

IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE NO BRASIL E NO MUNDO: DESAFIOS

IMPLEMENTATION OF THE NEW YORK CONVENTION IN BRAZIL AND THE WORLD: CHALLENGES

*Alexandre Coutinho Pagliarini***
*Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira***

RESUMO

Este artigo tem por objetivo geral analisar a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito Internacional e no Direito Brasileiro. A Constituição Federal de 1988 assumiu perante a Comunidade Internacional o compromisso de proteção aos direitos humanos e a incorporação destes à categoria de fontes normativas. Muito embora a comunidade jurídica discuta acerca da hierarquia constitucional dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, a supracitada Convenção foi a primeira a ser incorporada ao ordenamento pátrio seguindo o quórum qualificado do art. 5º, § 3º da Carta, com *status* de emenda constitucional e, ao mesmo tempo, inovadora ao adotar um conceito político de deficiência. Conclui-se que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo apresentam a necessidade de um esforço global para a sua efetivação. Trata-se o estudo de análise empírico-teórica, com a utilização de metodologia qualitativa.

Palavras-chave: Direito internacional público. Direito constitucional. Direitos humanos. Convenção de Nova Iorque.

* Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor Titular dos cursos de Mestrado e Graduação em Direito da UNINTER (Curitiba-PR). Professor convidado do Catedrático Jorge Miranda nos cursos de Licenciatura, Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Advogado. *E-mail:* alexandrepagliarini@terra.com.br. *CurriculumLattes:* <http://lattes.cnpq.br/1618544193350080> *ORCID:* <https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>.

** Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD). Pós-Graduada em Direito Previdenciário e Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada. *E-mail:* mfschumacker@gmail.com. *CurriculumLattes:* <http://lattes.cnpq.br/3410375654168739> *ORCID:* <https://orcid.org/0000-0001-9882-6203>.

ABSTRACT

This article has the general objective of analyzing the implementation of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities in International Law and Brazilian Law. The Federal Constitution of 1988 made a commitment to the international community to protect human rights and to include them in the category of normative sources. Even though the legal community argues about the constitutional hierarchy of international treaties dealing with human rights, the aforementioned Convention was the first to be incorporated into the national order following the qualified quorum of art. 5, § 3 of the Charter, with the status a constitutional amendment and, at the same time, innovative in adopting a political concept of disability. It is concluded that the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol present the need for a global effort for its effectiveness. This is the study of empirical-theoretical analysis, with the use of qualitative methodology.

Keywords: Public international law. Constitutional right. Human rights. New York Convention.

INTRODUÇÃO

Com o avanço do Direito Internacional e a prevalência dos direitos humanos no Pós-Guerra, a teoria do direito e a tradicional concepção de soberania têm sofrido modificações e ajustes em vista desta nova realidade. Neste cenário, emaranham-se questões de Estado, de constitucionalidade, de Comunidade Internacional e de efetiva promoção dos direitos do homem.

Destacar-se-á, no caso brasileiro, as diferentes concepções doutrinárias e jurisprudenciais no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, seu processo de internalização e sua posição hierárquica, com especial destaque para o caráter “supralegal” dos tratados de direitos humanos – segundo a Suprema Corte brasileira¹ – e para a Emenda 45/2003.

Em seguida, falaremos brevemente sobre o único tratado de direitos humanos incorporado ao direito pátrio seguindo rito previsto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição da República, bem como sobre o Protocolo Adicional ao referido tratado, que constitui um exemplo paradigmático de transnacionalização da jurisdição.

¹ A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos é um retrocesso para a doutrina mais progressista que considera que tais pactos têm hierarquia sempre e inexoravelmente constitucional. Sobre o assunto, vide PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-48.

TRATADOS, CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS

O contemporâneo sistema internacional tem como um de seus marcos significativos a paz de Versalhes e a consequente instauração da Sociedade das Nações, precursora da Organização das Nações Unidas (ONU). Há alguns séculos no Ocidente, a Sociedade Internacional se compreendia como sociedade de direito, tradição que remonta ao *ius gentium* romano e que conheceu consideráveis avanços com a escolástica ibérica e com a reforma protestante (o *ius gentium* como “língua comum” do conflito político-religioso)². Foi neste contexto que se destacou Hugo Grotius³.

A nova regulação internacional do começo do século passado já apresentava alguns dos traços marcantes da contemporânea Sociedade Internacional. Baseada não simplesmente no consenso entre as grandes potências, no interesse dinástico⁴ e no forte caráter monárquico-conservador, a Sociedade das Nações se baseava, sobretudo, na partilha de valores e princípios⁵. Tal cenário não tardaria a acirrar o conflito europeu, sendo prova disso o início da Primeira Guerra Mundial após o assassinato do herdeiro do Império Austro-Húngaro, Francisco Ferdinando, em Sarajevo, em atentado que teria sido planejado – ou ao menos tolerado – pelos próprios aliados do Império – leia-se: Alemanha!

O Tratado de Versalhes, que continha o Pacto Sociedade das Nações, esboça assim um sistema de segurança coletiva baseado na institucionalização das relações internacionais como meio de evitar a guerra; uma concepção da Sociedade Internacional que se nutria do legado jurídico ocidental, remontando à concepção da *civitas maxima* de Wolff⁶, bem como ao cosmopolitismo kantiano⁷:

Kant's cosmopolitanism was a league of states and definitely not a world republic of the people. A combination of reason and self-interest, Kant believed, would make states keep to their agreements. The collective power of the league would guarantee the independent existence and security of states and individuals but also ensure that states exist in a power equilibrium. A state would have no legal obligation to remain in the league, if it acted against its interests. Its duty to remain within the federation would be self-imposed and moral⁸.

² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 299.

³ GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 550 p.

⁴ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 88.

⁵ *Ibid.*, p. 85.

⁶ *Ibid.*, p. 86 e ss.

⁷ KANT, Immanuel. *De la paix perpétuelle*. 2. ed. Paris: Étalo, 2020, 43 p.

⁸ DOUZINAS, Costas. *Human rights and empire: the political philosophy of cosmopolitanism*. Routledge-Cavendish, 2007, p. 160.

Se esta ordem internacional vigente nos “Vinte Anos de Crise” não pôde evitar a eclosão da Segunda Guerra Mundial⁹, ela ainda assim estabeleceu os fundamentos do que viria a ser a Nova Ordem Internacional implantada no pós-guerra¹⁰.

Herdeira da Liga das Nações, a Organização das Nações Unidas¹¹ fundamenta-se, sobretudo, nesse projeto comum, fundado em valores como a autodeterminação dos povos, a não-agressão, a solução pacífica das controvérsias, o respeito à soberania dos Estados nacionais e a dignidade da pessoa humana, projeto este que, assim, devia congrega uma multilateralidade de países para alcançar legitimidade e efetividade, realizando uma convergência axiológica e fática, também, se não sobretudo, jurídico-política.

É para um problema clássico do conflito entre direito internacional e direito pátrio que este artigo se voltará a seguir, tendo em vista os desenvolvimentos históricos brevemente aludidos acima, tendo-se consciência de que, apesar dos progressos, permanece o caráter descentralizado da Sociedade Internacional¹².

Monismo, dualismo e a primazia da norma mais favorável

A dicotomia existente entre direito internacional e direito pátrio, embora antiga, ainda é objeto de divergência por parte da doutrina, haja vista a ausência de consenso quanto à eficácia e aplicabilidade do direito internacional na ordem jurídica interna dos Estados. Tal divergência culminou no surgimento de algumas teorias, dentre as quais destacam-se as que examinam a existência de duas ordens jurídicas distintas e independentes, a exemplo da Teoria Dualista, ou se referidas ordens derivam uma da outra, a exemplo da Teoria Monista¹³.

Para os adeptos da Teoria Dualista, o direito interno de cada Estado é distinto e independente do direito internacional, não havendo interferência normativa por parte deste, exceto nos casos em que o direito nacional promove a introdução das normas internacionais em seu ordenamento. Em contrapartida, os adeptos da Teoria Monista¹⁴ se dividem em duas correntes: a primeira “sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. A outra apregoa o primado do direito nacional

⁹ *Ibid.*, p. 160.

¹⁰ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 39-40.

¹¹ Para uma clássica análise comparativa entre a Liga e a Organização das Nações Unidas, ver: GOODRICH, Leland M. From League of Nations to United Nations. *International Organization*, v. 1, n. 1, 1947, p. 3-21.

¹² REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 25 e ss.

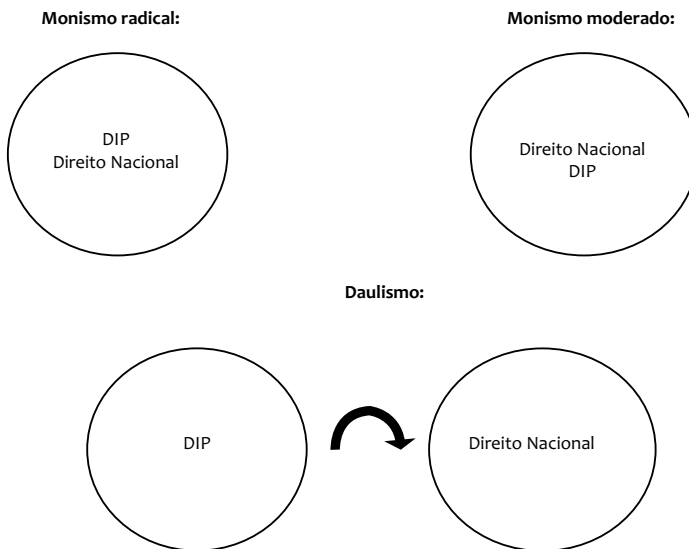
¹³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 142-143.

¹⁴ Hans Kelsen foi um dos maiores adeptos do primado do direito internacional. Neste sentido, ver: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade¹⁵.

Igualmente, no tocante aos direitos humanos, os adeptos da Teoria Monista internacionalista também reforçam a existência de um “*monismo internacionalista dialógico*”, haja vista a possibilidade de haver coexistência e diálogo entre as normas de direito internacional e direito interno. Neste sentido, ao se tratar de direitos humanos e havendo conflito normativo entre normas de direito interno e direito internacional, deverá prevalecer a norma mais favorável ao ser humano¹⁶, haja vista que “os direitos previstos nos tratados internacionais somente podem ter o condão de aprimorar a proteção dos direitos humanos e jamais provocar retrocessos¹⁷”. Todavia, há posição mais progressista¹⁸ que simplesmente diz o seguinte: os direitos humanos internacionais são sempre superiores hierarquicamente aos nacionais por conta do fato de o Direito Internacional Público (DIP) ser, em geral, sempre e toda vez superior a qualquer direito nacional, respaldando-se tal doutrina nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).

Voltando aos assuntos do dualismo, do monismo radical e do monismo moderado, vejamos os gráficos abaixo:



¹⁵ REZEK, Francisco, *op. cit.*, p. 28-29.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33-34.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 499.

¹⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A construção do direito constitucional internacional pelos direitos humanos. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ano 3, n. 1, 2014, p. 401-424. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00401_00424.pdf. Acesso em: 11/03/2020.

Supraconstitucionalidade, “bloco de constitucionalidade” e supralegalidade

O *status* normativo dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira sofreu algumas modificações ao longo dos anos. O Supremo Tribunal Federal (STF) manteve, por um longo período, o entendimento de que os tratados internacionais, independentemente da matéria, possuíam *status* normativo equivalente ao direito ordinário, ou seja: à lei ordinária federal (RE 80.004/SE¹⁹).

Entretanto, o STF, ao julgar do RE 466.343/SP²⁰, no qual se discutia a legitimidade da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* normativo supralegal. Tal atribuição decorreu de posicionamento majoritário, liderado pelo Ministro Gilmar Mendes, ao passo que a posição encabeçada pelo Ministro Celso de Mello conferiu estatura constitucional. Ainda, houve quem sustentasse o *status* supraconstitucional desses tratados internacionais²¹.

Não obstante, argumentou-se, quando do julgamento do referido RE 466.343/SP, que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional, independentemente de terem sido aprovados antes da EC 45/2004. Conclui o Min. Celso de Mello, neste julgamento, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC 45/2004, como ocorre com o Pacto de San José da Costa Rica, se revestem de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade²².

A tese da constitucionalidade, baseada no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, fundamenta que os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao ordenamento pátrio na mesma condição hierárquica das normas constitucionais

¹⁹ “Convenção de Genebra. Lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias. Aval aposte a nota promissória não registrada no prazo legal. Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei n. 427, de 22/01/1969” (RE 80.004/SE, Pleno, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977).

²⁰ “Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5, LXVII e §§ 1, 2 e 3, da CF, à luz do art. 7, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HC 87.585 e HC 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (RE 466.343/SP, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.2009).

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1415.

²² *Ibid.*, p. 1418.

e não com outro *status* normativo, haja vista que o referido parágrafo constitui uma cláusula aberta²³. Em contrapartida, a tese da supralegalidade fundamenta que os tratados internacionais, qualificados como direito supralegal, possuem *status* hierárquico superior à legislação infraconstitucional e inferior à Constituição²⁴.

O “bloco de constitucionalidade” é composto, em âmbito federal, pela Constituição vigente e os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento interno mediante o procedimento do art. 5º, § 3º da Constituição Federal²⁵, e representa um alargamento no parâmetro formal e material do controle de constitucionalidade, cujo caráter é cogente²⁶ e observância por parte dos Estados-partes é obrigatória²⁷.

O Brasil e a hierarquia dos tratados

O procedimento constitucional de incorporação dos tratados ou convenções internacionais está contido na Constituição Federal, que trata do assunto sob duas óticas: a formal – formação regular do pacto; a material – conteúdo do tratado internacional²⁸.

Em decorrência do processo de globalização e abertura da Constituição à normativa internacional, o art. 5º, § 2º, da Carta inovou ao incluir no ordenamento pátrio os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil é parte e atribuiu a tais direitos uma hierarquia especial e diferenciada, equivalente às normas constitucionais²⁹.

Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, b, do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 1418.

²⁴ *Ibid.*, p. 1420.

²⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 163.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 446.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2016, p. 173.

²⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Op. cit.*, p. 161.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2016, p. 72-73.

entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. [...]¹.

O direito brasileiro optou por um sistema misto, com regimes jurídicos diferenciados aplicáveis aos tratados tradicionais e aos tratados de direitos humanos. “[...] Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. [...]”².

Pagliarini³ tem uma posição doutrinária radical e leciona que a divisão hierárquica é a seguinte: 1) Regra geral: a da paridade hierárquica, pois ambos, tratados e leis ordinárias federais, estão submetidos ao controle de constitucionalidade, e diz isso em conformidade com o art. 102, III, b da CF/88. 2) Casos de supralegalidade, aqueles em que os tratados são superiores à lei federal e inferiores à CF/88: a) tratados de direito tributário (art. 98 do CTN); b) tratados sobre transportes internacionais (art. 178 da CF/88); c) tratados de extradição (regra *lex specialis derogat generali*); d) tratados para a integração da América Latina (Súncio do art. 4º da CF/88). 3) Caso de hierarquia constitucional: porque os tratados de direitos fundamentais versam sobre este assunto (os direitos fundamentais), eles dispõem sobre temática tipicamente constitucional. Aliás, as Constituições modernas nasceram a partir do final do século XVIII justamente para cumprir duas funções: (i) a de definir e garantir direitos fundamentais; (ii) a de estruturar o Estado. E é óbvio que no mundo globalizado da atualidade a Sociedade Internacional também dispõe sobre o assunto direitos humanos mediante aquilo que se pode chamar de hierarquia das hierarquias, e isso é garantido – novamente – pelos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Domesticamente falando, da própria CF/88 se pode inferir que os tratados de direitos humanos são detentores de hierarquia constitucional, isso graças à interpretação conjunta que se dá ao § 2º do art. 5º e ao inciso II do art. 4º da Carta em vigor, e isso tudo independentemente do § 3º inserido ao art. 5º pela EC/45, parágrafo este de redação desastrosa que pode induzir o exegeta a pensar que os antigos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil não podem ser considerados como de força constitucional porque não foram votados no Congresso Constitucional de acordo com o rito da emenda constitucional. Ora, quem assim pensa não conhece ato jurídico perfeito! Sim, os tratados de direitos humanos votados segundo o antigo trâmite são atos jurídicos perfeitos porque o trâmite que lhes era imposto era o da votação de projeto

¹ *Ibid.*, p. 73.

² PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2016, p. 74.

³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-48.

de lei ordinária; mas o assunto sempre foi direitos humanos! No que tange ao assunto, o STF foi insensível ao sistema jurídico internacional, ao nacional, e, o que é pior, não funcionou como agente de transformação social⁴.

Atualmente, de acordo com a jurisprudência do STF, repise-se que são reconhecidos três níveis hierárquicos distintos aos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: (i) os que versam sobre direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CR/88); (ii) os que versam sobre direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário, por maioria simples (art. 47, CR/88), com status supralegal – situados entre a CR/88 e os atos normativos primários; (iii) e os demais tratados e convenções internacionais que não versam sobre direitos humanos, os quais ingresam no ordenamento pátrio com força de lei ordinária.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 e o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, houve a inserção do § 3º no art. 5º, da Constituição Federal, o qual passou a prever que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais. Os demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes do advento Emenda Constitucional n. 45/2004 possuem *status* supralegal, haja vista que incorporados ao ordenamento pátrio em apenas um turno de votação em cada Casa do Congresso Nacional, ao passo que os tratados internacionais que versam sobre outras matérias são dotados de *status* normativo legal.

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu quórum de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º⁵.

⁴ KALLÁS FILHO, Elias; LONGO, Ana Carolina Figueiró. Poder judiciário como agente de transformação social, transformado pela atuação social. *Revista Ius Gentium*, Curitiba: Uninter, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016, p. 34-48.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 161.

A descrição contida no parágrafo anterior deste artigo, em termos de hierarquia, é fortemente combatida por doutrinadores como Pagliarini – conforme já referenciado – porquanto a tese é dificilmente comprovável cientificamente, podendo-se dizer que o STF, no solução que deu ao RE 466.343/SP, não julgou em conformidade com pressupostos jurídicos mas sim de acordo com conveniências políticas, tanto que, logo depois, o mesmo STF editou a Súmula Vinculante que proíbe a prisão do depositário infiel (SV 25); ou seja: a não aceitação, pelo STF, da hierarquia constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil desde 5 de outubro de 1988 é bem um retrato da composição da Corte nos últimos 17 anos.

Atualmente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o seu Protocolo Facultativo e o Tratado de Marraqueche são os três únicos pactos internacionais de direitos humanos subscritos e incorporados ao ordenamento pátrio com *status* de emenda constitucional, em conformidade com o § 3º do art. 5º, da Constituição Federal.

SOBRE O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de pessoa com deficiência, ao longo da história, passou por algumas modificações e, atualmente, a terminologia adotada mundialmente é “pessoa com deficiência”, conforme definição da ONU. Embora sempre tenham existido pessoas com as mais diversas limitações, a proteção internacional para com as pessoas portadoras de deficiência revela um histórico recente de reconhecimento de direitos, haja vista que apenas a partir do início do século XX é que a população passou a conceber políticas públicas voltadas para a inclusão social dos portadores de deficiência⁶.

Num passado mais recente ainda se registram as expressões “pessoas com necessidades especiais”, “portadores de necessidades especiais”, “pessoas especiais”, “portadores de direitos especiais”. Ocorre que o adjetivo “especial”, além de não projetar em si qualquer diferenciação, não se constitui numa característica exclusiva das pessoas com deficiência. Ser considerado “especial”, ou uma “pessoa especial”, vale para todos, possuam ou não alguma deficiência. O mesmo se diga do termo “direitos especiais”, que se relaciona, em geral, com as minorias subjugadas, sem mencionar o fato de que as pessoas com deficiência buscam equalizações, equiparações, e não propriamente “direitos especiais”, como irá se demonstrar⁷.

⁶ LEITE, Flávia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual a busca por um modelo social. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, 2012, p. 31.

⁷ MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

Atualmente, o conceito científico de deficiência consta na própria Convenção da Organização das Nações Unidas, sendo considerada como pessoa com deficiência as que possuem impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial⁸.

A pessoa com deficiência no ordenamento jurídico pátrio

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo objetivam a promoção, proteção e garantia do desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas portadoras de deficiência, com o devido respeito à dignidade. Tal documento foi assinado pelo Brasil, em 30 de março de 2007 e, posteriormente, ratificado pelo Congresso Nacional e promulgado através do Decreto n. 6.949/2009.

Conforme explanado no tópico anterior, esta Convenção, por versar sobre matéria afeta aos direitos humanos, foi a primeira a ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de Emenda Constitucional, haja vista ter seguido o quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, trazido por força da Emenda n. 45/2004. Com a ratificação da supracitada Convenção, a mesma passou a ser utilizada como referência para a construção das futuras políticas públicas, especialmente no tocante à identificação dos sujeitos portadores de deficiência, bem como dos direitos a serem devidamente garantidos.

Com a incorporação da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência, o Brasil precisou superar o conceito de pessoa com deficiência anteriormente adotado no ordenamento interno, haja vista que este pautava-se exclusivamente em critérios médicos, ao passo que o novo conceito adotado pelo tratado internacional e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro instituiu um conceito político de deficiência, ampliando o alcance de proteção constitucional às pessoas que anteriormente não eram consideradas pessoas com deficiência.

Uma retrospectiva histórica da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência

A proteção das pessoas portadoras de deficiência, com o decorrer dos anos, se tornou objeto de discussão por parte de organismos internacionais, Estados, organizações não governamentais e acadêmicos. Entre os principais motivos, está a preocupação com a efetivação da inclusão social, haja vista o crescente aumento populacional de pessoas portadoras de deficiência, constituída por, aproximadamente, 10% (dez por cento) da população mundial, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS).

⁸ Neste sentido, ver: CONVENÇÃO Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

O tratamento social dado às pessoas com deficiência, ao longo da história, sofreu diversas alterações, especialmente após a universalização do princípio da igualdade, através da Declaração do Homem e do Cidadão (1791) e, posteriormente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Nesta mesma seara, destacam-se algumas convenções internacionais que influenciaram a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a legislação brasileira: *a)* A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975), a qual inovou ao trazer o conceito de “pessoa deficiente” e influenciou na concepção do termo “pessoa portadora de deficiência” utilizada pela Constituição Federal de 1988; *b)* Convenção de Guatemala, assinada pelo Brasil no ano de 1999, promulgada através do Decreto n. 3.956/2001 e incorporada ao ordenamento interno com status de lei ordinária; *e,* *c)* Convenção sobre o Direito das Pessoas com deficiência e o seu Protocolo Facultativo (2006), ratificado pelo Brasil com equivalência de Emenda Constitucional, através do Decreto n. 6.949/2009.

DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Jurisdição transnacional e a nova concepção de soberania

O Direito Internacional, inicialmente desenvolvido para regular os Estados, com o passar dos anos incorporou novos sujeitos, “[...]abarcando contemporaneamente uma amplitude de temas e preocupações que exigem a multiplicação de mecanismos de acesso à justiça e de efetivação de regras pactuadas no plano internacional [...]”⁹.

Neste contexto, o acesso à justiça evoluiu de forma gradativa e, a partir de 1945, as relações internacionais passaram a apresentar uma nova dinâmica em decorrência do processo de globalização. Igualmente, a sistematização das normas surgiu em detrimento dos costumes, acordos internacionais e princípios¹⁰, que por sua vez, originaram os Tribunais Internacionais¹¹.

Garantir o acesso à justiça no plano internacional por meio de Tribunais Internacionais e de Acordos e, a partir deles, com o princípio do primado das decisões internacionais dos tribunais, é uma exigência natural da organização da vida social. Se aceitarmos a existência de uma sociedade ou Comunidade Internacional, automaticamente, nessas relações, os Estados têm o dever de disponibilizar mecanismos que possibilitem o acesso a esses canais para que a sociedade seja regulada por normas previsíveis entre os Estados em suas relações¹².

⁹ MENEZES, Wagner. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁰ MENEZES, Wagner. *Op. cit.*, p. 36.

¹¹ *Ibid.*, p. 37.

¹² *Ibid.*, p. 37.

A globalização desencadeou um avanço nas relações internacionais, com a amplificação dos meios de intercomunicação entre Estados e, neste contexto, houve o desenvolvimento de correntes transculturais com a utilização de uma linguagem universal e a evolução para uma mentalidade global, em prol da Sociedade Internacional¹³.

Neste cenário, se confirma a existência de uma ordem econômica internacionalizada, alicerçada sobre o liberalismo econômico, pensada em Bretton Woods e redimensionada ao longo do tempo, afetando a moeda, as finanças, o comércio, e que agora, mais do que nunca, se desenvolve como uma ideologia transnacional, que atravessa fronteiras e envolve a vida do cidadão comum, tendo no petróleo e nas demais políticas energéticas a base das ações internacionais e políticas¹⁴.

Neste contexto, a globalização originou um processo de internacionalização do *status quo* na Sociedade Internacional contemporânea, com a transnacionalização de regras e paradigmas. O desencadeamento do processo de globalização e o aumento das preocupações jurídico-normativas culminou, também, na criação de novas Cortes Internacionais, abarcadas por novas e exclusivas competências¹⁵.

Ampliam-se os horizontes da Sociedade Internacional global em um cenário pós-moderno, que requer respostas globais para seus problemas e dilemas. Neste esteio, o Direito Internacional amplia seu campo de atuação e se legitima como instrumento jurídico capaz de regular a sociedade que se desenha, se assemelhando a um ordenamento jurídico interno, mais normatizado e jurisdicionalizado, com influência e repercussões nos mais variados ramos do direito¹⁶.

O conceito de jurisdição, inicialmente tido como um sistema “entre Estados”, também sofreu com os efeitos da globalização, especialmente após o fortalecimento da jurisdição em matéria de direitos humanos, com a crescente adesão por parte dos Estados aos principais tratados de proteção dos direitos humanos.

Os Estados, ao aprovarem estes tratados, “[...] se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição”¹⁷. Referida aprovação reflete na submissão dos Estados à autoridade das instituições internacionais, flexibilizando a noção tradicional de soberania nacional¹⁸.

¹³ *Ibid.*, p. 86.

¹⁴ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁶ MENEZES, Wagner. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2018, p. 143.

¹⁸ *Ibid.*, p. 87.

O Comitê sobre os Direitos das pessoas com deficiência e o protocolo facultativo

Neste cenário conturbado de crescente questionamento do conceito de soberania nacional, a criação de um sistema de monitoramento foi questão conturbada quando da negociação do tratado ora em análise. Houve resistência à criação de um Comitê específico, com países como Egito e China preferindo que o monitoramento ficasse a cargo do recém-criado Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, enquanto outro bloco (composto pela União Europeia, Brasil, México, entre outros) defendia “mecanismos mais progressivos”, chegando-se mesmo a um impasse nas negociações¹⁹. O compromisso viria na forma do Protocolo Adicional.

A Convenção estabelece não só mecanismos de monitoramento nacionais (nestes incluídos não só mecanismos estatais mas também “mecanismos independentes”, conduzidos pela sociedade civil organizada²⁰) e a criação de um Comitê internacional (que tem por função primordial acompanhar a *compliance* dos Estados-parte e mensurar os resultados obtidos)²¹, como também faculta aos Estados-parte a assinatura do Protocolo Adicional, prevendo a possibilidade do Comitê receber comunicações e denúncias “submetidas por pessoas ou grupos de pessoas” (Art. 1, parágrafo 1º, do Protocolo Adicional).

Como lembra Piovesan, as comunicações individuais são expressão do processo de ampliação dos atores individuais, e sua implementação sistemática pode representar um considerável avanço e democratização dos instrumentos internacionais²². Como é comum, a admissibilidade da comunicação individual depende de uma série de requisitos, podendo destacar-se a proibição da anonimidade, o esgotamento dos recursos internos disponíveis, e a posterioridade dos fatos que motivaram a comunicação à entrada em vigor do Protocolo (art. 2 do Protocolo Adicional).

¹⁹ LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade*. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo: 2009, p. 85.

²⁰ O art. 33 da Convenção prevê que haja em todos os níveis de governo nos Estados-parte órgãos especialmente encarregados da implementação e promoção de políticas públicas voltadas para pessoas com deficiência, visando uma atuação *coesa*. Determina também, ainda em âmbito nacional, a criação de mecanismos independentes conduzidos por pessoas individuais como por organizações para promover, proteger e monitorar a aplicação da Convenção (“A sociedade civil e, particularmente, as pessoas com deficiência e suas organizações representativas serão envolvidas e participarão plenamente no processo de monitoramento”) – RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. *A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Corde, 2008, p. 107-108.

²¹ Os Estados-parte se comprometem com Relatórios periódicos, nos quais informarão que medidas têm sido tomadas para a promoção e proteção dos direitos das pessoas com deficiência, sobretudo quanto a garantia e efetivação dos direitos previstos no tratado, podendo fazer sugestões e recomendações na condução das políticas públicas ou solicitar mais informações.

²² PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2018, p. 150.

O Comitê conduz as investigações de forma confidencial, comunicando o Estado-parte, que terá um prazo de seis meses para submeter explicações ou declarações por escrito (art. 3). Poderá ainda, a qualquer momento após o recebimento de comunicação, determinar medidas de caráter cautelar. Emitido o relatório com os resultados da investigação, o Estado terá prazo de seis meses para submeter suas considerações (art. 6, parágrafo 4), podendo o tema ser incluído de maneira explícita no Relatório periódico (art. 7), podendo a investigação acarretar uma visita in loco, com a devida anuência do Estado-parte (Art. 6, parágrafo 2).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pudemos analisar, o Direito Internacional sofreu considerável desenvolvimento no decorrer dos anos, inclusive com a incorporação de novos sujeitos. A dicotomia existente entre Direito Internacional e Direito Pátrio deu espaço aos desenvolvimentos históricos e progressos das sociedades que hoje conhecemos.

Com a evolução do acesso à justiça e a nova dinâmica da globalização, as relações internacionais passaram a ser normatizadas, inclusive com o surgimento de Tribunais Internacionais. Muito se discutia acerca do status constitucional dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento pátrio, especialmente os afetos aos direitos humanos.

Referido *status*, no ordenamento jurídico brasileiro, sofreu algumas modificações ao longo dos anos. Como visto, até o julgamento do RE 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento era de que os tratados internacionais, independentemente da matéria possuíam *status* normativo equivalente ao direito ordinário. Após o referido julgado, a decisão que prevaleceu era a de que os tratados internacionais afetos aos direitos humanos possuíam *status* normativo supralegal.

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a obter status de emenda constitucional, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Atualmente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo são os únicos tratados internacionais de direitos humanos subscritos e incorporados ao ordenamento pátrio com status de emenda constitucional, em conformidade com o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal.

Ao final do presente artigo, foi possível concluir que a supramencionada Convenção atingiu um alcance global, devendo ser utilizada como base jurídica para a construção das futuras políticas públicas por parte de seus signatários. Neste mesmo sentido, foi possível concluir que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo apresentam a necessidade de um esforço global para a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto: Brasília, 1988.
- BRASIL. Decreto n. 6.949/2009. *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. Brasília, 2009.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). *Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos de diversos artigos da Constituição Federal e acrescenta os art. 103B, dentre outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 15 set. 2019.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE n. 466.343/SP*, julgado em 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 15/09/2019.
- CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNRIC). *Alguns factos e números sobre as pessoas com deficiência*. Disponível em: <https://www.unric.org/pt/pessoas-com-deficiencia/5459>. Acesso em: 24 ago. 2019.
- DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 24 ago. 2019.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire: the political philosophy of cosmopolitanism*. Routledge-Cavendish, 2007.
- GOODRICH, Leland M. From League of Nations to United Nations. *International Organization*, v. 1, n. 1, 1947, p. 3-21.
- GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 550 p.
- KALLÁS FILHO, Elias; LONGO, Ana Carolina Figueiró. Poder judiciário como agente de transformação social, transformado pela atuação social. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016, p. 34-48.
- KANT, Immanuel. *De la paix perpétuelle*. 2. ed. Paris: Étalo, 2020, 43 p.
- LEITE, Flávia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual a busca por um modelo social. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, 2012.
- LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade*. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo: 2009.
- MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ONU. *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes*. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. 9 dez. 1975. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf. Acesso em: 24 ago. 2019.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 24 ago. 2019.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A construção do direito constitucional internacional pelos direitos humanos. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 1, 2014, p. 401-424. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00401_00424.pdf. Acesso em: 11 mar. 2020.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Pobreza como violação de direitos humanos. In: WERCHEI, Jorge; NORLETO, Marlova Jovchelovith. *Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social*. Brasília: Unesco, 2003. p. 134-162.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. *A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Corde, 2008. p. 107-108.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.