

**A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
um novo paradigma na proteção da pessoa com deficiência no Brasil.**

THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND ITS IMPACTS ON BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE: a new paradigm in the protection of persons with disabilities in Brazil.

Daniel Barile da Silveira¹

Izabele Zamai Galdeano²

RESUMO

O presente artigo tem como propósito nuclear os direitos das pessoas com deficiência, interagindo com os campos do direito internacional dos direitos humanos e os direitos fundamentais positivados sobre a matéria. Entabula-se uma realidade histórica de violações desses direitos tolerados pelas pessoas com deficiência e sua consequente luta para positivação de dispositivos que as tutelam. Perfaz-se em um atual vasto aparato legislativo voltado à proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Examina-se o alcance dessas normas positivas no exercício das atribuições do Poder Executivo e do Poder Judiciário, neste último ultrapassando análise a respeito do Estado-Juiz, galgando os operadores do direito em suas distintas esferas de atuação.

Palavras-chaves: Convenção Internacional Sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. Pessoas com Deficiência. Direitos Humanos. Efetividade. Dignidade.

¹ Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal (*Ius Gentium Conimbrigae*). Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB). Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Unimar (Universidade de Marília). Professor do Programa de Pós-Graduação e do Curso de Graduação em Direito do UniToledo (Centro Universitário Toledo - Araçatuba/SP). É Advogado e Consultor Jurídico em Direito Público, sócio do Escritório Barile, Barros e Xavier Advogados.

² Graduada em Direito - Centro Universitário Toledo (Araçatuba/SP). Foi participante do Moot Court Competition, American University/Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Washington, DC).

ABSTRACT

This article has the purpose nuclear rights of disabled people, interacting with the field of international human rights law and fundamental rights positivized on the matter. Engage a historical fact of violations tolerated by people with disabilities and their consequent struggle to positivization devices that oversee. Make up in a current comprehensive legislative apparatus aimed at protecting and promoting the rights of persons with disabilities. Examines the scope of these positive rights in exercise of the powers of the Executive and the Judiciary, the latter surpassing analysis about the Judge-State, chalking jurists in their different spheres of activity.

Keywords: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Disabled people . Human rights . Effectiveness . Dignity.

INTRODUÇÃO

Sustentando-se em um valor precípuo, que seja a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil³ e propósito da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴, torna-se necessário a edição de normas que resguardecam direitos que garantam tal dignidade e possibilitam a equidade de garantias e liberdades conferidas as pessoas com deficiência.

Indubitavelmente, para que essas pessoas exerçam liberdades comuns a todos, necessitam de normas que os tutelem com abrangência excedente às restantes. Os direitos a serem positivados por essas normas passaram por uma luta histórica, repleta de violações de direitos humanos e com conquistas gradativas, que possibilitaram , na atualidade uma proteção legislativa em âmbito internacional e nacional – Convenção sobre os Direitos das pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, os direitos fundamentais e demais disposições do texto constitucional brasileiro e, em especial, a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

A ratificação da referida convenção, nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição da República, bem como os demais dispositivos constitucionais ou

³ Artigo primeiro, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil - 1988

⁴ Em seu artigo primeiro, tendo como redação: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”.

infraconstitucionais tornam os direitos ali tutelados normas cogente, imperativos que vinculam o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Em se tratando do Poder Executivo em sua função administrativa, cumpre salientar que “a atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais.”⁵. De igual forma, o Judiciário passa pelo mesmo crivo da obrigatoriedade na aplicação desses direitos na solução de um conflito, assim como sua especial prerrogativa em atuar como o controle da atuação dos demais poderes.

Faz-se necessário, ainda que existente a independência entre si, que os três poderes, em se tratando de direitos das pessoas com deficiência, atuem em especial harmonia, visto que “a essencialidade implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los.”⁶.

Entretanto, a não colaboração esperada entre o Poder Legislativo, o Executivo e Judiciário se mostram o principal problema a ser elucidado no presente artigo, demonstrando-se em que medida suas atuações se mostrariam corretas e quais adoções por eles propensas corroborar com os direitos previstos em diplomas internacionais e nas disposições normativas domésticas.

1. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE):

Tratamentos pejorativos e expressões como “loucos de todo o gênero”, “débil mental”, “retardado” e “portador de deficiência”⁷, dentre tantas outras, têm sido gradativamente extirpadas do arcabouço legislativo brasileiro e certamente demonstram o início de uma mudança de paradigma em relação ao tratamento jurídico e social das pessoas com deficiência. Indubitavelmente isso é fruto do amadurecimento dos direitos humanos tanto no plano internacional como no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. A “ética dos direitos humanos é a ética que vê no

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 10ª ed., 2015, p.149 e 150.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.30.

⁷ A exemplo, o Código Civil Brasileiro de 2016 utilizou a expressão “loucos de todo o gênero” (artigo 5º, inciso II), que progrediu com o Código Civil promulgado em 2002, que adotou expressões como “deficiência mental” e “excepcionais” (artigo 5º, incisos II e III), que até então eram considerados incapazes, disposição revogada com a promulgação da Lei 13.146/15, materializando uma evolução gradual e constante dentro do mesmo ramo do direito no que tange o tratamento dado a pessoa com deficiência.

outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano”⁸. Em verdade, mostra-se necessário:

Enxergar as pessoas com deficiência como sujeitos e não como objetos implicando na necessidade de dar-lhes acesso a todos os benefícios e liberdades básicas que o restante das pessoas tomam para si como inerentes como forma de respeitar suas diferenças. Isso significa abandonar a tendência de perceber as pessoas com deficiência como problemas, e visualizá-las, em vez disso, conforme seus direitos. (tradução livre)⁹

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos”¹⁰. Surgem, inevitavelmente, de lutas de classes que conquistam, diuturnamente, pequenos avanços que só se abstêm quando o arcabouço legal se mostra suficiente para proteção jurídica positivada dos direitos pretendidos. Para Flávia Piovesan¹¹, existem quatro fases para construção histórica dos direitos humanos das pessoas com deficiência, que consistem em uma primeira fase representada pelo repúdio das pessoas com deficiência pelo fundamento de personificarem impurezas e castigos divinos; uma segunda fase caracterizada pela invisibilidade de tais pessoas; uma terceira fase desempenhada pela ciência em buscas da cura para as deficiências, evidenciando caráter assistencialista; e, por fim, uma quarta fase com lume aos direitos humanos e consequente surgimento de direitos à inclusão e confirmação do dever do Estado em prover e remover obstáculos que obstem o pleno exercício dos direitos humanos.

A construção da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não se aparta da regra de luta histórica para positivação desses direitos, tendo parco tempo de tramitação perante as Nações Unidas –cerca de cinco anos de tramitação–

⁸ PIOVESAN, Flávia. Apresentação. In: DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Orgs). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD/SDH-PR, 2014, p. 9.

⁹ Texto original: “Seeing people with disabilities as subjects rather than objects entails giving them access to the full benefits of basic freedoms that most people take for granted and doing so in a way that is respectful and accommodating of their difference. It means abandoning the tendency to perceive people with disabilities as problems and viewing them instead in terms of their rights.”. QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (Edit.). *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of the United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*. New York/Geneva: United Nations, 2002, p.13.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 21ª tiragem, 2004, p.5.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: 15ª ed., 2015, p.302.

, assegurando a representação de ideias e opiniões das pessoas deficientes para que fossem colacionados direitos condizentes com aqueles esperados por quem convive diariamente com as restrições e violações decorrentes de sua deficiência, possibilitando uma adequação material do texto desse tratado com a real situação daqueles que por ele serão tutelados. Inovou na acepção de deficiência, considerando assim “toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limite a plena e efetiva participação na sociedade”, alargando as margens para a configuração eliminando restrições legais que excluíssem o deficiente da proteção legal.

Uma análise histórico-constitucional dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil confere com a concepção de evolução ordenada, que partem de uma completa omissão concernente a tais direitos – conforme se verifica nas constituições de 1824 e 1891- e que passam a consagrar de forma crescente um tratamento específico das pessoas com deficiência, que teve início na Constituição de 1934, contudo, teve como maior avanço na matéria a Emenda Constitucional de 12 de outubro de 1967 que assegurou na Carta Magna de 1967 a melhoria social e econômica das pessoas com deficiência e explicitou como meios a educação especial gratuita, a proibição de discriminação e a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos. A Constituição da República de 1988 manteve a proteção da pessoa com deficiência através de dispositivos dispersos em todo corpo constitucional e incluídos em razão da matéria em que se aplicaria tais direitos.

A intenção brasileira de proteger esses direitos humanos se mostrou mais concreta após o Estado ratificar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e internalizá-la na forma estabelecida pelo parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição da República¹² - primeiro tratado ratificado nos termos desse artigo pelo Estado brasileiro-, com mesmo quórum de votação exigido para aprovação de emendas constitucionais. Portanto, não deixa margem para a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o status desse tratado internacional na ordem jurídica interna, conferindo-lhe natureza equivalente a uma emenda constitucional, e permitindo com isso a realização de controle de constitucionalidade e convencionalidade, utilizando-a como paradigma para aferição da

¹²Cuja redação é: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

constitucionalidade e convencionalidade das normas infraconstitucionais brasileira, visto que assim fora considerado formalmente constitucional, ultrapassando a seara de ser materialmente constitucional, diferentemente dos demais tratados incorporados pela aprovação de maioria simples do Congresso Nacional. “Dessa forma, a legislação ordinária, caso conflite com tais tratados, será considerada inconstitucional ou ter sua eficácia suspensa”¹³.

“No sistema jurídico brasileiro, o tratado internacional, regularmente concluído, é fonte de direito”¹⁴. Em razão de seu status equivalente a de emenda constitucional, a referida Convenção vincula os três poderes do Estado brasileiro, tornando-se imperativo para que o executivo promova políticas públicas para sua efetiva aplicação; o legislativo edite leis com finalidade de garantir os direitos ali previstos; e o judiciário a observe na resolução dos conflitos a que lhe são submetidos.

2 OS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, PROVENIENTES DA RATIFICAÇÃO E DA INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em razão do processo de internalização, conferiu-lhe status equivalente à emenda constitucional, exigindo que as leis infraconstitucionais se rendessem a um processo de compatibilização vertical com os preceitos da citada convenção, com finalidade precípua de não serem fadadas pelo vício material da inconstitucionalidade e inconvenção. A exemplo dessas alterações, acertadamente tal Convenção utilizou “pessoa com deficiência” como terminologia a ser utilizada quando a elas se referiam, afastando os tratamentos errôneos como a expressão “portador de deficiência”, reportando-se a deficiência como estado passageiro da pessoa e não como caráter pessoal e inerente a ela.

“No estado de natureza de Locke (...), os homens são todos iguais, onde por ‘igualdade’ se entende que são iguais no gozo de liberdade, no sentido de que

¹³ MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal, RN : EDUFRN, 2015, p. 178.

¹⁴ FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre o Tratado Internacional e Norma de Direito Interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: 2001, p. 127

nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro.”¹⁵. Os direitos sociais não comportam análise pautada na generalidade e universalidade por atingirem, de maneira única, cada indivíduo subsumido a sua aplicação. Surge daí a necessidade de leis aplicáveis a grupos de pessoas –em geral, concessivas de direitos específicos- proporcionando-lhes, conforme suas peculiaridades, as mesmas liberdades atinentes aos demais indivíduos, visto que “as necessidades e direitos desse grupo são negligenciados no modelo de igualdade e oportunidade”¹⁶.

Por esta razão, no ordenamento jurídico brasileiro há diversas leis voltadas à tutela dos direitos das pessoas com deficiência, versando sobre vários assuntos, tais como a isenção de impostos, acessibilidade, inclusão social, identificação especial, cotas para ocupação de cargos públicos, pensões especiais, atendimento educacional especializado, passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual etc. Um dos maiores avanços legislativos na matéria aconteceu com a recente edição da Lei n. 13.146/2015, denominado *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, que institui a *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*, normativa que está amplamente embasada na Convenção de Nova Iorque, conforme disposto no parágrafo único de seu art. 1º¹⁷.

Este avanço legislativo, por materializar maior compilação de direitos das pessoas com deficiência e ter alterado demais leis ordinárias –tomando-se por maior exemplo a alteração do código civil acerca da capacidade dessas pessoas- para que, desta forma, se adequassem à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que “é resultante lógica do pressuposto da efetividade das decisões adotadas soberanamente pelo Estado”¹⁸.

Um breve olhar para o arcabouço legislativo brasileiro protetivo da pessoa com deficiência verifica-se que não faltam leis para protegê-las, demonstrando-se que, neste ponto, o moroso legislativo brasileiro tem se mostrado diligente e ativo. A

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 21ª tiragem, 2004, p.65.

¹⁶ Texto original: “The needs and rights of this group are somewhat neglected in the equal opportunity model”. QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (Edit.). *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of the United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*. New York/Geneva: United Nations, 2002, p.18.

¹⁷ “Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início da sua vigência no plano interno”.

¹⁸ DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.124.

Convenção de Nova Iorque veio acrescer e enriquecer este arcabouço, com uma peculiaridade: a sua superioridade normativa em relação à normativa doméstica que trata do assunto. Isto produziu e está a produzir diversos impactos na ordem interna, no âmbito dos poderes constituídos.

3 AS DIFICULDADES PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA POSITIVADOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. A CONVENÇÃO: CONQUISTAS, BARREIRAS E DESAFIOS.

Não obstante o tratamento diferenciado recebido pela *Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* no Brasil, a plena efetivação dos direitos, garantias e mecanismos de concretização nela consagrados precisa trilhar um longo caminho até ser alcançado, um caminho que vai além das exigências de uma atividade legislativa integrativa e concretizadora das disposições abertas e abstratas nela contidas, e exige posturas comprometidas dos demais poderes com vistas à superação das dificuldades relacionadas à concretização dos direitos protegidos.

Diante dos direitos positivados (interna e internacionalmente) surgem dificuldades práticas, operacionais, financeiras, políticas, hermenêuticas e de outras naturezas. Para que o Brasil possa avançar nesse marco civilizatório em direitos humanos das pessoas com deficiência, os direitos previstos na Convenção precisam alcançar concretude e, no Brasil, para que isto ocorra, torna-se necessária a superação de vários obstáculos e o enfrentamento dos desafios que se apresentam, notadamente em razão da cultura do país. Em verdade, “só a lei traz consigo o conceito de uma necessidade incondicionada, objetiva e, em consequência, universalmente válida”¹⁹, o que deveria acarretar, por corolário, em sua aplicação e efetiva garantia daquilo que se propõe em seu teor, o que, em termos práticos, não ocorre.

Os direitos das pessoas com deficiência se encontram previstos em normas vigentes, visto que produzem seus efeitos no ordenamento jurídico e são consideradas válidas por compatibilizarem com os princípios e dispositivos da Constituição da República. No caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas

¹⁹ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2ª reimpressão, 2011, p.47.

com Deficiência, esta possui compatibilidade horizontal, uma vez que seu status equivalente a de emenda constitucional. Insta salientar que “as normas contidas nos tratados somente podem derogar (implicitamente) as previstas no texto da Constituição caso sejam mais favoráveis à proteção dos Direitos Humanos”²⁰. Ao revés, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) é válida por sua compatibilidade vertical a ser tomada como paradigma não apenas as normas constitucionais como também os direitos assegurados pela Convenção por serem hierarquicamente superior à lei ordinária em comento.

Superadas a presença da vigência e validade de tais normas, torna-se evidente a ausência de efetividade das normas asseguradoras dos direitos das pessoas com deficiência como fonte de violações, pois estão desprovidas de eficácia. Uma norma eficaz “se traduz na sua aptidão para a produção de seus efeitos, para irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para qual foi gerado.”²¹ É indubitável a presença da norma no mundo jurídico, todavia são carecedoras de efetividade, uma vez que esta só se faz presente quando “ela representa materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simbolizam a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”²².

“O campo dos direitos do homem aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação.”²³. E “essa defasagem só pode ser superada pelas forças políticas.”²⁴, consistentes em ações positivas a serem realizadas pelos Estados, através de políticas públicas que promovam os direitos consagrados na Convenção e nas leis infraconstitucionais como única forma de torna-las eficazes.

Há quem sustente que em um meio ambiente social, onde a escassez de recurso é um fato, seria inaceitável que qualquer um exigisse um fluxo de recursos, independente dos benefícios que poderiam proporcionar²⁵ (tradução livre).

²⁰ MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal, RN : EDUFRN, 2015, p.168.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional reformada*. São Paulo: Saraiva, 2001, 4.ed, p.241.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional reformada*. São Paulo: Saraiva, 2001, 4.ed, p.241.

²³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 21ª tiragem, 2004, p.72.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 21ª tiragem, 2004, p.77

²⁵ Texto original: “In a social environment where scarcity of resources is a given, it would be morally unacceptable for anyone to demand an unending stream of health care resources, irrespective of the

Entretanto, o argumento estatal de não efetivação dos direitos pelo custo é pífio. Os direitos em questão não podem ser violados ou não concretizados sob um fundamento puramente econômico, pois tutelam direitos necessários às liberdades iguais aquelas garantidas aos demais. “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”²⁶.

O dilema do poder público no que concerne a sua política consiste em preocupações relacionadas estritamente ao conflito de escolhas²⁷ (tradução livre), uma vez que uma renda finda exige gastos planejados e pautados na melhor estratégia possível. Contudo, os direitos das pessoas com deficiência jamais devem se submeter a competições com outros direitos como se passassem por uma licitação com a finalidade de eleger os direitos mais baratos ao Poder Público. Tais direitos devem ser prioridades e não questão de escolha, pois aferem igualdade àqueles que necessitam de tratamento diferenciado formal para consequente igualdade material.

Não obstante:

A dignidade humana é a norma âncora dos direitos humanos. Cada indivíduo é considerado de valor inestimável e ninguém é insignificante. As pessoas estão a ser valorizadas não pelo seu aspecto econômico ou útil, mas por causa de um valor próprio a todos inerentes.²⁸ (tradução livre)

As prestações positivas a serem desenvolvidas pelo Estado brasileiro se tornam meio único para a garantia dos direitos previstos na Convenção e nas normas protetivas infraconstitucionais, isto porque “o meio social do indivíduo é fator

benefits he or she received.” CLEMENTS, Luke; READ, Janet. *Disabled People and the Right to Life: The protection and violation of disabled people’s most basic rights*. Abingdon: Routledge, 2015, p.30.

²⁶ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2ª reimpressão, 2011, p.65.

²⁷ ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.316 utiliza-se da expressão: “A closely related issue concerns trade-offs”

²⁸ Texto Original: “Human dignity is the anchor norm of human rights. Each individual is deemed to be of inestimable value and nobody is insignificant. People are to be valued not just because they are economically or otherwise useful but because of their inherent selfworth.”. QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (Edit.). *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of the United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*. New York/Geneva: United Nations, 2002, p.14.

determinante de seu enquadramento ou não”²⁹ e adequá-lo às necessidades da pessoa com deficiência é considerado, além da promoção de seus direitos, forma de não violação pela omissão do dever estatal.

No Brasil, v.g., ainda há muito o que se caminhar no sentido de eliminação das barreiras físicas e de atitude, no sentido da supressão das barreiras do preconceito e da discriminação e também daquelas que impedem a igualdade de oportunidades. A necessidade de se incorporar a perspectiva de gênero aos esforços para a promoção do pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais previstos na Convenção também constitui um desafio que se apresenta e um obstáculo a ser superado.

No âmbito do Poder Executivo há desafios e barreiras a serem superadas para uma perfeita aplicação da Convenção no Brasil e para a efetivação dos direitos e garantias nela consagrados. Neste ponto, a principal atitude requerida pela Convenção é a adoção de medidas (que aqui podemos entender por políticas públicas) pelo Estado brasileiro, destinadas à sua implementação no âmbito doméstico. Nesse sentido, incumbe ao Executivo, v.g., a implementação de políticas públicas voltadas à conscientização de “toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência” (art. 8º da Convenção).

Outro problema que se apresenta acerca na aplicação dos direitos previstos no âmbito da legislação doméstica e também daqueles consagrados pela Convenção. Há casos em que os operadores do Direito fazem ouvidos moucos ao lidarem com situações especiais, sendo justamente nestes casos que se deve cuidar para que grandes avanços legislativos não se tornem ineficazes pela impossibilidade de materialização dos direitos protegidos.

Partindo da lição de Jorge Miranda, de que “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”³⁰, e não excluindo de tal interpretação a realidade da existência de direitos fundamentais conflitantes no caso concreto, passa-se a analisar o caminho a ser percorrido pelo operador do direito para que não incorra em violação de direitos decorrentes da forma utilizada para aplicar a norma no momento em que se depara com direitos fundamentais

²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: 4ª ed. 2011, p.47.

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 15ª ed., 2015, p.124.

conflitantes com aqueles protetivos das pessoas com deficiência. “Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto”.³¹

Ao se deparar com um conflito de direitos fundamentais, deve ser automática a invocação do princípio absoluto³² da dignidade da pessoa humana, visto que “é a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”, pois “é a primeira garantia das pessoas e última instância de guarida dos direitos fundamentais”³³.

Para Luigi Ferrajoli, “a dignidade humana é a referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados”.³⁴

A utilização dessa ferramenta como forma de solução de conflitos normativos demonstra respeito maior à pessoa humana, titular de direitos positivados em diplomas legais específicos, que atendam necessidades a eles peculiares como forma de garantir a igualdade material perante a os demais integrantes da sociedade.³⁵

Um dos exemplos do que está a se falar é o perigo de utilização de técnicas hermenêuticas errôneas visando relativizar a aplicação dos direitos inerentes às pessoas com deficiência, como no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5357, que tramita pelo Supremo Tribunal Federal, distanciando o homem de sua dignidade por meios transversos à própria lei. A questão versada nesta ADI, que questiona dispositivos do *Estatuto da Pessoa com Deficiência* (Lei n. 13.146/2015), lei que entrará em vigor a partir de janeiro de 2016, é importante no sentido de

³¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed. 2011, p.08.

³² Assim qualificado por Rizzato Nunes em sua obra “O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana”. São Paulo: Saraiva, 2002.

³³ NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.45 e p.52.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 15ª ed., 2015, p.183.

³⁵ Há plausibilidade no tratamento desigual, por existir, entre as pessoas com deficiências e as demais pessoas uma correlação lógica entre o *discrímen* e a *desequiparação* protegida, sendo a desigualdade formal a única maneira de garantir às pessoas portadoras de deficiência meios para que estejam em grau de desigualdade material com as demais. Tese esta defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. Editora Malheiros, 3ª ed.

evidenciar as dificuldades de concretização dos direitos previstos na Convenção, também contemplados na legislação ordinária em comento.³⁶

“O problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.³⁷ As normas estão criadas, falta efetivação. Eis um dos grandes desafios.

A dignidade da pessoa humana, notadamente daquela com deficiência, é vetor de que deve orientar toda a atuação dos poderes constituídos no plano interno e a conduta dos países no âmbito internacional³⁸, como de fato tem se visto em diversos casos. “Forçoso repetir que é dever de todos, especialmente aqueles que militam no campo jurídico, pautar sua conduta e decisões pela implementação real do respeito à dignidade da pessoa humana”³⁹

Assim, ante um conflito de normas, v.g., deve-se buscar uma solução que tenha como parâmetro maior aquilo que vai de encontro à dignidade da pessoa humana (fundamento do Estado Democrático de Direito), não podendo alegações genéricas e fora de contexto, como a falta de recursos, constituírem obstáculos à efetivação dos direitos protegidos, isto pois, “o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade”⁴⁰. Para que se respeite essa dignidade e para que se possa alcançar a máxima efetividade dos direitos das pessoas com deficiência, os operadores do direito, em especial o judiciário, deve lançar mão de um princípio internacional interpretativo maiúsculo no âmbito do Direito Internacional, o princípio *pro homini*, fazendo prevalecer nas demandas que lhe são submetidas, a norma mais benéfica ao indivíduo, balizando assim a solução na dignidade da pessoa humana ao decidir sobre o direito das pessoas com deficiência.

³⁶ De um modo geral, a ação visa a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 13.146, de 2015 (Lei Brasileira da Inclusão Social da Pessoa com Deficiência), quando determina que as escolas particulares não podem recusar a realização de matrícula às pessoas com deficiência e garante a não cobrança de valores adicionais (art. 28, § 1º). Já houve a denegação de liminar e o exemplo que dela se pode extrair é paradigmático, razão pela qual será ela analisada com maior profundidade durante a produção do artigo definitivo.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 21ª tiragem, 2004, p.25.

³⁸ Nesse sentido, cita-se o art. 1º da Convenção, que assim dispõe: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”

³⁹ NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.57.

⁴⁰ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2ª reimpressão, 2011, p.65.

Restou patente que, no cenário atual, o poder executivo, por meio de políticas públicas e o poder judiciário junto a todos que militam nessa área exercem o principal papel para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, seja aqueles constantes em documentos internacionais, sejam dispostos no ordenamento jurídico interno, cabendo a eles, utilizarem-se de meios eficazes para que sejam assegurados os direitos ali constantes sob pena de incorrerem como seus grandes violadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro, após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência utilizando-se o *quórum* de aprovação para emenda constitucional, e nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, confere ao este Tratado Internacional o *status* de emenda constitucional, transcendendo qualquer discussão doutrinária acerca de sua posição hierárquica.

Não obstante a ser o único tratado assim ratificado –primeiro avanço considerável na matéria-, o Poder Legislativo mostrou-se laborioso em suas atribuições, editando a Lei 13.146/2015 com a finalidade primordial de proteger e promover os direitos das pessoas com deficiência e garantir aqueles já consagrados na referida Convenção.

Entretanto, esse esforço em efetivar os direitos das pessoas com deficiência não galgou passos igualmente promissores no âmbito do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que se mostraram morosos em sua aplicação prática, seja por meio de políticas públicas a serem realizadas pelo Executivo, seja pela solução dos conflitos, mas, principalmente, por aqueles que operam o direito, na aplicação efetiva dos direitos tutelados pelos diplomas retro explicitados.

Destarte, apesar dos direitos positivados, perpetuam-se graves violações no campo de sua efetivação, demonstrando longo caminho a ser percorrido em vias práticas, por meio de rompimento de barreiras físicas e sociais, questões a serem trabalhadas pelo Estado através da conscientização populacional e implementação de meios que possibilitem o exercício dos direitos atualmente consagrados em na coleção legislativa aplicável ao território nacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Barrados: pessoa com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar*. São Paulo: KBR, 2011.

_____. *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARTLETT, Peter; LEWIS, Oliver; THOROLD, Oliver. *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 21ª tiragem, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; LEONCY, Léo Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CLEMENTS, Luke; READ, Janet. *Disabled People and the Right to Life: The protection and violation of disabled people's most basic human rights*. Abingdon: Routledge, 2015.

DALLLARI, Pedro B. A. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003

DEL´OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Orgs). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: SNPD/SDH-PR, 2014.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão Leite; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Hierarquia das Normas no Direito Internacional: Jus Cogens e Metaconstitucionalismo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril, v. XXV, 1974 (Col. Os Pensadores).

KANTER, Arlene S. *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*. Abingdon: Routledge, 2015.

KOBER, Ralph. *Enhancing the Quality of Life of People With Intellectual Disabilities: From Theory to Practice*. London: Springer Science+Business Media B.V., 2010.
MACKLEM, Patrick. *The Sovereignty of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Método, 2014.

_____. *Direito dos Tratados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Editora Malheiros, 3ª ed, 8ª tiragem.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2015.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUDLEY, Michael; SILOVE, Derrick; GALE, Fran. *Mental Health and Human Rights: Vision, Praxis, and Courage*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

OWEN, Frances; GRIFFITHS, Dorothy. *Challenges to the Human Rights of People With Intellectual Disabilities*. London: Jessica Kingsley Publishers, 2009.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Eric A. *The Twilight of Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia (Edit.). *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of the United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*. New York/Geneva: United Nations, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WIENER, Richard L.; WILLBORN, Steven L. (Edit.). *Disability and Aging Discrimination: Perspectives in Law and Psychology*. London: Springer Science+Business Media, LLC, 2011