



RDPC

Revista de Direito Público
Contemporâneo

ISSN 2594-813X



RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 08 | Volume nº 01 | Edição Nº 01 | Janeiro/Junho 2024
Año nº 08 | Volumen nº 01 | Edición Nº 01 | Enero/Junio 2024

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Editor-Chefe | Editor-Jefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Co-Editor | Coeditor:

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, Universidad d Las Americas.



Revista de Direito Público Contemporâneo
Revista de Derecho Público Contemporáneo
Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional
International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.
Sra. María Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir, Turquia.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional
National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Braulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural e do Estado do Rio de Janeiro, UFRRJ/UNIRIO, RJ, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.
Frederico Augusto Pasdchoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriá, PI, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal 2
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha. 2
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.2
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Antonio de Oliveira, Universidade Santa Cecília, UNISANTA, São Paulo, SP, Brasil. 2
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil 2
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil 2

**A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
PRECISA DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO?**

**DOES THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH
DISABILITIES NEED THE BRAZILIAN INCLUSION LAW?**

**LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES
HANDICAPÉES A-T-ELLE BESOIN DE LA LOI BRÉSILIENNE SUR
L'INCLUSION ?**

Daniela Silva Fontoura de Barcellos¹

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo²

RESUMO: O presente artigo investiga a pertinência da existência concomitante da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência (2007) e da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) no ordenamento jurídico brasileiro. A Convenção foi incorporada de forma automática ao direito pátrio, pelo procedimento do art. 5º, §3º, da Constituição, mas também se optou pela criação de uma lei, o Estatuto, para conferir eficácia ao tratado. Neste trabalho, mediante o uso da metodologia indutiva, procura mostrar-se que a Convenção é aplicada sem a intermediação do Estatuto. Ainda assim, de modo paradoxal, a existência das duas normas não é redundante, tendo em vista a maior proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com deficiência; Incorporação de tratados no Brasil; Tratados autoexecutáveis e não autoexecutáveis; Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência; Proteção dos vulneráveis.

ABSTRACT: This article investigates the relevance of the simultaneous existence of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2007) and the Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities (Statute of Persons with Disabilities) in the Brazilian order. The Convention was automatically incorporated into the domestic law to internalize, through the procedure in article 5(3) of the Constitution, but a law was also created (the Statute) to make the treaty effective. By employing inductive methodology, this work seeks to present

¹ Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e-mail: barcellosdanielasf@gmail.com.

² Professor Associado de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e-mail: borgesmacedo@hotmail.com.

that the Convention is applied without the recourse to the Statute. Still, paradoxically, the existence of both norms is not redundant in view of the greater protection of the rights of people with disabilities.

KEYWORDS: People with disabilities; Incorporation of treaties in Brazil; Self-executing and non-self-executing treaties; Brazilian Law for the Inclusion of People with Disabilities; Protection of the vulnerable.

RÉSUMÉ: Cet article étudie la pertinence de l'existence simultanée de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (2007) et de la loi brésilienne pour l'inclusion des personnes handicapées (Statut des personnes handicapées) dans le système juridique brésilien. La Convention a été automatiquement incorporée dans le droit brésilien par la procédure de l'article 5, §3 de la Constitution, mais il a également été décidé de créer une loi, le Statut, pour rendre le traité effectif. Ce document, qui utilise une méthodologie inductive, cherche à montrer que la Convention est appliquée sans le statut. Pourtant, paradoxalement, l'existence des deux normes n'est pas redondante, étant donné la plus grande protection des droits de l'homme des personnes handicapées.

MOTS CLÉS: Personnes handicapées ; Incorporation des traités au Brésil ; Traités auto-exécutoires et non auto-exécutoires ; Loi brésilienne pour l'inclusion des personnes handicapées ; Protection des personnes vulnérables.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga a proteção das pessoas com deficiência no Brasil a partir da aplicação da Convenção de Nova York (2007) e da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência na análise da compatibilidade de normas infraconstitucionais com os seus dispositivos. A norma internacional, também conhecida como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, ambos assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Adicionalmente, criou-se a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência, também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD - como forma de internalizar e concretizar melhor os mandamentos da convenção. Neste contexto, cabe questionar se a existência concomitante das duas normas é pertinente na ordem nacional.

Macedo e Barcellos (2021) apontaram que a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ao Direito Brasileiro ocorreu de maneira inédita em relação a outros tratados de direitos humanos, pois, além de

assinado e ratificado, foi ainda concretizado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência³. Tal opção desempenhou papel relevante na cultura jurídica brasileira por duas razões. A primeira é que reforça a necessidade de aplicação da convenção a situações especialmente na esfera privada relativas às pessoas com deficiência, tendo em vista a falta de tradição nacional, entre praticantes do Direito Privado, na aplicação de tratados internacionais diretamente para as decisões judiciais. A segunda é que o Estatuto proporciona a instrumentalização dos direitos previstos de forma mais abstrata na Convenção Internacional.

No presente momento, já decorrido algum tempo da entrada em vigor tanto da Convenção como do Estatuto, cumpre verificar, através de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, se houve mesmo a necessidade de se criar uma lei como estratégia de internalização do tratado. Tanto o tratado internacional como o Estatuto coincidem nos seus objetivos (visam promover, proteger e assegurar o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência) e não se encontram em planos de abstração normativa distintos.

Constatou-se que o Supremo empregou diretamente a Convenção, sem a mediação do Estatuto. Ademais, parece haver uma tendência de reservar o Estatuto para resolver casos mais afeitos ao Direito Civil, e a Convenção para questões mais pertinentes ao Direito Público. Como será visto, v. g., na ADI 7028/AP o STF entendeu que a Convenção integrava o chamado “bloco de constitucionalidade” e a empregou para realizar o controle de constitucionalidade da lei brasileira que excluía as pessoas com deficiência mental das políticas públicas de acesso à escola. Essa decisão foi fundamentada diretamente na CDPD, que apresenta um conceito de pessoa com deficiência que não pode ser restringido por lei infraconstitucional.

Este trabalho foi dividido em três seções. Na primeira, apresenta-se como um tratado pode produzir efeitos no ordenamento nacional. Na segunda, analisa-se como ocorreu a internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Na terceira, procede-se a uma análise da

³ Em que pese as boas práticas de inclusão optarem por denominar a Lei 13.146/2015 por “Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência”, neste artigo se utilizará, de forma indistinta também “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, tendo em vista que há um paralelismo a forma de internalização da Convenção Internacional mediante estatutos no Brasil, tal como ocorreu em relação a outros grupos vulneráveis.

jurisprudência do STF sobre a aplicação da Convenção. A partir dessas premissas, conclui-se que a Convenção teve aplicabilidade imediata, sem a mediação do Estatuto, mas há uma tendência de reservar a norma internacional somente para temas de Direito Público.

2. A EXECUÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM NACIONAL

Muita tinta já se verteu depois que Carl Heinrich Triepel e Hans Kelsen se digladiaram na Academia de Direito Internacional da Haia sobre as relações entre o Direito Internacional e o Nacional. Em apertada síntese, para Triepel, a vontade do Estado cria o Direito Interno, que se aplica aos indivíduos, e a vontade dos Estados combinada (*Vereinbarung*) gera o Direito Internacional, que incide sobre as nações. Direito Nacional e Internacional são fruto de fontes diferentes e se destinam a relações distintas. Cabe lembrar que o Direito Internacional não constitui um ramo do Direito, como o Direito Civil, o Direito Constitucional, etc., mas consiste em um verdadeiro ordenamento jurídico à parte. Por isso, ele cunha o termo “dualismo” para designar as relações entre os dois sistemas jurídicos. Em virtude dessa dualidade de fontes, Direito Interno e Direito Internacional regem relações sociais diferentes. Uma norma de um ordenamento não pode modificar a do outro. Um tratado não pode derogar uma lei; somente outra lei ou regra de Direito Nacional pode realizar isso. Para que uma lei possa ser derogada por um tratado, há necessidade de ocorrer antes o fenômeno da “recepção”: uma determinada norma, criada num sistema jurídico passa vigorar noutro, por uma previsão expressa (Triepel, 1925, p. 92).

Segundo Kelsen, por sua vez, o dualismo mostra-se absurdo, porque conduz à própria negação do valor jurídico tanto do Direito Internacional como das outras ordens nacionais, em decorrência da ausência de um mesmo fundamento jurídico. O autor caracteriza a unidade de um sistema jurídico em razão de todas as regras individuais comungarem da mesma norma fundamental. Esta norma confere, além da unidade, o fundamento de todos os demais comandos de um ordenamento. Uma lei irá pertencer a um determinado ordenamento, se ela for criada por uma autoridade que recebeu este poder de uma outra lei superior. Esta, por sua vez, pertence ao mesmo ordenamento, se

for criada por outra autoridade que recebeu esta faculdade de uma terceira norma superior. Esse raciocínio pode ser aplicado repetidas vezes até que a última norma positiva (do direito estatal) seja a constituição. Acima desta, haveria uma norma hipotética, pressuposta e não posta, chamada pelo autor de “norma hipotética fundamental”, ou *Grundnorm* (e, com ela, encerra-se o fenômeno jurídico). Ocorre que, tanto o direito estatal, como o Direito Internacional possuiriam apenas uma única norma fundamental (Kelsen, 1926, p. 258).

De acordo com o jurista austríaco, duas ordens jurídicas coexistentes só podem estar em relação de coordenação ou de subordinação. Esta última estabelece uma relação de hierarquia entre as duas ordens, e sempre que houver essa espécie de relação, estar-se-á observando a interação entre uma ordem jurídica parcial com a sua ordem global. Há, nessa situação, o mesmo fundamento de validade, uma só *Grundnorm*. Já coordenar significa equilibrar dois sistemas equivalentes. Essa tarefa, contudo, pressupõe uma terceira ordem normativa, que subordine os dois sistemas em coordenação, para delimitar a competência de uma e de outra. A subordinação, pois, mostra-se a relação mais importante, pois sempre existirá, de modo direto ou indireto. Em qualquer hipótese, portanto, só há um ordenamento jurídico (Kelsen, 1926, p. 270). Trata-se do caso das relações entre o Direito Internacional e o Nacional.

Nem Kelsen nem Triepel advogaram a “melhor” maneira de estabelecer as relações entre as duas ordens. Os dois construíram teorias divergentes sobre a interpretação de uma mesma realidade. Não buscaram prescrever qual o modo mais adequado que um Estado deveria se comportar em face do Direito Internacional, mas descreveram, consoante os seus diferentes aportes teóricos, teses distintas para explicar o fenômeno das relações entre o Direito Nacional e o Direito Internacional. Nunca conceberam o monismo ou o dualismo para ser uma espécie de “opção legislativa” que uma determinada nação pudesse assumir frente às relações internacionais. Em especial, embora Kelsen afirme a superioridade do Direito Internacional sobre o Nacional, mais do que hierarquia, a controvérsia cinge-se à incorporação automática (ou não) das normas de Direito Internacional. Se as duas ordens constituem um mesmo sistema, não há necessidade de um procedimento formal de recepção do Direito Internacional, e

as normas internacionais, desde a sua criação, já se mostram aptas a produzir efeitos.

Para Triepel, contudo, visto que um Direito regula as relações no interior do Estado, e o outro as relações entre os Estados, não há possibilidade de sobreposição de normas (ainda que possa haver contradição de conteúdos). Como até a primeira metade do século XX, os tratados internacionais, em sua grande maioria, só produziam obrigações vis-à-vis governos, mesmo na perspectiva monista, a possibilidade de conflito se mostrava mínima. Esse cenário se altera com o surgimento dos tratados de direitos humanos, que estabelecem não só obrigações interestatais, mas conferem um direito subjetivo internacional ao indivíduo.

Assim, o que era inicialmente uma discussão meramente teórica, passou, da noite para o dia, a ter consequências bastante práticas. Dessa feita, as duas concepções se tornaram, de fato, opções legislativas. Os países em que um tratado, depois de devidamente ratificado e promulgado, adquire o *status* de lei doméstica são chamados de “monistas”. Nesses lugares, a participação do Poder Legislativo nesse processo limita-se a autorizar ou não o Poder Executivo a ratificar o tratado. E somente após essa ratificação, o tratado se torna lei interna. É o caso dos Estados Unidos, da Argentina, dos Países Baixos, etc., em que a própria constituição estabelece a recepção automática das obrigações convencionais. O art. 6º, § 2º, da Constituição estadunidense, por exemplo, estabelece que

Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país [*law of the land*]; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. (United States of America, 1787).

No entanto, há países em que um tratado devidamente ratificado não constitui *ipso facto* uma lei interna. O tratado vai vincular a nação no plano externo, nas relações com outros Estados, mas a ratificação apenas não tem o condão de criar obrigações no Direito Nacional. Nesses países, em geral, o

Poder Executivo decide sozinho pela ratificação de um tratado, mas há a necessidade da participação do Poder Legislativo para que o tratado produza efeitos internos. É o caso do Reino Unido, da Irlanda, de muitos países do Caribe e do Uruguai. Neste último país, embora o art. 85, § 7º, da Constituição (República Oriental del Uruguay, 1967) preveja, de forma anódina, que os tratados precisam passar pela aprovação parlamentar, em verdade, só a partir dessa aprovação é que os tratados passam a valer no Direito Uruguaio, como se estabeleceu no Acórdão n. 25/20/06/1990 (República Oriental del Uruguay, 1990).

No Brasil, as normas constitucionais por si próprias podem induzir uma ou outra filiação. O art. 84, VIII prevê a competência do Presidente da República em celebrar tratados sujeitos a referendo do Congresso Nacional (Brasil, 1988). O *treaty making power*, portanto, não é dividido entre os poderes Executivo e Legislativo, ele pertence ao Presidente, mas é controlado pelo Congresso Nacional, por meio do instituto do referendo. Ou seja, a aprovação parlamentar constitui requisito necessário para cancelar o ato do Poder Executivo e, assim, conferir vigência ao tratado. Por este dispositivo, o Brasil tenderia ao monismo. Já a leitura dos termos iniciais do art. 49, I (“resolver definitivamente”) parece induzir o oposto, pois o tratado dependeria da aprovação parlamentar tanto para entrar em vigor como para produzir efeitos no Direito Brasileiro (Brasil, 1988). A cambiante jurisprudência brasileira sobre hierarquia de tratados também não ajuda no deslinde dessa questão. Ainda assim, como se verá no item seguinte, em relação a tratados de direitos humanos, o Brasil parece haver adotado uma postura monista. Ou aparentemente o fez, como se pretende provar com este trabalho.

Como bem demonstrou Buergenthal (1992, p. 317-321) no seu curso da Haia, tratados podem ser considerados *self* ou *non self-executing* conforme o Direito Internacional ou o Direito Nacional. Conforme o primeiro, serão *non self-executing* todo tratado que necessitar de legislação regulamentadora para conceder aplicabilidade às suas obrigações. As obrigações dessa espécie de tratado são mais vagas e/ou programáticas e precisam que a lei nacional concretize as suas disposições. É o caso quando a norma convencional impõe a obrigação ao Direito Interno de criação de um organismo de supervisão do seu

cumprimento, ou quando as suas normas se encontram num patamar mais elevado de abstração, são principiológicas, e requerem o detalhamento dado por uma lei nacional. Tratados assim impõem uma obrigação de resultado, e compete à lei nacional estabelecer uma obrigação de meio.

Já a executabilidade consoante o Direito Nacional, vai ser diferente caso o país seja monista ou dualista. Num Estado monista, a executoriedade do tratado depende do grau de abstração das suas normas, o que o faz coincidir com a sua executoriedade de Direito Internacional, desde que assegurada a supremacia da norma convencional em relação às leis nacionais (Buerghenthal, 1992, p. 341-358). Entretanto, num país dualista, todo tratado é *non self-executing*, visto que sempre vai precisar de uma norma nacional para lhe conceder efetividade (Buerghenthal, 1992, p. 359-367). E essa norma pode ser o decreto legislativo dado pelo Parlamento – e, assim, no momento mesmo da sua incorporação, esse decreto, mais do que meramente autorizar o Poder Executivo a colocar em vigor o tratado, “transforma” o tratado em lei e o faz produzir efeitos na ordem interna – ou uma lei propriamente dita que seja decorrente desse tratado. No caso da ratificação da CDPD no Brasil, houve os dois.

3 O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ORDEM BRASILEIRA

Muitos consideram superado o debate sobre se o Brasil constitui um Estado monista ou dualista (Binenbojm, 1998). De fato, o País apresenta uma hierarquia plural de tratados, consoante a matéria e, até mesmo, o quórum da aprovação legislativa. Não cabe aqui analisar as diferentes hierarquias que uma convenção pode adquirir no Direito Brasileiro. Porém, cumpre ressaltar que houve uma tentativa de dar aplicabilidade imediata aos direitos humanos constantes em tratados internacionais. O internacionalista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade propôs, na Constituinte de 1987, a inserção do art.

5º, §2º⁴ (Brasil, 1988). Esse dispositivo consistiria numa verdadeira cláusula de abertura da Constituição ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os direitos consagrados em tratados devidamente ratificados, visto constituírem norma materialmente constitucional, integrariam o chamado “bloco de constitucionalidade”. Cabe observar que essas normas não poderiam ser alteradas sequer por emenda constitucional posterior à ratificação do tratado de direitos humanos, uma vez que direitos e garantias fundamentais fazem parte do rol de cláusulas pétreas (Constituição, art. 60, §4º, IV, Brasil, 1988). Como afirmou o autor (2003, p. 513):

se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Em verdade, embora muitos não tivessem entendido dessa maneira, para Cançado Trindade, não seriam os tratados internacionais que teriam *status* constitucional, mas os *direitos humanos* consagrados nesses tratados. Nem todas as normas de um tratado de direitos humanos versam sobre essa matéria, e não faria sentido que normas que dispusessem, por exemplo, sobre a criação e o funcionamento de um órgão internacional ou sobre o processo de adesão àquele tratado tivessem hierarquia constitucional. Ademais, mesmo tratados que não são especificamente sobre direitos humanos podem conter algum direito humano, e este dispositivo particular que encerrasse referido direito também entraria com *status* constitucional, por se tratar de norma materialmente constitucional. Deveria ser, portanto, uma hierarquia da *substância* (direitos humanos), não da *forma* (tratado internacional).

⁴ Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O art. 5º, § 3º⁵ (Brasil, 1988) foi introduzido dezesseis anos após a entrada em vigor da Constituição, em outubro de 1988, para solucionar o problema da hierarquia titubeante dos tratados de direitos humanos. O art. 5º, §2º, que era o único dispositivo que regulava a matéria originalmente, quando foi posto à prova pelo problema da incompatibilidade entre as disciplinas do depositário infiel na Constituição e no Pacto de San José da Costa Rica, gerou uma controvérsia jurisprudencial que não se dirimiu: se a cláusula de abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos ali contida poderia conferir sempre *status* constitucional a um direito humano convencional mesmo se ele estivesse em desacordo com uma norma constitucional expressa. Os tribunais brasileiros e o próprio STF restaram divididos. Então, o legislador constituinte, com a introdução do §3º, procurou encerrar o debate ao exigir que o referendo do Congresso Nacional nos tratados de direitos humanos possuísse o mesmo quórum das emendas constitucionais: três quintos, em dois turnos, nas duas casas. Assim, quando uma norma convencional versar sobre direitos humanos – que consiste em um tema materialmente constitucional –, ela deverá ser aprovada com muita dificuldade, por verdadeira manifestação do Poder Constituinte Reformador, e, por conseguinte, a norma deverá tornar-se também formalmente constitucional. Num país de constituição rígida como o Brasil, há uma lógica bastante circular nesse argumento.

Assim, em agosto de 2009, o Congresso Nacional valeu-se do quórum qualificado do art. 5º, §3º, para referendar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como o seu Protocolo Facultativo – ambos os tratados foram aprovados pelo Decreto Legislativo n. 186 de 9 de julho de 2008 (Brasil, 2008) e promulgados pelo Decreto Presidencial n. 6.949 de 25 de agosto de 2009 (Brasil, 2009). Dessa maneira, a Convenção passou a integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro, material e formalmente, e qualquer lei que estiver em desacordo com esse tratado deve doravante ser considerada inconstitucional.

⁵ Art. 5º, § 3º: 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.

Além disso, preocuparam-se as autoridades nacionais com uma compatibilização bem mais detalhada do tratado com o Direito Brasileiro, como se depreende pela promulgação de lei com o mesmo teor: a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Brasil, 2015). Esta reproduz grande parte do texto da Convenção Internacional e tem como escopo central assegurar às pessoas com deficiência o exercício da liberdade em condições de igualdade, a inclusão social e o exercício da cidadania (art. 1º), mas possui um objetivo não revelado, que é o de ampliar a eficácia da Convenção. Assim, a Convenção passou por uma incorporação bastante *suis generis*: segundo a forma de ratificação, de acordo com o art. 5º, §3º, da Constituição, ela teria aplicabilidade imediata, mas, além disso, o Parlamento aprovou uma lei para lhe conferir maior eficácia. Uma incorporação monista e dualista ao mesmo tempo para um só tratado. Resta, dessa feita, comprovar se, de fato, houve a aplicabilidade imediata do tratado, o que tornaria o Estatuto redundante.

4. A APLICAÇÃO DA CDPD SEM A INTERMEDIÇÃO DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Nesta seção, será feita uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para demonstrar a aplicação da Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência sem a intermediação da Lei Brasileira de Inclusão. Cabe salientar que não há necessidade de qualquer decisão de controle de convencionalidade de lei interna face a esse tratado, mas já houve sim alguns casos de controle de constitucionalidade com base na Convenção, visto que ela se incorporou segundo o procedimento do art. 5º, §3º, da Constituição e se tornou, assim, norma material e formalmente constitucional. A coexistência no Direito Brasileiro de ambas as normas pode parecer inicialmente redundante tendo em vista a forma de incorporação da primeira. Porém, ocorreu uma aplicação da Convenção que jamais poderia ter sido prevista pela melhor doutrina.

É evidente que, além da proteção conferida pela Lei 13.146/2015, o Brasil possui outras normas que garantem direitos às pessoas com deficiência. Sendo assim, conforme supramencionado, verificou-se três casos paradigmáticos em

que o Supremo Tribunal Federal analisou a compatibilidade de normas ordinárias com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade e Recurso Extraordinário, com Tese de Repercussão Geral.

A primeira situação refere-se à análise da constitucionalidade do Decreto 9.508, de 24 de setembro de 2018, que trata da reserva de vagas para pessoas com deficiência nos concursos para a administração federal. Acontece que o Decreto 9.546, de 30 de outubro de 2018, alterou o Decreto 9.508/2018 para excluir a previsão de adaptação das provas físicas para a pessoas com deficiência e estabelecer que os critérios de aprovação dessas provas poderão seguir os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos. Com isso, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ingressou com uma Ação de Direta de Inconstitucionalidade, de n. 6.476, questionando os dispositivos que tratam de dois pontos introduzidos no Decreto 9.508/2018. Ao julgar o caso, o Supremo Tribunal Federal aplicou a CDPD, particularmente seu art. 2º, com o argumento de que a recusa de adaptação razoável é considerada discriminação por motivo de deficiência. O pedido foi considerado procedente e a ADI expôs a seguinte tese:

I - É inconstitucional a interpretação que exclui o direito de candidatos com deficiência à adaptação razoável em provas físicas de concursos públicos; II - É inconstitucional a submissão genérica de candidatos com e sem deficiência aos mesmos critérios em provas físicas, sem a demonstração da sua necessidade para o exercício da função pública. (STF. ADI 6476/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. j. em 08/09/2021).

O segundo julgado enfrentou o exame da constitucionalidade da Lei Estadual do Amapá nº 2.151, de 16 de março de 2017, que procurou assegurar prioridade de vagas em escolas públicas para determinados grupos de pessoas com deficiência. Acontece que os conceitos estabelecidos no art. 1º, *caput*, e § 4º, da Lei estadual nº 2.151/2017 divergem da definição de pessoa com deficiência constante do tratado e acabam por excluir os alunos com deficiência intelectual do rol de destinatários da política pública. Assim, o Procurador Geral da República à época, Augusto Aras, ajuizou Ação Direta de

Inconstitucionalidade 7028/AP, face à Lei 2.151/2017 por três razões. Primeiramente, desviar-se da definição de pessoa com deficiência fixada em convenção internacional, usando da competência legislativa suplementar para reduzir conceito presente em lei federal, de caráter geral, em prejuízo de grupo socialmente vulnerável. Em segundo lugar, por ser a lei estadual limitadora da avaliação da deficiência ao exame médico-hospitalar, desconsiderando a possibilidade da avaliação biopsicossocial. E, para finalizar, pelo fato de a lei estadual promover o desincentivo à adaptação ao ensino inclusivo. O pedido foi julgado procedente em relação aos três pedidos com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados e a seguinte tese:

É inconstitucional lei estadual que (a) reduza o conceito de pessoas com deficiência previsto na Constituição, na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de estatura constitucional, e na lei federal de normas gerais; (b) desconsidere, para a aferição da deficiência, a avaliação biopsicossocial por equipe multiprofissional e interdisciplinar prevista pela lei federal; ou (c) exclua o dever de adaptação de unidade escolar para o ensino inclusivo". (STF. Tribunal Pleno. ADI 7028/AP, Rel.: Roberto Barroso. j. em 19/06/2023)

O terceiro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal é relativo ao exame da constitucionalidade da Lei Complementar 769/2008, mediante ação direta de inconstitucionalidade do Distrito Federal, frente à Convenção de Nova York. A lei complementar determinava, em seu art. 18, que o pagamento da aposentadoria não fosse feito diretamente à pessoa com deficiência aposentada por doença mental e sim ao seu curador. O Recurso Extraordinário 918315 foi interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal, tendo como ponto central de debate saber se é constitucional a exigência de apresentação de termo de curatela como condição de percepção dos proventos de aposentadoria por invalidez, independentemente de qualquer análise acerca de sua capacidade para prática de atos da vida civil.

A regra distrital contestada, no caso em questão, não apenas viola a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em relação à teoria das incapacidades, mas também viola a sistemática estabelecida no Código Civil

e na Lei Brasileira de Inclusão, cuja regra geral é a autonomia da pessoa com deficiência. Sendo assim, para restringir a capacidade civil é necessário que a pessoa a ser tutelada não possua o discernimento necessário para os atos da vida civil, portanto, mera constatação de uma enfermidade ou deficiência mental não é suficiente para a aplicação da interdição neste caso.

O tema gerou a seguinte fixação da tese de Repercussão Geral:

A enfermidade ou doença mental, ainda que tenha sido estabelecida a curatela, não configura, por si, elemento suficiente para determinar que a pessoa com deficiência não tenha discernimento para os atos da vida civil. (STF. RE 918315. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.: em 17/12/2022)

Nesse caso, o exame da constitucionalidade da lei passou pela aplicação tanto do Estatuto das Pessoas com Deficiência, quanto pelo Código Civil, particularmente no que diz respeito ao regime das capacidades alterado pela sistemática da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência via Estatuto. Isso é digno de nota. Embora a ação, originalmente, verse sobre um problema previdenciário, o Supremo encontrou solução nos contornos de um típico instituto de Direito Civil: a curatela. Já os outros dois julgados tratam de temas próprios de Direito Público: concurso público e reservas de vagas em escola pública.

Em todos os casos, o recurso à Convenção foi realizado para que se pudesse contestar a constitucionalidade de uma norma. Por óbvio, o Estatuto *per se* não poderia fazer isso. Porém, quando a decisão pôde se dar por instituto que encontre paralelo na lei nacional, então esta mediou a Convenção. O número de julgados mostra-se insuficiente para se chegar a uma conclusão peremptória, mas já é possível perceber uma tendência. A Convenção, por integrar o bloco de constitucionalidade, serve precipuamente para o controle de constitucionalidade, mas o Estatuto é que é, de fato, usado para resolver problemas de Direito Civil. Em outras palavras, o julgador brasileiro quer apenas

a força da Convenção, mas prefere colher o direito material propriamente dito do Estatuto.

5. CONCLUSÃO

Após 15 anos de vigência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e quase uma década da Lei Brasileira de Inclusão, observa-se, por meio das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, que o controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais federais e estaduais é realizado com base na Convenção Internacional, levantando o questionamento sobre a necessidade da criação da Lei Brasileira de Inclusão como estratégia de internalização do tratado. Isso porque ambas as normas convergem em seus objetivos, buscando promover, proteger e assegurar os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, sem estarem em planos de abstração normativa distintos.

Outrossim, do exame mais detido destes julgados do STF relativos às pessoas com deficiência verifica-se que há situações em que a Convenção continua a ser usada diretamente na solução de casos, sem a necessidade da mediação do Estatuto. No entanto, há uma tendência que os temas objetos de análise não sejam atinentes ao Direito Privado, tal como o ingresso no serviço público e reserva de vagas nas escolas públicas. Quando a decisão se fundamenta em instituto de Direito Privado, então a aplicação tende a ser mediada pelo Estatuto.

É possível extrair algumas conclusões relevantes. Primeiro, confirma a hipótese de Macedo e Barcellos (2021) de que a presença simultânea das duas da Convenção das Pessoas com Deficiência e da Lei de Inclusão no ordenamento jurídico brasileiro contribui para a ampliação da proteção da pessoa com deficiência. Segundo, apesar dos poucos casos não permitirem uma conclusão mais definitiva, parece haver uma tendência de empregar a Convenção apenas como argumento de autoridade, capaz de realizar controle de constitucionalidade de norma de Direito Público contrária a ela e subtrair-lhe a validade. A Convenção, no entanto, foi internalizada de modo automático pelo procedimento do art. 5º, §3º da CF, o que deveria torná-la autoexecutável, mas

o recurso à lei nacional parece ainda necessário quando a controvérsia versa sobre questões de Direito Privado, talvez por alguma resistência cultural em se aplicar institutos de Direito Civil diretamente de um tratado.

Isso levanta uma questão inquietante. O art. 5º, §2º, da Constituição, em que pese a intenção do seu proponente na Constituinte de 1987, foi resistido, pelos tribunais nacionais, como modo de criar uma incorporação automática dos tratados de direitos humanos ao ordenamento nacional. Fez-se, então, a EC. 45/2004, que introduziu o art. 5º parágrafo 3º, com o seu quórum qualificado de emenda constitucional, para remediar essa situação. O dispositivo conseguiu gerar a hierarquia constitucional de tratados de direitos humanos, mas não a sua aplicabilidade imediata. A resistência cultural brasileira faz um tratado autoexecutável *non self-executing*.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Lei Estadual do Amapá nº 2.151, de 16 de março de 2017. Assegura aos portadores com deficiência física, mental ou sensorial prioridade de vaga em escola pública próxima de sua residência. Disponível em: <<https://portal.mpap.mp.br/promotorias/especializadas/tribunal-do-juri?view=article&id=12713:lei-estadual-n-2151-2017&catid=16>>. Acesso em: 27.maio.2024.

BARCELLOS, Daniela Fontoura de e DULLIUS, Adriana Cristina. Das motivações à efetividade: a capacidade civil das pessoas com deficiência do Código Civil e sua alteração pela Lei 13.146/2015. In: CRUZ, André Viana da; TOLEDO, Claudia Mansani Queda de; RODRIGUES Junior, Otavio Luiz. (Orgs.). Direito Civil Constitucional. Florianópolis: Conpedi, 2017, v. 1, p. 1-18. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/n29p82p2/6UuuxZUHym5J2huM>>. Acesso em: 12.abr.2024.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 9, p. 180-195, 1998.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, 1988. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Dos_Direitos_Politicos,.pdf>. Acesso em: 12.abr.2024.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição de 1988)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio. 2024.

_____. **Decreto n. 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007 . Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 8.maio.2024.

_____. **Decreto 9.508**, de 24 de setembro de 2018. Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm>. Acesso em: 8.maio.2024.

_____. **Decreto 9.546**, de 30 de outubro de 2018. Altera o Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018, para excluir a previsão de adaptação das provas físicas para candidatos com deficiência e estabelecer que os critérios de aprovação dessas provas poderão seguir os mesmos critérios aplicados aos demais candidatos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9546.htm>. Acesso em: 8.maio.2024.

_____. **Decreto Legislativo n. 186**, de 9 de julho de 2008. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>.
Acesso em 8.maio.2024.

_____. **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível
em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.
Acesso em 8.maio.2024.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. (**Código Civil**). Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>.
Acesso em: 14 maio. 2024.

_____. **Lei n. 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão
da Pessoa com Deficiência (**Estatuto da Pessoa com Deficiência**). Disponível
em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-
2018/2015/lei/l13146.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em 8.maio.2024.

_____. **Lei Complementar 769**, de 30 de junho de 2008. Reorganiza e unifica
o Regime Próprio de Previdência Social do Distrito Federal – RPPS/DF e dá
outras providências. Disponível em:
[https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/58020/Lei_Complementar_769_30_06_20
08.html](https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/58020/Lei_Complementar_769_30_06_2008.html)>. Acesso em: 25.maio.2024.

BUERGENTHAL, Thomas. Self-executing and non self-executing treaties in
national and international law. **Recueil de Cours de L'Académie de Droit
International**, t. 235, p. 303-400, 1992-IV.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos
direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003 v. I.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de, BARCELLOS, Daniela Silva
Fontoura de. O regime jurídico da pessoa com deficiência: uma análise sobre os

tratados, sobre a Constituição, sobre a legislação e a jurisprudência. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 23, p. 199-219, 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães e HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian (coord.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentários à Lei 13.146/2015**. 2ª ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2022.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Constitución. Montevideo, 1967. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoes/eventos/livros.html/uruguai.html>>. Acesso em: 12.abr.2024.

_____. Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación. Sentencia Definitiva n. 25 de 20 de junio de 1990. Disponível em: <<https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=17622>>. Acesso em: 12.abr.2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7028/AP**. Tribunal Pleno. Rel: Min. Roberto Barroso. j. em 19/06/2023. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 12.abr.2024.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6476/DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. j. em 08/09/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 12.abr.2024.

_____. **Recurso Extraordinário n. 918315**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 17/12/2022. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 12.abr.2024.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of the United States. Philadelphia, 1787. Disponível em: <<https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>>. Acesso em: 12.abr.2024.