

# A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e suas implicações

Heloísa Sanches Querino Chehoud<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Tentativa de conceituação: quem são as pessoas com deficiência. 3 A proteção da pessoa com deficiência nas Constituições do Brasil. 4 O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988. 5 A legislação infraconstitucional. 6 A força normativa da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu impacto na ordem jurídica interna. 7 Conclusão. 8 Referências.

---

## 1 Introdução

Em 9 de julho de 2008, foi aprovado no Congresso Nacional o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007.

Essa aprovação se deu por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 2008, *verbis*:

“Fica aprovado, nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque aos 30 de março de 2007 (...).”

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela PUC-SP e mestranda em Direito Constitucional na PUC-SP.

Essa Convenção surgiu como resposta à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência, que são estimadas em mais de 650 milhões de pessoas no mundo, ou seja, 10% da população mundial.

Na América Latina, existem ao menos 50 milhões de pessoas com deficiência, sendo que 82% delas vivem na pobreza.

As pessoas com deficiência constituem a maior minoria do mundo. Estima-se que 20% das pessoas mais pobres do mundo têm deficiência, 98% das crianças com deficiência nos países em desenvolvimento não têm acesso à escola, 30% das crianças que vivem nas ruas têm deficiência e apenas 3% dos adultos com deficiência têm alfabetização, sendo que esse índice chega a apenas 1% para mulheres, em alguns países.<sup>2</sup>

Deficiência e pobreza são condições interrelacionadas. As pessoas mais pobres têm mais chances de adquirir uma deficiência ao longo da vida devido a doenças, nutrição precária, baixo grau de imunidade e condições de trabalho perigosas e insalubres. Da mesma forma, a deficiência pode resultar em pobreza, pois essas pessoas sofrem discriminação e marginalização, tendo mais dificuldade de encontrar trabalho.

Atualmente, no contexto em que aprovada a Convenção, almeja-se a eliminação dos obstáculos e das barreiras, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício dos direitos humanos pelas pessoas com deficiência, porque o passar dos tempos permitiu a conclusão de que o “problema” não está na pessoa, mas na sua relação com o meio, o que acaba por impor deveres ao Estado para a remoção dos obstáculos e a viabilização do desenvolvimento das potencialidades das pessoas com deficiência.

Esse é o cenário em que foi assinada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI e tem por objetivo proporcionar a dignidade e a igualdade das pessoas com deficiência, contribuir para corrigir as profundas desvantagens sociais dessas pessoas e promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades.

---

2 *From exclusion to equality: realizing the rights of persons with disabilities*, Handbook for Parliamentarians, n. 14, UN, OHCHR, Genebra, 2007, p. 13, apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Aliás, assim o dispõe a Convenção, no artigo 1 “Propósito”:

“O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e *equitativo* de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por *todas as pessoas com deficiência* e promover o respeito pela sua *dignidade inerente*.” (g. n.)

Mas quem são, afinal, as pessoas com deficiência?

## 2 Tentativa de conceituação: quem são as pessoas com deficiência

Há estreita relação entre a deficiência do indivíduo e as tarefas a serem desenvolvidas. A deficiência deve ser analisada no meio em que a pessoa vive, isto é, na sua condição social.

Isso faz com que “pessoa com deficiência” seja um conceito relativo, e não absoluto, ou seja, uma condição que depende do meio em que a pessoa está inserida. Pode-se dizer que a pessoa *está* deficiente (no meio em que ela se encontra), e não *é* deficiente, o que implicaria a deficiência onde quer que ela estivesse.

Quanto a isso, vai muito bem a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quando assim o diz no Preâmbulo, alínea “e”:

“Reconhecendo que a deficiência é um *conceito em evolução* e que *a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras* devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.” (g. n.)

Com isso, a Convenção adota o entendimento de que pessoa com deficiência é um estado relativo às condições disponíveis – ou indisponíveis – a ela para o desempenho de suas tarefas no meio específico em que vive.

A Convenção vai ainda mais longe, pois no artigo 1 lança a definição de quem seriam essas pessoas com deficiência: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de *longo prazo* de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, *em interação com diversas barreiras*, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em *igualdade de condições* com as demais pessoas.” (g. n.) – novamente a deficiência é uma condição relativa, que depende do meio, e não absoluta.

Até a aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional, no Brasil se entendia que a expressão “pessoa portadora de deficiência” era a mais adequada, visto que dá mais ênfase à pessoa do que na sua condição, quando comparada com os termos “deficiente”, “excepcional” etc. Ademais, essa é a expressão usada na Constituição Federal de 1988.

Quanto a isso, inovou para melhor a Convenção, ao colocar “pessoas *com* deficiência” e não portadoras de deficiência.

De fato, a expressão pessoa portadora de deficiência coloca peso maior na condição, na deficiência, do que a expressão pessoa com deficiência.

“Portar” é definido como sendo “ter consigo enquanto se movimenta”, “levar, carregar”<sup>3</sup>. Assim, sendo a pessoa portadora de deficiência, tem-se que ela carrega consigo essa condição. Dá-se muito peso à deficiência e uma sensação de que ela é definitiva. Já “pessoa *com* deficiência” é expressão que dá mais leveza à deficiência, dando ares de provisoriedade a ela e mais ênfase à *pessoa*.

A terminologia presente na Convenção constitui um grande avanço no modo de se enxergar e tratar as pessoas com deficiência. E, para ilustrar esse avanço, convém fazer um pequeno retrospecto de como as Constituições do Brasil trataram a matéria.

### 3 A proteção da pessoa com deficiência nas Constituições do Brasil

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, no artigo 179, inciso XIII, assim dispôs: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Esse é o embrião do *princípio da igualdade*, guia supremo da inclusão das pessoas com deficiência.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, no artigo 72, parágrafo 2º, também trouxe o princípio da igualdade, mas em outros termos:

“Todos são iguaes perante a lei. A República não admite privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as

3 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como todos os títulos nobiliarchicos e de conselho.”

O movimento armado de 1930 pôs fim ao período denominado “Primeira República” ou “República Velha”. Getúlio Vargas assumiu a Presidência após o golpe de estado. Foi promulgada uma nova Constituição, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, que sepultou a velha democracia liberal e instituiu a democracia social, cujo paradigma era a Constituição de Weimar (da Alemanha). Foi essa Constituição que incluiu o sufrágio feminino e o voto secreto. Além de trazer o princípio da igualdade (em cujo corpo não são mencionadas as pessoas com deficiência), pode-se dizer que *ela falou das pessoas com deficiência pela primeira vez na história do Brasil*, quando assim previa no artigo 138:

“Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar.”

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil outorgada por Getúlio Vargas em 1937 trouxe o princípio da igualdade (art. 122, inc. I), mas não repetiu a proteção mais específica da Constituição anterior.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 é considerada por muitos a melhor que o país já teve. Ela foi elaborada para pôr fim ao autoritarismo da Constituição anterior. Ela era liberal, social e procurava dar continuidade à linha de evolução democrática iniciada na Primeira República. O princípio da igualdade está previsto no artigo 141, parágrafo 1º. É garantida a previdência contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte, no artigo 157, inciso XVI.

O golpe militar de 1964, em que as Forças Armadas depuseram o presidente João Goulart, deu ensejo à Constituição do Brasil de 1967, e apenas repetiu as proteções da Constituição anterior (igualdade no art. 150, § 1º, e garantia previdenciária no art. 158, inc. XVI). Essa Constituição era centralizadora e mostrava uma enorme preocupação com a segurança nacional. Houve grande redução da autonomia individual.

O AI-5, editado em 13.12.1968, deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, que alguns preferem dizer se tratar apenas de Emenda à Constituição anterior (de 1967). A Emenda n. 1, além de conter o princípio da igualdade no artigo 153, parágrafo 1º, traz avanço ímpar no trato das pessoas com deficiência no artigo 175, parágrafo 4º, quando, ao dispor sobre família, educação e cultura, estabelece que “lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de *excepcionais*”.

É bem verdade que o termo “excepcionais” não abrange todas as pessoas com deficiência, mas representa um certo avanço no trato dessas minorias.

O maior avanço veio mesmo com a Emenda n. 12, cujo artigo único assim dispunha:

“É assegurado aos *deficientes* a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante:

- I - educação especial e gratuita;
- II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País;
- III- proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;
- IV- possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.”

É de se notar, contudo, que essa emenda não foi incorporada ao texto da Constituição, tendo ficado anexa, separada, o que é bastante simbólico, já que cuidava de um grupo de pessoas já segregado por si só.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que faz renascer a Federação, continuou com a proteção às pessoas com deficiência e acabou por produzir um avanço ainda maior no trato dessas pessoas, mas em dispositivos esparsos, que serão analisados a seguir.

#### **4 O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988**

O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 às pessoas com deficiência é mais abrangente que o das Constituições anteriores.

Já no Título I – Dos princípios fundamentais –, a dignidade da pessoa humana é colocada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III).

A erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza ou discriminação, são *objetivos fundamentais* da República, arroladas no artigo 3º, incisos III e IV.

Depois, mas não menos importante, vem o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput* e inciso I, que é o norte a guiar toda a normatividade existente sobre as pessoas com deficiência, tanto constitucional como infraconstitucional. Isso porque o que se busca, sempre e em última análise, é a maior igualdade possível entre as pessoas com e sem deficiência.

O princípio da igualdade da Constituição brasileira, porém, deixa a desejar, quando comparado com o da Constituição do Canadá de 1982, vista por muitos como um exemplo na proteção dos direitos humanos. Ela assim dispõe:

“Artigo 15 – Direitos de igualdade

(1) Todo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem o direito a igual proteção e igual benefício da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.

(2) A Subseção (1) não prejudica a lei, o programa ou a atividade que tenha por objetivo a melhoria das condições de desvantagem de indivíduos ou grupos, incluindo aqueles que são desfavorecidos por causa de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental.”

Vê-se assim que a Constituição do Canadá prevê *expressamente* a igualdade entre as pessoas com e sem deficiência, diferentemente da Constituição brasileira, que a prevê apenas implicitamente, ao dizer que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”

Outro diferencial consiste no fato de que a canadense autoriza explicitamente a realização de programas de ação afirmativa que favoreçam somente às pessoas com deficiência, haja vista a necessidade de melhoria de suas condições, buscando proporcionar positivamente a igualdade, assumindo que essas pessoas têm uma posição de desvantagem na sociedade.

A Constituição brasileira não traz autorização expressa para programas de ação afirmativa e, assim, muitas polêmicas geram os programas

governamentais criados para favorecer essas pessoas historicamente desfavorecidas, como uma exceção justificável à isonomia.

A Constituição Federal de 1988 inseriu a proteção das pessoas com deficiência também nos seguintes artigos:

Artigo 7º, XXXI: no que concerne ao salário e à admissão do trabalhador com deficiência.

Artigo 37, inciso VIII: reserva de mercado em concursos públicos à pessoa com deficiência.

Artigo 203, incisos IV e V: atinentes à assistência social a ser prestada à pessoa com deficiência.

Artigo 208, inciso III: referente ao dever do Estado de fornecer atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Artigo 227, parágrafo 1º, inciso II e parágrafo 2º: referentes ao dever do Estado de criar programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente portador de deficiência física, sensorial ou mental, inclusive determinando a eliminação de barreiras arquitetônicas nos logradouros e edifícios públicos e veículos de transporte coletivo.

Artigo 24, inciso XIV c.c. o artigo 30, inciso II: dispõem que compete concorrentemente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios legislar sobre proteção e integração social das pessoas “portadoras” de deficiência. Essa é a competência legislativa concorrente *própria*. A União tem competência para publicar normas gerais, o Estado tem competência suplementar e o Município também suplementar, de acordo com o interesse local.

Artigo 23, inciso II: estabelece ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da proteção e garantia das pessoas “portadoras” de deficiência. Esse artigo dispõe sobre as competências materiais, ou seja, administrativas, que podem ser exercidas simultaneamente pelos três entes federativos, de forma solidária. Sabe-se, no entanto, que a Administração só faz o que determina a lei (princípio da legalidade administrativa). Portanto, a competência material de proteger as pessoas com deficiência só se torna viável mediante a edição de leis pelo ente político. Diz-se, assim, que essa competência *legislativa é concorrente*

*imprópria*, pois não está expressamente prevista na Constituição, mas implícita na definição das competências comuns (materiais).

A competência legislativa de cada ente é integral, ou seja, inexistem limites. Cada ente federativo pode legislar de maneira integral sobre as mesmas matérias. Assim, caso haja lei de proteção à pessoa com deficiência da União, do Estado de São Paulo e também do Município de São Paulo, os três comandos serão obrigatórios, especialmente o que for mais rigoroso, pois a sua observância pressupõe a observância dos demais.

Apesar dessa ampla referência à proteção das pessoas portadoras de deficiência, a Constituição Federal de 1988 não definiu *quem* seriam essas pessoas. Ou melhor, *quais* seriam as deficiências capazes de tornar a pessoa merecedora de tal proteção.

Dessa forma, a Constituição Federal coloca dentro do mesmo termo (“pessoa portadora de deficiência”) todas as pessoas com os mais variados tipos de deficiência. Cabe então à lei infraconstitucional a definição de quem seriam elas.

## 5 A legislação infraconstitucional

A Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, é a lei infraconstitucional que foi editada para regulamentar esses dispositivos constitucionais.

No entanto, ela não ousou definir quem seria a “pessoa portadora de deficiência”

A definição consta tão somente do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que foi editado para regulamentar a Lei n. 7.853/89, *verbis*:

“Artigo 3º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir

recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Artigo 4º - É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

II - deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 HZ, 2.000 Hz e 3.000 Hz; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

III - deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.”

Importante notar que a pessoa superdotada não consta do rol acima. Estaria ela excluída da proteção constitucional? Parece que essa conclusão não é a mais correta.

O poder regulamentar do chefe do Poder Executivo, que o exerce por meio de decreto, está previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. Segundo o disposto, o Presidente da República tem competência privativa para expedir decretos regulamentares *para a fiel execução das leis*.

Ele não pode ultrapassar o espaço que lhe foi conferido pela lei, mas simplesmente torná-la realizável, nos estritos limites por ela permitidos. O decreto que ultrapassar o limite da lei é ilegal, dada a inexistência de decretos autônomos.

A discricionariedade deferida ao chefe do Poder Executivo pela lei é “liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal”, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>4</sup>

A Lei n. 7.853/89, seguindo o modelo constitucional, não definiu quais seriam as pessoas portadoras de deficiência. O decreto regulamentador (Dec. n. 3.298/99) procurou fazê-lo. No entanto, ele é um ato administrativo de fiel execução da lei, que deveria ter se adstrito a ela. Com fundamento nisso, é *questionável* a legalidade da definição nele constante.

---

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A discricionariedade administrativa, que é a análise de conveniência (modo) e oportunidade (tempo) por parte da Administração, é circunscrita à lei, e não é ampla e irrestrita.

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, a discricionariedade existe única e tão somente para proporcionar em cada caso *a escolha da providência ótima* para o interesse público almejado pela lei. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, é preciso atentar para o *caso concreto*. Somente dentro desse campo, em que haveria *objetivamente* mais de uma providência ótima possível, é que existe discricionariedade.

E conclui que é óbvio que o Poder Judiciário, provocado pela parte, poderá e deverá invalidar atos que extrapolem os limites de discricionariedade permitidos pela lei, pois nesses casos não há realmente discricção, mas vinculação, ou quando a discricção não se tenha estendido até onde se pretendeu a lei, como é o caso dos superdotados, em que a lei ficou aquém no uso da discricionariedade.

A Lei n. 8.199/1991 originalmente previa isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis por pessoas portadoras de deficiência física. Tal isenção estava no artigo 1º, inciso IV, mas foi *vetado* pelo Presidente da República.

Apesar da lei ter sido vetada no que concerne à isenção de IPI concedida aos portadores de deficiência física, ela foi “regulamentada” pelo Decreto n. 458/92, que dispõe sobre quais seriam as características especiais dos automóveis a serem adquiridos pelas pessoas com deficiência.

Novamente, editou-se um decreto regulamentador sem lei que o embasasse.

Devido ao veto, a isenção do IPI na aquisição de automóveis pelas pessoas portadoras de deficiência passou a ser prevista em sucessivas medidas provisórias, que culminaram na Lei n. 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que revogou expressamente a Lei n. 8.199/91.

A nova lei previu no artigo 1º, inciso IV, a isenção do IPI na aquisição de automóveis nacionais, entre outras especificidades, por *pessoa*

---

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit.

*portadora de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.*

Nos parágrafos do mesmo artigo, a lei trouxe relevantes definições, tais como de *pessoa portadora de deficiência física* (aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções – incluída pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003), de *pessoa portadora de deficiência visual* (aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200, na tabela de Snellen, no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20, ou ocorrência simultânea de ambas as situações – incluída pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003), e estipula que a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, nos termos da legislação em vigor, e o Ministério da Saúde definirão em ato conjunto os conceitos de pessoas portadoras de deficiência mental severa ou profunda, ou autistas, e estabelecerão as normas e requisitos para emissão dos laudos de avaliação delas – incluídos pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003.

A Lei n. 8.989/95 é temporária, tendo nascido com prazo de vigência estipulado até 31 de dezembro de 2005, mas foi tendo o seu prazo prorrogado sucessivamente por medidas provisórias e leis, sendo que a Lei n. 11.196/2006, no artigo 69, afinal dispôs que a Lei n. 8.989/95 está prorrogada até 31 de dezembro de 2009.

Com isso, tem-se que essa lei, supostamente temporária, cujo conteúdo foi inicialmente *vetado*, e depois tantas vezes reavivado, trata de definir algo tão importante quanto o conceito de pessoa portadora de deficiência, papel bastante relevante para uma lei que não aparenta tê-lo.

Outra norma que deve ser mencionada é a Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece regras gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos

nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

Essa lei trouxe também algumas importantes definições, tais como de *acessibilidade* (possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida); de *barreiras* (qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança da pessoa); de *pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida* (a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo).

O Decreto n. 5.296/2004 foi editado para regulamentar a Lei n. 10.098/2000 e estipulou no seu artigo 5º que os órgãos da Administração pública direta, indireta e fundacional, as empresas prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras deverão dispensar atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Esse Decreto trouxe, a exemplo da legislação supracitada, mais definições, tais como de *pessoa portadora de deficiência* (além das previstas na Lei n. 8.989/95, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias: a) deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; b) deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz, 1.000 Hz, 2.000 Hz e 3.000 Hz; c) deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou

a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; d) deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho; e) deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências); e de *pessoa com mobilidade reduzida* (aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção).

Em suma, esse é o cenário em foi aprovada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: leis esparsas, medidas provisórias aos montes, decretos regulamentares ilegais, tudo isso sem qualquer efetividade prática e uma única certeza, *a necessidade do Estado cuidar de garantir a acessibilidade a essas pessoas, para que possam viver o seu dia a dia como se deficiência não tivessem.*

Para ilustrar, cita-se como exemplo a recentíssima reforma de R\$ 8,1 milhões de reais realizada pela Prefeitura na Avenida Paulista em São Paulo, que durou de julho de 2007 a junho de 2008, e que em nada aliviou a vida dos usuários de cadeiras de rodas.

Nas saídas da estação Trianon do Metrô de São Paulo não há rampa para deficientes físicos. O cadeirante tem de se socorrer de rampas feitas para carros em farmácias ou estacionamentos, disputando espaço com eles, de forma extremamente perigosa. E essas rampas não dão acesso às faixas de pedestres. Enfrentado o problema da rampa, o cadeirante tem de se desdobrar para conseguir chegar a uma faixa de pedestre, para que possa atravessar a rua. E, para complicar ainda mais a vida do cadeirante, eis que do outro lado da avenida não há rampa correspondente, obrigando a pessoa a buscar a única rampa existente, a de um edifício.

Assim, vê-se que por mais que a regulamentação tenha evoluído com o passar do tempo, aumentando a proteção legal das pessoas com deficiência, o fato é que a realidade sentida nas ruas, no dia a dia, é outra. Os direitos dessas pessoas não são implementados pelas autoridades estatais ou mesmo respeitados pelas pessoas (que estacionam seus

automóveis em vagas reservadas, desconhecem o privilégio na utilização dos banheiros especiais, dos telefones públicos especiais etc.).

E nesse cenário de incertezas devido ao excesso de definições, a Convenção, da altura de sua posição de norma constitucional, definiu, de uma vez por todas, quem são as pessoas com deficiência:

“Artigo 1. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de *longo prazo* de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, *em interação com diversas barreiras*, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em *igualdade de condições* com as demais pessoas.” (g. n.)

Essa é a definição que tem força constitucional e que, portanto, deve irradiar os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico interno, conforme será analisado a seguir.

## **6 A força normativa da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu impacto na ordem jurídica interna**

A Constituição Federal estabelece que cabe ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais” (art. 49, inc. I).

Isso se dá por meio do “decreto legislativo”, que é ato normativo com força de lei que veicula matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional. Sua aprovação se dá por maioria simples (art. 47 da CF), não estando sujeito a sanção ou veto do Presidente da República.

A Constituição Federal de 1988, além do decreto legislativo, que representa o “aval” do Congresso Nacional, exige ainda a ratificação do Presidente da República para que um tratado internacional seja inserido no ordenamento jurídico nacional (art. 84, inc. VIII, da CF).

Dessa forma, um ato internacional só ingressa no ordenamento jurídico nacional depois de cumpridas todas as fases previstas na Constituição.

Somente após esse ingresso é que se pode discutir qual a verdadeira força normativa (*status*) do ato na ordem jurídica interna, se de norma supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional mas supralegal, ou lei ordinária.

Como etapa final, o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assuma a sua custódia, como na própria ONU, por exemplo. No caso específico da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o artigo 41 indica que o secretário geral das Nações Unidas será o seu depositário.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 186, acima transcrito, na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, ou seja, foi assinado pelo chefe do Executivo na ordem internacional e aprovado em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional, pela maioria qualificada de 3/5 de seus membros.

O parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dispõe que se aprovados os tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte por 3/5 dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, serão *equivalentes* a emendas constitucionais.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é, portanto, equivalente a uma emenda constitucional.

A emenda constitucional não é promulgada pelo Presidente da República, mas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 60, § 3º da CF). Assim, tal qual a emenda constitucional, a Convenção em tela prescinde da posterior ratificação do Presidente da República, pois o ato de vontade do Poder Legislativo (3/5, em dois turnos, em cada Casa) mostra-se suficiente.

Somando-se isso ao caráter constitucional conferido pelo próprio artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal à Convenção de direitos humanos, dispositivo esse do poder constituinte originário, não há como negar-lhe a força de norma fundamental constitucional.

Mas qual é o seu *status* na ordem jurídica interna?

O Título II da Constituição Federal de 1988 fala “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estando sob ele cinco capítulos: I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, II - Dos Direitos Sociais, III - Da Nacionalidade, IV - Dos Direitos Políticos e V - Dos Partidos Políticos.

O Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) contém unicamente o artigo 5º, porém formado por setenta e oito incisos, constituindo um grande rol de direitos e garantias fundamentais.

O parágrafo 2º do artigo 5º, de um total de quatro parágrafos, deixa claro que o rol de direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988 não é exaustivo, pois, segundo ele, não se pode excluir outros direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

A Constituição Federal de 1988 atribui, portanto, aos direitos internacionais constantes de tratados de que o Brasil seja parte, a natureza de norma constitucional. Esses direitos são parte integrante do rol de direitos e garantias fundamentais constitucionais do Brasil, mesmo não estando no texto constitucional, formando com ele um bloco de constitucionalidade.

Isso constitui um grande avanço, pois se projetaram no direito constitucional as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano.

A própria natureza materialmente constitucional dos direitos humanos enunciados em tratados internacionais não deixa dúvida acerca do seu *status* de norma constitucional.

É a Constituição que confere a esses direitos o valor jurídico de norma constitucional, fazendo com que a noção de *norma constitucional* não se reduza de forma positivista ao “texto” da Constituição.

*Há de se concluir, com isso, que os direitos constantes da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência são materialmente constitucionais e têm a mesma força normativa que qualquer direito fundamental constante do texto da Constituição Federal de 1988 expresso ou implicitamente.*

E mais: os direitos individuais constantes da Convenção são cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos sequer por outra emenda constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF).

Sublinhe-se que o *status* constitucional é conferido somente aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, pois apenas eles podem ser considerados direitos fundamentais. Os demais tratados internacionais de que o Brasil seja parte têm *status* de norma infraconstitucional.

Dizendo isso, resta contrariado o quanto decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1480), segundo o qual os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, “estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República”

No mesmo julgado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal ainda entendeu que os tratados internacionais regularmente incorporados ao direito interno situam-se, no sistema jurídico brasileiro, no mesmo patamar normativo que as leis ordinárias, o que não pode ser aceito.

O artigo 17 da Convenção diz que “toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas”

Sustentar-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal seria dizer que essa proteção, no direito interno, tem a mesma força de uma lei ordinária e que, portanto, poderia ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade ou mesmo revogado por uma lei ordinária posterior.

Esse *primado da Constituição Federal* estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, e o conseqüente nivelamento dos tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos, com as leis ordinárias, são entendimentos com os quais o presente trabalho não coaduna.

Segundo o entendimento aqui exposto, o artigo 17 acima transcrito (*proteção à integridade da pessoa*) tem força de norma constitucional. E mais, é blindado pela condição de cláusula pétreia.

Não restam dúvidas de que ele tem como alvo a dignidade da pessoa humana e, em última instância, a vida. A análise principiológica da Constituição (arts. 1º, inc. III, 3º, inc. IV, 4º, inc. II e 5º, § 2º) dá a esse direito a força de direito fundamental e, portanto, materialmente constitucional.

Em assim sendo, não é possível que uma lei ordinária posterior venha a revogar esse direito, que tem a força de um princípio constitucional, hábil a informar o ordenamento jurídico interno, irradiando os seus efeitos diretamente sobre a realidade interna.

O modo correto de se extirpar um tratado internacional da ordem interna chama-se “denúncia”. Esse é o ato por meio do qual o Presidente da República, na condição de chefe de estado, manifesta internacionalmente

a sua intenção de distratar a convenção internacional. A denúncia é, portanto, uma causa extintiva do tratado ou convenção internacional.

No entanto, a possibilidade de denúncia não coaduna com a força de norma constitucional fundamental. Ora, como conciliar num mesmo direito a força de uma cláusula pétrea com a frágil situação de poder ser extirpado do ordenamento mediante simples denúncia?

Essa é uma incongruência prevista no próprio corpo da Convenção. Defende-se aqui que a denúncia sucumbe à força constitucional material e pétrea do direito individual. Assim, a denúncia, prevista no artigo 48 da Convenção seria inapta para revogar os direitos e garantias individuais petrificados. A rigor, essa é uma inconsistência do sistema que há de trazer muita polêmica.

## 7 Conclusão

Conclui-se que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja aprovação se deu na forma prevista no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, ou seja, pelo procedimento da emenda constitucional, não depende de ato do chefe do Executivo para ser promulgada na ordem interna.

As normas da Convenção têm força de norma *constitucional*, dada a sua incorporação à Constituição pelo artigo 5º, parágrafo 2º, reforçada pelo disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, ambos da Constituição Federal de 1988.

O entendimento exposto acima é o mais adequado aos princípios constitucionais e aos anseios da pessoa humana, sob o ponto de vista transnacional, dada a internacionalização dos problemas e, em consequência, das soluções.

As pessoas com deficiência o são devido à dificuldade de integração com o meio social e de realização de tarefas. Sendo elas uma minoria constituída, merecem outra postura por parte de todos: devem ser propiciados os *meios* necessários para trazer a essas pessoas a igualdade com as demais, a fim de se acabar com a marginalização e a pobreza a elas relacionadas. O Estado deve ser o grande implementador da acessibilidade.

Aguarda-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal dissesse se aperceba e modifique o tão enraizado entendimento de que o tratado internacional, inclusive o de direitos humanos, tem força de lei ordinária, alegando a primazia da Constituição Federal, quando a primazia é, na verdade, da pessoa humana.

## 8 Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: Corde, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.]

CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1998.