

**DIREITOS FUNDAMENTAIS À ACESSIBILIDADE E À MOBILIDADE URBANAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ABORDAGEM SISTÊMICO-AUTOPOIÉTICA****FUNDAMENTAL RIGHTS TO URBAN ACCESSIBILITY AND MOBILITY OF PEOPLE WITH DISABILITIES: A SYSTEMIC-AUTOPOIETIC APPROACH****Mateus de Oliveira Fornasier<sup>1</sup>**  
**Flavia Piva Almeida Leite<sup>2</sup>****Resumo**

Este artigo abordou a reconfiguração, na ordem jurídica brasileira, no patamar constitucional, dos direitos da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme a teoria dos sistemas autopoieticos. Seu problema de pesquisa foi: de que modo a teoria dos sistemas autopoieticos pode contribuir para melhor compreender os direitos fundamentais na atual sociedade complexa, mormente no que tange à inclusão de um rol de direitos na ordem constitucional brasileira acerca das pessoas com deficiência a partir de uma Convenção internacional? Como hipótese, tem-se que mesmo sendo uma teoria que parte da diferença entre o homem e a sociedade, sua abordagem permite conceber que tal diferenciação é teoricamente excludente (no sentido de que parte do pressuposto de que a sociedade não é formada por pessoas, mas sim, pelas comunicações operadas entre estas), mas que permite a observação de inclusões sistêmico-sociais de setores da população tradicionalmente excluídas das comunicações sociais. A metodologia usada para a sua elaboração foi sistêmico-construtivista, a partir de uma abordagem bibliográfica.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; teoria dos sistemas autopoieticos; deficiência.

**Abstract**

This article addressed the reconfiguration, in Brazilian constitutional order, at the constitutional level, of the rights from the Convention on the Rights of People with Disabilities, according to the theory of autopoietic systems. Its research problem was: how can the theory of autopoietic systems contribute to a better understanding of the fundamental rights in the current complex society, especially with regard to the inclusion of a list of rights in the Brazilian constitutional order about people with disabilities from the an international Convention? As its hypothesis, even though a theory that is based on the difference between man and society, its approach allows to conceive that such differentiation is theoretically exclusive (in the sense that assumes that society is not made up of people, but of communications established between them), but it allows the observation of systemic and social inclusion of sectors of the population traditionally excluded from social communications. The methodology used in its preparation was systemic-constructivist, from a bibliographical approach.

**Keywords:** fundamental rights; theory of autopoietic systems; disabilities.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). E-mail: mateus.fornasier@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora titular do Programa de Pós-Graduação "Stricto sensu" (Mestrado) em Direito da Sociedade da Informação e de Graduação em Direito. E-mail: flaviaaleite3@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

Este trabalho, em linhas gerais, buscou abordar a elevação, na ordem jurídica brasileira, ao patamar constitucional, dos direitos elencados na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (que engendrou, conseqüentemente, a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), conforme a teoria dos sistemas autopoieticos. Nesta senda, foi conduzido pelo seguinte problema de pesquisa: de que modo a teoria dos sistemas autopoieticos pode vir a contribuir para uma melhor compreensão dos direitos fundamentais na atual sociedade complexa, mormente no que tange à inclusão de um rol de direitos na ordem constitucional brasileira acerca das pessoas com deficiência a partir de uma Convenção internacional?

A hipótese apresentada para tal questionamento de pesquisa é de que, mesmo sendo uma teoria que parte de uma diferença entre o homem e a sociedade, sua abordagem permite conceber que tal diferenciação é teoricamente excludente (no sentido de que parte do pressuposto de que a sociedade não é formada por pessoas, mas sim, pelas comunicações operadas entre estas), mas que permite a observação de inclusões sistêmico-sociais de setores da população tradicionalmente excluídas das comunicações sociais – dentre elas, as pessoas com deficiência.

Dividiu-se este trabalho em quatro partes. A primeira delas é destinada a apresentar o que é a Constituição (carta política que institucionaliza direitos fundamentais) para a teoria dos sistemas autopoieticos. Isto permite que, posteriormente, se analise a evolução dos direitos das pessoas com deficiência seja realizada logo posteriormente. Isto porque a grande propulsão das mudanças jusfundamentais para este segmento da população se deu justamente com uma novidade relativamente recente da Constituição de 1988 – qual seja, a inserção do parágrafo terceiro no seu artigo 5º, possibilitando que tratados que versem sobre direitos humanos sejam procedimentalmente elevados ao status constitucional.

No seu segundo momento, direciona-se o esforço teórico para um potencial ainda pouco explorado da teoria dos sistemas autopoieticos no que tange aos direitos humanos e fundamentais – qual seja, a possibilidade de se encarar tais direitos como includentes dos excluídos na sociedade. Em outras palavras, aponta-se para a mudança que estes causam em relação a grupos menos favorecidos (tais como as pessoas com deficiência), incluindo-os no fluxo comunicacional jurídico-social.

Num terceiro momento, observa-se mais detalhadamente a Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência, a fim de se conceber quais são as mudanças que trazem à cultura jurídica brasileira. Vários dos seus dispositivos são, assim, estudados, a fim de se demonstrar as novas abordagens necessárias acerca de tais direitos em nossa ordem constitucional.

Por fim, é feita uma observação mais detalhada acerca da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, mormente no que tange aos dispositivos mais significativos no sentido da inclusão da pessoa. Desta feita, são analisados postulados da dogmática legalista do referido diploma, fazendo-se considerações acerca de possíveis futuros problemas que a práxis jurídica pode enfrentar em relação à aludida inclusão no plano normativo.

Adotou-se a metodologia sistêmico-construtivista, de acordo com a qual a sociedade é formada pelas comunicações dotadas dos mais variados sentidos – as quais se organizam e estruturam em sistemas autorreferentes. Assim, abordou-se o que significou a operação política (aprovação em procedimento de Emenda Constitucional) para o sistema do direito (inclusão de mais um fundamento na ordem constitucional brasileira).

## A ABORDAGEM SISTÊMICA DA CONSTITUIÇÃO

Muito importante para se iniciar as tratativas acerca do tema que ora se propõe – qual seja, a evolução recente do sentido jurídico dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência pelo Direito e pela Política na ordem jurídica brasileira, após a irritação realizada pela ordem jurídica internacional – é entender o papel da Constituição na teoria dos sistemas autopoieticos. Dado que as alterações normativas recentes neste sentido – em especial, a submissão (e aprovação) da Convenção internacional que versa sobre os direitos das pessoas com deficiência ao procedimento de Emenda, elevando-a a norma de caráter constitucional – são verdadeiramente revolucionárias teoricamente, deve-se entender o que a teoria dos sistemas autopoieticos entende por Constituição, Direitos Humanos e Fundamentais.

Observa-se nas Constituições que o paradoxo da diferença entre Direito e Política passa a não mais ser resolvido pela hierarquia entre direito divino, natural e positivo (que servira para a afirmação da soberania absoluta ao Estado), mas mediante a afirmação definitiva da positividade do Direito: “o Direito positivo bifurca-se em direito intangível e direito disponível” (LUHMANN, 1991, p. 41). Assim, tanto para o subsistema parcial comunicativo político quanto para o jurídico, a Constituição surge como nova modalidade de diferenciação nas operações internas do sistema, entre a auto e a heterorreferência (LUHMANN, 1996b).

A partir do ponto de vista jurídico, a Constituição seria o substituto funcional do Direito Natural, pois o “positiva”. Já do ponto de vista político, seria o local onde o poder absoluto do monarca é substituído pelo reconhecimento dos direitos dos cidadãos como sendo limitação para o exercício do poder político. Assim, ela cria e limita, paradoxalmente, liberdades consentidas a ambos os sistemas. E, com isto, surge a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo que, nos idos do séc. XVIII, estes segundos assumem o significado de “direitos de liberdade positivados em uma ordem jurídico-política concreta, isto é, em um determinado Estado”, enquanto os direitos humanos se tornam direitos inerentes ao próprio poder advindo da condição de pessoa (MAGALHÃES, 2008, p. 41).

Apresentam-se, na diferença entre direitos humanos e fundamentais, pois, dois critérios quando do advento da ideia moderna de Constituição: um territorial (direitos fundamentais seriam reconhecidos no interior de uma determinada ordem estatal); e um temporal – ao serem fundados constitucionalmente os direitos fundamentais na sua projeção para o futuro, apresenta-se a possibilidade de sua efetivação no presente. Em outras palavras: “decisões presentes [tornam-se passíveis de serem] tomadas com base naquelas expectativas futuras que, por sua vez, podem vir a não se realizarem” (MAGALHÃES, 2008, p. 42).

Verifica-se que as Constituições, na modernidade, significaram a unidade da diferença (ainda que precária e artificialmente) entre os sistemas do Direito e da Política, tendo sido o instrumental que impediu o fechamento da Política e do Direito em si próprios: um limita o outro, ao mesmo tempo em que ambos são livres para realizarem suas operações (até o limite do outro); contudo, cada um de ambos é autorreferente a operacionalmente fechado (apesar de cognitivamente aberto) (MAGALHÃES, 2008, p. 43-44). Ao serem fundamentalizados (e fundamentalizáveis) nas Constituições, os Direitos Humanos adquirem significados diversos para o Direito e para a Política: enquanto para aquele os direitos tornados fundamentais são os pilares da própria Constituição, para este os direitos se traduzem em instrumentos políticos, “[...] en el doble sentido de política instrumental – modificadora de situaciones – y de política simbólica – no modificadora de situaciones” (LUHMANN, 2005, p. 548).

Nas condições da sociedade moderna, entretanto, estando os Direitos Humanos a serem visualizados a partir dessa dupla perspectiva (fundamental, para o Direito; instrumental, para a Política), não se tornam capazes de integrar ambos os sistemas – e isto não apenas em decorrência do conflito igualdade/liberdade (ou soberania popular/direitos humanos): esta não convergência provém da própria diferenciação funcional, que coloca a cada sistema a função de resolver

diferentes problemáticas sociais (e os direitos humanos passam a ser interpretados de diferentes maneiras por cada um deles). Aliás, aí residiria, também, a problemática do caráter puramente (ou muito mais) simbólico dos Direitos Humanos em diversas situações em que não se verificaria a sua efetivação: em muitas das regiões onde isto se daria, provavelmente o Direito não tenha se fechado operativamente a ponto de se tornar impermeável à influência do(s) código(s) de outro(s) sistema(s) social(is).

Mas a politização simbólica dos Direitos Humanos não pode ser atribuída à não diferenciação funcional, unicamente. O Direito, mediante a constitucionalização, possui capacidade de simbolização da Política – e, em razão dessa capacidade (negativa), duas questões emergem:

1. A instrumentalização da Constituição em desfavor da realização dos projetos apresentados constitucionalmente não é um privilégio dos países tidos como “subdesenvolvidos”;
2. A possibilidade de instrumentalização dos Direitos Humanos com vistas ao seu não cumprimento é um fenômeno decorrente justamente da diferenciação funcional. Às situações de não efetivação dos Direitos Humanos deve se somar também, portanto, a corrupção dos sistemas (que pode ocorrer tanto no “Primeiro Mundo” quanto no “Terceiro Mundo”), “quando um sistema se recusa a funcionar com base em seu próprio código, tomando decisões referidas aos códigos de outros sistemas” (MAGALHÃES, 2008, p. 46) (e isto inclui as mais variadas situações, desde a venda de decisões judiciais até a fundamentação de decisões no caráter “justo”, e não jurídico, de algo).

Em razão da diferenciação Direito/Política, no que tange aos Direitos Humanos, novamente emerge o caráter paradoxal destes – sendo que, para que sobrevivam às Constituições e à “crise da soberania”, novos fundamentos devem ser encontrados para eles: tanto a ideia de direitos naturais quanto a de fundamentação mediante a positividade constitucional quedam-se insuficientes no atual contexto (mundializado ou, conforme a linguagem mais comumente utilizada, “globalizado”), tornando-se frequente falar-se num cosmopolitismo embasado na ideia de Direitos Humanos. Exsurge, assim, o discurso da desvinculação das referências territoriais, jurídicas e políticas estatais, vislumbrando-se que a expectativa ao redor dos Direitos Humanos é de que eles:

Transcendam as fronteiras dos Estados, do poder e do direito estabelecido. Da mesma forma, reacendem-se velhas esperanças de que, pela via dos direitos humanos, a sociedade moderna possa encontrar um caminho para sua integração. Ou seja, que não apenas direito e política, mas também os outros sistemas sociais, como a economia ou a educação, possam se deixar regular pelo primado dos direitos humanos (MAGALHÃES, 2008, p. 46).

É particularmente em razão disto que é possível afirmar que os Direitos Humanos, ao ser esvaziada a possibilidade de serem encarados como realidades (ontológicas), são ficções capazes de produzir realidades – ou seja, embora sejam paradoxais em sua natureza, são capazes de se desenvolverem operativamente (MAGALHÃES, 2008, p. 47). A realidade mostra, assim, que mais relevante do que buscar os fundamentos dos Direitos Humanos ou identificar quais são as promessas não cumpridas feitas em seu nome, deve-se observar seriamente o que é efetivamente produzido conforme sua lógica.

Sendo assim, observa-se que a Constituição representa um acoplamento estrutural entre dois sistemas – Direito e Política, respectivamente –, servindo de parâmetros para futuras decisões tanto de um quanto de outro. Para a Política, vem a significar tanto uma limitação ao poder de governar (e, portanto, de decidir), bem como um programa a ser cumprido em futuras decisões gerais vinculantes (mormente, leis). Já o Direito tem, na Constituição, um aparato programático que também o limita (visto que decisões jurídicas não podem também contrariá-la); por outro lado, também servirá de substrato para decisões autorreferentes futuras, conforme sua própria lógica interna (código e demais itens do seu programa). E mais: a Constituição representa, na ordem interna, em Estados democráticos, aquilo que os Direitos Humanos representam na ordem internacional – destarte, a Carta é o locus por excelência da inserção dos programas relacionados a Direitos Humanos.

Interessante é analisar que, no que tange à Constituição brasileira de 1988, tem-se uma abertura cognitiva – e normativa – bastante significativa para tratados e convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário (mormente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Trata-se de duas possibilidades diversas, porém, complementares (ainda que em graus de significância diversos):

1. A inexauribilidade dos direitos fundamentais expressa no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988 (de acordo com o qual os referidos direitos não se limitam apenas ao texto constitucional, devendo ser considerados fundamentais também os direitos atinentes ao Direito Pactício jushumanista que o Brasil venha adotar);
2. A possibilidade de inclusão, no bloco de constitucionalidade, de pactos internacionais ratificados pelo Brasil, desde que tenham sido aprovados em procedimento de emenda constitucional (expresso no parágrafo 3º do supramencionado artigo).

É interessante observar, para os termos do presente trabalho, que quatro são as possibilidades de consideração, na ordem jurídica brasileira, do nível hierárquico atribuível a um tratado – trata-se das teses (SEABRA; MAIA; PALACIOS, 2011):

- a) Da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos;
- b) Da hierarquia constitucional dos referidos tratados; da atribuição de caráter de lei ordinária dos tratados jushumanistas;
- c) Da consideração supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos (posição atualmente majoritária no Supremo Tribunal Federal).

Ou seja: a dogmática do Direito Constitucional apresenta uma série de programas interpretativos acerca dos tratados, tendo-se recentemente pacificado o entendimento daí decorrente.

Mais interessante ainda, é analisar que a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro (e, até o momento, o único) tratado internacional (juntamente com o seu Protocolo Facultativo) aprovado pelo procedimento análogo ao de Emenda Constitucional no Brasil, de forma que sua situação é especialíssima no que tange à reflexividade entre ordem internacional e constitucional no Brasil.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INCLUSÃO DOS EXCLUÍDOS: DA MUDANÇA DE PARADIGMA NA CULTURA JURÍDICA COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Queda-se extremamente dificultoso para o Direito (mormente no que tange aos Direitos Humanos) observar as comunicações relacionadas àquilo que possa significar o humano. Estando inscritos no sistema jurídico, os Direitos Humanos são estabelecidos como expectativas normativas, caracterizadas pela não assimilação da decepção – diferentemente das expectativas cognitivas sobre as quais o sistema da Ciência se funda, expectativas estas cuja característica seria a tendência de aptidão à assimilação de desapontamentos (LUHMANN, 1983, p. 58).

Em outras palavras, sistemas que se embasam em expectativas normativas (tais como o Direito) se caracterizam pela afirmação de suas comunicações mesmo que os fatos se demonstrem contrários àquilo que a sua deontologia apregoa (e.g. um aumento do cometimento do crime de tráfico de entorpecentes não vem a significar que o tipo penal a esta prática correspondente seja revogado – muito pelo contrário!). Já sistemas que se embasam em expectativas cognitivas (e.g. ciência e economia) alteram suas comunicações assim que a cognição dos fatos se demonstra alterada (e.g. a descoberta de que determinado medicamento até então prescrito pelos médicos

para determinado problema de saúde, na verdade, causa problemas – pensemos aqui na talidomida – faz com que o sistema Ciência altere aquilo que comunica sobre tal substância).

Ao se trazer a observação dos Direitos Humanos como sendo constitutivos de um manancial de significação para a práxis dos sistemas internos, estatais, do Direito; ao se observar decisões tomadas e teorias desenvolvidas por outras ordens jurídicas (estatais, internacionais, etc.) como modelo a ser reavaliado no diálogo entre ordens, e não como mero transplante de material alienígena; ao se reconsiderar a própria policontexturalidade e a hipercomplexidade normativas como características das possibilidades de comunicação, em que se podem visualizar catálises provocativo-transformativas do sentido jurídico das mais variadas ordens; estar-se-á diante de uma forma de observação de um Direito complexo para uma sociedade complexificada pelas transformações causadas no ambiente social pelos mais variados sistemas.

Seria mais coerente em relação ao atual estado de coisas, dessa forma, abandonar a ideia de fundamentação dos Direitos Humanos em uma semântica ultrapassada da moralidade, em prol daquilo que Luhmann (1996a, p. 466) denomina “danos da verdade”: uma sociedade altamente complexa, no qual o caráter científico passa a influenciar cada vez mais âmbitos sociais (e inclusive o Direito), não pode deixar de atribuir importância ao aspecto cognitivo das comunicações que estabeleçam pretensas verdades (exceto, por óbvio, quando a possibilidade de falseabilidade de tais comunicações ainda esteja por demais presente).

Assim, tem-se que “é preciso verificar o humano (e seus direitos) no presente, e não em uma semântica anterior” (SCHWARTZ, 2012, p. 223) (da qual seria exemplo paradigmático a classificação da qualidade do ser humano de acordo com sua nacionalidade). Assim, mais profícuo do que remontar a ideia de Constituição a uma moralização decorrente de uma tradição histórica correlata ao advento da modernidade apenas (“nascimento” do Estado-nação), é ter em sua ideia a possibilidade comunicativa de efetivação dos direitos que ela positiva mediante a identificação de sua semântica à pragmática nela contida, acoplando-a estruturalmente a outros sistemas sociais (Política, Economia, etc.).

Não há uma unidade autopoietica que contenha todos os sistemas constitutivos humanos (psíquico, biológico e comunicativo) – mas isto não significa que o humano não exista: tal raciocínio apenas afasta a possibilidade de configuração absoluta de um antropocentrismo em nível de teoria sociológica (LUHMANN, 1996a, p. 226). Com isto, tem-se que o essencial não é definir o que é o ser humano para os Direitos Humanos, mas sim, em conceber o sentido do humano na comunicação específica estabelecido pelo sistema do Direito – pois nenhum dos sistemas que se acoplam para

constituir o humano o representa integralmente, sendo necessário conceber os três (corpo, psique, representação social) como importantes para a sua configuração.

O uso da expressão “Direitos Humanos”, geralmente, faz referência a noções surgidas no contexto das revoluções liberais, e que se combinava ao conceito de cidadania. Diferenciava-se da noção de “direitos do homem”, pois está se ligava aos direitos de todos aqueles que detivessem a condição humana, independentemente da pertença a uma comunidade política (NEVES, 2009, p. 249-250). Mas o desenvolvimento das ideias acerca de Direitos Humanos passa a ser desenvolvida também com as dimensões política (participar da escolha acerca do governo, em geral) e social (direitos, em *stricto sensu*, prestacionais a serem atendidos pelo Estado) – para além da ideia original, de liberdades negativas em relação ao Estado.

O constitucionalismo alemão do primeiro quinto do século XX (especificamente com a a Constituição de Weimar) faz com que a expressão “direitos fundamentais” passe a ser usada para se referir aos direitos positivados e garantidos em Constituições estatais – sendo incluídos nesta categoria, porém, tanto os direitos de cidadania no sentido liberal quanto os Direitos Humanos (SCHMITT, 1992, p. 164 e ss.). A partir de então passa a ser estabelecida, teoricamente, a distinção entre Direitos Humanos internacionalmente protegidos (afirmáveis, inclusive, contra os Estados) e os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente pelos Estados (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 40 e ss.). Mas seus conteúdos se entrecruzam nas categorias de direitos civis, políticos, sociais e novos direitos (transindividuais, principalmente) (NEVES, 2009, p. 250).

A abordagem sistêmica acerca da matéria demonstra o esforço em se realizarem distinções entre ambas as categorias. Os direitos fundamentais (constitucionalmente positivados), assim, teriam a função de manter uma ordem diferenciada de comunicação (reagindo, assim, ao “perigo da desdiferenciação”) (LUHMANN, 2010, p. 98-99). Apesar de, em suas primeiras obras, ter desprezado a noção de direitos humanos por considerá-los “eternos”, Luhmann (2010, p. 99) posteriormente enfatizou que “entre os mais importantes indicadores de um Sistema jurídico global está a crescente atenção dada à violação de direitos humanos” (LUHMANN, 2004, p. 482).<sup>3</sup>

Sistemicamente, os Direitos Humanos guardam relação direta com o problema da exclusão – o que demonstraria sua orientação para a inclusão do homem como pessoa nos sistemas sociais funcionais (especialmente no Direito) (LUHMANN, 2004, p. 490). Ou seja: o fato de alguém não ser comunicado sobre si em um sistema já é uma violação ao Direitos Humanos – cujo papel é,

---

<sup>3</sup> Tradução nossa. Texto original: “Among the most important indicators of a global legal system is the increasing attention paid to the violation of human rights”.

justamente, criar condições, no programa sistêmico, para que determinadas pessoas, categorias e grupos de excluídos tenham reconhecida a sua condição/situação e, a partir de tal reconhecimento, gozar de direitos que os coloquem em pé de igualdade de condições para com os demais.

Contudo, em Luhmann é notável uma semântica restritiva dos Direitos Humanos, nela incluindo apenas situações de violação extrema à dignidade humana na sociedade mundial, tais como o desaparecimento (assegurado pelo Estado) de pessoas, expulsões e deportações forçadas, prisão, tortura e mortes contrárias ao Direito (com proteção e conhecimento de órgãos estatais) (LUHMANN, 2004, p. 485-486).

Esta restrição dos Direitos Humanos apenas aos âmbitos em que se considera a ofensa à pessoa pelos abusos estatais não parece justificável para Neves (2009, p. 252), o qual versa que, para além das violações extremas aos direitos humanos avalizadas (de uma forma ou outra) pelo Estado, também deve ser entendida como violação:

[...] a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos [...]. Trata-se do paradoxo da afirmação de expectativas normativas (contrafactuais) diante da própria prática que as contraria sistematicamente. A diferença reside no fato de que aqueles direitos humanos em sentido estrito, que se referem basicamente à proibição de ações violentas [...] contra indivíduos ou grupos, são suscetíveis de institucionalização e, sobretudo, contam com perspectivas de positividade e implementação processual em escala mundial, [...] enquanto os chamados direitos humanos de terceira geração são fragilmente institucionalizados, e as perspectivas de sua positividade e implementação processual em extensão mundial são negativas.

A interessante proposta do autor brasileiro é de que se definam primariamente os Direitos Humanos como sendo expectativas normativas destinadas à inclusão de todos os seres humanos na sociedade mundial – delineando-se como o acesso universal ao subsistema social do Direito (NEVES, 2005, p. 8-10). Este raciocínio acerca de tais direitos não se chocaria com a mais atual das concepções luhmannianas recém apresentadas, pois continua a ser sustentado que os Direitos Humanos reagem ao perigo da desdiferenciação – já que a manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação na sociedade mundial e a orientação pela inclusão das pessoas nos sistemas funcionais (inclusive no Direito) são ideias intimamente ligadas (NEVES, 2009, p. 253). Em outras palavras, quanto menor for a exclusão de pessoas dos sistemas sociais, mais realizada estará a diferenciação funcional dos sistemas parciais da sociedade (direito, Política, Economia, etc.) (LUHMANN, 2004, p. 488).

Mesmo sendo de âmbitos diversos, tanto os Direitos Humanos quanto os fundamentais são respectivos à diferenciação da sociedade, que é ideia correlata, por sua vez, da busca pela inclusão da pessoa. A diferença entre as nomenclaturas (humanos ou fundamentais) residiria, assim, apenas no seu âmbito de pretensão de validade: enquanto os Direitos Humanos pretendem validade para o sistema jurídico mundial de múltiplos níveis (qualquer ordem jurídica da sociedade mundial, não apenas a ordem internacional), os fundamentais são válidos dentro de uma ordem constitucional determinada de um Estado (NEVES, 2009, p. 253-254).

Gunther Teubner (2006, p. 338) propôs uma distinção entre direitos fundamentais e humanos, a partir do conteúdo de cada um: enquanto os primeiros seriam orientados para a inclusão da pessoa, os segundos se refeririam à exclusão do homem da sociedade, dando-lhe garantias de integridade dos seus sistemas biológico e psíquico em relação à sociedade (e seus subsistemas) – pois afirma que os direitos humanos “devem ser entendidos como possuindo uma diferença semântica das liberdades comunicativas pessoais, nomeadamente como garantias intentadas da integridade de corpo e mente” (TEUBNER, 2006, p. 338)<sup>4</sup> – e, nesta mesma senda, afirma o mesmo autor que “a questão dos direitos humanos no sentido mais estrito deve hoje ser vista como a periclitación da integridade de mente e corpo dos indivíduos por uma multiplicidade de processos comunicativos anônimos e, atualmente, globalizados” (TEUBNER, 2006, p. 341).<sup>5</sup>

Apesar do valor da análise de Teubner recém apresentada, parece ser menos intrincada e mais coerente a visão de Neves acerca do tema inclusão/exclusão, eis que, conforme afirma este segundo autor, “a garantia de integridade de corpos e mentes perante a sociedade, seus sistemas funcionais e as organizações só é possível se houver inclusão das respectivas pessoas” (NEVES, 2009, p. 254-255) – ou, conforme afirmaria Luhmann (2007, p. 501), se a sociedade não tratar o homem como mera conjunção de psique e corpo, sem considerá-los dignos de personalidade, pois:

Mientras que en el ámbito de la inclusión los seres humanos cuentan como personas, en el de la exclusión parecen importar únicamente como cuerpos. Los mecanismos simbióticos de los medios de comunicación pierden su ordenamiento específico. La violencia física — la sexualidad, la satisfacción elemental e impulsiva de las necesidades — se liberan y se vuelven inmediatamente relevantes sin pasar por la civilización de las recursiones simbólicas; expectativas sociales más pretenciosas ya no pueden enlazarse.

---

<sup>4</sup> Tradução nossa. Texto original: “are to be understood as having a semantic difference from personal communicative freedoms, namely as intended guarantees of the integrity of mind and body”.

<sup>5</sup> Tradução nossa. Texto original: “human rights question in the strictest sense must today be seen as endangerment of individuals’ integrity of body and mind by a multiplicity of anonymous and today globalized communicative processes”.

Por mais que tanto Direitos Humanos quanto Fundamentais se destinem à inclusão do excluído, a dogmática jurídica ainda supervaloriza a distinção de âmbitos de validade entre ambos. E esta supervalorização – relacionada à cultura jurídica, ou seja, ao seu programa e ao modo de operá-lo – é respondida com novas operações pelo sistema, a partir deste próprio programa (quando este apresenta condições para fazê-lo). É nesta senda que a submissão (e aprovação) da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência foi operacionalizada – reconhecendo-se, inicialmente, a diferença entre Direitos Humanos (positivados na Convenção) e Fundamentais (reconhecidos como constitucionais na ordem brasileira). Contudo, trata-se de um exemplo bem sucedido, no sentido pragmático, eis que a Política tem reconhecido a condição da pessoa com deficiência como sendo notável para suas comunicações (na forma de procedimentos de Emenda, bem como na promulgação de um Estatuto da Pessoa com Deficiência). Ademais, a comunicação política, em uma ordem de tradição Romano-Germânica (como a brasileira), estes novos diplomas normativos criam condições de possibilidade para a evolução do modo de decisão no sistema jurídico.

Cumpra agora analisar a evolução da semântica constitucional brasileira acerca da pessoa com deficiência – desde uma situação de total exclusão, passando-se por uma intensa luta política, resultando na sua consideração como grupo social diferenciado, merecedor de direitos humanos específicos atinentes à sua condição, elevado ao status constitucional.

## **A CONDIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: DAS CONSTITUIÇÕES À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

A sociedade sempre conviveu com a existência de pessoas com deficiência. Trata-se de uma contingência física e biológica plausível (seja de modo congênito, seja de modo adquirido). Contudo, a sobrevivência do portador de deficiência sempre significou uma luta contra a exclusão – perpetrada por vários sistemas sociais – seja pela Política, que sequer os considerava ao promulgar leis; seja pelo Direito que, em sua dogmática legalista, sequer considerava a possibilidade da afirmação da diferença com vistas à obtenção de direitos de igualdade.

A imagem obsessiva do corpo humano belo e perfeito tornou-se evidente desde os tempos mais antigos. As pessoas com deficiência, por não se inserirem nessa imagem idealizada, foram muitas vezes brutalmente eliminadas e excluídas da sociedade. Somente após a ocorrência das duas grandes Guerras Mundiais, a sociedade em geral começa a esboçar uma sensibilização e uma

conscientização positiva, principalmente em relação às pessoas com deficiência, ocasionando uma mudança de postura.

A partir de 1980, a Assembléia Geral da ONU passa a aprovar resoluções com o intuito de derrubar a prática da exclusão social a que foram submetidas, por vários séculos, as pessoas com deficiência, começando a inseri-las nos sistemas sociais como a educação, o trabalho, a família e o lazer. Cabe lembrar que, nessa época, a visão ou modelo médico passa a dominar o entendimento das pessoas com deficiência. Por esse modelo, a deficiência era vista como uma doença que devia ser tratada e, após isso, a pessoa estaria incluída, podendo assim ocupar o seu devido lugar na sociedade. Verificamos que esse modelo mostrou-se insuficiente para acabar com a discriminação, como também pouco eficiente para propiciar a verdadeira igualdade de oportunidades a essas pessoas no âmbito social.

O modelo médico foi tão marcante que influenciou fortemente o discurso dos próprios defensores da causa das pessoas deficientes, bem como o conceito do que vem a ser pessoa com deficiência incorporada pelas leis brasileiras.<sup>6</sup>

Considerando que somente no ano de 1993 a Assembléia Geral da ONU adotou o documento sobre a Equiparação de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência (Resolução 44/70) e que em todas as suas definições estava implícito o princípio da igualdade de direitos, deu-se início o movimento de inclusão social que, inspirada pelos princípios da celebração de diferenças, do direito de pertencer, da valorização da diversidade humana, da solidariedade humanitária, da igual importância das minorias e cidadania com qualidade de vida, demandará a construção de um novo tipo de sociedade: uma sociedade mais democrática, mais tolerante e mais inclusiva.

O Brasil não destoou dessa evolução que já se vinha operando no mundo todo. Com exceção do princípio formal da igualdade, que estava presente nas Constituições Brasileiras, alguma preocupação com esse grupo de pessoas podia ser vislumbrada nas Constituições de 1934,<sup>7</sup> 1937<sup>8</sup> e 1946.<sup>9</sup> Todavia, foi somente a Constituição Federal de 1967 que pela primeira vez

---

<sup>6</sup> As definições do que vem a ser pessoa com deficiência trazida pelo Decreto nº 5.296/04, o da Convenção da Guatemala que incorporou ao sistema legislativo brasileiro pelo Decreto nº 3.956/01, bem como o proposto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência basearam-se em critérios médicos, sendo a divisão feita em deficiência física, sensorial (visual e auditiva) e mental.

<sup>7</sup> Na Constituição de 1934: “Art. 138 – Incumbe União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; h) estimular a educação eugênica; e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir mortalidade e a morbididade infantis; e de higiene social

fez menção explícita da condição de pessoas com deficiência, tratando-se das pessoas com deficiência mental que recebia a expressão “excepcional”.<sup>10</sup>

No entanto, o maior avanço de então se deu com a Emenda Constitucional nº 12/78, que cuidou de assegurar a essas pessoas, de forma expressa, a melhoria de suas condições sociais e econômicas, especialmente mediante educação especial e gratuita, à assistência, reabilitação e sua reinserção, à proibição de discriminação, bem como à possibilidade de acesso aos edifícios e logradouros públicos.

Percebe-se que a acessibilidade a edifícios e logradouros públicos já era assegurada nessa ocasião.<sup>11</sup> Nesse mesmo sentido, a Emenda nº 12, hoje, certamente, seria objeto de severas críticas se tivéssemos em mente o quadro atual da evolução, que combate fortemente o ensino segregado a essas pessoas, bem como a utilização da expressão deficiente. No entanto, para 1978 o avanço foi grande. “Talvez seu grande mérito tenha sido o de sistematizar, em uma só Emenda, o rol de direitos específicos desse grupo de pessoas” (ARAUJO, 2007, p. 13).

Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o tratamento da pessoa com deficiência se modifica, passando a um enfoque muito mais preocupado com a inclusão social. Já em seu preâmbulo, anunciou-se o propósito de construir um Estado Democrático pautado em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, onde esteja assegurada a igualdade, dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

A referida Carta Política elencou, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento desse novo Estado. Consagrou como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, bem como reduzindo as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

---

que impeçam à propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos Sociais”.

<sup>8</sup> Na Constituição de 1937: “Art. 127 – “A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e harmonioso desenvolvimento das suas faculdades”.

<sup>9</sup> Na Constituição de 1946: Há breve menção ao direito à previdência para trabalhador que se tornar inválido. Art. 157, inciso XVI.

<sup>10</sup> Na Constituição de 1967: “Art. 175 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos (...) § 4º - Lei especial sobre a assistência à maternidade, infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais”.

<sup>11</sup> Dizia a precitada Emenda 12, à Constituição Federal de 1967 promulgada em 17 de outubro de 1978: “Artigo único. É assegurada aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I – educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; III – proibição de discriminação inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos” (g.n.)

idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º e incisos). Determinou a prevalência dos direitos humanos dentre os princípios a reger suas relações internacionais com os demais países (artigo 4, II). E, no caput e no §1º do seu artigo 5º, assegurou o princípio da igualdade, que passa a ser considerado dentro desse novo enfoque introduzido pela Lei Maior, como o valor mais alto dos direitos fundamentais, funcionando como regra mestra de toda a hermenêutica constitucional e infraconstitucional.

Ao garantir a igualdade formal, o artigo 5º cuidou, desde logo, de impedir que determinadas situações fossem prestigiadas sem qualquer correlação lógica. Portanto, o que verificamos é que a Constituição aproximou a igualdade formal da igualdade material, na medida em que não se limitou ao simples enunciado da igualdade perante a lei. O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Tal proteção é justificada, afinal, torna-se necessária a recomposição de natural desigualdade, quer decorrente de um longo processo de exclusão, quer decorrente de raça, sexo, idade, e no caso das pessoas com deficiência, de sua situação física.

O ordenamento constitucional brasileiro, como resposta à preocupação para com o número de pessoas com deficiência (à época 10% da população), reconheceu o processo de exclusão que vivia esse grupo, entendendo ser necessário garantir uma proteção especial. A mais caracterizadora dessa proteção é a acessibilidade<sup>12</sup> às pessoas com deficiência, assegurada, não de forma genérica, mas, expressamente no artigo 227, parágrafo segundo, que determina que os edifícios de uso público e os veículos de transporte coletivo serão acessíveis. Por essa norma, todos os imóveis de uso público e transporte coletivo deveriam ser adaptados a partir de 05 de outubro de 1988. O constituinte foi mais insistente, ao determinar no artigo 244 que as adaptações deveriam atingir os bens existentes quando da promulgação da Constituição, deixando mais uma vez materializada essa garantia.

Para dar eficácia a esses dispositivos constitucionais, o legislador ordinário elaborou diversas leis protetivas às pessoas com deficiência,<sup>13</sup> sendo a mais específica a Lei nº 10.098, de 19

---

<sup>12</sup> Não pode ser esquecida a garantia fundamental prevista no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal que assegurou o direito de ir, vir, ficar e permanecer (direito de locomoção), que é restringido quando se impõe barreiras físicas às pessoas com deficiência, impedindo-as de circularem livremente pelos espaços pelas ruas, praças, prédios públicos e demais locais de acesso público na cidade.

<sup>13</sup> Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. A acessibilidade foi novamente tratada pela lei nº 10.048/00 que assegura tratamento prioritário às pessoas com deficiência, idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo.

de dezembro de 2000. Referida Lei deixa para o Decreto regulamentar a tarefa de disciplinar a sua efetivação. E somente após quatro anos passa a vigorar o Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida nas edificações públicas ou privadas de uso coletivo ou multifamiliar, no espaço público, logradouros e seu mobiliário, nas comunicações e sinalizações, entre outros. Define prazos para a acessibilidade ser aplicada nas edificações públicas ou de uso público. Enfatiza também, a importância que o Município e demais órgãos envolvidos devem dar ao planejamento da acessibilidade arquitetônica e urbanística, à implementação das respectivas ações e à reserva de recursos para executar as adaptações necessárias e garante um espaço novo inclusivo.

A luta pela inclusão dessas pessoas em todos os seguimentos da sociedade teve sequência. A Organização das Nações Unidas, preocupada com as sucessivas violações dos direitos humanos das pessoas com deficiência no mundo inteiro, conclui que esse grupo demandava uma atitude institucional da comunidade internacional, e, em 30 de março de 2007, em sua sede em Nova Iorque, assina a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo.

Cabe esclarecer que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo passam a ser o primeiro Tratado Internacional a ingressar na nossa ordem jurídica interna com status de equivalência constitucional, por ter sido aprovado nos exatos termos da regra imposta pelo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. A finalidade dessa Convenção não foi apenas a de instituir novos direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência, mas em garantir que essas pessoas possam vir a desfrutá-los em igualdade de condições com todos os demais direitos, sem discriminação. E para que isso ocorra, reforça a ideia de que as barreiras, e em nosso estudo, as barreiras físicas, impedirão a possibilidade dessas pessoas de usufruírem de seus direitos em condições de igualdade.

Nota-se, nesta inclusão constitucional, a possibilidade de observação política dos direitos fundamentais de modo instrumental pela política, mas ao mesmo tempo, do seu papel fundamentador do ponto de vista do programa jurídico. A emenda que eleva os direitos elencados na Convenção sobre pessoa com deficiência ao status constitucional no Brasil passa a representar não apenas um item numa estrutura escalonada de normas, mas sim, um fundamento argumentativo a ser utilizado pelo sistema do Direito. Ademais, pelo sistema da Política, se

instrumentaliza como fundamento para as comunicações políticas a serem realizadas com intuito normatizador.

É nesta senda que se pode afirmar que a promulgação da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) é verdadeira representação da instrumentalização da Constituição (entendida como ordenamento constitucional, e não apenas como texto original denominado Constituição) pelo sistema da Política (já que uma Lei, no caso brasileiro, é resultado de comunicações políticas).

A principal contribuição da Convenção (e do Estatuto da Pessoa com Deficiência) é a positivação da mudança de paradigma da visão jurídica da deficiência, que passa do modelo médico (deficiência como problema de saúde) para o modelo social dos direitos humanos – deficiência como resultante de uma equação que tem duas variáveis, quais sejam: a) limitações funcionais do corpo humano; b) presença de barreiras físicas impostas pelo ambiente.

Todos os direitos garantidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir desse novo paradigma positivado, oportunizam o pleno e efetivo exercício e gozo de seus direitos e garantias fundamentais. Tanto que, em seu preâmbulo, registra que deficiência é um conceito em evolução e que ela resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Portanto, ao ter reconhecido que a deficiência é um conceito em evolução, constatou-se que essas pessoas têm capacidades e que, se elas tiverem uma cidade acessível, terão oportunidades que nunca antes puderam vivenciar.

A Convenção, ao reconhecer o modelo social como o mais novo paradigma para conceituar as pessoas com deficiência, embasa também a consolidação da acessibilidade tanto como princípio, quanto como um direito. E como princípio-direito obriga os Estados à sua implementação como garantia fundamental, extremamente relevante para a concretização dos direitos humanos das pessoas com deficiência.<sup>14</sup>

Considerando a acessibilidade como condição de livre acesso, de aproximação, de utilização, do manuseio de qualquer objeto, local, ou condição, é seu objetivo proporcionar a todas as pessoas, e, principalmente às pessoas com deficiência, um ganho de autonomia e mobilidade, para que possam usufruir dos espaços com mais segurança, confiança e comodidade. E para que isso ocorra, a Convenção determina que todos os ambientes, como princípio e regra ao mesmo

---

<sup>14</sup> Especificamente o disposto no preâmbulo da Convenção, alínea “v”. Bem como o artigo 3º, “f”, que define a acessibilidade como um dos princípios gerais a reger a Convenção. E no artigo 9º, trata da acessibilidade como um direito, inclusive obrigando os Estados a tomarem medidas apropriadas para assegurá-lo.

tempo, eliminem as barreiras existentes, especialmente as que forem criadas pelo próprio ser humano e que novos espaços sejam desenhados livres de barreiras, para não obstaculizar o pleno gozo e exercício dos direitos das pessoas com deficiência.

Por ser um processo de transformação do ambiente e desenvolver-se a partir do reconhecimento social de que a deficiência é resultante do desajuste entre as características físicas das pessoas e as condições onde elas atuam, a acessibilidade passa a ser retomada como um tema de grande importância para o planejamento urbano.

A acessibilidade se constituiu num direito instrumental, afinal, sem acesso aos equipamentos urbanos, às escolas, aos postos de saúde, aos transportes públicos, as pessoas com deficiência não podem exercer, plenamente, a sua cidadania. Não há o exercício da inclusão social sem acessibilidade. Não se pode falar em inclusão social se não há um ambiente acessível.

A presença da acessibilidade no meio urbano, bem como nas edificações, nos transportes e nas suas mútuas interações é uma exigência constitucional. Surge, atualmente, de acordo com a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, como um direito forte, o que impacta na concepção contemporânea dos direitos humanos e impõe sua releitura, sob essa nova perspectiva.

Como mencionamos anteriormente, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu Preâmbulo, foi expressamente reconhecida à importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação, e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. E seu artigo 3º, juntamente com o respeito à dignidade, a autonomia individual, aliada a liberdade de fazer suas próprias escolhas, a independência, a não-discriminação, a plena e efetiva participação e inclusão, o respeito à diferença, a igualdade de oportunidades, a acessibilidade foi elencada como um dos princípios gerais que deverão nortear a vida das pessoas com deficiências.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> “Artigo 3º - Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;

Para que a pessoa com deficiência exerça de forma efetiva o direito à acessibilidade, a Convenção determinou também em seu artigo 9º, que os Estados estarão obrigados a tomar medidas apropriadas para assegurar a sua efetivação, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural.

Dentre as suas definições, trouxe também o termo adaptação razoável. Um termo novo entre nós, que precisa ser muito bem interpretado para não correr o risco de entendimentos no sentido de que, se não for possível o ajuste necessário, admite-se a negação ao exercício de tal direito. Nesse sentido assevera Eugenia Augusta Fávero Gonzaga que tal interpretação seria totalmente equivocada, pois representaria a negação de todo o contexto em que foi traçada a Convenção, ou seja, da insistente proclamação do direito a igualdade e à não-discriminação no acesso aos mesmos bens da vida visados pelos seres humanos em geral (FÁVERO, 2007, p. 82).

A Convenção define em seu artigo 2º adaptação razoável como

As modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

O propósito dessa definição é ter um conceito de equilíbrio em relação ao custo de adaptação para tornar mais acessível determinado local ou parcela de um ambiente para uma pessoa com deficiência:

A interpretação mais benéfica que se pode ter, a partir da gramática dos direitos humanos, é que, para cada pessoa, a adaptação realizada para possibilitar o pleno gozo e exercício de seus direitos deve ser razoável, tanto do ponto de vista do mínimo necessário para garantir algum grau de autonomia e segurança, quanto, se observada a questão sob o prisma econômico, para que a acessibilidade não seja considerada um custo inviável, o que poderia ensejar o seu descumprimento (LOPES, 2009, p. 149).

Para que seja uma realidade a efetivação do direito à acessibilidade, prossegue a Convenção determinando que os obstáculos e barreiras existentes em edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e locais de trabalho, bem como, informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e de emergência, deverão ser identificados e eliminados.

Assim, a acessibilidade é uma condição de aproximação, com segurança e autonomia, a determinados espaços, objetos e elementos diversos, possibilitando a utilização de

---

h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade”.

todas as atividades inerentes e usos específicos que eles possam oferecer. Como se percebe a pessoa com deficiência só conseguirá usufruir de seus direitos se tiver um espaço que esteja acessível, isto é, um ambiente em que a pessoa com deficiência consiga se locomover, se deslocar livremente pelos seus espaços. Sair de sua residência, encontrar pelo seu caminho uma calçada que esteja com o piso adequado; as esquinas com rampas; transporte adaptado etc.

## **LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: APONTAMENTOS PARA FUTURAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SEU CARÁTER INCLUDENTE**

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) é aprovada para que possa ser usada como importante instrumento para a consecução da dignidade da pessoa humana e a inclusão das pessoas com deficiência, indo ao encontro assim, das obrigações internacionais assumidas pelo País ao ratificar a Convenção Internacional da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A Lei introduziu no ordenamento jurídico a “inclusão do outro” no que tange à pessoa com deficiência, e que envolve a visão dos Direitos Humanos tanto no âmbito global (tendo-se em vista que se trata de um reflexo direto da Convenção internacional da qual o Brasil é signatário) quanto no âmbito interno (eis que, apesar do reconhecimento da Convenção como integrante do bloco de constitucionalidade brasileiro, ainda se necessitava de maior regulamentação dos direitos fundamentais por ela instituídos). Para tanto, dispõe a LBI, em seu artigo 1º:

É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania.

Cabe esclarecer que "pessoa" compreende, em termos da Lei, o que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, expressa em seu artigo 27: "para efeitos dos dispositivos previstos na Convenção, pessoa é todo ser humano". E sendo “pessoa”, se torna titular de direitos fundamentais da República inseridos em nossa Constituição Federal de 1988 – notadamente, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Tal princípio vem reforçado no artigo 10 da Lei Brasileira de Inclusão, dispondo que “compete ao Poder Público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a sua vida”.

Assim, caberá aos Poderes Públicos o dever de empreender esforços para garantir a inviolabilidade da dignidade da pessoa com deficiência, porquanto esta já detém, na sua própria

pessoa, o valor "dignidade ," cumprindo-lhes, assim, promover as medidas de proteção a essa qualidade constitucional que advém do m artigo 1º, III.

A Lei nº 13.146/15, traz os mecanismos que visam assegurar o atendimento a proteção para as pessoas com deficiência: à saúde (art. 18 e seguintes); à educação (art. 27e seguintes), ao trabalho (arts. 34 e seguintes), à habilitação e reabilitação profissionais (arts. 36 - 38), à assistência social (arts. 39 - 40), à previdência social (art. 41), à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer (arts. 42 - 45), ao transporte e à mobilidade (arts. 46 - 52). Deverá ser prevista, igualmente, a acessibilidade, nos termos do art. 53. Os projetos arquitetônicos e urbanísticos; transporte, meio físico, informação e comunicação, edificações abertas ao público, equipamentos temporários ou permanentes, edificações de uso privado multifamiliar e outras deverão estar adequados em suas cidades. E tantas outras disposições assegurando direitos às pessoas com deficiência e sua inclusão na vida social sem discriminação e em igualdade de oportunidades.

E em sua Parte Especial, a Lei de Inclusão prevê o acesso à Justiça e "o reconhecimento igual perante a lei", ou seja, "o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas" (art. 84), evidentemente uma especificidade do direito à igualdade, dentro de suas condições, podendo ser "submetida a curatela, conforme a lei", sendo-lhe facultada "a adoção de tomada de decisão apoiada".

No que se refere ao direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, tal dispositivo legal trouxe alterações nos artigos referentes a incapacidade e interdição no Código Civil de 2002, e legislação correlata. Cabe lembrar que a Constituição brasileira de 1988, ao consagrar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e liberdade como balizadores do Estado Democrático de Direito Brasileiro, assegurou inclusive a aplicação desses princípios; também considerados preceitos fundamentais, diretamente, conforme o caso concreto, determinou a necessidade de políticas ou ações de inclusão para grupos vulneráveis e discriminados, como o da pessoa com de deficiência. Assim, era premente e necessário, na seara civil e dos direitos da personalidade, que se revisasse a teoria das incapacidades concebida no Brasil ainda com base no antigo Código Civil de 1916 e que se repetiu no de 2002.

É justamente nesse tom que a LBI, por força da Constituição e da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, trouxe um novo paradigma para a teoria das incapacidades, ao garantir as pessoas com deficiência o reconhecimento de suas habilidades e

capacidades, oportunizando sua autonomia e o seu reconhecimento humano, o que nas legislações anteriores era desvirtuado.

Conforme mencionamos anteriormente, a principal contribuição desta Convenção foi mudar a visão de deficiência do modelo médico para o modelo social dos direitos humanos, no qual a deficiência é resultante de uma equação que tem duas variáveis, quais sejam as limitações funcionais do corpo humano e, as inúmeras barreiras impostas pela sociedade e também pelo ambiente exclusivo ao indivíduo. Assim, o novo paradigma da deficiência baseado nos direitos humanos é o da visão ou modelo social, segundo o qual o ambiente tem influência direta na liberdade da pessoa com limitação funcional, que poderá ter sua situação agravada por conta do seu entorno e não em razão de suas características de per si.

Dentro dessa nova perspectiva, a deficiência não é sinônimo de incapacidade e limitação, fenômenos estes produzidos socialmente, dentro desse contexto, a LBI consagra, a partir de seu art. 84, que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, e somente terá restringido esse exercício de seus direitos por si próprio em situações excepcionais, através da curatela ou do instituto novo da Tomada de Decisão Apoiada.

Dessa forma, esclarece o civilista Nelson Rosenvald<sup>16</sup> que, a teoria das incapacidades não foi eliminada pela LBI, apenas mitigada pela LBI, por força dos princípios oriundos da Constituição e da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

A LBI trouxe nos artigos 114 a 116 profundas modificações substanciais no Código Civil para fazer valer estes novos institutos da capacidade legal e da tomada de decisão apoiada e da nova concepção de curatela. Retirou as pessoas com deficiência, inclusive as mentais e intelectuais, do rol dos absolutamente incapazes, remetendo-os para o rol dos relativamente incapazes, a partir de nova redação do art. 4º combinado com as alterações procedidas nos arts. 3º, 4º, 228, 1518, 1550, 1557, 1767, 1769, 1771 a 1777, todos do Código Civil. Dentro desse contexto, as pessoas com deficiência, ordinariamente, só serão interdidas em relação aos atos negociais e patrimoniais, mantendo-se as faculdades suas para casar, trabalhar, testemunhar, votar e praticar outros atos da vida diária.

Trata-se essa inclusão, porém, de ponto controverso, já que se terá de regulamentar (e.g., em Atos posteriores, tais como Decretos, Portarias, etc.) e tratar (doutrinária e

---

<sup>16</sup> ROSENVALD, Nelson. Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia/c21xn/5679a50c0cf203da56e891f2>>. Acesso em: 11 abr 2016.

jurisprudencialmente) os limites em relação aos quais se deverão incluir e considerar a igualdade entre pessoas com deficiência e pessoas sem essas características. Isto porque uma igualdade “métrica”, sem a consideração das hipossuficiências e características especialíssimas de suas condições poderão fazer com que ocorra uma “inclusão excludente” – seja na prática, seja em âmbito judicial. Há de se compreender que a inclusão da pessoa com deficiência deve significar, também, a consideração de sua característica de “outro” integrado.

O que podemos, preliminarmente, concluir, é que o impacto das mudanças trazidas pelos arts. 84 a 87 e 114 a 116 da LBI, principalmente no Código Civil, trouxe a necessidade de criar novos parâmetros de atuação de juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados e todos os serventuários e envolvidos nos feitos judiciais e extrajudiciais. Esse novo paradigma trazido pela LBI, por força da Convenção Internacional da ONU, da capacidade legal da pessoa com deficiência, traz necessariamente um novo olhar, embasado nos direitos humanos, na dignidade e autonomia/autodeterminação da pessoa com deficiência, privilegiando suas habilidades e capacidades, em vez de seus impedimentos, muito destes provocados pelo meio social e ambiental que o discrimina e limita.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o exposto anteriormente, cabem algumas considerações a título de encerramento do presente trabalho. Inicialmente, é de se salientar que, apesar de a teoria dos sistemas autopoieticos não ser uma teoria humanista (e/ou individualista), trata-se de uma possibilidade muito profícua de observação sociológica do humano em sociedade. Isto porque, apesar de partir da diferença (e não da igualdade) social, não significa que tal diferença seja valorativa, mas apenas analítica, observacional. A diferença a ser estabelecida é entre sistema e ambiente, sistemas biológicos, psíquicos e sociais. Esta diferença faz com que se exclua da teoria da sociedade o humano como unidade, mas que o mesmo seja analiticamente cindido em psíquico e biológico, interagindo na sociedade pela via da linguagem.

Dentre os vários sistemas sociais (embasados na comunicação), emergem aqueles de sentido jurídico (Direito) e de sentido político (Política), dentre vários outros. Cada qual é autopoietico, autoconstruído e autorreferente – ou seja, reproduz-se no tempo e no espaço de acordo com seus próprios parâmetros. Mas, apesar desse fechamento (operativo), há acoplamentos entre tais sistemas. Mormente no que tange à Política e ao Direito, seu mais significativo acoplamento é a Constituição – a qual serve de base tanto para um sistema quanto

para outro (cada qual, obviamente, dotando-a de um sentido diverso). No caso do Direito, os direitos identificáveis numa Constituição são tidos como fundamentais. Já no caso da Política, as mesmas comunicações são dotadas de sentido limitador e instrumental ao mesmo tempo – em outras palavras, o que é comunicado no programa constitucional é observado, pelo sistema da Política, como rol de instrumentos para concretização.

Ao se perceber esta diferença entre comunicação jurídica e comunicação política acerca da Constituição, aliada à renovação da observação do humano em sociedade, pode-se identificar os direitos fundamentais não apenas como direitos humanos incluídos em uma ordem constitucional em específico. Tal compreensão continua tendo valor dogmático específico para a compreensão do jurídico – mas, após sua reconfiguração a partir da teoria dos sistemas autopoieticos, pode-se entender que tanto direitos humanos quanto fundamentais podem ser socialmente entendidos como direitos destinados à inclusão (ou seja, a um comunicar sobre) daqueles que se encontram excluídos dos sistemas (ou seja, acerca daqueles sobre os quais não se comunica).

A não comunicação sobre as diferenças das pessoas com deficiência (ou então, uma comunicação apenas de sentido médico) dos sistemas político e jurídico, em relação aos demais, teve um significado social de exclusão. Contudo, ao serem declarados politicamente (por procedimento de Emenda Constitucional) como direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, criaram-se condições de possibilidade para comunicação mais efetiva dos seus direitos. A instrumentalização pela política, tanto do texto constitucional quanto do pacto internacional (Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência), fez com que esta comunicasse (e reconhecesse) acerca da diferença das pessoas nestas condições para que sobre elas se possam declarar direitos – o que redundou, de modo bastante saliente, na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Sendo assim, pode-se dizer que a hipótese inicial – de que a teoria dos sistemas autopoieticos parte da diferença (e não da igualdade) daquilo que signifique o humano em sociedade, e de que isto auxilie na observação da inclusão dos excluídos nos sistemas sociais – é confirmada. Porém, deve-se observar que, por mais que as condições sintáticas e semânticas para a inclusão da pessoa com deficiência estejam criadas para a atuação dos sistemas da Política e do Direito no sentido de comunicar acerca deste grupo social tradicionalmente excluído, é importante considerar que, pragmaticamente, a sua inclusão é um problema complexo. Para além das comunicações políticas (normas gerais) acerca da inclusão; para além da inserção de novos postulados normativos no programa jurídico brasileiro (a serem interpretadas e julgadas pelos

Tribunais e juízes); é necessário que outros sistemas (Economia, Ciência, Tecnologia, etc.) também sigam comunicando acerca do problema da deficiência (física e mental) não apenas como um problema médico (inclusão após cura), uma externalidade econômica ou fonte de lucratividade.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 13.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. O direito a uma educação inclusiva. In GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seu protocolo facultativo e a acessibilidade**. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate, com colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. 2. ed. Cidade do México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_. **La ciencia de la sociedad**. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura; sob direção de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana; ITESO; Anthropos, 1996a.

\_\_\_\_\_. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jorg. **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996b.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad**. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. **Law as a social system**. Tradução para o inglês de Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

\_\_\_\_\_. **Sistemas sociales: lineamientos para unateoría general**. Tradução para o espanhol de Silvia Pappe e Brunhilde Erker; Coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos In **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 4. Salvador, Bahia, Brasil: outubro/novembro/dezembro de 2005.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia/c21xn/5679a50c0cf203da56e891f2>>. Acesso em: 11 abr 2016.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. 1. ed. Madrid: Alianza, 1992.

SCHWARTZ, Germano. O humano e os humanos nos direitos humanos: Animais, Pacha Mama e altas tecnologias. In SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SEABRA, Robert de Alcântara Araripe; MAIA, Clarissa Fonseca; PALACIOS, Mario Henryke Guerrero. **A Constituição e a suprallegalidade de tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil: uma análise crítica das causas, juridicidade e consequências**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5, Jul.-Dez.2011, p. 274-302.

TEUBNER, Gunther. **The anonymous matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors**. *Modern Law Review*, [S. l.], v. 69, n. 3, p. 327-367, 2006.

*Trabalho enviado em 12 de abril de 2016.*

*Aceito em 09 de junho de 2016.*