IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

PRÁTICAS INCLUSIVAS, DIREITO E REGULAÇÃO NA EUROPA E AMÉRICA LATINA: AS INTERFACES DO DEBATE SOBRE INCLUSÃO E DIREITOS HUMANOS

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

PRÁTICAS INCLUSIVAS, DIREITO E REGULAÇÃO NA EUROPA E AMÉRICA LATINA: AS INTERFACES DO DEBATE SOBRE INCLUSÃO E DIREITOS HUMANOS

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático

de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo “Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – “TTMMs”, o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SEGURIDADE SOCIAL: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NAS DECISÕES DO TRF4 RELATIVAS AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

CONVENTIONALITY CONTROL AND SOCIAL SECURITY: AN ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN TRF4 DECISIONS CONCERNING CONTINUING BENEFIT (BPC)

Isabela Costa Rodrigues
Sidnei Machado

Resumo

O presente ensaio analisa a incidência do mecanismo do controle de convencionalidade nas decisões do Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4), relativo à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir do método de estudo de casos e analisadas 716 decisões da corte de 2010 a 2017. O resultado obtido é uma análise crítica do fundamento das decisões e da argumentação jurídica utilizada pelos magistrados em desacordo com os conceitos e inovações da Convenção.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Estudo de casos, Deficiência

Abstract/Resumen/Résumé

The present study analyzes the incidence of the convention control mechanism in the decisions of the Federal Regional Court of the Fourth Region (TRF4), regarding the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, based on the case study method and analyzed 716 decisions of the from 2010 to 2017. The result obtained is a critical analysis of the basis of the decisions and legal arguments used by magistrates at variance with the concepts and innovations of the Convention.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventionality control, Case study, Disability

1. Introdução

No Brasil existem cerca de quarenta e cinco milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, o que equivale a aproximadamente 23,9% da população brasileira. Também em relação ao cenário mundial, existem cerca de 10% da população que apresenta algum tipo de deficiência, segundo dados da ONU. [1] Nesse contexto foi ratificada pelo Brasil em 2009 a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, ou convenção de Nova York, documento mais protetivo, uma vez que inova ao introduzir um novo conceito de deficiência, que deixa de ser puramente médico e passa a ser social, bem como busca a promoção pela emancipação dessas pessoas.

O controle de convencionalidade, instituto de recente no direito brasileiro é método de aplicação da lei que permite a declaração de invalidade das normas incompatíveis com tratados internacionais, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto), quanto por via de ação direta (controle concentrado ou abstrato) e, assim, adaptar ou conformar atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado (MAZUOLLI, 2013, p. 36).

O que se pretende é analisar esse mecanismo de solução de antinomias, na atuação dos tribunais brasileiros, particularmente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nas decisões judiciais da corte que versam sobre a concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência, a fim de verificar se a corte observa em suas decisões os novos conceitos estabelecidos pela Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, uma vez que ela supera certos conceitos na legislação brasileira precedente. Foram selecionadas e analisadas 716 decisões do TRF4, todas provenientes da quinta e sexta turma da corte, que abrangem o período de 2010 a 2017.[2] Para análise do conteúdo das decisões, foi utilizado o método de estudo de casos, com foco na identificação do posicionamento ideológico das decisões. Já em relação ao fundamento jurídico das decisões, tal quesito fora analisado por

[1] A ONU e as pessoas com deficiência. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/ > Acesso em 27 de out de 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.ContagemPopulacional.Disponívelem:https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm Acesso em 27 de out de 2017.

[2] As decisões foram obtidas por meio de pesquisa no website do Tribunal (www.trf4.jus.br), a partir do mecanismo de busca, com inserção do período e as palavras-chave: pessoa com deficiência e LOAS).

meio da teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick, por meio dos critérios de consequencialismo, universalidade, coerência e consistência das decisões.

2. Aspectos gerais sobre o controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade, pode ser entendido como mecanismo para se realizar a compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Dessa forma, se uma norma infraconstitucional for contrária a outra norma oriunda de um tratado internacional de direitos humanos, deixará de ser válida, embora continue vigente (MAZZUOLI, 2011, p. 116).

Embora tenha nascido em âmbito europeu, foi no contexto americano que o mecanismo se desenvolveu, mais precisamente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cuja Corte Interamericana já se posicionou diversas vezes sobre o tema e também já consolidou jurisprudência.

O mecanismo não se restringe — é fundamental destacar — ao controle das leis simplesmente, mas dos atos administrativos e resoluções judiciais também, ou seja, independe do caráter na norma, (HITTERS, 2009, p.120).

Quanto à terminologia apropriada, embora haja alguma controvérsia quanto à utilização do termo "controle de convencionalidade", autores como Mazzuoli (2011), Alves e Leal (2017) defendem o uso dessa expressão específica, pois por mais que no ordenamento brasileiro os tratados tenham status de normas constitucionais (material e formalmente apenas no caso da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), a expressão controle de constitucionalidade não seria a mais adequada ao caso, visto que os tratados não fazem parte do texto da Constituição em sentido estrito.

Quanto aos modos de exercício do controle de convencionalidade, ele pode ocorrer das seguintes formas: externa (pelas cortes internacionais, que interpretam os tratados) e interna. O controle externo realizado pelas cortes internacionais se dá por meio da análise de casos concretos submetidos à sua apreciação (ALVES; NETO, 2016). Ao proferir sua decisão no caso Almonacid Arellano et al. v.s. Chile de 2006, a corte firmou entendimento de que o controle de convencionalidade por ela realizado tem carácter subsidiário ao controle realizado pelos juízes nacionais, sendo necessários o esgotamento das vias internas antes de chegar a corte interamericana.

Já o controle interno, impõe ao Estado (magistrados e outras autoridades públicas) o dever de verificar a adequação de suas normas à CADH ou outros tratados de direitos humanos,

bem como estar atento à interpretação que a Corte confere a esses diplomas. Logo, os juízes nacionais podem ser considerados "guardiões da convencionalidade das leis" (FERRER MAC-GREGOR, 2011, p. 28). Ainda na perspectiva interna, pode se dar de maneira preventiva (atividades do legislativo e executivo) e também repressiva, como já mencionado, na qual predomina a figura do poder judiciário. Nessa última modalidade, o controle pode se dar por via concentrada (perante o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação das ações diretas de inconstitucionalidade ou das ações declaratórias de constitucionalidade) ou por via difusa, pelos demais tribunais (ALVES; LEAL, 2017, p. 114).

Mazzuoli (2013, p. 38), ao comparar os níveis hierárquicos dos tratados, afirma que aqueles que detentores de nível constitucional serão apenas paradigma de controle difuso de convencionalidade. Já aqueles que possuem equivalência de emenda constitucional, serão paradigma tanto de controle difuso quanto de controle concentrado de convencionalidade. Já os tratados comuns, apenas serão alvo de controle de supralegalidade. Outro ponto relevante e não pacificado sobre o tema é a respeito de quais tratados que são paradigma do controle de convencionalidade. Alguns autores, como Valério Mazzuoli (2011), defendem que todos os tratados de direitos humanos são passíveis de controle de convencionalidade (e os demais tratados comuns sujeitos ao controle de supralegalidade). Por outro lado, Chehab e Lopes (2016, p. 88) entendem que somente seria possível falar em controle de convencionalidade se for relativo à Convenção Americana de Direitos Humanos, visto o Brasil reconhece competência contenciosa apenas à Corte Interamericana.Todavia, esse segundo posicionamento não deve prosperar, visto que a própria corte reconheceu a possibilidade de controle aos tratados distintos da CADH, (GARCÍA, 2016, p. 74; HITTERS, 2009, p. 120). Ferrer MacGregor (2011, p. 29), também no mesmo sentido, defende a existência de um "bloco de convencionalidade", ou seja, deve-se estender o corpus iuris interamericano para incluir também os protocolos adicionais dos tratados, a interpretação dada pela Corte interamericana demais instrumentos internacionais. Assim, nada impede que outros tratados que não a CADH sejam alvo do controle de convencionalidade, tais como as convenções da OIT, cujo controle de convencionalidade vem sendo analisado de forma expressiva pelo Tribunal Superior do Trabalho, bem como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

3. A Convenção Internacional sobre o direito das pessoas com deficiência (CISDPD)

Historicamente as pessoas com deficiência sofrem inúmeras privações e restrições a direitos, inclusive o direito à própria vida. Ao todo, pode-se afirmar que existiram cinco fases

históricas paradigmáticas na luta por seus direitos, são elas a fase de eliminação, assistencialismo, integração, inclusão e emancipação (FONSECA, 2012; FEIJÓ e PINHEIRO, s.d).

Nesse contexto de emancipação, em 2008 as pessoas com deficiência conquistaram um novo instrumento de proteção aos seus direitos, mais inovador e eficaz. Trata-se da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, idealizada pela Organização das Nações Unidas, adotada pela assembleia geral em 13 de dezembro de 2006, aberta para assinatura dos estados em 2007, cuja vigência se iniciou em maio de 2008. Segundo Amita Dhanda (2008) foi um diploma que teve rápido processo tramitação e implementação. Além disso, contou com a participação direta dos afetados.

Os trabalhos de elaboração do texto ocorrem por meio de um Comitê *ad hoc*, composto por 192 países, incluindo o Brasil, cuja participação se deu através da Coordenadoria de Direitos da Pessoa com Deficiência. O Brasil adotou a Convenção em 9 de julho de 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186, sendo incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através do procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, ou seja, equivalente ao rito das emendas constitucionais. Assim, foi o primeiro tratado internacional formalmente incorporado pelo Brasil.

Esse tratado tem grande importância por adotar posições vanguardistas em diversos assuntos, mas principalmente por romper com a tradição assistencialista e paternalista dos diplomas anteriores, a fim de conferir às pessoas com deficiência mais autonomia e reconhecimento da capacidade para gerir suas próprias vidas, uma vez que muitas legislações acabam por suprimir esse direito (ARAÚJO; RUZYK, 2017, p. 231).

Em seus propósitos a Convenção preza pela promoção, proteção e garantia do exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos para todas as pessoas com deficiência, bem como o respeito pela sua dignidade (art. 1º da CSPD). Além disso, ela elenca no art. 3º os seus princípios, que são eles: o respeito pela dignidade e autonomia; a não discriminação; a plena e efetiva participação na sociedade; o respeito pela diferença; igualdade de oportunidades; acessibilidade; igualdade entre os gêneros e o respeito pelo desenvolvimento das crianças com deficiência. Dessa forma, a Convenção foi regida pelo lema “nothing about us without us”, deixando para trás a condição de coadjuvantes antes conferida às pessoas com deficiência (FONSECA,2012.p.47). Além disso, entre as principais inovações trazidas pela convenção encontra-se a redefinição do conceito de deficiência, que deixa de voltar sua atenção estritamente para o indivíduo e seu corpo, para visualizar a deficiência na própria sociedade,

quando esta não propicia meios adequados para inclusão das pessoas. Abandona-se o critério biomédico da deficiência para se adotar o conceito social de deficiência, que se originou nos Estados Unidos e na Inglaterra na década de setenta, decorrente da luta dos movimentos ativistas que lutavam por políticas antidiscriminatórias (Acunã, 2010, apud Feijó e Pinheiro, s.d, p. 14).

A convenção estipulou um novo conceito de deficiência, conforme exposto no artigo 1º [3]do texto. Ao analisarmos essa nova definição, verifica-se que a deficiência constitui apenas um atributo do indivíduo como qualquer outro (etnia, gênero, sexo). Assim o que realmente pesa como fator preponderante para a caracterização da incapacidade é a *interação* que esse indivíduo tem com a sociedade, ou seja, com as possíveis barreiras que podem dificultar a plena participação igualitária no meio social (MAIA; 2013, p. 3).

Outro ponto muito relevante que o referido diploma traz é a autonomia que confere as pessoas com deficiência, reconhecendo que são capazes juridicamente para gerir suas próprias vidas, devendo receber apoio quando necessário, conforme estabelecido pelo art. 12 do texto convencional. É sabido que muitos estados retiram essa capacidade principalmente dos indivíduos que apresentam deficiências intelectuais ou mentais, impedindo que decidam sobre questões contratuais ou matrimoniais, por exemplo. Assim, contrariando essa prática reiterada e reconhecendo o princípio da interdependência, a Convenção estabelece o paradigma da tomada de decisões com apoio, possibilitando que as pessoas com deficiência obtenham o auxílio necessário sem que sejam diminuídas ou menosprezadas (DHANDA, 2012).

Enfim, nas palavras de Dhanda (2008, p. 45), a Convenção "introduziu o idioma da igualdade para conceder o mesmo e o diferente a pessoas com deficiência, reconheceu a autonomia com apoio para pessoas com deficiência e, sobretudo, tornou a deficiência uma parte da experiência humana". Ao incorporar o tratado internacional, que é norma vinculante, o Brasil adquire a obrigação de adotar medidas para fazer valer os preceitos da convenção, no âmbito do poder legislativo, executivo e, sobretudo do judiciário. A convenção elenca no seu art. 4º as obrigações que os estados assumem, são elas: adotar todas as medidas necessárias para coibir a discriminação contra as pessoas com deficiência (administrativas, legislativas ou de qualquer natureza), realizar e promover pesquisas que visem melhor a condição de vida dessa

[3] Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

população, propiciar todas as informações necessárias sobre os seus direitos, propiciar a capacitação dos profissionais que trabalham com pessoas com deficiência.

4. Implicações da CISDPD na legislação brasileira

A incorporação da Convenção ao ordenamento jurídico pátrio, por adotar posições inovadoras, causou forte impacto na legislação vigente sobre o tema da deficiência, revogando aquilo que era incompatível com suas disposições, impactando diversos diplomas legais, principalmente a Lei Orgânica da Assistência Social e o Código Civil, com a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em relação à Lei Orgânica da Assistência social, a maior contribuição da Convenção foi no sentido de revogar os requisitos de incapacidade para o trabalho e vida independente para concessão do benefício de prestação continuada, uma vez que a exigência desses dois critérios para concessão do benefício acabavam por restringir o acesso de muitos indivíduos ao benefício. Essa discussão se iniciou quando a procuradoria geral da república ajuizou em 2009 a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 182, questionando a incompatibilidade dos critérios exigidos no art. 20 da LOAS com o novo conceito oriundo da convenção, sob o argumento de que essas exigências fariam com que as pessoas com deficiência que estivessem inseridas no mercado de trabalho e tivessem uma vida independente pudessem ser excluídas do benefício assistencial. Assim, nas palavras de Feijó e Pinheiro (2013, p. 103), "é lídimo afirmar que a ADPF amolda-se perfeitamente à teoria de controle de convencionalidade das leis desenvolvida por Valério de Oliveira Mazzuoli".

Ocorre que, antes mesmo do julgamento da ADPF, que ainda se encontra pendente, foi editada a Lei 12.435/2011, que alterou o conceito vigente, passando a adequá-lo aos preceitos convencionais. Assim, a Lei 12.435/2011 alterou esse conceito original, adotando a definição social de deficiência, que é entendida como a interação entre impedimentos biológicos e barreiras sociais que podem impedir a inclusão desse segmento populacional.

Com isso, excluem-se da concessão do BPC os requisitos incapacidade para vida independente e para o trabalho, de uma vez por todas. Embora essa alteração legislativa tenha ocorrido, verifica-se que não é seguida quando da concessão do benefício pelo INSS, e também pelo poder judiciário quando da análise de causas que envolvem o BPC.

Além da Lei 12.435/2011, a Lei 12.470/2011 inclui no conceito de deficiência o impedimento de natureza mental, bem como diminui os obstáculos para que as pessoas com

deficiência acessem o mercado de trabalho, uma vez que introduziu o art. 21-A, que estabelece que o BPC não será extinto caso a pessoa comece a trabalhar.

Portanto, conclui-se que os critérios de incapacidade para o trabalho e vida independente foram totalmente superados e elididos da legislação, não devendo ser considerados mais quando da atividade jurisdicional.

Todavia, tal prática ainda ocorre reiteradamente nos tribunais brasileiros, talvez por até mesmo desconhecimento das alterações legislativas trazidas pela Convenção, fato que ora impede o acesso de muitas pessoas ao benefício, ora acaba concedendo-o a quem porventura não necessite

Outra questão polêmica relativa ao benefício de prestação continuada foi definição de incapacidade de longo prazo, resultante da alteração trazida pela Lei 12.470/2011, que inseriu o §10 ao art. 20 da lei 8.742/1993. Desse modo, para que uma incapacidade seja considerada de longo prazo, deve ter uma estimativa de duração de pelo menos dois anos. Ocorre que, antes dessa alteração, aqueles que tivessem uma estimativa de recuperação menor que dois anos não estariam excluídos da concessão do benefício. Dessa forma, criam-se dois sistemas jurídicos diferentes, um para as pessoas que fizeram o requerimento anteriormente ao advento da lei 12.470/2011 e outro para as pessoas que o fizeram depois da vigência da lei (APPIO, 2011, p. 203).

Para Eduardo Appio (2011), a possível fonte inspiradora desse requisito foi o art. 21 da Lei Orgânica da Assistência Social, que prevê que os benefícios assistenciais devem ser revistos em um prazo de dois anos. Todavia, o autor afirma que esse requisito padece de verdadeira inconstitucionalidade material, uma vez que não é fundamentado em nenhum critério técnico, tampouco encontra alguma semelhança com outras legislações estrangeiras. Por conseguinte, trata-se de critério totalmente arbitrário. Outro ponto que o autor ressalta é que quando realiza a revisão do benefício a cada dois anos, cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social provar se o autor persiste ou não a deficiência. Assim, ao condicionar a concessão do benefício à demonstração de uma incapacidade que perdure pelo menos dois anos, estaria transferindo o ônus da prova para a pessoa com deficiência.

Nessa mesma perspectiva também José Ricardo Caetano Costa e Marco Aurélio Serau Jr (2015, p. 99). Os autores defendem que embora seja censurável que a legislação ordinária tenha fixado esse critério temporal, ao menos não restringiu a possibilidade de concessão do benefício àquelas pessoas cuja incapacidade é total é permanente.

Porém, por mais que não restrinja a concessão do benefício aos casos de incapacidade total e permanente, é inegável que a estipulação desse critério temporal vai totalmente contra o objetivo da convenção, que é de expandir o conceito da deficiência, garantindo o direito a uma vida digna e ao mínimo existencial a um maior número de pessoas. Não se pode esquecer que a possibilidade de existirem impedimentos que incapacitam indivíduo que se encontra em estado de miserabilidade, sem que essa situação se estenda por dois anos. Nesse caso, por mais que a pessoa enfrente uma barreira que dificulte sua interação social, poderia não ser considerada uma pessoa com deficiência, por mais grave que seja a sua condição (como uma cegueira temporária ou perda de memória) (RENCK; 2014, p. 151). Assim, conforme Maria Helena Pinheiro Renck (2014, p. 149), essa restrição é totalmente descabida, pois se um impedimento é capaz de obstaculizar a participação social de uma pessoa em igualdade com as demais, já estaria caracterizada a deficiência.

5. Controle de convencionalidade aplicado nas decisões do TRF4 – análise de resultados

Esta parte final do ensaio se reserva à análise dos dados obtidos a fim de verificar se houve a realização do controle de convencionalidade pela corte. Trata-se de um estudo de casos em que foram levantadas 716 decisões do TRF4, no período entre 2010 a 2017, que tratassem da concessão do benefício assistencial à pessoa com deficiência. Desse montante foram excluídas aquelas em que o tema da deficiência não fizesse parte da controvérsia ou que já fora discutido em outro momento. Logo, foram excluídas 144 decisões, restando apenas 572 acórdãos que efetivamente tratavam do tema em discussão, todos provenientes da quinta e sexta turma da corte.

Para levantamento dos dados, foi utilizado o próprio Portal do Tribunal Regional da Quarta Região, buscando-se pelos termos “condição de deficiente” e “LOAS”, selecionados por ementa. Para análise do fundamento jurídico das decisões foram utilizados alguns critérios da teoria de argumentação jurídica de Neil Maccormick, sendo eles consistência, coerência, universalidade e consequencialismo das decisões.

A sexta turma do TRF4, em seu modelo padrão de decisão dos casos de benefício assistencial, ressalta que a corte consolidou uma interpretação condizente com a dignidade da pessoa humana, com a finalidade de assegurar a concessão do benefício ao maior número de necessitados. Além disso, estabelece que a pessoa com deficiência não apenas é aquela que possua uma vida vegetativa ou seja incapaz de locomoção; incapacidade de se expressar;

incapacidade de realizar atos básicos da vida (higiene, vestir-se, comer, entre outros) e dependência do auxílio de terceiros.

Em seguida, menciona que o Brasil ratificou a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, com status de emenda constitucional, ampliando a abrangência da proteção e garantia de direitos fundamentais a quem se encaixe nessa categoria. Após, cita as mudanças que a implementação do tratado realizou na Lei 8.742/1993, por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Lei 12.471/2011, que adequou o conceito de deficiência para aquele estabelecido pela convenção.

E por último, porém não menos importante a própria fundamentação padrão das decisões menciona que o conceito de deficiência não se restringe mais à incapacidade para o trabalho e para a vida independente, conforme se lê de trecho das decisões analisadas:

> Com da mera incapacidade para o trabalho e para a vida independente - abandonando critérios de análise restritivos, voltados ao exame das condições biomédicas do postulante ao benefício - para se identificar com uma perspectiva mais abrangente, atrelada ao modelo social de direitos humanos, visando a remoção de barreiras impeditivas de inserção social.
>
> Nesse contexto, a análise atual da condição de deficiente a que se refere o artigo 20, da LOAS, não mais se concentra na incapacidade laboral e na impossibilidade de sustento, mas, senão, na existência de restrição capaz de obstaculizar a efetiva participação social de quem o postula de forma plena e justa (grifos nossos).

Portanto, fica evidente que o modelo padronizado de decisão da sexta turma diz não mais entender a incapacidade para o trabalho ou vida independente como únicos critérios caracterizadores da deficiência.

A quinta turma, por sua vez, iguala explicitamente a incapacidade de longo prazo estabelecida pela convenção com a incapacidade para o trabalho e vida independente, vejamos:

> O direito ao benefício assistencial pressupõe o preenchimento dos seguintes requisitos: a) condição de deficiente (incapacidade para o trabalho e para a vida independente, de acordo com a redação original do art. 20 da LOAS, ou impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme redação atual do referido dispositivo) ou idoso (neste caso, considerando-se, desde 1º de janeiro de 2004, a idade de 65 anos); e b) situação de risco social (estado de miserabilidade, hipossuficiência econômica ou situação de desamparo) da parte autora e de sua família.

Assim, curiosamente, mantém em suas decisões uma insustentável convivência entre dois conceitos antagônicos, sendo o primeiro já revogado pela redação atual da LOAS. Além disso, quando cita a o art. 20 da Lei 8.742/1993, o faz alterando visivelmente sua redação,

inserindo no §10 que uma pessoa incapaz é aquela que se encontra impedida de realizar atividades remuneradas:

> 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.(...)
>
> § 2o Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> (...)
>
> § 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2o deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.
>
> Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa com deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, ou seja, aquela portadora de incapacidade que impede o exercício de atividade remunerada, o que deve ser analisado à luz do caso concreto (...)

Embora as turmas destaquem na fundamentação das decisões que se valem dos conceitos oriundos da Convenção, verifica-se que na prática ainda julgam o tema da deficiência com base no critério revogado, utilizando como parâmetro se a pessoa está incapaz para a vida independente e para o trabalho.

6. Análise do fundamento das decisões – Critérios de Maccormick

Analisados os principais fundamentos das decisões de ambas turmas, conclui-se que elas não atendem aos principais critérios da teoria da argumentação jurídica proposta por Maccormick.

Em primeiro lugar, ferem o critério da consistência, uma vez que o fundamento das decisões viola o direito vigente, visto que a Convenção revogou o conceito anterior da LOAS.

Em relação ao requisito da coerência, é possível afirmar que o critério da incapacidade para o trabalho e para vida independente, na sua forma da redação original do art. 20 da lei 8.742/1993 (que continua sendo aplicado), padece de incoerência normativa, visto que ao ser submetido aos valores e princípios que fundamentam a Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência, acaba por restringir a participação e inclusão social dessas pessoas, bem como o direito a uma condição de vida digna, como estipulado pelo art. 28 da Convenção.

Quanto ao quesito da universalidade, as decisões da corte também não o cumprem, uma vez que um único critério de avaliação de deficiência não pode ser estendido para todos os tipos de impedimentos existentes. Não se pode comparar e igualar, por exemplo, a limitação

decorrente do estigma social vivida por um portador de HIV e uma pessoa que sofreu um trauma ortopédico.

O último critério proposto pelo autor, o consenquencialismo das decisões, resta não atendido, uma vez que as decisões não levam em consideração que se valem de argumentos restritivos aos direitos das pessoas com deficiência e, assim, dificultam a efetivação de seus direitos fundamentais.

Destaca-se que o posicionamento ideológico das decisões se fundamenta na centralidade do trabalho como fator determinante para caracterização da deficiência. Então, podemos concluir que o raciocínio que está por trás das decisões judiciais é um reflexo da sociedade capitalista em que os magistrados estão inseridos. Observa-se que o posicionamento ideológico da corte nesses casos reflete questões normativas (valores que deseja promover) e econômicas que são fruto da centralidade do trabalho para a caracterização da deficiência (BATISTA, 2015), de acordo com uma típica sociedade em que a força de trabalho é tida como mercadoria passível de troca por remuneração.

7. Considerações finais

O objetivo do presente ensaio foi analisar o recente tema do controle de convencionalidade não somente na sua perspectiva teórica, mas também em sua dimensão prática. Para isso, foi adotado como objeto de análise a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CISDPD) e o controle de convencionalidade realizado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região a respeito desse tratado nas decisões que envolvem o benefício de prestação continuada no período de 2010 a 2017, conforme o método de estudo de casos.

Assim, verificou-se que o novo conceito social de deficiência oriundo da convenção não é observado nas decisões da corte, que insiste em se valer de um critério já superado para julgar os casos que tratam do requerimento do BPC e, dessa forma, não realiza o controle difuso de convencionalidade, que obriga os magistrados a afastarem a incidência de normas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos. O presente trabalho também realizou algumas reflexões sobre o fundamento jurídico das decisões da corte, que revelam a forte presença de uma justiça opinativa, marcada por argumentos de autoridade e situada em uma zona de autarquia. Além disso, foi observado que a fundamentação das decisões não se enquadra nos critérios de justificação proposto por Neil Maccormick, quais sejam: universalidade, consistência, coerência e consequencialismo.

Referências Bibliográficas

ALVES, Felipe Dalenogare; VASCONCELOS NETO, Leopoldo Ayres de. O controle de convencionalidade dos atos do poder público como instrumento à tutela multinível dosdireitoshumanos.2016.Disponívelem<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/xy6mqj74/et0i5356/mQSm78bfQ3KPa879.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme et al (Org.). Controle de convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Cap. 6. p. 182-212.

ARAUJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, [s.l.], v. 18, n. 1, p.227-255, 14 jun. 2017.

BATISTA, Flávio Roberto. Uma contribuição ao estudo da assistência social à pessoa com deficiência: Trabalho e eficiência no modo de produção capitalista. In: SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio et al. Benefício Assistencial: Lei 8.742/1993: Temas Polêmicos.São Paulo: Ltr, 2015. Cap. 2. p. 24-31.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República(SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência(SNPD). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas comDeficiência.Disponívelem:<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2017.

CARNOTA, Walter F.. La diferenciacion entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, n. 15, p.51-66, 2011.

COSTA, José Ricardo Caetano; SERAU JUNIOR, Marco Aurelio. Perícia Biopsicossocial: o bom exemplo que vem da Lei Orgânica da Assistência Social. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio et al. Benefício Assistencial:Lei 8.742/1993: Temas Polêmicos.São Paulo: Ltr, 2015. Cap. 11. p. 94-105.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 8, n. 5, p.43-59, jun. 2008.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro. A convenção da ONU sobre o direito das pessoas com deficiência e seus efeitos no direito internacional e brasileiro. XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF, Niterói, p. 229-246, 2012.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. O controle de convencionalidade e a Convenção da ONU dobre os direitos das pessoas com deficiência: o caso da ADPF 182-0/800-DF. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 6, n. 3, p.1-18, 2013.

FONSENCA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: um ato de coragem. Revista do Trt da 2º Região, São Paulo, n. 10, p.37-77, 2012.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoria del control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Talca, v. 1, n. 14, p.61-94, 2016.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación: (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Estudios Constitucionales, Talca, v. 2, n. 7, p.109-128, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. Revista de Investigações Constitucionais, [s.l.], v. 4, n. 1, p.109-128, 16 fev. 2017.

LOPES, A.m. D'Ávila; CHEHAB, I.m.c.v.. Bloco de Constitucionalidade e Controle de Convencionalidade: Reforçando a Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. Revista Brasileira de Direito, [s.l.], v. 12, n. 2, p.82-94, 18 dez. 2016. Complexo de Ensino Superior Meridional S.A.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional. Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, n. 4, p.1-29, 2011.

MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. Revista da AGU, Brasília, v. 12, n. 37, p.289-306, jul./set. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme et al (Org.). Controle de convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Cap. 1. p. 4-54.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 176 p.

RENCK, Maria Helena Pinheiro. Restrições legais a direitos humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. 2014. 192 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2014.