da repulsa e do desprezo, que acabou sustentando políticas e teorias jurídicas eliminatórias das pessoas com deficiência, sobretudo na época da Antiguidade Clássica, e, de forma menos acentuada, na Idade Média. Na era Moderna essa perspectiva foi retomada a partir da dogmática biologicista do nazi-fascismo e na era pós-moderna também pode ser percebida quando fala-se em abortos preventivos e eliminação de fetos “defeituosos”³⁷.

A fase do assistencialismo ocorreu de forma mais acentuada entre a era cristã e o período medieval. Nessa fase as pessoas com deficiência passaram a receber um tratamento baseado na piedade caridosa cristã e também no distanciamento. Na Idade Média eram consideradas “*les enfants du bom Dieu*” (“crianças do bom Deus”), passando da qualidade de “quase coisa”, presente na fase da eliminação, para o *status* de crianças. Tal fato não impediu que as pessoas com deficiência continuassem segregadas, já que vivam confinadas em casas de assistência, hospitais, paróquias e asilos - longe, portanto, dos olhos da sociedade.³⁸

A terceira fase, chamada de integração, iniciou-se no Renascimento e teve um marco científico muito importante: a invenção do Código Braille, em 1824, por Louis Braille. Nessa fase não se buscava isolar as pessoas com deficiência em instituições de caridade, quase sempre de cunho religioso, mas sim prestar um atendimento médico-científico para que elas pudessem conviver com o restante da sociedade. Contudo, Lutiana Nacur Lorentz ressalta que o equívoco desta fase estava no desejo de primeiro ajustar e curar a pessoa com deficiência para só depois

³⁵ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016.

³⁶ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016.

³⁷ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016.

³⁸ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Ltr, 2016..

inserir-la no seio da sociedade, o que no fundo acabava exacerbando a segregação. A mesma autora também frisa outro erro: colocar a pessoa com deficiência como paciente do modelo médico e não como agente de mudanças. Desse modo, o tratamento dispensado a pessoa com deficiência nessa fase se baseava na tolerância e não na aceitação³⁹.

Por fim, a quarta e atual fase, a da inclusão, iniciou-se na Europa e nos EUA na segunda guerra mundial, e no Brasil na década de 1980 a 1990. Nessa fase, diferentemente do que ocorria na fase anterior, considera-se que as pessoas com deficiência não devem ser “consertadas” ou curadas para só depois conseguir uma chance de convívio social, mas sim o oposto: é a sociedade que deve educar-se e adaptar-se para receber as pessoas com deficiência. Outro fator medular desta fase, para a autora, é que a pessoa com deficiência passou a ser agente condutor de sua autonomia, e não mero recebedor passivo das prestações alheias.⁴⁰

É interessante notar que estas fases se repetem dentro do processo de contratação empresarial de pessoas com deficiência, pois existem políticas de contratação absolutamente segregacionistas, outras que dispendem um tratamento paternalista ou assistencialista, e algumas que conseguem alcançar um patamar inclusivo - é o caso de políticas mais avançadas que pressupõem que a aceitação da diversidade e da fragilidade humana pode apontar para uma “humanização” e diversificação do ambiente laboral.⁴¹

A preocupação com as pessoas com deficiência ocorre também no âmbito internacional. O art. 27 da Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência obrigou expressamente os Estados-Partes a promoverem a realização do direito ao trabalho, adotando medidas apropriadas, como por exemplo, programas de ação afirmativa⁴².

No Brasil, a norma que busca efetivar a inclusão das pessoas com deficiência no ambiente laboral está prevista no art. 93, caput, da Lei n. 8.213/1991. Este dispositivo é claramente direcionado para as empresas de maior porte, as quais devem contratar e manter pessoas com deficiência no quadro de colaboradores, em percentuais legalmente fixados⁴³.

³⁹ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: LTr, 2016..

⁴⁰ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: LTr, 2016.p. 134.

⁴¹ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: LTr, 2016, p. 90.

⁴² CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012, p. 51.

⁴³ CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012.

Essa política de cotas busca promover uma discriminação positiva que garanta igualdade substancial e efetiva, na medida em que assegura o ingresso e a permanência dos deficientes no mercado de trabalho.⁴⁴

Trata-se, portanto, de uma política de ação afirmativa que visa eliminar os efeitos da discriminação do passado e evitar a chamada discriminação estrutural, espalhada nas desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados.⁴⁵

Feitas tais considerações, vejamos a redação do art. 93 da lei n. 8.213/93:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

A Lei n. 8.213/91 diz que é obrigação das empresas preencherem seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência habilitadas, ou seja, que passaram pelo programa de habilitação e reabilitação do INSS⁴⁶.

Segundo Martinez, “a habilitação consiste na preparação, educação, treinamento, estágio probatório de alguém que ainda não domina a profissão, ofício ou função”, enquanto que a reabilitação profissional “é a recuperação da habilidade havida e perdida por moléstia ou acidente de trabalho, uma reeducação, normalmente em razão de uma doença ocupacional”.⁴⁷

Em síntese, a habilitação tem por fim inserir a pessoa pela primeira vez no mercado de trabalho, já a reabilitação busca reinsserir o trabalhador afastado.

Para a inclusão da pessoa com deficiência na política de cotas basta que a deficiência gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. Assim, não se trata de incapacidade para toda e qualquer atividade, mas tão somente para alguma.

Como já foi abordado anteriormente:

O conceito de pessoa com deficiência não é unânime na legislação brasileira. Diversas normas a caracterizam de forma diferente, para cada finalidade. Pode-se observar que

⁴⁴ CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012. P. 51.

⁴⁵ CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012. P. 50.

⁴⁶ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 45.

⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Benefícios Previdenciários das Pessoas com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. P. 102-103.

elas têm em comum a preocupação com a inclusão, ora pela concessão de benefícios, ora por políticas de cotas, por tratamento diferenciado perante instituições públicas e privadas e assim por diante.⁴⁸

O art. 93, §1º da Lei 8.213/91 também dispõe o seguinte:

§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Esta previsão é de suma importância, pois faz com que as empresas não deixem de contratar segurados e/ou dependentes habilitados e reabilitados, cumprindo, assim, sua função social.⁴⁹

Por outro lado, é obrigação do INSS realizar a habilitação e a reabilitação profissional do trabalhador, ou encaminhar o mesmo para habilitação e reabilitação em empresas, entidades sindicais ou instituições que tenham convênio de cooperação técnico-financeira firmado com a autarquia.⁵⁰

Com efeito, o Decreto Lei n. 3.048/99, que regula a Lei n. 8.213/91, assim dispõe:

Art. 136. A assistência (re)educativa e de (re)adaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional, visa proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independentemente de carência, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios indicados para proporcionar o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.

§ 1º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social promover a prestação de que trata este artigo aos segurados, inclusive aposentados, e, de acordo com as possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e as condições locais do órgão, aos seus dependentes, preferencialmente mediante a contratação de serviços especializados.

§ 2º As pessoas portadoras de deficiência serão atendidas mediante celebração de convênio de cooperação técnico-financeira.

O Decreto também esclarece como deve ser desenvolvido o processo de habilitação e reabilitação profissional:

Art. 137. O processo de habilitação e de reabilitação profissional do beneficiário será desenvolvido por meio das funções básicas de:

I - avaliação do potencial laborativo:

III - articulação com a comunidade, inclusive mediante a celebração de convênio para reabilitação física restrita a segurados que cumpriram os pressupostos de elegibilidade

⁴⁸ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. SANTOS, Yasmin Alves. Um Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e a Busca da Cidadania. IN: GIMENEZ, Charlise Paula Colet; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ANGELINA, Rosangela. *Direitos Humanos no Contexto da Cidadania e sua Efetividade*. Aguas de São Pedro: Livro Novo, 2016. p. 46.

⁴⁹ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 47.

⁵⁰ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 46.

ao programa de reabilitação profissional, com vistas ao reingresso no mercado de trabalho; e

IV - acompanhamento e pesquisa da fixação no mercado de trabalho.

§ 1º A execução das funções de que trata o **caput** dar-se-á, preferencialmente, mediante o trabalho de equipe multiprofissional especializada em medicina, serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras afins ao processo, sempre que possível na localidade do domicílio do beneficiário, ressalvadas as situações excepcionais em que este terá direito à reabilitação profissional fora dela.

§ 2º Quando indispensáveis ao desenvolvimento do processo de reabilitação profissional, o Instituto Nacional do Seguro Social fornecerá aos segurados, inclusive aposentados, em caráter obrigatório, prótese e órtese, seu reparo ou substituição, instrumentos de auxílio para locomoção, bem como equipamentos necessários à habilitação e à reabilitação profissional, transporte urbano e alimentação e, na medida das possibilidades do Instituto, aos seus dependentes.

§ 3º No caso das pessoas portadoras de deficiência, a concessão dos recursos materiais referidos no parágrafo anterior ficará condicionada à celebração de convênio de cooperação técnico-financeira.

Hélio Gustavo Alves afirma que a norma regulamentadora em vigor não tem eficácia alguma no Sistema Previdenciário Brasileiro, pois o INSS não tem em seu corpo de servidores uma equipe multiprofissional especializada em serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras afins em todas as agências do INSS⁵¹.

Sem avaliação de uma equipe multiprofissional, o reabilitado não será encaminhado para o programa de habilitação e reabilitação correto; conseqüentemente, conclui o programa sem estar devidamente qualificado para ser lançado no mercado de trabalho. É devido a essa falta administrativa que muitos beneficiários desistem do processo de habilitação e reabilitação profissional.⁵²

As empresas podem realizar o programa de habilitação ou reabilitação profissional se tiverem convênio com o INSS; no entanto, não estão obrigadas por lei a celebrar o convênio, muito menos efetivar o programa de reabilitação⁵³.

Os arts. 92 da Lei n. 8.213/91 e 140 do Decreto n. 3.048/99 dispõem que, concluído o processo de habilitação ou reabilitação social e profissional, a Previdência Social emitirá certificado individual, indicando as atividades que poderão ser exercidas pelo beneficiário, nada impedindo que este exerça outra atividade para a qual se capacitar. Não obstante, o §1º do art. 140 do Decreto 3.048/99 deixa claro que a obrigação do INSS cessa com a emissão do referido certificado:

⁵¹ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 45.

⁵² ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 48.

⁵³ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 50.

Art. 140. Concluído o processo de reabilitação profissional, o Instituto Nacional do Seguro Social emitirá certificado individual indicando a função para a qual o reabilitando foi capacitado profissionalmente, sem prejuízo do exercício de outra para a qual se julgue capacitado.

§ 1º Não constitui obrigação da previdência social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado, cessando o processo de reabilitação profissional com a emissão do certificado a que se refere o caput.

§ 2º Cabe à previdência social a articulação com a comunidade, com vistas ao levantamento da oferta do mercado de trabalho, ao direcionamento da programação profissional e à possibilidade de reingresso do reabilitando no mercado formal.

Consoante o dispositivo acima colacionado, não constitui obrigação da previdência social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado. No entanto, o INSS deve verificar a possibilidade de reingresso do reabilitado no mercado formal.

Nesse sentido, Helio Gustavo Alves defende que, se o INSS realizasse convênios com entidades do sistema S⁵⁴ para oferecer cursos de acordo com a necessidade de cada região e compatível com as peculiaridades do reabilitando, todos que saíssem do programa de reabilitação teriam emprego garantido.⁵⁵

Vale registrar que o objetivo principal da habilitação e reabilitação profissional de segurados, pessoas com deficiência e, se possível, seus dependentes, é promover a inclusão social dessas pessoas e coloca-las ou recoloca-las à disposição da empresa, independentemente de carência.⁵⁶

O motivo de maior relevância para não existir carência no processo de habilitação e reabilitação é, sem dúvidas, fazer com que o segurado incapacitado retorne ao mercado de trabalho, resgatando a sua dignidade, e mais, possibilitar que ele deixe de receber benefício previdenciário e volte a contribuir com a previdência⁵⁷.

Da mesma forma, a capacitação e qualificação profissional de pessoas com deficiência não vinculadas à Previdência Social é possível pois, assim, além de deixarem o mercado informal, também passarão a contribuir com a Previdência.

⁵⁴ O sistema S é formado por organizações e instituições do setor produtivo, tais como indústrias, comércio, agricultura, transporte e cooperativas que buscam melhorar e promover o bem-estar de seus funcionários, na saúde e no lazer, assim como disponibilizar uma boa educação. São várias as organizações que compõem o sistema S, algumas delas subordinadas à Confederação Nacional da Indústria, outras à Federação do Comércio. Ex: Sesi, Senai, Sesc, Sebrae, e etc.

⁵⁵ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 50.

⁵⁶ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 53.

⁵⁷ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p. 75.

Não obstante, a Instrução Normativa da Previdência Social n. 77/2015, em seu art. 399, separa hierarquicamente a preferência dos beneficiários ao processo de reabilitação, da seguinte forma:

Art. 399. Poderão ser encaminhados para o Programa de Reabilitação Profissional:

- I - o segurado em gozo de auxílio-doença, acidentário ou previdenciário;
- II - o segurado sem carência para a concessão de auxílio-doença previdenciário, incapaz para o trabalho;
- III - o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez;
- IV - o segurado em gozo de aposentadoria especial, por tempo de contribuição ou idade que, em atividade laborativa, tenha reduzida sua capacidade funcional em decorrência de doença ou acidente de qualquer natureza ou causa;
- V - o dependente do segurado; e
- VI - as Pessoas com Deficiência - PcD.

Outrossim, o art. 400 da mesma Instrução Normativa estabelece que

Art. 400. É obrigatório o atendimento pela Reabilitação Profissional aos beneficiários descritos nos incisos I, II, III e IV do art. 399, ficando condicionado às possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e às características locais, o atendimento aos beneficiários relacionados aos incisos V e VI do mesmo artigo.

Desse modo, as pessoas com deficiência sem vínculo com a Previdência Social, além de ficarem em último lugar na hierarquia de preferência, também ficam condicionadas às possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e às características locais.

Em que pese a hierarquia e todas as condicionantes previstas na referida Instrução Normativa, o INSS terá que comprovar a impossibilidade administrativa, técnica e financeira de efetivar o programa, caso contrário está obrigado a realizá-lo.⁵⁸

Importa registrar também que caso não ocorra o processo de habilitação das pessoas com deficiência, estas não terão garantidos seus empregos, conforme postula o art. 93 da Lei 8.213/91. Se não tiverem seus empregos garantidos, não contribuirão para a Previdência Social, logo não terão direito a aposentadoria e, conseqüentemente, receberão o benefício assistencial de prestação continuada, gerando prejuízo para a Previdência.⁵⁹

Portanto, se as pessoas com deficiência tiverem a chance de passar pelo processo de habilitação, além de serem resgatadas da segregação profissional a que corriqueiramente estão sujeitas, também farão parte do sistema previdenciário e contribuirão para a Previdência Social.⁶⁰

⁵⁸ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p.77.

⁵⁹ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p.76.

⁶⁰ ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: obrigação do empregador ou da previdência social?* São Paulo: LTr, 2015, p.76.

Ainda destaca-se que, de acordo com a pesquisa realizada por Katia Regina Cesar, a reserva obrigatória de vagas de emprego para pessoas com deficiência não sacrifica a função lucrativa das empresas, pois o serviço prestado por elas é tão produtivo e eficaz quanto aquele realizado por pessoas sem deficiência.⁶¹

4. O QUE É UM DEFICIENTE: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A consciência de que existem situações que colocam as pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade e desvantagem impulsionou a formulação de leis que visam a promover maior igualdade material, garantindo iguais condições de acesso às oportunidades que outrora estariam acessíveis apenas a pessoas sem deficiência.

Como visto, a primeira legislação a estabelecer um tratamento diferenciado às pessoas com deficiência para concessão de benefícios foi a Lei nº 6.179/74, que garantiu-lhes amparo previdenciário. Posteriormente esse amparo foi substituído pelo benefício assistencial de prestação continuada, estabelecido na Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

A partir da alteração dada pela Lei 9.720/98, a redação da Lei 8.742/93 passou a definir pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício, como sendo “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. Portanto, para fins de caracterização da deficiência estabelecia-se não apenas a incapacidade laboral, mas também a incapacidade para a vida independente.⁶²

A exigência de incapacidade para a vida independente sofreu severas críticas por parte da doutrina, pois, encontrando-se o benefício de prestação continuada dentro do subsistema da assistência social, que trata justamente de proteger aqueles que apresentam incapacidade para o trabalho, não importa se os beneficiários possuem capacidade ou não para a vida independente⁶³.

⁶¹ CEZAR, Katia Regina. *Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas* São Paulo: LTr, 2012. , p. 55.

⁶² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada – Reflexões sobre o Trabalho do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009. P. 55

⁶³ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2009.

Para Carla Evelise Justino Hendges e Eugélio Luis Müller⁶⁴, a definição legal de deficiente dada pela Lei 9.720/98 distanciava-se da previsão constitucional acerca do benefício, pois centrava a concepção de dependência na incapacidade para a vida independente.

Em 2001 o conceito de deficiência sofreu significativa alteração com a aprovação da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

A CIF é uma linguagem unificada que descreve a saúde e os estados relacionados à Saúde. Essa linguagem unificada foi aprovada na 54ª Assembleia Mundial de Saúde e passou a ser utilizada em substituição à antiga Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens⁶⁵.

De acordo com a CIF-2011 duas pessoas com a mesma doença podem ter níveis diferentes de funcionamento, e duas pessoas com o mesmo nível de funcionamento não tem necessariamente a mesma condição de saúde.⁶⁶

Para identificar deficiência a CIF leva em consideração, além das funções mentais e as estruturas do corpo, os denominados *fatores contextuais*, os quais são divididos em fatores pessoais e ambientais (SOARES, 2014, p. 134).

Os fatores pessoais, de acordo com a CIF, são

(...) o histórico particular da vida e do estilo de vida de um indivíduo e englobam as características do indivíduo que não são parte de uma condição de saúde ou de um estado de saúde. Esses factores podem incluir o sexo, raça, idade, outros estados de saúde, condição física, estilo de vida, hábitos, educação recebida, diferentes maneiras de enfrentar problemas, antecedentes sociais, nível de instrução, profissão, experiência passada e presente, (eventos na vida passada e na actual), padrão geral de comportamento, carácter, características psicológicas individuais e outras características, todas ou algumas das quais podem desempenhar um papel na incapacidade em qualquer nível. Os factores pessoais não são classificados na CIF. No entanto, eles são incluídos na Fig.1 para mostrar a sua contribuição, que pode influenciar os resultados das várias intervenções.

Já os fatores ambientais “constituem o ambiente físico, social e atitudinal no qual as pessoas vivem e conduzem sua vida. Esses fatores são externos aos indivíduos e podem ter uma influência positiva ou negativa sobre o seu desempenho, enquanto membros da sociedade”.

Os fatores ambientais estão organizados na CIF em dois níveis distintos: o individual e o social. O primeiro engloba espaços como o domicílio, o local de trabalho e a escola; inclui as

⁶⁴ HENDGES, Carla Evelise Justino; MÜLLER, Eugélio Luis. *Alterações na Disciplina do Benefício Assistencial Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal de 1988*. In: Revista Brasileira de Direito Previdenciário. v. 12. Porto Alegre: Magister, 2013.

⁶⁵ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 133.

⁶⁶ COSTA, José Ricardo Caetano. *Perícia Biopsicossocial: Perspectivas de um novo modelo pericial*. Caxias do Sul: Plenum, 2014.

características físicas e materiais do ambiente em que o indivíduo se encontra, bem como o contato direto com outros indivíduos como família, conhecidos, colegas e estranhos. Já o segundo abrange estruturas sociais formais e informais, serviços e regras de conduta ou cultura que têm impacto sobre os indivíduos. Este nível inclui organizações e serviços relacionados ao trabalho, com atividades na comunidade, com organismos governamentais, serviços de comunicação e de transporte e redes sociais informais, bem como leis, regulamentos, regras, atitudes e ideologias⁶⁷.

Desse modo, a verificação da deficiência é feita de forma multidisciplinar, avaliando-se o resultado das relações existentes entre a condição de saúde do indivíduo, os fatores pessoais e os fatores externos, abrangendo as circunstâncias nas quais o indivíduo vive⁶⁸. Isto porque diferentes ambientes podem impactar de forma distinta indivíduos com a mesma deficiência; um ambiente com barreiras, ou sem facilitadores, vai restringir o desempenho do indivíduo, enquanto que ambientes mais facilitadores melhoram esse desempenho⁶⁹.

A sociedade pode limitar ou facilitar o desempenho de um indivíduo de acordo com a frequência com que cria ou diminui barreiras, fornecendo ou não dispositivos que facilitam a acessibilidade das pessoas com deficiência⁷⁰.

Desse modo, a Convenção de Nova Iorque reconheceu que a deficiência não resulta apenas da incapacidade física ou mental, mas da interação dessas características de saúde com fatores contextuais (barreiras atitudinais e ambientais) que impedem a plena e efetiva participação do indivíduo na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A Convenção de Nova Iorque foi a primeira a passar pelo crivo do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, sendo internalizada no ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Não obstante, foi o Decreto n. 186, de 9 de julho de 2008, que aprovou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007.

Em razão disso, hoje é possível afirmar que existe um conceito constitucional de deficiência, instituído pela referida Convenção como *“impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras,*

⁶⁷ Organização das Nações Unidas. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Direção Mundial da Saúde*: Lisboa, 2014.

⁶⁸ Organização das Nações Unidas. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Direção Mundial da Saúde*: Lisboa, 2014.

⁶⁹ Organização das Nações Unidas. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Direção Mundial da Saúde*: Lisboa, 2014.

⁷⁰ Organização das Nações Unidas. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Direção Mundial da Saúde*: Lisboa, 2014.

pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

Verifica-se que esse conceito “parte de uma análise multidisciplinar da deficiência, avaliando não apenas os aspectos físicos da pessoa, mas também como a mesma interage socialmente com suas limitações”.⁷¹ Talvez por isso a definição tenha passado a constar em atos normativos posteriores relacionados ao tema, bem como sido incorporada às leis que já tratavam do assunto afeto às pessoas com deficiência.⁷²

Foi o que ocorreu com a Lei Orgânica da Assistência Social. Com a alteração da Lei 12.435/2011, o art. 20 da LOAS passou a vigor da seguinte forma:

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:

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 2 (dois) anos.” (grifo nosso).

Percebe-se que a lei 12.435/2011, além de introduzir o novo conceito de deficiência trazido pela Convenção de Nova Iorque, também tratou de apresentar um limitador temporal de 2 anos para definir “impedimentos de longo prazo”.

Esse limitador temporal tem sido objeto de amplas discussões, tanto na doutrina como na jurisprudência, pois não foi exigido pelo legislador constitucional e tampouco pela Convenção de Nova Iorque.

Esse limitador também se fez presente na última alteração trazida pela Lei nº 12.470 ao art. 20 do LOAS e seus parágrafos:

§ 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.

⁷¹ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 133.

⁷² ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. A aposentadoria da pessoa com deficiência: conceitos e peculiaridades da nova prestação do Regime de Previdência Social. *IN: Juris Plenum Previdenciária: doutrina*. Ano I, n. 04 (nov./Jan. 2014). Caxias do Sul: Editora Plenum, 2013. p. 9-40.

(...)

§ 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.

Passou-se a questionar então em qual momento esse impedimento de longo prazo estaria caracterizado: se deveria ser implementado antes da concessão do benefício ou ser comprovado, ao tempo da concessão, que a deficiência perduraria por no mínimo dois anos.

Nesse aspecto, Melissa Folmann e João Marcelino Soares já se posicionaram no sentido de que:

O real intuito constitucional certamente não se resume à concessão de salário mínimo ao portador de deficiência irreversível e já consumada no tempo de 2 anos, mas à proteção do portador de deficiência que pode ter sido vítima da mesma 1 dia antes do requerimento e encontra-se em estado de miserabilidade.⁷³

A Turma Nacional de Uniformização também firmou jurisprudência no sentido de que o impedimento de longo prazo não precisa ser definido pelo critério temporal, sendo possível averiguar esse impedimento pela análise do contexto social no qual a pessoa com deficiência vive:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. SÚMULAS Nº 29 E 48 DA TNU. IMPEDIMENTO DE LONGO PRAZO. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS. IMPRESCINDIBILIDADE. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.” (...) Nos termos do art. 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS), na redação dada pela Lei nº. 12.470/2011 (que apenas explicita regas implícitas): 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. (§ 2º); 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. (§ 6º). 7. Do que se depreende da literalidade dos dispositivos citados, o conceito de incapacidade para efeito de concessão do benefício assistencial não pode ficar confinado à ideia da incapacidade física, restrita a considerações de ordem médica, seja ela mental, orgânica ou funcional. O impedimento de longo prazo também pode ser definido por aspectos de ordem intelectual a exemplo do grau de escolaridade que em interação com outros elementos diversos, notadamente os de ordem social, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com os demais. 8. De outro lado, a própria ideia de incapacidade para o trabalho focada em noções hauridas do direito previdenciário não é suficiente para preencher a amplitude do referido conceito. Com efeito, embora no direito previdenciário aquele que se encontre incapacitado para sua atividade habitual deva, necessariamente, fazer jus ao benefício por incapacidade, sendo o benefício devido somente nessa hipótese, em se tratando de benefício assistencial isso não ocorre, haja vista que, a rigor, não se exige que o interessado esteja incapacitado para o trabalho, mas sim que esteja impedido de produzir a renda necessária para a própria

⁷³ FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Benefício Assistencial ao Idoso e ao Portador de deficiência (LOAS): Teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37.

subsistência. Isso se dá com frequência em relação a determinadas pessoas que são consideradas aptas para suas atividades habituais, sem que isso obste, em princípio, a caracterização do impedimento, pois a referida atividade não gera renda alguma. (...) (TNU - PEDILEF: 05087008120114058200, Relator: JUIZ FEDERAL PAULO ERNANE MOREIRA BARROS, Data de Julgamento: 12/11/2014, Data de Publicação: 05/12/2014).

Da decisão colacionada acima, conclui-se que a avaliação sobre o impedimento de longo prazo também deve ocorrer a partir da conjunção de diversos fatores (pessoais, culturais, econômicos e sociais), não se limitando apenas à análise das características de saúde e ao período de tempo de dois anos.⁷⁴

Exigir o cumprimento do lapso temporal de 2 anos significaria corroborar com a marginalização das pessoas com deficiência - como se já não se encontrassem suficientemente privadas de seu direito de subsistência.⁷⁵

Portanto, na doutrina e na jurisprudência está pacificado o entendimento de que a pessoa com deficiência não precisa comprovar o prazo de dois anos de deficiência para ter direito à percepção do benefício assistencial.

Outro ponto que merece destaque é que, com o advento da Lei nº 12.470/11, a deficiência, para fins de concessão do benefício, não precisa estar estritamente relacionada à impossibilidade absoluta para o trabalho pois reconheceu-se que, ainda que algumas deficiências não impossibilitem o indivíduo para o exercício de atividades laborativas, elas dificultam a inserção no mercado de trabalho, como é o caso dos portadores de HIV.⁷⁶

Desse modo, as alterações promovidas pela Lei nº 12.470/11 adaptaram a LOAS ao novo conceito de pessoa com deficiência estabelecido na Convenção de Nova Iorque.

A Lei complementar 142/2013 também adotou o conceito constitucional de deficiente oriundo da Convenção de Nova Iorque, mas inovou ao prever uma gradação dessa deficiência para fins de aposentadoria. Como visto anteriormente, a redução de tempo de contribuição para este benefício pode ser de dois, seis ou dez anos, tanto para homens quanto mulheres, conforme o grau de deficiência - se leve, moderada ou grave.

⁷⁴ LINHARES, Aletsandra. Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC). IN: SAVARIS, José Antonio (Coord.) Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência. 2. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015. P. 653-684.

⁷⁵ LINHARES, Aletsandra. *Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)*. IN: SAVARIS, José Antonio (Coord.) Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência. 2. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015, p. 653-684.

⁷⁶ LINHARES, Aletsandra. *Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)*. IN: SAVARIS, José Antonio (Coord.) Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência. 2. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015, p. 653-684.

O art. 4º da LC 142/2013 estabeleceu que a avaliação da deficiência será médica e funcional, nos termos do regulamento. Esse regulamento é o Decreto nº 8.145/13, o qual, além de regulamentar a LC 142/2013, também alterou o Regulamento da Previdência Social (RPS) para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência.

Apesar de regulamentar a LC 142/2013, o Decreto nº 8.145/13 remeteu parte do tema para ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União, que estipulou o que seria “impedimento de longo prazo” para fins de concessão dos benefícios e aposentadorias.

Assim, em 30 de janeiro de 2014 foi publicada a portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP 01/14, definindo “impedimentos de longo prazo” e aprovando o instrumento metodológico elaborado para aferição do grau de deficiência para fins de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição à pessoa com deficiência (Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria - IFBra).⁷⁷

A portaria definiu “impedimento de longo prazo” utilizando o mesmo critério temporal previsto na LOAS. Ou seja, para os efeitos do Decreto nº 8.145/13, impedimento de longo prazo é aquele que produz efeitos de natureza física, mental, sensorial ou intelectual pelo prazo mínimo dois anos.

Para Soares, esse prazo é coerente para fins de concessão de aposentadoria, pois realmente é preciso que os impedimentos persistam para que haja redução etária na aposentadoria por idade e uma efetiva redução contributiva na aposentadoria por tempo de contribuição.⁷⁸

Como visto, a LC 142/2013 estabeleceu que a avaliação da deficiência será médica e funcional. O art. 5º da referida legislação prevê que o grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim.

A perícia realizada deverá fixar a data provável do início da deficiência e o seu grau. Além disso, deve identificar se houve variação no grau de deficiência e, caso tenha ocorrido, indicar os respectivos períodos de cada grau (art. 70-D do Decreto nº 3.048/99, incluído pelo Decreto 8.145/13).

⁷⁷ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 136.

⁷⁸ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 137.

Nota-se que a avaliação da deficiência para concessão de aposentadoria permite que se avalie a deficiência também sob dois ângulos: o médico e o social.

José Ricardo Caetano Costa explica que é necessário repensar o sistema pericial:

Não importa se o segurado deficiente esteja com falta de saúde. Importa, isto sim, qual o nível de dificuldade que ele apresenta na consecução de determinada tarefa. Por óbvio que é de menor complexidade a avaliação da falta de saúde para determinado trabalho do que as condições, limites e dificuldades com que os segurados deficientes exercem determinadas atividades.⁷⁹

Preliminarmente, o médico perito identifica o diagnóstico, descreve o tipo de deficiência e as funções corporais afetadas. Depois realiza-se, conforme exigido, a aplicação do instrumento de avaliação, que se caracteriza pela soma da pontuação atribuída ao periciando pelo médico e pelo assistente social. Estas pontuações podem ser de 25, 50, 75 ou 100 pontos, e variam conforme o grau de dependência de terceiros. Quanto maior é a pontuação, maior é a independência do requerente e menor é seu grau de deficiência.

Embora seja necessário afastar o excesso de subjetivismo, a deficiência e a dignidade da pessoa humana não podem ser mensuradas em termos matemáticos e menos ainda, quantificada em pontos. Talvez por isso o legislador estabeleceu que a pontuação gerada conjuntamente pelo médico perito e pelo assistente social também sofrerá a influência de outras duas variáveis: a identificação de barreiras externas e a utilização do método linguístico *Fuzzy*.⁸⁰

Fuzzy, conforme explica Soares, é uma palavra de origem inglesa, que quer dizer: impreciso, nebuloso, vago. A lógica *Fuzzy* é uma teoria de raciocínio lógico aplicada a casos de incerteza, que a matemática clássica não consegue resolver. Com esse raciocínio, consegue-se converter variáveis linguísticas incertas para um formato numérico.⁸¹

O apontamento das barreiras externas serve para justificar e identificar quais fatores agem como barreira na execução de determinada atividade. Dessa forma, se alguma atividade pontuar 25 (quando o indivíduo não exerce alguma atividade), deve-se investigar se alguma barreira externa é a causa dessa pontuação. De todo modo, a pontuação será mantida. Já o método linguístico *Fuzzy* serve para uniformizar a pontuação de atividades nas situações de maior risco funcional para cada tipo de deficiência. Por exemplo: se a deficiência é auditiva, o domínio da comunicação é o mais prejudicado; se a deficiência é motora, o domínio mais prejudicado é a

⁷⁹ MAUSS, Adriano; COSTA, José Ricardo Caetano. *Aposentadoria Especial dos Deficientes – Aspectos legais, Processuais e Administrativos*. São Paulo: LTr, 2015. P. 106

⁸⁰ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 140.

⁸¹ SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 140.

mobilidade. Desse modo, o método busca evitar distorções no resultado puramente quantitativo, que ocorreria com a simples soma de pontuações.⁸²

A avaliação leva em consideração a deficiência em 4 categorias (auditiva, visual, motora, intelectual cognitiva/mental), relacionando cada uma a dois domínios em que o avaliado é mais vulnerável. Uma vez mantendo-se na pontuação de cada nível de deficiência, será reconhecido o direito à aposentadoria; caso supere o limite máximo para enquadrado, não será considerado deficiente para este benefício.

5. A INCLUSÃO PLENA DO DEFICIENTE: NOVOS PARADIGMAS INTRODUZIDOS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

Visando garantir maior inclusão social das pessoas com deficiência e promover, em condições de igualdade, o exercício dos seus direitos e liberdades fundamentais, em 6 de julho de 2015 foi sancionada a Lei Federal 13.146, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A redação da referida Lei foi embasada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o que acarretou em profundas modificações no Código Civil Brasileiro.

Com efeito, a convenção assinada em Nova Iorque estabeleceu o seguinte:

Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

- a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;
- b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.
- c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Alinhando-se à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei 13.146/2015 modificou o art. 3º do Código Civil, revogando seus incisos II e III, a fim de dispor que apenas menores de 16 (dezesseis) anos são absolutamente incapazes de praticar atos da vida civil.

⁸² SOARES, João Marcelino. *Aposentadoria da Pessoa com Deficiência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 140.

O conceito de incapacidade relativa também foi alterado, porquanto a lei deixou de fazer menção aos que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido, e excluiu a menção aos excepcionais - sem desenvolvimento mental completo. Assim, a incapacidade relativa passou a abranger apenas as seguintes hipóteses: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; c) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; d) os pródigos.

Dessa forma, a figura da pessoa incapacitada civilmente foi dissociada da figura da pessoa com deficiência, o que foi um grande avanço. Em razão disso, atualmente as pessoas com deficiência mental ou intelectual podem contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável, se houver, conforme prevê o §2º do art. 1550 do Código Civil.

Outra questão importante é que, por força dos artigos 198, I e 208 do Código Civil, a prescrição e a decadência não correm contra os absolutamente incapazes. Logo, não sendo mais as pessoas com deficiência passíveis de serem consideradas absolutamente incapazes, a prescrição e a decadência correrão contra elas, prejudicando-as.

Da mesma forma, os negócios jurídicos praticados por pessoas excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e por pessoas com deficiência que tiverem discernimento reduzido, deixarão de ser considerados nulos e passarão a ser anuláveis. Isso significa que as pessoas com deficiência deverão comprovar a ocorrência de algum vício de consentimento, o que exigirá prova de maior complexidade.

Nesse trilhar, Melissa Folmann salienta que o Estatuto, ao revogar as disposições previstas no artigo 3º do Código Civil, afetou a concepção de capacidade civil tanto para o bem quanto para o mal: “Isto porque os deficientes pararam de ser considerados necessariamente incapazes civis para fins previdenciários, mas ao mesmo tempo a figura da ‘tomada de decisão apoiada’ ainda é bem obscura”.⁸³

Com efeito, consoante art. 1.783A do Código Civil (introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), a tomada de decisão apoiada consiste num processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

⁸³ Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6035/Curatela+n%C3%A3o+%C3%A9+mais+exigida+para+concess%C3%A3o+de+BPC+e+aposentadoria+por+invalidez>> Acesso em 27 jun 2016.

Assim, a pessoa com deficiência que tenha dificuldades em conduzir sua vida civil, poderá optar pela curatela (caso se enquadre na hipótese do artigo 4º, III, do Código Civil) ou pelo procedimento de tomada de decisão apoiada⁸⁴.

No entanto, no que toca à curatela, importa frisar que a redação do artigo 84, §3º, do Estatuto, estabelece que esta deverá ser "proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível". Isso afasta a saída usualmente utilizada até então, de forma quase total, de simples decretação da incapacidade absoluta com a limitação integral da capacidade do sujeito.⁸⁵

Por se tratar de incapacidade relativa, o curatelado deverá manifestar sua vontade conjuntamente com o curador, pois passará a ser assistido. Entretanto, sabe-se que existem situações em que o curatelado encontrar-se-á impossibilitado até de anuir com os atos praticados pelo seu curador. Dessa forma, o deficiente será capaz apenas por ficção legal, já que não poderá exprimir sua vontade e não há previsão legal de que poderá ser representado⁸⁶.

Nesse aspecto, para José Fernando Simão, a mudança legislativa não trouxe nenhuma vantagem às pessoas com deficiência; pelo contrário, é extremamente prejudicial àqueles que necessitam de representação e não de assistência⁸⁷. Logo, é razoável que, ao invés de somente prestar assistência, se admita que o curador represente o curatelado, caso contrário este ficará abandonado à própria sorte.⁸⁸

Com relação ao Direito Previdenciário, cumpre mencionar que, diante das alterações promovidas pelo novo Estatuto, não constitui mais exigência para requerimento ou concessão do Benefício de Prestação Continuada a interdição judicial do idoso ou da pessoa com deficiência, seja ela total ou parcial. Da mesma forma, com relação à aposentadoria previdenciária, não caberá ao INSS fazer exigência de interdição do beneficiário⁸⁹.

⁸⁴ CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-Atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>> Acesso em 27 jun 2016.

⁸⁵ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>> Acesso em 27 jun 2016.

⁸⁶ SIMÃO, José Fernando. Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acessado em 27 jun 2016.

⁸⁷ SIMÃO, José Fernando. Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em 27 jun 2016.

⁸⁸ CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-Atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>< Acesso em 27 jun 2016.

⁸⁹ Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6035/curatela+n%C3%A3o+%C3%A9+mais+exigida+para+concess%C3%A3o+de+BPC+e+aposentadoria+por+invalidez>> Acesso em 27 jun 2016.

CONCLUSÕES

Partindo da norma constitucional da igualdade - que, como vimos, não apenas escusa-se de vedar o estabelecimento de situações de desigualdade jurídica como por vezes até a impõe, o legislador infraconstitucional concedeu tratamento diferenciado às pessoas com deficiência.

Essa diferenciação isonômica visualiza-se na Previdência Social por meio da redução do tempo necessário para a pessoa com deficiência obter sua aposentadoria, seja ela por idade, seja por tempo de contribuição.

No que tange à Assistência Social, a Lei nº 8.742/93 (LOAS) regulamentou o artigo 203 da Constituição Federal e estabeleceu que o benefício assistencial garantido ao deficiente seria um “benefício de prestação continuada” no valor de um salário mínimo.

Recentemente toda essa proteção constitucional direcionada às pessoas com deficiência foi regulamentada mediante implantação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015)

A política de cotas, por sua vez, busca promover uma discriminação positiva que garanta igualdade substancial e efetiva, na medida em que assegura o ingresso e a permanência dos deficientes no mercado de trabalho.

Outro meio pelo qual pode-se alcançar uma maior inclusão da pessoa com deficiência é a partir dos processos de habilitação e reabilitação. Ao contrário dos benefícios de aposentadoria, para esses processos não existe carência, o que possibilita que o segurado incapacitado retorne ao mercado de trabalho, resgatando a sua dignidade, e mais, possibilitar que ele deixe de receber benefício previdenciário e volte a contribuir com a previdência.

Da mesma forma, a capacitação e qualificação profissional de pessoas com deficiência não vinculadas à Previdência Social é possível pois, assim, além de deixarem o mercado informal, também passarão a contribuir com a Previdência.

Apesar das leis e ações afirmativas já existentes, um grande marco para a mudança de postura em relação à pessoa com deficiência foi a aprovação, em 2001, da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Para identificar deficiência a CIF leva em consideração, além das funções mentais e as estruturas do corpo, os denominados fatores contextuais, os quais são divididos em fatores pessoais e ambientais.

O novo conceito de deficiência foi inserido na lei 12.435/2011 e, em razão disso, hoje é possível afirmar que existe um conceito constitucional de deficiência, instituído pela referida Convenção como “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

Verifica-se que, como progresso significativo na manutenção da vida digna da pessoa com deficiência, sua figura foi dissociada da pessoa incapacitada civilmente. Em razão disso, atualmente as pessoas com deficiência mental ou intelectual podem contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável, se houver, conforme prevê o §2º do art. 1550 do Código Civil.

Vê-se, portanto, que há uma preocupação por parte da esfera legislativa em promover a inclusão das pessoas com deficiência e, por conseguinte, a aplicação do princípio da Igualdade. Embora persistam entraves para que tais indivíduos tenham seus direitos garantidos, podemos reconhecer que houve avanços.

No entanto, essa não é uma conclusão final, e os efeitos das novas regulamentações e da mais recente perspectiva sobre as pessoas com deficiência formam uma conjuntura complexa que deverá continuar a ser analisada, tendo a aplicação do princípio da igualdade como ideal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo Alves. **Habilitação e Reabilitação Profissional: Obrigação do empregador ou da Previdência Social?** São Paulo: LTr, 2015.

BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D’Avila. **Fundamentos da Seguridade Social.** São Paulo: LTr, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo e os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; VERONESE, Osmar. **Constituição: Um olhar sobre minorias vinculadas à Seguridade Social.** 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; SERAU JR. Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa. **Previdência em Tempos de Reforma.** Porto Alegre: Magister, 2015.

CEZAR, Katia Regina. **Pessoas com Deficiência Intelectual Inclusão Trabalhista – Lei de Cotas.** São Paulo: LTr, 2012.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas.** In Revista Consultor Jurídico, ago 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>> Acessado em 27 jun 2016.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Perícia Biopsicossocial: Perspectivas de um novo modelo pericial.** Caxias do Sul: Plenum, 2014.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício Assistencial ao Idoso e ao Portador de deficiência (LOAS): Teoria e prática.** Curitiba: Juruá, 2012.

Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. **Curatela não é mais exigida para concessão de BPC e aposentadoria por invalidez.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6035/Curatela+n%C3%A3o+%C3%A9+mais+exigida+para+concess%C3%A3o+de+BPC+e+aposentadoria+por+invalidez>> Acessado em 27 jun 2016.

LINHARES, Aletsandra. **Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC).** IN: SAVARIS, José Antonio (Coord.) Direito Previdenciário: Problemas e Jurisprudência. 2. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015, p. 653-684.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência.* São Paulo: LTr, 2016,

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à Seguridade Social.** São Paulo: LTr, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes Martinez. **Benefícios Previdenciários das Pessoas com Deficiência.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MAUSS Adriano; COSTA José Ricardo Caetano. **Aposentadoria Especial dos Deficientes: Aspectos legais, processuais e administrativos.** São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, Sérgio do. **Interpretação do Direito Previdenciário.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PASSOS, Fábio Luiz dos. **Previdência Social e Sociedade Pós-Industrial.** Curitiba: Juruá, 2013.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades.** In: Revista Consultor Jurídico, jul 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>> Acessado em 27 jun 2016.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (2)**. In: Revista Consultor Jurídico, ago 2015. Disponível em: ><http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acessado em 27 jun 2016

SOARES, João Marcelino. **Aposentadoria da Pessoa com Deficiência**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **A aposentadoria da pessoa com deficiência: conceitos e peculiaridades da nova prestação do Regime de Previdência Social**. *IN*: Juris Plenum Previdenciária: doutrina. Ano I, n. 04 (nov./Jan. 2014). Caxias do Sul: Editora Plenum, 2013.