

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS: *THE CAPABILITY APPROACH*¹

PEOPLE WITH DISABILITIES AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS: THE CAPABILITY APPROACH

Carlos Luiz Strapazzon²

Pós-Doutorando em Direito – PUC/RS

Maria Helena Pinheiro Renck³

Mestranda em Direitos Fundamentais – PPGD – Unoesc

RESUMO: A *Capability Approach* pode ser considerada uma nova abordagem ao problema da justiça e dos direitos fundamentais. Seu objeto central, no entanto, não são os procedimentos, mas a pessoa. É uma alternativa, assim, às tradicionais teorias contratualistas e utilitaristas de matriz liberal. Este

¹ Este trabalho foi elaborado como parte do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais da Seguridade Social no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Os autores agradecem os comentários recebidos dos pesquisadores do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais do PPGD da Unoesc. Agradecem também ao Professor Doutor Ravi Malhotra, da *Faculty of Law, University of Ottawa*, pelas sugestões de fontes e material enviado e por ter intermediado contato com os professores Doutores Christopher A. Riddle, da *Utica College, New York*, e Francisco Ortega da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, aos quais se estende também especial agradecimento pelas sugestões e materiais fornecidos. Da mesma forma, o agradecimento é estendido aos colegas Noemia e Cesar Strapazzon, da *Augsburg College, Minneapolis*, pela busca das fontes em suas bases de pesquisa e pelo envio dos materiais, todos de extrema importância para a elaboração deste texto e para a dissertação de mestrado sobre direitos fundamentais das pessoas com deficiência que está em fase de elaboração. Esta pesquisa recebe apoio financeiro do Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior – FUMDES, coordenado pela Secretaria de Estado da Educação – SED, de Santa Catarina.

² Doutor em Direito (UFSC). Professor do PPGD – Unoesc. Mestrado em Direitos Fundamentais. Coordenador do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais de Seguridade Social no PPGD – Unoesc. Editor-Chefe da Espaço Jurídico *Journal of Law [EJLL]* – Qualis B1. Professor de Direito Constitucional da Universidade Positivo (UP). *E-mail:* strapazzon.carlos.luiz@gmail.com.

³ Especialista em Direito Previdenciário. Especialista em Direito Constitucional e Novos Direitos. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais do PPGD – Unoesc. Integrante do Núcleo de Pesquisas em Desenvolvimento Regional – NPDR/FURB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Sócia do Escritório Pinheiro & Renck Advogados Associados, Maravilha/SC. *E-mail:* mariahelena@mhnet.com.br, mhpinheirorenck@gmail.com.

artigo se concentra nas pessoas com deficiências e oferece uma revisão dos escritos de Martha Nussbaum. A *abordagem das capacidades* de Nussbaum sustenta que cada pessoa deve ter os meios para alcançar e desenvolver suas capacidades essenciais. Isso é condição de dignidade. As políticas públicas devem priorizar, portanto, a promoção das *capacidades* das pessoas, o que obviamente inclui as pessoas com deficiência. É uma abordagem que realça o conceito de deficiência do modelo social e substitui, assim, o modelo médico tradicional. Neste artigo sustentamos que esse modelo teórico tem especial utilidade para a interpretação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A deficiência, nessa linha interpretativa, resulta de barreiras sociais e de atitudes sociais cristalizadas. E sociedades justas devem removê-las. A *Capability Approach* desenvolveu um enfoque social das *capacidades* e mostra-se adequada, portanto, a servir de marco teórico aos estudos relacionados aos direitos sociais das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: *Capability approach*; pessoas com deficiência; dignidade da pessoa humana; seguridade social.

ABSTRACT: *The Capability Approach may be considered a new theoretical approach to the problem of justice and fundamental rights. Its main theme, however, are not procedures, but the persons. Therefore, as far as we can see, it is an alternative to the traditional contractualism and utilitarian theories that stem from liberal matrix. This article focuses on people with disabilities and offers a review of some Martha Nussbaum's writings. This specific capabilities approach argues that each person should have the means to achieve and develop their core capabilities. This condition is to dignity. Public policies should therefore prioritize the promotion of people's capabilities, which obviously includes people with disabilities. It is an approach that emphasizes the concept of the social model of disability and thus replaces the traditional medical model. In this article we argue that this theoretical model is especially useful for the interpretation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A deficiency in this line of interpretation, results of social barriers and social attitudes as well. Hence, fair societies ought remove them. In so far as the Capability Approach has developed a social focus to Capabilities it proved to be adequate, therefore, to serve as a theoretical framework to better understand the scope of people's with disability social rights.*

KEYWORDS: *Capability approach; persons with disabilities; human dignity; social security.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As pessoas com deficiência e as teorias de justiça; 2 Direitos fundamentais e as capacidades básicas; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 People with disabilities and theories of justice; 2 Fundamental rights and basic capabilities; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O tema deste artigo é a *Capability Approach*, segundo o enfoque de Martha Nussbaum. Interessa, especialmente, o modo como ela aborda direitos das pessoas com deficiência. O texto é, contudo, resultado de uma primeira análise dessa teoria pouco difundida nos estudos jurídicos do Brasil. Não obstante, é um enfoque teórico que tem fomentado discussões ao redor do mundo por mostrar-se como uma boa alternativa às tradicionais teorias contratualistas e utilitaristas da justiça, dada a sensibilidade ao conceito de pessoa. Quais nuances a diferenciam das demais e, especificamente, qual é o modo pelo qual aborda a questão das pessoas com deficiência é o problema deste texto. Assim, o objetivo é realizar uma incursão introdutória à *Abordagem das Capacidades*, de Martha Nussbaum, especificamente em relação ao modo como trata da questão das pessoas com deficiência, a partir dos seguintes aspectos básicos: (i) o que vem a ser a *Capability Approach*; (ii) as diferenças no enfoque de Amartya Sen e Martha Nussbaum; (iii) a ênfase dada por Martha Nussbaum; (iv) qual o tratamento dado por Nussbaum às pessoas com deficiência; e, por fim, (v) as relações dessa abordagem teórica com a nova concepção de pessoa com deficiência contida na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Para melhor compreensão do tema proposto, o artigo foi dividido em três seções, além desta introdução. A primeira liga a questão das pessoas com deficiência às teorias de justiça. A segunda parte destina-se ao aprofundamento de aspectos específicos da *Capabilities Approach* pelo enfoque de Martha Nussbaum, em especial ao modo como trata a questão das pessoas com deficiência e suas conexões com a nova concepção de pessoa com deficiência. A última parte traz algumas considerações finais.

1 AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS TEORIAS DE JUSTIÇA

Cerca de 15% da população mundial é composta por pessoas com algum tipo de deficiência, o que equivale a cerca de 1 bilhão de pessoas (United Nations, 2013). Destas, aproximadamente 2,2% (154.000.000) experimentam algum tipo grave de deficiência (Who, 2011, p. 8). É um número expressivo, historicamente tratado por meio de segregação e caridade em vez de políticas públicas e direitos específicos. Seja por medo, vergonha ou por ignorância de como lidar com a situação das pessoas com deficiências, é bem conhecida a história das práticas de isolamento e de eliminação de seres humanos que se afastam do *standard*. Pessoas com deficiência têm sido estigmatizadas por medidas de marginalização

de toda ordem, limitadas a uma convivência social familiar e, ainda assim, com privações. Esse modelo de enfrentamento do tema por via do segregacionismo e privação será aqui denominado como o paradigma da marginalização (Silva, 2013, p. 75).

Com os milhares de soldados e civis mutilados em campos de batalhas, de forma especial durante e após a Segunda Guerra Mundial, aumentou a pressão para a alteração do paradigma da marginalização em direção a um novo modelo, baseado na inclusão. Expressiva importância assumem, nesse contexto novo, os movimentos pelos direitos humanos, aos quais se somaram, progressivamente, os de afirmação dos direitos das pessoas com deficiência. Pode-se dizer que o surgimento da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, forjou um novo marco em relação a isso, que é o novo conceito de pessoa, de extrema importância para essa virada de paradigma: trata-se da conexão entre o direito universal de todos serem tratados como pessoas, isto é, como sujeitos de igual *status moral* e o conceito de *dignidade*. No entanto, ainda levaria um tempo para que as pessoas com deficiência viessem a ser consideradas sujeitos de direitos humanos e, nessa medida, levadas a sério como pessoas portadoras da dignidade de idêntico *status moral*.

A mais importante inovação, nesse contexto, materializou-se na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências e seu Protocolo Facultativo, em vigor desde 3 de maio de 2008. Esta Convenção representou o resultado de vários anos de negociações internacionais, movidas por uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 19 de dezembro de 2001. Constitui o primeiro Tratado da ONU, no século XXI, e o oitavo maior Tratado de Direitos Humanos da ONU. Trata-se de um documento cujo objetivo é o de orientar as práticas dos países na promoção da igualdade das pessoas com deficiência em diversas áreas, garantindo-lhes direitos de proteção, autonomia, independência, direito à escolha, ao acesso e participação social, além de direitos culturais e sociais (Malhotra e Hansen, 2011, p. 74).

Como se depreende, o surgimento dessa Convenção é o resultado objetivo da necessidade histórica de ser estabelecido um novo consenso em torno do modo adequado de respeitar e proteger a pessoa com deficiência. Representa o surgimento de uma consciência internacional do valor humano de *todas* as pessoas.

Presume-se que os contextos culturais e sociais determinam, em alto grau, a visão que se tem das relações sociais, influenciam a modelagem das teorias sociais e, especialmente, a construção de teorias de justiça, as quais, por sua vez,

conformam a imagem da boa sociedade, de seus componentes e dos princípios políticos que nela devem prevalecer (Nussbaum, 2013, p. 4-5). Tendo em conta estes aspectos, a histórica falta de atenção das teorias do direito e das teorias da justiça para com as pessoas com deficiência pode ter influenciado algumas teorias jurídico-filosóficas tradicionais, como as de matriz contratualista, a qual pouco tem a dizer sobre como essas pessoas participam, legitimamente, do contrato social (Hartley, 2011, p. 120). Como tais teorias são, a um só tempo, o reflexo e a inspiração de uma sociedade, o silêncio dessas abordagens teóricas também instigou, por longo interregno, o silêncio da sociedade e dos governos em relação à garantia dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto, propriamente, sujeitos de direitos fundamentais.

No entanto, ao que parece, também em decorrência dos movimentos civis para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência e da pressão dos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos, muitas questões teóricas ligadas ao tema foram revistas. Frutificaram discussões acerca da necessidade de uma nova teoria de justiça social que viesse abranger e atender também as necessidades e os interesses das pessoas com deficiência. É nesse cenário que ganha destaque a *Abordagem das Capacidades*, de Martha Nussbaum, a qual oferece um enfoque analítico e normativo alternativo, e, ao que tudo indica, também superior aos tradicionais modelos contratualistas e utilitaristas, devido à sensibilidade para com a diversidade das pessoas e ao seu alcance para explicar o direito e o dever de proteção das pessoas com deficiência (Hartley, 2011, p. 120).

1.1 A ORIGEM: UMA ALTERNATIVA AO UTILITARISMO

A *Capability Approach* é, em primeiro lugar, uma alternativa aos modelos econômicos de avaliação da qualidade de vida, ou seja, daqueles modelos de análise que se restringem ao conceito de Produto Interno Bruto *per capita*. Tais modelos, utilitaristas, equiparam o aumento da qualidade de vida ao desenvolvimento e crescimento do PIB (Nussbaum, 2013, p. 347-9; Dixon e Nussbaum, 2012, p. 556). Para os defensores da *Capability Approach*, o utilitarismo é um modelo deficiente, uma vez que negligencia a distribuição de riquezas nas camadas da população e dissimula desigualdades, de forma que nações que alcançam médias altas podem, na verdade, caracterizar-se por desigualdades sociais abissais, não captadas pela estatística tradicional sobre seu desenvolvimento. As abordagens utilitaristas falham em um ponto essencial: não consideram, de forma individualizada, aspectos necessários a uma vida digna. Muitos dos quais, como se sabe, não estão necessariamente ligados à renda e

riqueza, tais como a saúde, a educação, a liberdade de escolha, os direitos e as liberdades políticas (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 556). Entretanto, a consideração desses fatores ligados diretamente à qualidade de vida, ao bem-estar e às liberdades das vidas humanas é indispensável para um adequado entendimento do desenvolvimento humano (Sen, 2011, p. 259). As análises utilitaristas, assim, só se justificam se não se restringissem a medir *quanto se produz*, mas como o que é produzido repercute na vida das pessoas. Essa também é a concepção de Riddle (2013, p. 154), para quem o que realmente importa é o que as pessoas “são capazes de fazer com os recursos à sua disposição, e não simplesmente quais são os bens dos quais podem se valer”.

Esse espírito anima a ideia fundamental da *Abordagem das Capacidades*. É, em grandes linhas, exatamente o que foi exposto com clareza muito antes de se produzir alguma bibliografia a respeito, no primeiro Relatório do Desenvolvimento Humano do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, em 1990, pelo economista paquistanês Mahbub ul Haq. É dele a internacionalmente repetida afirmação segundo a qual a verdadeira riqueza de um país são as *pessoas* e, portanto, o que importa ao desenvolvimento de uma nação é proporcionar-lhes um ambiente ideal para viverem vidas longas e boas (UNDP, 1990, p. 9). Ele ressaltou que as estatísticas para avaliar o aumento do Produto Interno Bruto (PIB) e o crescimento de um país podem ofuscar que o objetivo do desenvolvimento são as pessoas. Isso acontece porque os números obtidos não mostram a forma como acontece a distribuição da renda nacional, nem captam a complexidade das atividades humanas relacionadas com seu bem-estar. As pessoas valorizam outras coisas que não se revelam nas medidas da renda ou de crescimento, tais como “melhores serviços de nutrição e de saúde, um maior acesso ao conhecimento, meios de subsistência mais seguros, melhores condições de trabalho, de segurança contra o crime e a violência física, horas de lazer, participação nas atividades econômicas, culturais e políticas de suas comunidades”. Obviamente, e é inegável, compreensível, que as pessoas buscam obter maior renda. No entanto, resalta Haq, a renda não significa a totalidade da vida humana (UNDP, 1990, p. 9). Ora, se a riqueza de um país são suas pessoas, o objetivo do desenvolvimento de qualquer país, antes do acúmulo de riquezas, deve ser o de propiciar oportunidades efetivas de uma vida digna a todos os seus cidadãos (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 557). Foi esse o mote que guiou a concepção e a elaboração da *Abordagem das Capacidades*, uma nova forma de análise da qualidade de vida e dos níveis de justiça proporcionados pelas sociedades aos seus cidadãos (Nussbaum, 2013, p. 89).

1.2 A IDEIA-CHAVE

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

Segundo esse entendimento, o desenvolvimento de uma pessoa só é possível se ela tiver liberdade para escolher como viver, e mais, se ela dispuser de condições que lhe permitam desenvolver plenamente suas capacidades para ser e fazer o melhor que puder para dar forma à sua própria vida. Essa ideia de desenvolvimento pessoal equipara-se ao do dever da sociedade de, ao menos, remover as barreiras que impedem ou diminuem as suas possibilidades de escolha. Dessa forma, a abordagem das capacidades, especialmente a partir do enfoque teórico de Martha Nussbaum, refere-se à criação das condições necessárias à liberdade de escolha, oportunidades reais de vida boa, enquanto direito individual (Nussbaum, 2010). Essas oportunidades reais devem ser analisadas, portanto, tendo em conta o “princípio de cada pessoa como fim”, ou seja, para cada pessoa, não bastando que se garanta a capacidade apenas a um grupo entre tantos, ou a uma família entre tantas, ou a uma região entre tantas (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 557).

A partir da constatação da pobreza e das desigualdades globais, e das considerações e estudos acerca do conceito e âmbito das capacidades, a *Abordagem das Capacidades* se apresenta como instrumento teórico e normativo de superação de desigualdades. É uma oposição à falta de justiça no sistema econômico global, que tem mantido a distância entre ricos e pobres (Alonso, 2011, p. 169), o que assinala sua importância como um olhar inovador no âmbito da distribuição de riquezas (Fascioli, 2011).

Nessa linha, a *Capability Approach* considera e avalia os arranjos sociais, a concepção de políticas públicas e de propostas de mudança social, dedicando-se aos aspectos relativos ao desenvolvimento e à justiça (Robeyns, 2011). Sem restringir-se à avaliação da qualidade de vida das pessoas, preocupa-se também com os objetivos e ações político-sociais que podem proporcionar qualidade de vida (Bloodworth, 2006, p. 59). Ao desenvolver estruturas de oportunidades reais, o Estado pode propiciar os meios indiretos para a concretização de direitos humanos fundamentais e para o desenvolvimento social graças ao conjunto de

objetivos e princípios eticamente amplos. Entre estes, o principal é a promoção da dignidade da pessoa humana (Alonso, 2011, p. 175).

Essa *abordagem* tem abalizado análises atinentes à “ética, filosofia, política, economia e políticas sociais, entre outras”, especialmente na análise de questões sociais de campos diversos, tais como as relacionadas às diferenças de classes, saúde, desenvolvimento e seguridade social (Ribeiro, 2007). Pode fundamentar desde pesquisas comparativas, informando aspectos relevantes a serem verificados na análise do bem-estar e do desenvolvimento humano, subsidiando as comparações de bem-estar, até abranger considerações normativas e valores como a eficiência e a equidade processual. Para além disso, a abordagem tem potencial para substituir as tradicionais metodologias de avaliação de custo benefício e para fundamentar a formulação e avaliação de políticas públicas de desenvolvimento social (Robeyns, 2011).

1.3 OS MAIS DESTACADOS EXPOENTES TEÓRICOS

A exigência de oportunidades reais é um dos aspectos centrais da *Abordagem das Capacidades*. Essa premissa, na realidade, remonta à concepção aristotélica de uma vida boa e decente, como aquela que decorre de uma adequada ordenação de diversos bens (Barden, 2010, p. 39). Outra ancoragem aristotélica é a ideia de que o homem é um *zoon politikon*, ou seja, que só se realiza em suas relações com os demais e cuja dignidade lhe é inerente (Nussbaum, 2013, p. 104-6).

Há, por outro lado, pontos da fundamentação da *Capability Approach* que se conectam (seja por afinidade ou por contraste) às ideias de outros teóricos sociais, tais como Marx, Adam Smith, Kant e Rawls (Nussbaum, 2013, *passim*). Os mais conhecidos representantes da teoria social das capacidades, ou abordagem das capacidades ou ainda enfoque das capacidades, são Amartya Sen e Martha Nussbaum, ainda que com nuances um pouco diversas (Robeyns, 2011). Eles representam, respectivamente, as faces da economia e do pensamento social político dessa teoria dos bens fundamentais (Bloodworth, 2006, p. 58). Enquanto o enfoque dado por Amartya Sen é centrado na economia, voltado à “mensuração comparativa da qualidade de vida” com acentuada preocupação com a justiça social, o de Nussbaum “fornece a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer” (Nussbaum, 2013, p. 84). Ela busca desenvolver uma teoria de justiça social a partir da concepção da dignidade humana (Dixon e Nussbaum,

2012, p. 557; Blooworth, 2006, p. 58). Segundo a própria Martha Nussbaum, a diferença básica de seu enfoque em relação ao de Sen é a busca de respostas para problemas diversos. Enquanto Sen concentra-se em comparar a qualidade de vida nas várias nações, buscando o melhor espaço para a comparação, ela desenvolve uma teoria do direito, isto é, de direitos básicos indispensáveis à justiça (Nussbaum e Faralli, 2007, p. 149). “Estou construindo uma teoria (parcial) de justiça social, uma relação de direitos básicos, sem os quais nenhuma nação (ou ordem mundial) pode reivindicar a justiça” (Nussbaum e Faralli, 2007, p. 149).

E, de fato, a *Capability Approach* de Nussbaum tem sido considerada como uma nova teoria de justiça (Ribeiro, 2007). Aqueles que não concordam inteiramente com isso, como Robeyns (2011), entendem que, ao menos, no âmbito da filosofia moral e política essa abordagem é considerada uma teoria contemporânea acerca do bem-estar individual e social (Robeyns, 2011).

1.4 FUNCIONALIDADES E CAPACIDADES

Dois são as categorias conceituais de importância central na base conceitual da *Abordagem das Capacidades*. São as categorias analíticas de (a) funcionalidades e (b) capacidades (Riddle, 2013, p. 155). As *funcionalidades*, segundo sua origem na construção de Amartya Sen, representam o modo de ser e de agir de uma pessoa específica. Sen define as funcionalidades como *modos de agir (doings)* e *modos de ser (beings)* (Sen, 1989, 43), pois a vida de uma pessoa é a combinação de várias *funcionalidades* (Sen, 1989, 44). Por isso, “uma funcionalidade é uma realização de uma pessoa: o que ele ou ela consegue fazer ou ser, e qualquer *funcionalidade* reflete, por assim dizer, uma parte do estado da pessoa” (Sen, 1989, 44). Já “a *capacidade* de uma pessoa é uma noção derivada. Ela reflete as várias combinações de funcionamentos (modos de agir e de ser), que alguém pode realizar, [...] reflete a liberdade de uma pessoa de escolher entre diferentes modos de vida” (Sen, 1989, 44). As *funcionalidades*, assim, podem ser banais (como estar bem nutrido, escovar os dentes com um determinado creme dental) ou não (como *jejuar* por motivos de fé, ser *religioso*, ser *empreendedor*). A vida humana, para a abordagem das *capacidades*, deve ser analisada como uma combinação não só *funcionalidades*, mas de *funcionalidades* e de *capacidades*, pois o que pode determinar, por exemplo, se uma pessoa tem, realmente condições de sobreviver por longo tempo não depende, exclusivamente, de suas *funcionalidades*, mas também das opções – de margem de liberdade de escolha – que estão ao seu alcance. Por isso, se as mulheres de países pobres parecem

ter mais habilidades para sobreviver do que os homens de países pobres, não parecem ser mais hábeis quando comparadas com os homens dos países ricos.

Assim, por esta face, a relevância das *funcionalidades* para o bem-estar reside nos papéis que uma pessoa desempenha e que variam desde as mais elementares (como manter a vida, a integridade física e a saúde, possuir mobilidades, estar bem nutrida) até os mais complexos, como ser feliz, autorrespeitar-se, estar socialmente incluída, não ser submetida a situações vexatórias, participar da sociedade (Alonso, 2011, p. 174-5). As *capacidades*, nesse contexto, são os meios, ou seja, as liberdades e oportunidades necessárias para melhor desenvolver as *funcionalidades* de uma pessoa.

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

As capacidades, nesse sentido de Sen, podem ser definidas como liberdades substantivas. O foco nas soluções simplistas baseadas exclusivamente em *aumento de renda per capita* foi deslocado, então, para oportunidades individuais de cada um satisfazer, em sua diversidade, seus fins (Sen, 2011, p. 267).

Observa-se que parte das críticas a essa concepção de Amartya Sen ocorre por que ele não coloca um limite claro entre *capacidades* e *liberdades*. A capacidade é concebida como *estar livre*, em termos gerais, como livre da fome, da miséria, de doenças. As *capacidades* equiparam-se a uma *capacidade de algo*. Assim, os indivíduos não têm que ser iguais em recursos, mas em *capacidades*, pois é assim que conseguem desenvolver suas *funcionalidades* para agir em múltiplas situações. Capacidades e bem-estar, assim, parecem se equivaler (Alonso, 2011, p. 176).

Já na orientação de Nussbaum, as *capacidades* são abordadas em sentido jurídico, como sinônimo de *direitos*, derivados da ideia das capacidades individuais, com as quais se alcança o pleno bem-estar, aquilo que a pessoa

pode *realmente* ser ou fazer. Martha previu uma lista de capacidades básicas, direitos essenciais, por seu particular interesse na adequação de seu discurso ao direito constitucional (Nussbaum, 2010). A grande vantagem da teoria de Martha Nussbaum é a objetivação das ideias em termos de discurso conceitual jurídico, ou seja, a conversão das ideias em termos técnicos do campo dos direitos fundamentais. Para Nussbaum, o que é significativo são as capacidades e não as funcionalidades, pois lhe importa que a pessoa tenha oportunidades, possibilidade de escolher como alcançar e conduzir uma vida digna (Nussbaum, 2013, p. 98). Saliente, por conseguinte, que o enfoque das capacidades não pode ser entendido tão somente como o potencial que a pessoa tem de desenvolver certas habilidades. Na verdade, o desenvolvimento das *capacidades* também depende de medidas estatais, políticas públicas adequadas, o que tornaria até o termo “capacitação” mais adequado (Nussbaum, 2013, p. 6).

Logo se vê que, tanto para Sen quanto para Nussbaum, há uma perspectiva ética nessa *Abordagem das Capacidades*. Ambos reconhecem o valor das liberdades políticas e sua importância individual e coletiva. A diferença fundamental de Sen parte do legado daquele Relatório da ONU de 1990, orientado que está pelo conceito de “Desenvolvimento Humano” de Mahbub Ul Haq. Além disso, refuta que o uso de uma lista fechada de capacidades básicas (Sen, 2005, 157) é ardoroso defensor de uma concepção *pluralizada* de riqueza e felicidade de uma nação, aberta à multiplicidade de diversidade das experiências humanas, em identificar como as pessoas vivem em suas sociedades, o que as pessoas são capazes de *fazer* ou de *ser* (Sen, 2000). Ao que se percebe, Nussbaum também é legatária dessa concepção, mas elabora uma lista de capacidades humanas básicas, que representam o mínimo necessário a uma vida com bem-estar, digna (Barden, 2010).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS CAPACIDADES BÁSICAS

A concepção de Martha Nussbaum acerca da *Abordagem das Capacidades*, ou da *Capability Approach*, é desenhada e emoldurada na obra *Fronteiras da justiça*, uma discussão minimalista e apaixonada a respeito de como o mundo pode ser bem melhor para pessoas pobres e para pessoas com deficiência. O *plus* de Nussbaum à *Abordagem das Capacidades*, e o que lhe torna especial, é a proposta de uma lista de capacidades humanas hábeis a orientar a construção e a avaliação de políticas de direitos humanos em nível global. Através da análise histórica e pesquisa empírica de diferentes áreas do conhecimento dedicadas a identificar as necessidades e funcionalidades básicas das pessoas de qualquer parte do globo, verificou que há algumas que são *fundamentais*, indispensáveis

a uma vida digna. Essas devem, a seu ver, ser garantidas a qualquer pessoa, em uma sociedade que queira ser justa. Daí retirou a possibilidade que lhe permite a pretensão de uma concepção universal mínima adequada a uma teoria de justiça social (Fascioli, 2011, p. 62-3).

2.1 AS DEZ CAPACIDADES ESSENCIAIS

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

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

a vaga de emprego em igualdade com os demais, ter garantia de proteção contra busca e apreensão injustificados, trabalhar como ser humano, participar de relações significativas que permitam ser reconhecido e reconhecer os demais trabalhadores (Nussbaum, 2013, p. 91-3).

Considerando que os elementos da vida digna são plurais, todas estas capacidades, qualitativamente distintas, são essenciais e a falta de uma delas torna a vida imprópria à dignidade humana. Dessa forma, não é possível promover alguma para justificar a negligência com outra, ou seja, não são compensáveis. É um erro optar por alguma, ou algumas, para definir médias de posições sociais (Nussbaum, 2013, p. 91-103).

A lista tem fins políticos e serve de base aos princípios políticos dos Estados. As capacidades figuram como objetivos gerais, que podem ser especificados na Constituição de cada sociedade, segundo suas deliberações, escolhas e determinações acerca das garantias que deseja sancionar para proporcionar uma vida minimamente digna (Nussbaum, 2013, p. 90-1 e 94-6; Alonso, 2011, p. 176). Importa salientar que se trata de uma lista aberta, não exaustiva, e em permanente construção, o que permite a adequação a cada Estado, complementando e jamais reduzindo o mínimo listado (Nussbaum, 2013, p. 90-1 e 94-6).

2.2 LISTA DAS CAPACIDADES BÁSICAS E DIREITOS HUMANOS

A *Capability Approach* não acata a possibilidade de que as dez capacidades permaneçam como letra fria. Requer ação e determina que, quando os membros de uma sociedade não têm oportunidades necessárias a alcançarem as oportunidades listadas, o Estado estabeleça medidas para que isso seja retificado (Bloodworth, 2006, p. 59).

Além de servir a cada Estado, internamente, na definição das capacidades básicas que vai promover, a lista das capacidades constitui-se objeto de um *consenso sobreposto*, no sentido de John Rawls (2000, p. 180-220), ou seja, em uma lista de direitos cujo significado específico não é orientado por nenhuma teoria, ideologia ou doutrina particular, mas é aplicável a todas as pessoas do mundo baseadas na concepção aberta a discussões e ajustes, de dignidade humana (Nussbaum, 2013, p. 84-5).

Desse modo, a *Capability Approach* é hábil a fundamentar acordos amplos, nos moldes dos acordos internacionais sobre direitos humanos. Conforme Martha Nussbaum, a *Abordagem das Capacidades* é, em verdade, uma abordagem de direitos humanos e, nessa medida, é uma abordagem principiológica, ou seja, que se concretiza à medida que elementos específicos de realidades particulares

são articulados ao seu sentido básico de valor. É universal, por isso. Pode ser aplicada a todas as pessoas, em qualquer nação, tal qual os Tratados de Direitos Humanos Internacionais.

Uma das perspectivas mais duradouras da justiça social presente em nosso tempo tem os contornos definidos pela teoria do contrato social, uma repesália às sociedades feudais e monárquicas pela concepção de que no estado de natureza todas as pessoas são iguais, livres e independentes (Nussbaum, 2013, p. 13-4). O mérito do contrato social é considerar o valor intrínseco da pessoa, desnuda de todos os acréscimos artificiais, como da riqueza, da classe, da hierarquia e do *status* (Nussbaum, 2013, *passim*). No entanto, para Nussbaum tal teoria não é hábil a solucionar os maiores problemas da justiça social, assim como não o são as suas doutrinas (Nussbaum, 2013, p. 3).

Para materializar suas alegações, Martha Nussbaum apresenta três questões, que, em sua opinião, constituem o que denominou de “as fronteiras da justiça”, pela impossibilidade de serem solucionadas pelas teorias sociais de justiça do contrato social. São os temas ligados às pessoas com deficiência, aos cidadãos de países pouco desenvolvidos ou em desenvolvimento, e aos animais (Malhotra, 2009, p. 62-4; Corrado, 2008, p. 7). As “fronteiras da justiça” mostram os pontos frágeis do contratualismo, a começar pelo princípio de que as partes abandonam o estado de natureza e se associam apenas pelo objetivo de alcançarem vantagens mútuas, movidas tão somente por seus interesses pessoais (Malhotra, 2009, p. 64; Nussbaum, 2013, p. 192). Depois, a exigência de que, para figurarem como partes do contrato, as pessoas sejam livres, independentes, racionais e iguais (Nussbaum, 2013, p. 3, 36 e 38; Dixon e Nussbaum, 2012, p. 562; Malhotra, 2013, p. 64), sendo que essa igualdade não se restringe ao sentido moral, abrange capacidade física e poder (Corrado, 2008, p. 11).

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

Sem participar da formação do contrato, pois não são admitidas como partes contratantes, estes grupos não participam da definição dos princípios sociais básicos. O resultado é que não estarão também entre os destinatários dos princípios escolhidos, uma vez que as mesmas pessoas que determinam os princípios são as suas destinatárias. Como suas necessidades, concepções e vontades não influenciaram a escolha dos princípios, as questões de justiça social que lhe são concernentes, como assistência e inclusão social, não foram postas em discussão (Nussbaum, 2013, p. 18-22, 40-1 e 79).

Poderá ocorrer de, talvez, os interesses daqueles situados nas fronteiras da justiça virem a ser inclusos depois, por derivação, em uma fase legislativa após os princípios básicos da justiça e os bens primários terem sido fixados sem a consideração das suas necessidades (Nussbaum e Faralli, 2007, p. 146), o que não desfaz a lesão à igualdade de tratamento, pois não houve um respeito original à dignidade desses grupos quando da contratação (Hartley, 2011, p. 122).

Nos três grupos a que Nussbaum se refere é visível a disparidade de poder e a desigualdade em relação à média dos demais cidadãos. Incapazes de contratar e de receber vantagens proporcionais lhes resta a benevolência, a caridade (Malhotra, 2009, p. 64). É isto o que se tem visto historicamente. Por não terem sido parte do contrato social, ficam, tradicionalmente, na exclusão, na marginalização ou, quando muito, com a caridade. A sociedade do contrato social é voltada a acomodar as pessoas “normais”, não acometidas por impedimentos incomuns. E tendo em conta que serão produtivas, talvez se possa considerar que do seu excedente possa se financiar, posteriormente, programas destinados aos grupos desfavorecidos não abrangidos pela dita “normalidade”. Fica claro o papel que vão ocupar: serão tratados a partir do excedente, se eventualmente houver (Corrado, 2008, p. 8-13). Mesmo que outros possam dispensar aos grupos excluídos da contratação de cuidados e busquem atender-lhes as necessidades, tais grupos ficarão, provavelmente, sem os bens de que necessitam (Hartley, 2011, p. 122).

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

2.3 CAPABILITY APPROCH E PESSOAS COM “IMPEDIMENTOS”

Na maioria das vezes o que transforma uma pessoa com impedimentos em uma pessoa com deficiência, ou que impede que produza ou coopere com

a sociedade, são as barreiras que a própria sociedade lhes impõe (Nussbaum, 2013, p. 130). A dignidade “é inerente a toda e qualquer pessoa humana”, independentemente das circunstâncias, visto que lhe basta ostentar a condição de pessoa (Sarlet, 2009, p. 21). E se todas as pessoas têm direito às capacidades, as pessoas com deficiência não podem ser uma exceção. Qualquer pessoa com deficiência é um ser humano, e uma sociedade justa deve atendê-los segundo suas necessidades diversas, seja de emprego, de assistência, de educação e de autoestima (Nussbaum, 2013, p. 121).

No entanto, como visto, estas pessoas têm sido negligenciadas pelos discursos teóricos e políticos que se baseiam nas premissas de justiça contratual (do hipotético contrato social), que, ao exigir igualdade, liberdade, racionalidade, independência e semelhança de necessidades das partes contratantes (Dixon e Nussbaum, 2012, p. 562; Hartley, 2011, p. 122), negam-lhes a possibilidade de serem contratantes, definidores da estrutura configuradora da sociedade (Nussbaum, 2013, p. 121). E, ante a exclusão da escolha dos princípios que regerão o contrato, nenhuma medida inclusiva, como educação especial e remodelamento de espaços públicos, lhes será destinada (Nussbaum, 2013, p. 133-7).

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

Por tudo isso, Martha Nussbaum é enfática no seu posicionamento acerca do caráter excludente das premissas contratualistas em relação às pessoas com deficiência. Além do já citado, acresce que o contratualismo não inclui pessoas

com deficiência/impedimento, porque contribuiriam menos e que exigiriam mais (Nussbaum, 2013, p. 127-30). O que se percebe é que o enfoque do contrato social não trata das necessidades das pessoas com deficiências em virtude de considerar que lhes falta “produtividade” e que representam um custo social (Nussbaum, 2013, p. 168; Hartley, 2011, p. 124).

Isso significa que, para o contrato social, como são considerados poucos os casos de impedimentos incomuns, as vantagens obtidas com medidas de inclusão mostram-se menores do que os investimentos realizados para propiciar esta inclusão (Hartley, 2011, p. 124). Por isso a cooperação contratualista prefere unir pessoas “normais” e com potencialidade de cooperar em grau idêntico, dividindo vantagens de igual nível (Nussbaum, 2013, p. 146-8). Então, não sobra espaço para medidas incomuns necessárias à integração das pessoas com impedimentos ou deficiências (Nussbaum, 2013, p. 133-7) e só lhe restará, então, eventualmente, o momento posterior aos seus direitos, após a estruturação da sociedade e das instituições básicas (Nussbaum, 2013, p. 121).

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

Para a *Abordagem das Capacidades*, de Nussbaum, pessoas com impedimentos podem ser produtivas desde que a sociedade possibilite condições para incluí-los, pois sua improdutividade não é algo natural, mas fruto da discriminação (Nussbaum, 2013, p. 140-41). Algumas pessoas com deficiência têm condições de participação social plena e de cooperar tal qual o tem as demais pessoas, se forem minadas as práticas sociais e as instituições discriminatórias (Hartley, 2011, p. 123). Ora, as pessoas *normais* têm diferenças várias e o espaço público é adequado às suas diferenças *normais*. O espaço público retrata a concepção pública acerca da inclusão, e a manutenção de um ambiente de uma forma e não de outra pode significar a negativa de oportunidades, e de inclusão, a alguém (Nussbaum, 2013, p. 141-6).

Nussbaum reconhece que há casos em que considerar a pessoa com impedimento ou deficiência grave como produtiva é algo que escapa às possibilidades, como no caso dos impedimentos e das incapacidades mentais graves. Salienta, então, que este é um dos motivos que torna evidente que a

necessidade de produtividade, potencialidade, não é uma moeda de troca pelo respeito à dignidade humana e que essa concepção da produtividade corrompe a ideia de cooperação social (Nussbaum, 2013, p. 158-61).

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

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

A *Abordagem das Capacidades* analisa a igualdade a partir da premissa básica do conceito de *desenvolvimento humano*, que é a *pluralidade*. Compreende, assim, que as pessoas têm necessidades diferentes, de acordo com seus atributos físicos, sensoriais, cognitivos e mentais, e também de acordo com sua inserção em um determinado contexto e condições sociais. Esta é razão pela qual tem sido considerada uma abordagem superior. Ela relê o significado da igualdade neste sentido, a igualdade para grupos diversos, com condições muito diferentes, que resultam em necessidades diferentes. Por isso, a mesma quantidade de recursos distribuída entre duas pessoas pode não produzir as mesmas consequências, pois podem diferir em suas possibilidades e necessidades (Dixon e Nussbaum, p. 561).

Importa considerar o que é necessário a cada pessoa, individualmente, para que alcance um nível mínimo das capacidades, aquilo que a pessoa pode fazer e ser para atingir suas capacidades. Por exemplo, uma pessoa com deficiência visual grave, cega, tem necessidades diversas das pessoas que não possuem a mesma limitação. De nada lhe adiantará ter condições financeiras para frequentar a melhor escola do país, se esta não oferecer soluções técnicas que lhe permitam desenvolver-se e estudar tal qual os demais colegas. Nessa ausência de condições da escola não conseguirá desenvolver suas capacidades.

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

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

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

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

Há uma aceitação mundial crescente quanto à necessidade de se considerar os direitos das pessoas com deficiência a partir do valor da dignidade humana, no potencial de escolha (Nussbaum, 2013, p. 240), na igualdade de direitos, concebendo-as como detentoras de direitos e destinatárias de serviços sociais

que lhes possibilitem a efetividade destes direitos (Nussbaum, 2013, p. 243). É disso que se trata na sequência.

2.4 PESSOAS COM IMPEDIMENTOS TRATADAS COMO DEFICIENTES

Nas últimas décadas, tem-se buscado, de forma mais intensa, proteger as pessoas com deficiência através de ações que muito se aproximam das bases da *Abordagem das Capacidades*. Um reflexo importante disso foi a evolução do conceito de deficiência, do modelo médico para o modelo social, e o surgimento de instrumentos importantes, cuja maior expressão é, sem dúvida, a Convenção Internacional sobre o Direitos das Pessoas com Deficiência, de 1997.

Em relação ao conceito de pessoa com deficiência, o modelo social surgiu como uma resposta para a superação do modelo médico, tradicional (Malhotra, 2009, p. 70), empregado exclusivamente por muito tempo e ainda influente. Este, baseado somente em critérios clínicos, tem a deficiência como uma limitação funcional, física ou mental, resultado de um impedimento orgânico, ou biológico, persistente que impede o indivíduo de alcançar a mesma funcionalidade dos demais de sua espécie (Hartley, 2011, p. 121). Nessa condição, as pessoas com deficiência são consideradas inválidas, improdutivas, e são excluídas da sociedade até que sejam curadas (Malhotra, 2009, p. 70; Hartley, 2011, p. 121).

A consciência desta estigmatização, somada ao tratamento degradante ou caritativo humilhante que destinava certo respeito piedoso sem deixar de considerar as pessoas com deficiência como fardos, despertou o entendimento de que não eram os corpos que precisavam mudar, mas a sociedade deveria mudar para acomodá-los, para recebê-los (Malhotra, 2009, p. 71). Essa mudança de foco dá origem ao modelo social, que entende a deficiência como uma construção social e tem na estrutura da sociedade e nas barreiras atitudinais a causa principal da exclusão, a qual resulta na profunda marginalização das pessoas com deficiência, perceptível pelos baixos níveis de educação, na predominância da pobreza e do desemprego (Malhotra, 2009, p. 70-1).

Segundo o novo modelo, a causa da deficiência é a organização do ambiente social, o qual transforma um impedimento em uma deficiência devido às hostilidades ambientais e sociais que não permitem acomodar uma minoria de pessoas com disfunções físicas ou mentais. Portanto, a justiça e a inclusão de pessoas com deficiência dependem da eliminação das barreiras e da adaptação do ambiente, de modo a tornar a pessoa com deficiência independente de assistência para atividades corriqueiras da vida (Hartley, 2011, p. 121).

O modelo social materializa o princípio da isonomia, da igualdade material, que requer tratamento diferenciado àquele que dele necessita para dirimir as diferenças que por si sós não conseguiriam superar.

“Em discurso legal, o modelo social transcende os debates tradicionais sobre igualdade e impõem uma concepção mais substancial de igualdade” (Malhotra, 2009, p. 71).

Esta ampliação conceitual foi inicialmente apresentada na CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde (*International Classification of Functioning, Disability and Health*) – aprovada pela Assembleia Mundial da Saúde, em 2001 (Who, 2001). Nesta, o conceito de deficiência deixa de restringir-se apenas aos aspectos clínicos e a ele associa aspectos sociais, físicos e ambientais, o que resulta em um conceito multidimensional (Lopes, 2009, p. 45; Who, 2001, *passim*).

Provavelmente por influência da CIF, o modelo social foi o escolhido para figurar na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ou Convenção de New York – aprovada em 13.12.2006 e em vigor desde maio de 2008 –, cuja missão é orientar os Estados na elaboração e efetivação de políticas públicas para propiciar a inclusão social das pessoas com deficiência e a efetividade aos seus direitos (Fonseca, 2013, *passim*). Destaca-se que esta Convenção no Brasil tem *status* de emenda constitucional, consoante o estabelecido no § 3º do art. 5º constitucional, daí a grande importância do conceito social de deficiência para o ordenamento jurídico nacional.

Em termos de Tratados Internacionais a Convenção de New York representa a quebra do paradigma do conceito de deficiência (Lopes, 2009, p. 45). No seu texto, “a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. Pessoas com deficiência são, neste prisma, “aquelas que tem impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com demais pessoas” (Corde, 2008, p. 15).

Tal alteração coincide com a *Capability Approach*, pois coloca sobre os ombros da sociedade a responsabilidade pela falta de oportunidades e de inclusão das pessoas com impedimentos, ante as barreiras que lhe impõe ao alcance e desenvolvimento das capacidades. Segundo Lopes (2009, p. 50-1), essa nova conceituação possibilita que a pessoa com deficiência seja

vista pela lente dos direitos humanos, com foco na autonomia, na equiparação e na solidariedade.

Verifica-se que para Martha Nussbaum, na linha de Mahbub Ul Haq e de Amartya Sen, não é apenas o potencial que cada pessoa possui de desenvolver certas habilidades, o que deve ser considerado na definição das deficiências, mas sim a interação de suas características com as condições que o meio propicia para o seu desenvolvimento, bem como as das barreiras que lhe impõe ao usufruto de uma vida plenamente digna (Nussbaum, 2013, p. 6 e 20). Ou seja, as características das pessoas podem significar um impedimento, mas se as barreiras ambientais, sociais e econômicas, impossibilitarem de alcançar seus direitos, haverá uma deficiência associada. Do contrário, caso hajam condições de plena inclusão e participação na sociedade, existirá ainda o impedimento, mas não haverá deficiência.

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

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

Há pouco tempo impedimentos sociais eram tidos como naturais, endossando o descarte da possibilidade de investimentos para remodelar os ambientes de forma a receber estas pessoas. A tática era encarar as pessoas com deficiência como inevitavelmente dependentes dos outros, com guias ou acompanhantes. Disponibilizar o cuidado necessário e que uma pessoa precisa e quer não pode ser confundido com obrigar a pessoa a uma situação de dependência dos outros, mesmo contra a sua vontade, apenas para aliviar a responsabilidade pública. As pessoas com deficiência devem ter opção

de escolher. E mesmo que prefiram a dependência, devem ser-lhe oferecidas alternativas, para que a dependência não seja sua única escolha (Nussbaum, 2013, p. 231-2).

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

A inclusão das pessoas com deficiência requer uma mudança social, alterações nos mecanismos sociais e econômicos que se mostram inadequados às diferenças (Nussbaum, 2013, p. 243-4). Mas, ao que se observa, alterações positivas estão ocorrendo, ainda que a passos mansos, em teorias sociais, em medidas legislativas e em ações práticas.

Pode-se constatar a coincidência no tratamento dispensado às pessoas com deficiência pela *Capability Approach* e pelas concepções conceituais resultantes da superação do modelo médico pelo social, empregadas nos novos instrumentos de tutela dos direitos dessas pessoas, o que permite verificar que a *Abordagem das Capacidades* é a teoria ideal quando se trata de fundamentar estudos e discussões acerca das pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

Este artigo tinha por objetivo uma incursão inaugural pela *Abordagem das Capacidades* e sua pertinência como teoria de base para analisar o dever de proteção de pessoas com deficiências. O estudo da *Abordagem das Capacidades*, especialmente pelo enfoque de Martha Nussbaum, leva às seguintes conclusões preliminares: (i) verificou-se que a *Capability Approach* é uma teoria, tida como uma nova teoria de justiça social, ainda pouco explorada pela dogmática jurídica dos direitos fundamentais sociais. Destaca-se, nessa abordagem teórica, o seu enfoque não contratualista e não utilitarista de justiça social, à primeira vista, com qualidades explicativas superiores às demais teorias devido à sua sensibilidade à diversidade humana e, principalmente, ao seu poder de fundamentar reivindicações da justiça para as pessoas com deficiência.

O enfoque de Nussbaum centra-se na teoria da moral e teoria da justiça, para desenvolver uma teoria de direitos fundamentais condizentes com as premissas da perspectiva do *desenvolvimento humano*, tal como desenvolvido por Mahbub Ul Haq, pioneiramente, e depois por Amartya Sen. É uma teoria que

pretende justificar as garantias humanas que todas as nações devem respeitar e promover para seus cidadãos alcançarem padrões de vida adequados à dignidade humana. É nesse ponto, precisamente, que a teoria se conecta com todo o discurso dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Nussbaum desenvolve uma teoria de justiça social, a partir da concepção da dignidade da vida humana, apresentando uma lista de dez capacidades básicas. Assim, essa forma de abordar o tema da dignidade surgiu como alternativa ao utilitarismo dos *monoindicadores*, como PIB *per capita*. Países com altos índices no PIB podem, na realidade, ser marcados por injustiças sociais abissais. O enfoque dessa nova abordagem está na pessoa, no ser individualmente considerado e em suas necessidades, nas oportunidades essenciais ao seu desenvolvimento, bem como no alcance e desfrute de uma vida digna, uma vez que a base da abordagem é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana.

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

De tudo o que se viu, pode-se dizer que a *Abordagem das Capacidades* é uma concepção teórica relativamente nova que valoriza a diversidade humana, fundamenta reivindicações da justiça para todos, especialmente os não enquadrados no *standard* de normalidade. Além disso, refuta a tese segundo a qual o fim da associação humana seja a obtenção de vantagem mútua e afasta a ideia de que a produtividade deva ser moeda de troca para alcançar padrões de uma vida digna. Prima pelas ações que venham promover os direitos destes grupos e conclama que os governos sejam obrigados a promoverem as capacidades essenciais de seus cidadãos, em limites condizentes com a dignidade humana, não admitindo que hajam excluídos e discriminados, especialmente no

que toca aos muitos desfavorecidos sociais. O enfoque de Nussbaum apregoa a inclusão das pessoas com deficiência em todas as deliberações sobre as instituições básicas da sociedade e, para deixá-los na posição original, trabalha contra vantagem mútua.

Em relação às pessoas com deficiência, percebeu-se que essa abordagem teórica retira dos ombros do acaso a sorte destas pessoas a uma vida digna. Prega o respeito e a promoção dos direitos destas pessoas. Entende que boa parte dos impedimentos que as pessoas têm decorrem de barreiras sociais, mais do que de disfunções, razão pela qual é devido que a sociedade remova esses obstáculos adotando ações afirmativas de inclusão e promoção da autonomia, do poder de escolha, da participação e inclusão social, das liberdades e da vida digna.

Um último item merece uma breve discussão: saber se o tratamento atribuído às pessoas com deficiência pela *Capability Approach* coincide com as inovações da percepção acerca dos direitos destas pessoas, de forma especial, pela expressividade da importância, com a Convenção de New York. A análise permitiu concluir que sim. É uma abordagem que em tudo se coaduna com as inovações promovidas no tratamento devido às pessoas com deficiência. A Convenção de New York e o novo conceito de pessoa com deficiência têm um grande papel na *Abordagem das Capacidades*. Esta analisa as pessoas enquanto agentes atuantes, agindo, se esforçando, em contraste com as teorias que partem do índice de satisfação de preferências. A nova concepção de pessoa com deficiência considera as oportunidades e as barreiras que a sociedade lhes proporciona para que possam agir, interagir, estarem inclusas. A ênfase da Convenção de New York, tal qual o enfoque da *Abordagem das Capacidades* entende que as pessoas com deficiência devem ter oportunidades máximas de inclusão, respeito, autonomia e liberdade para decidirem e escolherem de acordo com suas potencialidades. A nova concepção pleiteia a inclusão e a autonomia. Deixa clara a obrigação de agir dos governos e das sociedades para garantir que tenham direito a participação social plena, como sujeito de direito e sujeito social que possam participar da vida política e das decisões que lhes digam respeito.

A *Abordagem das Capacidades* é promissora, um instrumento que pode ampliar os princípios e as intuições para garantir igualdade e justiça às pessoas com deficiência e aos demais em desvantagem. Uma abordagem que pretende a igualdade na garantia a um mínimo de cada capacidade essencial que deve ser fornecido pelo Estado, aos que não tem como alcançá-las per si. As capacidades centrais trazidas por Nussbaum parecem equivaler a direitos fundamentais,

titularidade indiscutível de qualquer pessoa, mas a abordagem mostra-se abrangente justamente pela especificação destes direitos e capacidades essenciais, e pela contundência em expor que o Estado tem papel essencial em provê-los. Mostra-se especialmente interessante em um mundo marcado pelas desigualdades e pela exclusão dos mercados com a marca da desigualdade. A elaboração deste texto permitiu verificar que a *Abordagem das Capacidades* por Martha Nussbaum é um vasto campo a ser explorado no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Eduardo Fernández. Capacidades y globalización. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Colombia: Medellin, 41, n. 114, enero-junio 2011: 167-180.

BARDEN, Júlia Elisabete. Abordagem das capacitações: uma análise a partir de um indicador agregado via objetivos de desenvolvimento do milênio. *III Conferência Latino Americana e Caribenha sobre a Abordagem das Capacitações e Desenvolvimento Humano*, 11-12 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/eventos/alca-deca/download/abordagem-das-capacitacoes-uma-analise-a-partir-de-um-indicador.doc>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

_____. Indicador social para o Rio Grande do Sul: uma análise a partir da abordagem das capacitações, 2009. 212 f. Tese de Doutorado em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

BLOODWORTH, Andrew. Nussbaum's 'Capabilities Approach'. *Nursing Philosophy*, 12 January 2006: 58-60.

CORDE/SEDH/PR. Coordenadoria Nacional para integração da pessoa portadora de deficiência. In: *A convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência – Versão comentada*. Brasília: Secretaria especial dos Direitos Humanos, 2008.

CORRADO, Michael Louis. Disability and Nationality: Martha Nussbaum on Justice. *Essays in Philosophy*, 2008.

DIXON, Rosalind; NUSSBAUM, Martha. Children's rights and a Capabilities Approach: the question of special priority. *Chicago Public Law and Legal Theory – Working Paper*, n. 384, May 2012: 549-94.

FASCIOLI, Ana. Justicia social en clave de capacidades y reconocimiento. *Revista de Filosofía*, Areté, 1. ed., 2011: 53-77.

_____. Justicia social en clave de capacidades y reconocimiento. *Scielo Perú*, Areté Lima, v. 23, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1016-913X2011000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 16 dez. 2013.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, 2013: 93-116.

GOLDFARB, Cibelle Linero. *Pessoas portadoras de deficiência e a relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2009.

HARTLEY, Christie. Disability and Justice. *Philosophy Compass*, feb. 2011: 120-32.

LOPES, Lais Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2009.

MALHOTRA, Ravi. Martha Nussbaum's Capabilities Approach and Equality Rights for People with Disabilities: Rethinking the Granovsky Decision. *The Supreme Court Law Review*, 2. ed., 8 jan. 2009: 61-89.

_____; HANSEN, Robin F. The United Nations Convention on the Rights of Persons with disabilities and its implications for the equality rights of Canadians with disabilities: the case of education. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1. ed., 2011.

NUSBAUMM, Martha. Creating capabilities: the human development approach. *Chicago Best Ideas Serie*, Chicago: University of Chicago Law School, n. 28, 2 march 2010.

_____. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. Educação para o lucro, educação para a liberdade. *Revista Redescições - Revista online do GT do Pragmatismo e Filosofia Norte-americana*, 2009.

_____; FARALLI, Carla. On the New Frontiers of Justice: a Dialogue. *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2. ed., june de 2007: 145-61.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RIBEIRO, Carlos Dimas Martins. Walter Melanine. Higher education pedagogies: a capabilities approach. Berkshire, England: Open University Press, 2006. 164p. *Revista Brasileira de Educação Médica*, n. 31, jan./abr. 2007.

RIDDLE, Christopher A. Well-Being and the Capability of Health. *Topoi: An International Review of Philosophy*, 2013: 153-160.

ROBEYNS, Ingrid. The capability approach. Summer of 2011. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/capability_abordagem/>. Acesso em: dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo

Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHNEIDER, Sérgio; FREITAS, Tanise Dias. Qualidade de Vida, diversificação e desenvolvimento: referências práticas para análise do bem estar. *Olhares Sociais*, maio 2013, jan./jun. 2013: 121-42.

SEN, Amartya. A decade of Human Development. *Journal of Human Development*, n. 1, 2000: 17-23.

_____. *A ideia de justiça*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. Development as capability expansion. *Journal of Development Planning*, 19, 1989.

_____. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, Routledge 6, n. 2, 2005.

SILVA, Eduardo Jannone da. *Tutela jurídica do direito à saúde da pessoa portadora de deficiência*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Diego Nassif da. *Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Juliana Luciani da. A pessoa com deficiência e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; IKAVA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010.

UNITED NATIONS. Declarations and Conventions Contained in GA Resolutions. Declarations and Conventions on Human Rights, 9 dez. 1975. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/resolution/gen/nr0/001/60/img/nr000160.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

_____. Declaration on the Rights of Disabled Persons – Proclaimed by General Assembly resolution 3447 (XXX) of 9 December 1975. United Nations Human Rights: Office of the High Commissioner for Human Rights, 9 dec. 1975. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfDisabledPersons.aspx>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

_____. Enable – The United Nations and indigenous persons with disabilities. United Nations – Enable – Development and Human rights for all, 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1605>>. Acesso em: 5 jan. 2014.

UNDP – UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Report 1990, p. 9, may 1990. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/219/hdr_1990_en_complete_nostats.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World Report on Disabilities*. Geneve, 2011.

WASSERMAN, David; ASCH, Adrienne; BLUSTEIN, Jeffrey; PUTNAM, Daniel. Disability and Justice. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Summer, jun. 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/disability-justice/>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

WHITE, Stuart. Social Minimum. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 21 september 2008. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum>. Acesso em: 1º jan. 2014.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. ICF: International Classification of Functioning, Disability and Health. Geneve: WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2001.

_____. International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF), 22 may 2001. Disponível em: <<http://www.who.int/classifications/icf/en/>>. Acesso em: 2 jan. 2014.

