



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DO
PRIMEIRO TRATADO APROVADO SOB O RITO DO ART. 5º, § 3º, DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 (CONVENÇÃO
INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA)

José Luís da Silva Tavares

Rio de Janeiro
2017

JOSÉ LUÍS DA SILVA TAVARES

A POSIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DO
PRIMEIRO TRATADO APROVADO SOB O RITO DO ART. 5º, § 3º, DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 (CONVENÇÃO
INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA)

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A POSIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DO PRIMEIRO TRATADO APROVADO SOB O RITO DO ART. 5º, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 (CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA)

José Luís da Silva Tavares

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF).

Resumo – A problemática referente à internalização dos tratados internacionais não é atual; ao contrário: o debate entre as correntes monista e dualista é de longa data. A polêmica se torna maior em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, a pesquisa delimita o seu objeto no processo de incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado internacional de direitos humanos, ratificado pelo Brasil, o qual deu origem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São desenvolvidas, igualmente, questões ligadas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir da jurisprudência do STF.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Humanos. Tratados Internacionais. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sumário – Introdução. 1. As fases de internalização de um Tratado Internacional na ordem jurídica brasileira a partir da jurisprudência do STF e da doutrina: convergências e divergências. 2. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: supraconstitucionalidade, constitucionalidade ou supralegalidade? 3. Breve análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15): repercussões do *novel* diploma no ordenamento jurídico nacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objeto de estudo a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, com foco na internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é o primeiro tratado internacional aprovado na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988, desde o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

Buscar-se-á compreender como se dá o processo de incorporação de um tratado internacional ratificado pelo Brasil, indagando-se sobre a necessidade (ou não) de formalidades essenciais.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, os atos internacionais não têm aplicabilidade imediata e nem produzem efeitos diretos no Brasil. Assim, a ratificação de um tratado ou convenção internacional pelo Brasil não é apta, *per si*, a produzir efeitos imediatos na ordem jurídica interna, sendo imprescindível a observância de solenidades específicas.

É objeto da investigação, ainda, a real posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos dentro da ordem jurídica brasileira: seriam normas supraconstitucionais, constitucionais ou supralegais?

A resposta deve passar, necessariamente, pela decisão do STF sobre a prisão civil do depositário infiel (RE nº 466.343). A partir desse *leading case*, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e anteriores à EC nº 45/04 passam a ter hierarquia supralegal, ou seja, estão acima da legislação ordinária, porém abaixo da Constituição. Por outro lado, os tratados de direitos humanos posteriores à EC nº 45/04, aprovados pelo procedimento do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, passam a ter *status* de emenda constitucional.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada no Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, é o primeiro diploma internacional aprovado expressamente na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), por sua vez, é a primeira lei ordinária editada com base na Convenção. Surgem, então, as seguintes indagações: (i) a Lei nº 13.146/15, possui a mesma posição hierárquica da Convenção?; (ii) possui *status* de lei ordinária ou de emenda constitucional?

A pesquisa pretende demonstrar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não possui natureza de emenda constitucional, trata-se de lei ordinária, que tem fundamento de validade na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No primeiro capítulo, busca-se compreender o procedimento de internalização dos tratados internacionais, sob a ótica jurisprudencial e doutrinária, com o objetivo de situar o leitor acerca do debate. O segundo capítulo da pesquisa concentra-se na análise do processo de incorporação da Convenção Internacional, a fim de delimitar o objeto da pesquisa. No terceiro e último capítulo, são feitas breves considerações sobre a Lei nº 13.146/15, e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio, objetivando uma análise crítica das principais alterações.

A metodologia aplicada é a pesquisa bibliográfica sobre o tema, legislação, doutrina e jurisprudência, pois a abordagem do objeto da pesquisa é necessariamente qualitativa (interpreta-se o fenômeno a ser observado). Faz-se uso de uma investigação do tipo jurídico-

exploratória, tendo em vista que o foco são as características, percepções e descrições de um problema jurídico, sem preocupação com suas raízes explicativas.

1. AS FASES DE INTERNALIZAÇÃO DE UM TRATADO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DA DOCTRINA: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

Partindo do pressuposto de que cada Estado é soberano para instituir seu próprio ordenamento jurídico interno, bem como é livre para celebrar tratados ou convenções que criem obrigações no Direito Internacional, possível falar na existência de duas ordens jurídicas, a saber: a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional. Discutem-se, então, as relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno estatal, assim como os eventuais conflitos entre normas internacionais e o direito interno.

Historicamente, o debate divide-se entre as teorias monista e dualista, segundo Mazzuoli¹:

ainda tergiversa a doutrina sobre como resolver o problema das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno estatal. Esse problema apresenta dois aspectos: um *teórico*, consistente no estudo da hierarquia do Direito Internacional frente ao Direito Interno; e outro *prático*, relativo à efetiva solução dos conflitos porventura existentes entre a normativa internacional e as regras de Direito doméstico. A questão vem se desenvolvendo através dos tempos, tendo surgido várias teorias que buscaram equacionar o problema, dentre as quais se destacam duas, com seus temperamentos: a *dualista* e a *monista*.

Os autores monistas, que têm em Hans Kelsen² o seu maior expoente, defendem que o Direito Internacional e o Direito interno são manifestações do mesmo sistema jurídico, ou seja, o ordenamento jurídico seria único e constituído de normas nacionais e internacionais. Surge, a partir dessa constatação, a seguinte colocação: em caso de conflito entre uma regra internacional e outra nacional, qual delas deve prevalecer? Para solucionar essa controvérsia existem três correntes dentro do monismo.

A primeira corrente é o monismo nacionalista, que defende o primado do direito nacional de cada Estado soberano, porquanto as normas e obrigações internacionais

¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 74.

² KELSEN apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ibid.*, p. 81.

decorreriam de compromissos discricionários. Mazzuoli³ afirma que “trata-se da doutrina constitucionalista nacionalista, cujas bases filosóficas encontram guarida no sistema de Hegel (1770-1831), que via no Estado um ente cuja soberania (...) seria irrestrita e absoluta (a lei *suprema* sobre a terra).”

A segunda corrente é o monismo internacionalista, que sustenta a prevalência das normas de Direito Internacional. Segundo Mazuolli⁴, “no ápice da pirâmide das normas encontra-se, pois, o Direito Internacional (norma fundamental: *pacta sunt servanda*), de onde provém o Direito interno, que lhe é subordinado.” É a posição que prevalece nos acordos, tratados e demais documentos internacionais, em razão do disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969⁵, segundo o qual uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.⁶

A terceira e última corrente é o monismo internacionalista dialógico, defendido por Mazzuoli⁷, segundo a qual, em caso de conflito entre normas internas e internacionais, deve prevalecer a que ofereça maior grau de proteção aos direitos humanos. Esse posicionamento consagra o denominado princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano ou princípio *pro homine*.

Por fim, em sentido oposto ao monismo, há a teoria dualista, que se subdivide em dualista radical e dualista moderada. Para os dualistas, o direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são duas ordens jurídicas independentes e distintas entre si, ou seja, “constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos”, nas lições de Mazzuoli⁸.

O dualismo radical entende que haveria necessidade de edição de uma lei específica pelo Poder Legislativo para incorporar a norma internacional ao sistema jurídico interno. Por outro lado, para o dualismo moderado, a recepção da norma internacional pela ordem jurídica

³ Ibid., p. 84.

⁴ Ibid., p. 86.

⁵ BRASIL. *Decreto nº 7.030*, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 5 mai. 2017.

⁶ Ressalte-se que dentro da corrente monista internacionalista há, ainda, outra divergência, entre monistas internacionalistas radicais e monistas internacionalistas moderados. Aqueles defendem que a norma nacional conflitante com a norma internacional é nula; estes, por sua vez, adotam solução menos radical, daí serem chamados de “moderados”, pois em caso de conflito adotam o critério da *lex posterior derogat priori*, critério cronológico para solução de conflitos entre leis.

⁷ MAZZUOLI, op. cit., p. 90.

⁸ Ibid., p. 75.

nacional dispensaria a edição de lei, embora se exija um procedimento interno específico, com participação dos Poderes Legislativo e Executivo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de se manifestar sobre a interminável discussão entre monistas e dualistas, destacando, contudo, que é no texto constitucional que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos tratados, e não na controvérsia acadêmica, que se revelaria inócua. Nesse sentido, oportunas as palavras do Ministro Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.480-3/DF⁹, *in verbis*:

não obstante tais considerações, impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República - e a esta, somente - disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais.

Assim, para o STF, os tratados internacionais não têm aplicabilidade imediata no Brasil, ou seja, devem observar um procedimento específico de internalização, previsto no próprio texto constitucional, a fim de que passem a ter eficácia interna vinculante.

O STF definiu, então, o procedimento de incorporação de tratados internacionais em dois *leading cases*, citados pela doutrina publicista brasileira, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello, a ADI nº 1.480-3/DF¹⁰, julgada em 4 de setembro de 1997, e a Carta Rogatória (CR) nº 8.279/República da Argentina¹¹, julgada em 17 de junho de 1998, com idêntica fundamentação.

Na ADI nº 1.480-3/DF¹², ficou consignado que:

o exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.480-3/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Id.* *CR nº 8.279 AgR/ AT - Argentina*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 9.

A partir desses julgados conclui-se que o STF adotou a posição dualista moderada; primeiro, porque reconheceu que os atos internacionais não têm aplicabilidade imediata e nem produzem efeitos diretos no Brasil, ou seja, haveria duas ordens jurídicas distintas; segundo, pois entendeu que os tratados internacionais precisam passar por um ato subjetivamente complexo, com participação dos Poderes Executivo e Legislativo, dispensando-se, por conseguinte, a edição de uma lei federal.

O Ministro Celso de Mello¹³, ao relatar a ADI nº 1.480-3/DF, classificou expressamente o sistema brasileiro como dualista moderado nos seguintes termos:

sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de exequibilidade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).

Com efeito, a doutrina publicista¹⁴, a partir dos citados precedentes, aduz a existência de 4 (quatro) fases que devem ser observadas para fins de recepção de tratados internacionais, sejam ou não sobre direitos humanos.

As três primeiras fases levam à formação da vontade do Brasil em celebrar o tratado, assumindo obrigações perante o Direito Internacional, quais sejam: (i) a fase de assinatura; (ii) a fase de aprovação congressional ou fase do Decreto Legislativo; e (iii) a fase de ratificação pelo Chefe de Estado. Por fim, (iv) a quarta e última fase é a incorporação do tratado, já ratificado pelo Brasil, também denominada fase do Decreto Presidencial ou Decreto de Promulgação.

Em suma, o *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais encerra-se com o Decreto Presidencial cuja edição produz três efeitos, a saber: (i) a promulgação do tratado internacional; (ii) a publicação oficial de seu texto; e (iii) a exequibilidade do ato internacional, que passa, então, a vincular no plano do direito positivo interno¹⁵.

¹³ Ibid.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 360.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 9.

2. A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: SUPRACONSTITUCIONALIDADE, CONSTITUCIONALIDADE OU SUPRALEGALIDADE

Este capítulo pretende responder às seguintes indagações: (i) a Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, possui a mesma posição hierárquica que a Convenção?; (ii) possui *status* de lei ordinária ou de uma emenda constitucional?

Antes de apresentar as respostas, necessário percorrer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do *status* dos tratados internacionais, quando incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

O posicionamento do STF, desde a década de 1970¹⁶, sempre foi o de aceitar a paridade hierárquica entre todos os tratados internacionais, de direitos humanos ou não, e a legislação ordinária. Com isso, como um tratado estaria no mesmo nível valorativo de uma lei, qualquer conflito entre ambos seria solucionado pelos critérios tradicionais de cronologia¹⁷ e especialidade¹⁸.

Atualmente, no entanto, para responder à pergunta sobre a aplicação e posição dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser feita distinção entre os tratados comuns e os tratados sobre direitos humanos.

Em relação aos tratados comuns, que não versam sobre direitos humanos, a posição do STF é a mesma desde 1977, ou seja, possuem o mesmo valor de uma lei ordinária, aplicando-se, em caso de conflito, os critérios supracitados.¹⁹ Para os monistas, o STF estaria consagrando o monismo moderado, porquanto inexistiria hierarquia entre tratados internacionais comuns e a legislação ordinária²⁰.

Quanto aos tratados de direitos humanos, que trazem normas protetoras da pessoa humana, é perceptível certa inovação na jurisprudência do STF, principalmente a partir da discussão sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 80.004/SE*. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 1 out. 2017.

¹⁷ *Lex posterior derogat priori*.

¹⁸ *Lex specialis derogat legi generali*.

¹⁹ Na ADI nº 1.480-3/DF, Relator Ministro Celso de Mello, o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares. BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁰ Sobre monismo moderado, vide nota 6.

O primeiro precedente do STF, sobre a prisão civil do depositário infiel, foi o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, julgado em 3 de dezembro de 2008, que caracterizou um importante avanço para a efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

No RE nº 466.343/SP²¹, que teve como Relator o Ministro Cezar Peluso, foi negado provimento ao recurso do Banco Bradesco S.A, que pretendia a prisão civil do recorrido, devedor fiduciante, e acatada a tese da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A prisão civil do depositário infiel foi considerada incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário, que veda a detenção por dívidas.

Prevaleceu a interpretação que atribuiu a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Segundo essa tese, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar o princípio da supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III).²²

Com efeito, todos os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados pelo procedimento comum gozam, atualmente, de *status* supralegal em relação às demais leis do ordenamento jurídico brasileiro, derrogando, por conseguinte, toda a legislação ordinária conflitante.

Exemplo prático é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que derogou o artigo 652, do Código Civil, que autoriza a prisão civil do depositário que se recusa a restituir o bem quando exigido, qualquer que seja modalidade do depósito²³.

Por outro lado, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento de Emenda Constitucional passaram a ter primazia hierárquica

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 01 out. 2017.

²² Nas palavras de Gonçalves: “diferentemente dos tratados internacionais tradicionais, os quais versam sobre direitos e deveres recíprocos para benefício mútuo dos Estados participantes, os tratados relativos a direitos humanos são celebrados através de intermediação de organizações internacionais e dizem respeito à proteção dos direitos fundamentais do ser humano.” GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 85.

²³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.

em relação às demais leis, já que ostentam o *status* de Emenda Constitucional, conforme prevê o art. 5º, § 3º, da CRFB/88.²⁴

Feita essa breve evolução na jurisprudência do STF, sobre a natureza dos tratados internacionais, necessário volver a atenção ao objeto de estudo, qual seja, a análise do *status* da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e da Lei nº 13.146/15.

O Brasil subscreveu, em 30 de março de 2007, na sede da Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova Iorque, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo.

O Congresso Nacional, no uso da sua competência exclusiva prevista no art. 49, I, da CRFB/88, aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo.

Percebe-se, a partir da leitura do art. 1º, do Decreto Legislativo nº 186/08²⁵, que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada, expressamente, na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88²⁶, ou seja, com *status* de emenda constitucional. Posteriormente, o Decreto Legislativo foi enviado ao Presidente da República para fins de ratificação, seguindo, dessa forma, o *iter* procedimental estabelecido pela jurisprudência do STF.²⁷

Por fim, para fins de vigência na ordem jurídica interna, necessária a promulgação e publicação do texto do tratado internacional, o que se deu por meio do o Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que entrou em vigor na data da publicação.

Evidente, portanto, que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovadas pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, conforme expressamente previsto nos atos normativos acima citados.

Destarte, por se tratar de tratado internacional de direitos humanos, aprovado pelo mesmo procedimento de emenda constitucional (CRFB/88, art. 60, § 2º), inegável o *status* de Emenda Constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

²⁴ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

²⁵ Id. *Decreto Legislativo nº 186*, de 9 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 24.

²⁷ Não se pode olvidar que, nessa terceira etapa, o Estado brasileiro se vincula em âmbito internacional, assumindo, formalmente, compromisso perante a comunidade internacional. Trata-se de consentimento expresso e definitivo, que confirma a assinatura da primeira fase. Gonçalves, op. cit., p. 81.

Para sanar qualquer dúvida a respeito da hierarquia da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a própria Lei nº 13.146/15, no seu artigo 1º, parágrafo único, dispõe que o processo de incorporação observou o rito previsto no § 3º do art. 5º, da CRFB/88.²⁸

Acontece que Chaves de Faria; Sanches Cunha; e Batista Pinto, ao comentarem o art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, chegam a afirmar que a Lei nº 13.146/15 possui, por ter fundamento na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o mesmo *status* de emenda constitucional, senão vejamos: “Comentários: (...) Possui a lei em exame, pois, o ‘status’ de emenda constitucional, assumindo, em consequência, a primazia que lhe é inerente no topo da pirâmide legislativa nacional.”²⁹

No entanto, discorda-se da conclusão dos autores, pois, conforme se verificou, o *status* de Emenda Constitucional é atribuído à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CRFB/88, art. 5º, § 3º), e não ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, que é lei ordinária, aprovada e sancionada pelo processo legislativo comum (CRFB/88, art. 59, inciso III).

Dessa forma, a Lei nº 13.146/15 não possui a mesma posição hierárquica da Convenção, pois se trata de lei ordinária, aprovada na forma do art. 59, inciso III, da CRFB/88. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, esta sim, encontra-se no “topo da pirâmide legislativa nacional”, juntamente com as demais normas constitucionais, enquanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência ocupa o nível da legislação infraconstitucional.

Por fim, oportuno mencionar a possibilidade do denominado “controle de convencionalidade” pelos Tribunais ou juízes em relação aos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil. Assim, a própria Lei nº 13.146/15 (EPD) pode ser objeto de controle de convencionalidade, adotando-se como parâmetro a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/09).³⁰

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

²⁹ CUNHA, Rogério Sanches; FARIA, Cristiano Chaves; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*: artigo por artigo. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.18.

³⁰ Nas palavras de Ramos: “no Brasil, como vimos, o controle de convencionalidade nacional na seara dos direitos humanos consiste na análise da compatibilidade entre as leis (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos, nos quais se devem deixar de aplicar os atos normativos que violem o referido tratado.” RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 386.

3. BREVE ANÁLISE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15): REPERCUSSÕES DO *NOVEL* DIPLOMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

No capítulo precedente concluiu-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é uma lei ordinária, que teve como fonte de inspiração a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88 e, posteriormente, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Trata-se do primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo rito do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, ou seja, com *status* de emenda constitucional.³¹

Dando continuidade ao trabalho, o capítulo que se apresenta tem por escopo fazer breves considerações sobre as principais inovações trazidas pela Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Apesar do *status* hierárquico da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2009), suas importantes repercussões e inovações só foram possíveis com a elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015) a fim de dar concretude aos princípios e direitos consagrados no documento internacional.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem por objetivo a inclusão da pessoa com deficiência, de modo a assegurar a igualdade e a não discriminação, bem como promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (art. 1º, *caput*, da Lei nº 13.146/15).³²

Para tanto, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º, da Lei nº 13.146/15).³³

Asseguram-se expressamente direitos fundamentais, alguns até normativamente redundantes, já que exaustivamente consagrados na Constituição Federal e em várias

³¹ Ressalte-se que o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013, e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 261, de 2015, nos termos do § 3º do art. 5º, da CRFB/88, ainda aguarda a fase do Decreto Presidencial (ou Decreto de Promulgação). Caso promulgado, será o segundo tratado internacional de direitos humanos com hierarquia de emenda constitucional.

³² BRASIL, op. cit., nota 27.

³³ Id., op. cit., nota 34.

convenções internacionais. Todavia, conquanto repetitivos, os seus conteúdos têm um sujeito-alvo específico, a saber, a pessoa com deficiência, o que atende ao processo de especificação do sujeito, dando maior proteção aos sujeitos-alvos.

São direitos fundamentais, reconhecidos pelo Estatuto: direito à vida; direito à igualdade; direito à saúde; direito à habitação e à reabilitação; direito à saúde; direito à educação; direito à moradia; direito ao trabalho; direito à assistência social; direito à previdência social; direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer; direito ao transporte e à mobilidade; entre outros (art. 8º, da Lei nº 13.146/15).³⁴

Diante desse cabedal de direitos fundamentais, era necessário que o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogasse inúmeras disposições legais que se mostrassem incompatíveis com os objetivos da Convenção Internacional, principalmente promover a igualdade e a não discriminação das pessoas com deficiência.

Exemplo disso é o regime das incapacidades, regulado pelo Código Civil de 2002 e profundamente alterado pelo Estatuto. Doravante, apenas os menores de 16 anos são absolutamente incapazes (art. 3º do Código Civil), o que significa que a incapacidade absoluta passa a estar baseada unicamente no critério cronológico/etário, e não mais em motivos psíquicos.³⁵

Por outro lado, passam a ser considerados relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4º, inciso III, do CC), sendo excluídas dessa categoria as pessoas com deficiência mental que tenham o discernimento reduzido, bem como as sem desenvolvimento mental completo, até então denominadas “excepcionais” pelo Código Civil em sua redação originária.

Com isso, toda e qualquer deficiência pode caracterizar, se for o caso (não puder exprimir vontade), incapacidade relativa, jamais absoluta.

O artigo 228, do Código Civil, vedava que fossem admitidos como testemunhas aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil e os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se desejasse provar dependesse dos sentidos que lhes faltassem. Contudo, tais vedações foram revogadas pelo Estatuto, e a regra geral, doravante, é a ampla possibilidade de qualquer pessoa servir como testemunha. Estão revogados, por isso, os incisos II e III do art. 228, do Código Civil de 2002.

³⁴ Ibid.

³⁵ CUNHA; FARIA; PINTO, op. cit., p. 351.

Sobre a impossibilidade de discriminação de uma testemunha por motivos ligados à deficiência física, mental ou intelectual, oportunas as palavras de Chaves de Faria; Sanches Cunha; e Batista Pinto³⁶:

preocupou-se a norma estatutária em sublinhar que uma pessoa humana não pode ser reputada imprestável a servir como testemunha por conta de eventual deficiência – física, mental ou intelectual. Uma pessoa com Síndrome de Down ou um surdo-mudo, efetivamente, podem ser excelentes testemunhas para auxiliar o magistrado a reconstruir os fatos debatidos em juízo. (...) Pessoas com deficiência fazem jus à colheita de seus testemunhos com as particularidades que precisam, inclusive com a utilização de recursos tecnológicos necessários – como no claro exemplo do surdo-mudo arrolado como testemunha.

Outra importante alteração foi o afastamento da causa de nulidade do casamento, quando contraído por pessoa com deficiência mental, prevista no art. 1.548, inciso I, do Código Civil. A redação original previa nulo o casamento quando um dos cônjuges fosse absolutamente incapaz para prática dos atos da vida civil, ou seja, causa psicológica que lhe retirasse a compreensão.

Assim, a revogação do inciso I do art. 1.548, do CC está em consonância com a reforma da teoria das capacidades jurídicas (CC, arts. 3º e 4º), já que para casar basta a idade núbil.

Na seara penal, o Estatuto aumentou a pena do crime previsto no art. 8º, da Lei nº 7.853/1989. Antes da entrada em vigor do Estatuto, o art. 8º, inciso I, da Lei nº 7.853/89 punia com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, a conduta de recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta. Era um crime de médio potencial ofensivo, uma vez que permitia a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

A partir do *novel* diploma, houve alteração da conduta criminosa, bem como aumento da pena para 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade suspensão condicional do processo, pois se trata de crime de maior potencial ofensivo. Pune-se, então, quem recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência (art. 8º, inciso I, da Lei nº 7.853/89).

³⁶ Ibid., p. 352.

Nesse contexto, fica perceptível a intenção do legislador de coibir a discriminação em face da pessoa com deficiência, ao punir, de forma mais rigorosa, a conduta daquele que restringe o acesso da pessoa à educação igualitária e inclusiva em razão da deficiência.³⁷

Até o presente, a manifestação mais importante sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência por parte do Poder Judiciário brasileiro foi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357/DF, a qual tratou, justamente, do acesso à educação.

A ADI nº 5.357 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) para questionar a constitucionalidade do § 1º do art. 28 e art. 30, *caput*, ambos da Lei nº 13.146/15. Segundo a entidade, as normas representam violação de diversos dispositivos constitucionais, entre eles o art. 208, inciso III, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos deficientes.

Os citados arts. 28, § 1º, e 30, *caput*, determinam que as escolas privadas ofereçam atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprimento dessa obrigação.

A Confenen alegou que os dispositivos estabelecem medidas de alto custo para as escolas privadas, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

No entanto, ao votar pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade, o Ministro Relator Edson Fachin³⁸ salientou que o Estatuto reflete o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática, adotados pela Constituição Federal, ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares, devem pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades do direito fundamental à educação.

Nas palavras do Ministro Relator Edson Fachin³⁹: “o ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmudando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arrepio da ordem constitucional vigente”.

Por conseguinte, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do Relator, declarou a constitucionalidade das normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência que

³⁷ Ibid., p. 271-273.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.357 MC-Referendo/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso em: 12 out. 2017.

³⁹ Ibid.

estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e fornecerem as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

A decisão do STF, na ADI nº 5.357/DF, está em consonância com o art. 24, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴⁰, o qual reconhece o direito à educação como isento de discriminação e determina que os Estados signatários assegurem sistema educacional inclusivo em todos os níveis, de maneira que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência.

Finalmente, é possível afirmar que o STF realizou, implicitamente, controle jurisdicional de convencionalidade dos arts. 28, § 1º, e 30, *caput*, ambos da Lei nº 13.146/15, pois verificou a convencionalidade desses dispositivos à luz das disposições do art. 24, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴¹, que possui *status* de emenda constitucional.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou, inicialmente, o procedimento de internalização/incorporação dos tratados internacionais, a partir das teses defendidas pela doutrina publicista, assim como da posição do STF.

Verificou-se, no primeiro capítulo, que o debate acadêmico entre monistas e dualistas é histórico, porém pouco eficiente em apresentar respostas a questões de ordem prática, porquanto cada ordenamento jurídico possui suas próprias peculiaridades, inexistindo um sistema que seja melhor que o outro.

Com base nessa premissa, o STF afirmou, na ADI nº 1.480/DF, que a solução para os conflitos porventura existentes entre a normativa internacional e as regras domésticas deve ser buscada na Constituição da República, e não no debate acadêmico.

A primeira parte do trabalho, assim, apontou a solução apresentada pelo STF a fim de pacificar a problemática referente ao processo de internalização dos tratados internacionais, qual seja, definiu-se um *iter* procedimental no qual há participação dos Poderes Executivo e Legislativo: (i) negociações preliminares e assinatura do tratado; (ii) referendo do Congresso

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 29.

⁴¹ Ibid.

Nacional; (iii) ratificação do Presidente da República; por fim, (iv) a promulgação e publicação do tratado.

No segundo capítulo, o foco foi a análise do processo de internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

Constatou-se que a jurisprudência do STF, inicialmente, não fazia distinção entre tratados internacionais comuns e de direitos humanos e as normas internas; posteriormente, o STF, em 2008, acolheu a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, em relação à legislação ordinária, que não foram aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica.

A par disso, a pesquisa concluiu que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos com *status* de emenda constitucional, uma vez que aprovado pelo quórum do art. 5º, § 3º, da CRFB/88.

Rechaçou-se, por conseguinte, a tese doutrinária que sustentava o suposto *status* de emenda constitucional da Lei nº 13.146/15, Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual não se confunde com a Convenção Internacional, pois são espécies legislativas distintas.

Por fim, a pesquisa, no último capítulo, descreveu o objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as principais inovações promovidas pelo *novel* diploma na ordem jurídica, já que houve inúmeras alterações na legislação esparsa, principalmente no Código Civil.

Ademais, destacou-se a recente jurisprudência do STF que, em sede de controle de constitucionalidade abstrato, declarou a constitucionalidade dos arts. 28, § 1º e 30, *caput*, ambos do Estatuto, que havia sido questionada na ADI nº 5.357/DF.

Enfim, a pesquisa sustentou que o STF realizou, implicitamente, controle jurisdicional de convencionalidade da Lei nº 13.146/15 ao analisá-la, não apenas sob o prisma constitucional, mas também à luz das disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, principalmente com base no art. 24, que dispõe sobre educação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2017.

_____. *Lei nº 13.146*, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. *Decreto Legislativo nº 186*, de 9 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. *Decreto nº 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1.480-3/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº 8.279 AgR/Argentina*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324396>>. Acesso em: 5 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 80.004/SE*. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 1 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.357 /DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; FARIA, Cristiano Chaves; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*: artigo por artigo. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.

RAMOS. André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.