

Sumário

Apresentação

EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA

JORGE LUIZ RIBEIRO DE MEDEIROS

9

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: o cenário nacional pós-ratificação e os desafios à sua implementação

11

STELLA CAMLOT REICHER

A efetividade (ou a falta de efetividade) da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU

35

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO

MAURÍCIO MAIA

A importância da atuação articulada entre sociedade civil e o poder constituído, em especial, com o Ministério Público

59

GONZALO LOPEZ

Pessoas com deficiência e seu direito fundamental à capacidade civil

85

ANA CLÁUDIA MENDES DE FIGUEIREDO

EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA

Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o paradigma da inclusão

109

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: o cenário nacional pós-ratificação e os desafios à sua implementação

STELLA CAMLOT REICHER¹

Introdução

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que vigora no Brasil desde a promulgação do Decreto n. 6.949/2009, trouxe um novo paradigma que foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro. Sob a ótica do modelo social e de direitos humanos, a deficiência é entendida como um elemento da diversidade humana e que resulta da interação das limitações que a pessoa experimenta em decorrência das barreiras com as quais se depara na sociedade para o pleno exercício de seus direitos.

Originada no âmbito do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, a Convenção não apenas ajudou a reafirmar os direitos das pessoas com deficiência – que já encontravam expressão num extenso conjunto normativo –, como foi pioneira por ter sido o primeiro tratado de direitos humanos a ter reconhecido o *status* de norma constitucional.

No cenário nacional houve avanços nesse momento pós-Convenção, a exemplo da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 –, que entrou em vigor

¹ Advogada e Mestre em Direitos Humanos pela USP. Sócia de Szazi, Bechara, Storto, Rosa e Figueiredo Lopes Advogados. Professora de cursos de especialização da PUC/SP (COGEAE). Dedicou-se à atuação junto a organizações sem fins lucrativos e na defesa e garantia de direitos das pessoas com deficiência. Palestrante e autora de diversos artigos sobre direitos humanos e direito das pessoas com deficiência. Atuou na construção e apresentação de relatório da sociedade civil do Comitê de Monitoramento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (2015).

em 2016, trazendo novamente luz ao tema e complementando o já extenso rol de normas infraconstitucionais voltadas à proteção dos interesses das pessoas com deficiência.

Se até o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência os esforços empreendidos pelas próprias pessoas com deficiência, suas famílias e organizações, acadêmicos e militantes foram no sentido de ter direitos reconhecidos e positivados, no plano internacional e em nosso ordenamento jurídico, hoje as energias devem ser canalizadas para a realização desses direitos e a gradativa ampliação do espaço de liberdade e autonomia das pessoas com deficiência.

Diante disso, alguns questionamentos são colocados. Como assegurar que as pessoas com deficiência exerçam seus direitos? Que ferramentas podem nos auxiliar a fazer com que o conteúdo normativo dos direitos reafirmados pela Convenção passem de meras previsões legais à prática?

Responder aos referidos questionamentos não é tarefa fácil. O presente artigo, embora sem a pretensão de esgotar o tema, tem como objetivo provocar a reflexão e estimular o diálogo coletivo sobre alguns conceitos e princípios que podem auxiliar na construção de respostas aos referidos questionamentos.

1 O conceito de pessoa com deficiência

O texto original da Convenção em inglês diz, em seu artigo 1º, que *"pessoas com deficiência incluem aquelas que têm impedimentos físico, mental, intelectual ou sensorial, de longo prazo os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas"*² [grifo nosso].

² "Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and

Por sua vez, o Decreto n. 6.949/2009, que promulgou a Convenção no Brasil, aponta que “*peças 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 peças*”³ [grifo nosso].

Da comparação das duas redações, verifica-se que o texto original em inglês, ao mencionar que peças com deficiência “incluem as que têm impedimentos de longo prazo”, é mais aberto que o texto traduzido ao português, segundo o qual peças com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo [...].”

Referido comentário nos parece válido, pois pode contribuir para discussões envolvendo o reconhecimento da condição de pessoa com deficiência. Dado que, no processo de formulação do texto da Convenção, optou-se por não conceituar as peças com deficiência, fixando-se parâmetros básicos para que cada Estado-Parte positivasse o seu conceito legal, a interpretação desse dispositivo que trata sobre quem são as peças com deficiência pode não se dar de forma restritiva, de modo a possibilitar, a partir da consideração dos impedimentos e das barreiras existentes, a realidade de cada indivíduo.

Uma outra anotação, talvez redundante mas certamente necessária quanto ao público beneficiário da Convenção, refere-se à previsão da deficiência intelectual e da deficiência mental.

A Convenção – assim como depois fez a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – previu expressamente a deficiência intelectual e a deficiência mental, e isso não foi à toa, pois enquanto a deficiência intelectual está associada aos déficits cognitivos, a

effective participation in society on an equal basis with others.” [Grifo nosso]. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>>.

3 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 29 ago. 2017.

deficiência mental estaria atrelada aos transtornos psicossociais e à seara da saúde mental.

Para alcançar o consenso necessário à sua aprovação, acordaram os Estados-Partes, por ocasião da elaboração do tratado de direitos humanos, em manter no texto ambas as expressões, a fim de que cada qual, ao internalizar a Convenção, decidisse sobre como endereçar o tema.

O fato é que, ao incluir a expressão “mental”, a Convenção estendeu toda a proteção normativa conferida às pessoas com transtornos psicossociais. Daí decorre que todos os direitos e garantias que elenca, inclusive no que se refere à capacidade legal, aplicam-se igualmente a todas as pessoas com deficiência, seja esta de natureza física, sensorial, intelectual ou mental. Nesse sentido concordamos com Tina Minkowitz, no sentido de que “[...] não deve haver dúvida de que as pessoas com deficiências psicossociais estejam cobertas pela CDPD”⁴.

No Brasil, o conceito de pessoa com deficiência não é revisitado desde a última atualização do Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Segundo o decreto, a “deficiência mental” é entendida como o 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 comunicação; cuidado pessoal; habilidades sociais; utilização dos recursos da comunidade; saúde e segurança; habilidades acadêmicas; lazer; e trabalho⁵.

Nesse sentido, parece-nos que o Decreto n. 5.296/2004 deve, à luz da Convenção, ser readequado de forma a incluir a expressão “intelectual” e a figura da deficiência mental atrelada ao conceito de transtorno psicossocial com características específicas ou combinadas, de síndromes e/ou quadros psicológicos, neurológicos e/ou psiquiátricos.

⁴ Tradução livre. MINKOWITZ, 2007, p. 407.

⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 29 ago. 2017.

Uma última observação em relação ao público-alvo da Convenção refere-se às pessoas com surdocegueira. Conforme se extrai do Guia de Promoção dos Direitos para as Pessoas com Surdocegueira e Famílias, “[e]mbora a surdocegueira se caracterize por limitações sensoriais de naturezas diversas – auditiva e visual, em diferentes graus – trata-se de um tipo único de deficiência, que se caracteriza principalmente pela dificuldade na Comunicação”⁶.

Nesse sentido, há quem entenda pela necessidade de adaptação do Decreto n. 5.296/2004 para que também passe a contemplar a surdocegueira. Atualmente as pessoas surdo-cegas encontram nessa norma proteção legal sob a ótica da deficiência múltipla.

Necessário ainda harmonizar a redação do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999⁷, que regulamentou a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Como o tipo normativo “decreto” é de competência do Poder Executivo e por ele deve ser alterado, uma das possibilidades de incidência nesse tema seria apresentar esses novos parâmetros em nível legal, como proposição do Poder Legislativo.

Mesmo que os referidos decretos não sejam atualizados, o entendimento ampliado acerca do público beneficiário da Convenção já conta com reconhecimento constitucional, diante do que nada obsta que seja desde logo utilizado para todos os fins de direito.

2 O reconhecimento da capacidade legal

Conforme se extrai de seus considerandos, a Convenção surge na perspectiva de promover e proteger os direitos e a dignidade das

⁶ LOPES et al., 2008, p. 70.

⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

peças com deficiência e de contribuir para "reendereçar as profundas desvantagens sociais das peças com deficiência e promover a sua participação nas esferas civil, política, econômica, social e cultural, com igualdade de oportunidades"⁸.

A fim de viabilizar essa ampla participação social das peças com deficiência, a Convenção tratou, em seus artigos 12 e 13, de dois temas de extrema relevância, a saber, a capacidade legal ou capacidade jurídica e o acesso à justiça.

Na seara da capacidade legal, a Convenção propõe a transição do modelo de substituição pelo apoio na manifestação da vontade e na tomada de decisão pelas peças com deficiência, transcendendo a noção de capacidade atrelada ao discernimento presente nas teorias civilistas, ao entender que todas "as peças com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como peças perante a lei", ou seja, têm o direito à personalidade jurídica e a serem respeitadas como sujeitos de direito, onde quer que se encontrem.

Ao reconhecer a capacidade legal das peças com deficiência, a Convenção provoca uma série de desdobramentos em diversas áreas da vida. A não reificação das peças com deficiência faz com que temas sensíveis como esterilização forçada e doação de órgãos passem a ser endereçados de modo a permitir que elas participem desses processos decisórios que implicam diretamente sobre suas vidas. Não podem, portanto, ser ignoradas. Seus desejos, suas vontades e preferências precisam ser respeitados.

A Convenção afirma que as peças com deficiência devem dispor dos apoios necessários para que o exercício de sua capacidade le-

⁸ Convenção sobre os Direitos das Peças com Deficiência, preâmbulo, y: "Convinced that a comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities will make a significant contribution to redressing the profound social disadvantage of persons with disabilities and promote their participation in the civil, political, economic, social and cultural spheres with equal opportunities, in both developing and developed countries [...]". Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2017.

gal se dê em igualdade de condições, ou seja, para que possam colocar esse direito-garantia em prática, impondo aos Estados-Partes o dever de adotar medidas cabíveis inclusive para assegurar a essas pessoas o direito de possuir ou herdar bens, controlar suas próprias finanças, acessar empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, de modo a evitar restrições patrimoniais indevidas.

A capacidade legal, como direito a ter e a exercer direitos, é, portanto, ferramenta e garantia para a realização de todos os demais direitos assegurados pela Convenção, sejam de natureza civil ou política, econômica, social ou cultural.

Em linha com a Convenção, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência trouxe mudanças ao Código Civil, em especial na parte que trata da teoria das incapacidades, reconhecendo às pessoas com deficiência mental e intelectual o direito de exercer sua capacidade legal, contando com os apoios necessários e tendo respeitadas a sua dignidade, independência, autonomia e liberdade de fazer as próprias escolhas.

Na mesma direção, dissociou deficiência e discernimento em relação à capacidade para o exercício de direitos e limitou a curatela à prática de atos de natureza patrimonial ou negocial (como contratos, aquisição e venda de bens, negociações, entre outros), nos casos em que a pessoa, por causa transitória ou permanente, não possa exprimir sua vontade.

Esses avanços atualmente enfrentam riscos de retrocesso. Por força da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, vigente desde março de 2016, dispositivos do Código Civil que haviam recebido nova redação por força da Lei Brasileira de Inclusão foram revogados. Além disso, tramita no Senado Federal o PLS n. 757/2015, que também versa sobre o tema⁹.

⁹ Vide Projeto de Lei de iniciativa do Senado n. 757/2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>.

A capacidade legal opera efeitos para além da órbita civil. Dialoga com o tema da prescrição, com o conceito de vulnerabilidade, com a imputabilidade penal e as medidas de segurança e com outros temas relevantes. Nesse sentido, é tema que não pode ser aprofundado à margem de um debate técnico ampliado, de caráter interdisciplinar, que envolva a participação das pessoas com deficiência e de suas famílias e organizações, conforme determina o artigo 4º da Convenção, e da sociedade civil como um todo, para que as propostas de mudança alcancem maior consenso e legitimidade.

Implementar esse novo paradigma emancipatório da capacidade legal traz em si muitos desafios e nos convida a provocar reflexões acerca de meios e princípios que possam contribuir para a sua implementação, como veremos a seguir.

3 Capacidade legal e garantia de acesso à justiça

A garantia do acesso à justiça é importante ferramenta para materializar os direitos das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência previu o dever dos Estados-Partes de assegurar

o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

Além disso, destacou o dever dos Estados-Partes de capacitar os que trabalham na área de administração da Justiça, inclusive a Polícia e os funcionários do sistema penitenciário, a fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça.

As regras da Convenção, nesse sentido, dialogam diretamente com o conteúdo das Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, ocorrida em Brasília durante o período de 4 a 6 de março de 2008, que ficaram conhecidas como os Princípios de Brasília¹⁰.

Não obstante, na prática, ainda há muito a ser feito para que as pessoas com deficiência tenham assegurado o seu acesso à justiça.

Por exemplo, a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que trata dos juizados especiais Cíveis e Criminais, prevê, em seu art. 8º, que “[n]ão poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil”.

E continua: “§ 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: I - as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; [...] § 2º O maior de dezoito anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação”.

Sob o paradigma da capacidade legal universal que preceitua a Convenção, referida legislação deveria ser revista para assegurar o poder postulatório às pessoas com deficiência, especialmente a intelectual e a mental.

Como o ingresso nos juizados especiais independe de advogado e eventual mandato pode ser outorgado oralmente, referida norma estaria mais adequada aos princípios da Convenção se assegurasse a todas as pessoas com deficiência o direito de ingressar em juízo,

¹⁰ Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Texto produzido com o apoio do Projecto Eurosocial Justiça/Grupo de Trabalho formado durante a Conferência Judicial Ibero-Americana, da qual também participaram a Associação Ibero-Americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEP), a Federação Ibero-Americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-Americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA). Acesso em: 4 ago. 2017.

sendo-lhes, para tanto, assegurados os meios e suportes necessários para que pudessem manifestar seus interesses e vontade.

Esse é apenas um exemplo do cuidadoso exercício de harmonização da legislação que será necessário nessa etapa pós-Convênio. Além disso, outras medidas serão necessárias para assegurar às pessoas com deficiência o acesso à justiça.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência alterou o art. 228 do Código Civil para reconhecer que “[...] § 2º a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”.

No caso de pessoas com deficiência intelectual, parece-nos que outros meios serão necessários para que possam testemunhar e também levar a juízo suas demandas. Uma sugestão seria incorporar técnicas e ferramentas já utilizadas pela justiça com as devidas adaptações, como é o caso do “depoimento sem dano”, usado na oitiva de crianças e adolescentes vítimas de abuso ou exploração sexual.

Trata-se de mecanismo que assegura o bem-estar e privilegia o respeito e a dignidade da criança e/ou adolescente depoente. Essa boa prática, já aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro, poderia eventualmente ser utilizada para viabilizar não apenas que pessoas com deficiência intelectual, ou mesmo mental, denunciem violações de seus direitos, mas expressem suas vontades e preferências, nos termos do que preceitua o artigo 12 da Convenção¹¹.

¹¹ Utilizado pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul desde 2003 e hoje aplicado em diversos estados brasileiros, o método se desenvolve em três etapas. Na primeira fase, de “acolhimento inicial”, a criança e seu responsável, denominado “pessoa de confiança”, são recebidos por um(a) psicólogo(a) ou assistente social, em ambiente mais lúdico, sem o encontro com o réu. A segunda etapa, da oitiva, ocorre em sala apartada dotada de equipamentos de som e imagem que permitem a filmagem da inquirição e sua reprodução diretamente na sala de audiências, possibilitando ao juiz acompanhar e efetuar as perguntas a distância, bem como apresentar as perguntas feitas pelo Promotor de Justiça e pelos advogados das partes. A linguagem utilizada é acessível ao estágio de desenvolvimento em que a criança ou adolescente se encontra, sendo mais comum, ao longo do interrogatório, o uso de questões abertas para permitir que a criança ou adolescente se expresse de forma mais espontânea.

Além disso, a acessibilidade, em todas as suas dimensões, precisa ser assegurada às pessoas com deficiência para que possam participar do processo em igualdade de condições com pessoas sem deficiência. Isso implica, portanto, a garantia da acessibilidade física e arquitetônica, intérpretes de sinais, guias-intérpretes, materiais em formatos acessíveis, utilização de linguagem facilitada e outros suportes a todas as pessoas com deficiência e em todas as fases do processo, seja este de natureza administrativa ou judicial.

Essas medidas são imprescindíveis para assegurar às pessoas com deficiência, ao longo do processo, igualdade de oportunidades para o exercício de princípios como a ampla defesa e o contraditório.

Para dar vida à obrigação de garantir a acessibilidade em todas as fases do processo, seria preciso prever, na legislação processual civil e em outras normativas aplicáveis, que a falta de acessibilidade em qualquer das fases de trâmite do processo administrativo ou judicial (citação, produção de provas, em especial testemunhal, entre outras) seja considerada violação do princípio do contraditório e causa de nulidade do processo.

Nesse momento pós-Convenção, em que a garantia do acesso à justiça depende de medidas para a reformulação de quadros e meios no âmbito do Poder Judiciário, nos parece que o desenvolvimento de ações em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), responsável pelo aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça, é medida que se impõe, em especial por ser este um importante espaço de articulação dentro do Poder Judiciário.

Bonecos, fantoches e outros materiais de apoio também podem ser utilizados para auxiliar a vítima a se expressar, já que às vezes sequer consegue falar ou relatar os fatos. Ao final a "pessoa de confiança" é chamada para uma nova conversa, em que, junto com a vítima, é feita uma avaliação do depoimento. A metodologia comporta ainda a capacitação de todos os envolvidos – juízes, promotores, advogados, assistentes sociais, psicólogos e servidores da Justiça.

4 Notas sobre alguns princípios aplicáveis à luta pelos direitos das pessoas com deficiência

Assim como é importante assegurar às pessoas com deficiência o acesso à justiça, o próprio processo, seja ele judicial ou extrajudicial, pode e deve ser usado como ferramenta para sedimentar entendimentos e interpretações acerca dos direitos reafirmados pela Convenção. Nesse sentido, identificamos alguns princípios que podem ser utilizados em todas as esferas em prol da defesa dos interesses e direitos das pessoas com deficiência.

4.1 O modelo social da deficiência e a supremacia do interesse público

Como pontuamos no início do artigo, sob o manto da Convenção, a deficiência, antes vista como um problema do indivíduo e de sua família, passa a ser compreendida como o resultado de uma equação que considera, de um lado, o “grau” da limitação que a pessoa experimenta e, de outro, as barreiras (físicas, atitudinais e comunicacionais) que interferem na forma como essa pessoa com deficiência participa da vida em sociedade.

Segundo ensina o Relatório Mundial da Deficiência (2011), “[d]efinir a deficiência como uma interação significa que a ‘deficiência’ não é um atributo da pessoa. O progresso na melhoria da participação social pode ser realizado lidando com as barreiras que afetam pessoas com deficiência na vida diária”¹².

Disso decorre que, embora situações possam afetar as pessoas com deficiência de forma individual, trabalhar os seus direitos exige analisar as demandas colocadas em pauta, judicializadas ou não, sob as lentes do coletivo, do interesse público.

¹² Relatório Mundial sobre a Deficiência, 2012, p. 4.

Esse entendimento encontra respaldo nessa própria transição do modelo médico para o modelo social, já que as barreiras que potencializam a percepção da deficiência são um problema a ser enfrentado por toda a sociedade, uma vez que são impostas por essa mesma sociedade. Trata-se, portanto, de matéria de ordem pública.

Diante disso, ao tratar da inclusão sob a ótica do modelo social, ganha destaque a noção da supremacia do interesse público, ou seja, o interesse do coletivo social sobre o interesse privado ou de cada indivíduo. Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello¹³, “[é] que na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade [...]”. Assim, conclui-se que “[...] um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal – e máximo – interesse em não ser desapropriado, mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor”.

Disso decorre que embates envolvendo direitos das pessoas com deficiência devem ser trabalhados sob uma nova perspectiva. Questões antes interpretadas à luz do direito civil e do consumidor passam a assumir um viés constitucional, que tem como pano de fundo a realização de direitos fundamentais. As lentes do interesse público devem recair sobre todos esses feitos, mesmo quando tenham como ponto de partida demandas individuais que, num primeiro momento, gerariam efeitos apenas entre as partes diretamente envolvidas.

Nessa nova etapa de materialização dos direitos das pessoas com deficiência, o Ministério Público, a quem compete “manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção”, (nos termos do

13 BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 60.

art. 26, VIII¹⁴, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), certamente tem um papel fundamental.

4.2 A primazia da dignidade no processo

O novo Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 1º, que o processo civil será interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição e, no art. 8º, que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

Portanto, no âmbito de processos que versem sobre direitos das pessoas com deficiência, a dignidade é um valor que deve ser prevalente e entendido como elemento intrínseco, mas também como um valor comunitário e como ferramenta para a autonomia.

Como bem ressalta o ministro Luís Roberto Barroso em trecho da obra *Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*, citado na decisão do RE n. 567.985/MT¹⁵, a dignidade como “valor comunitário” atua “[...] não apenas como proteção da esfera individual, mas como limitador do exercício de direitos individuais, resguardando-o coletivamente”, com amparo em “[...] compreensões morais coletivas e nas práticas arraigadas no meio social”, nas quais “[...] está incluída a ideia maior de solidariedade social, alçada à condição de princípio pela Constituição”¹⁶.

Como valor intrínseco, “[...] a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, nos termos do amplamente divulgado imperativo categórico kantiano [...]” e como autonomia, “[...] a dignidade protege o conjunto de decisões e atitu-

¹⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 2 ago. 2017.

¹⁵ RE n. 567.985/MT. Data: 18.4.2013. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

¹⁶ RE 567.985/MT. Acesso em: 3 ago. 2017.

des que concernem especificamente à vida de um indivíduo”. Ainda nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso,

É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável (p. 3).

Diante do exposto, é certo que a primazia da dignidade humana nessas três dimensões, ou seja, como autonomia, valor comunitário e valor intrínseco, deve permear o julgamento de qualquer processo que envolva direito das pessoas com deficiência.

4.3 A primazia da norma mais favorável ao indivíduo e a proibição de retrocesso

Quando o cerne da questão envolve direitos fundamentais há duas outras importantes diretrizes hermenêuticas a serem seguidas, a saber, *a primazia da norma mais favorável ao indivíduo e o princípio da proibição de retrocesso*.

Segundo o princípio da primazia da norma mais favorável, “[...] nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional”. Diante disso, havendo dúvida acerca da norma aplicável ao caso concreto, deve-se utilizar “[...] a norma mais favorável ao indivíduo, quer seja tal norma de origem internacional ou nacional”¹⁷.

A Convenção reconhece a relevância desse princípio (artigo 4º, item 4)¹⁸ ao dizer que nenhuma disposição mais favorável à realização

¹⁷ RAMOS, 2012, p. 89.

¹⁸ Decreto n. 6.949/2009, artigo 4º, item 4: “Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência

dos direitos das pessoas com deficiência, constante da legislação nacional ou internacional vigente, pode ser afetada pelo seu conteúdo, e ao ressaltar que direitos e garantias fundamentais já assegurados, conforme leis, convenções, regulamentos ou costumes, não poderão ser restringidos ou derogados sob o argumento de que a Convenção não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Ao lado da primazia da norma mais favorável, destaca-se também o princípio da proibição de retrocesso. Como ensina André de Carvalho Ramos, a partir do reconhecimento da prevalência da norma mais favorável e da impossibilidade de redução das conquistas alcançadas no plano internacional, cristalizou-se a chamada “[...] proibição de retrocesso ou efeito cliquet, pelo qual é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção conferida aos direitos humanos”.

Tanto a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ampliaram e deram concretude à proteção dos direitos dessas pessoas no Brasil, ou seja, promoveram avanços e conquistas que não podem ser objeto de retrocesso.

Portanto, discussões envolvendo direitos assegurados às pessoas com deficiência, seja no âmbito público ou privado, devem ter como diretrizes o conteúdo normativo da Convenção, por se tratar de norma com *status* constitucional, e da Lei Brasileira de Inclusão, sob pena de caracterizar retrocesso e violação do princípio da primazia da norma mais favorável.

vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 6 dez. 2017.

4.4 O respeito ao Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente

Ao tratar das obrigações gerais imputadas aos Estados-Partes, a Convenção reconhece expressamente o seu dever (art. 4º) de agir positivamente no sentido de: “(b) adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência”; e “(e) tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada”.

Por sua vez, no que se refere às obrigações negativas – ou de não fazer –, impõe-se aos Estados-Partes o dever de “(d) abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção; [...]”.

Decorre da própria Convenção o dever imposto ao Estado brasileiro no sentido de mobilizar o Poder Legislativo com vistas à adoção de legislação voltada a dar concretude ao seu conteúdo, a exemplo da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Após olhar para o conteúdo da Convenção e para os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, resta claro que os preceitos contidos na legislação infraconstitucional devem estar sempre em consonância com o seu conteúdo – o que significa, em última análise, estar em consonância com o próprio conteúdo normativo da Constituição.

Toda legislação infraconstitucional vigente ou que venha a ser criada, assim como sua interpretação, deve dialogar com as obrigações impostas ao Estado brasileiro no sentido de adotar medidas aptas a eliminar a discriminação baseada na deficiência por qualquer ente público ou privado e de se abster de participar de qualquer ato incompatível com a Convenção, assegurando desta forma sua conformidade com o seu conteúdo.

Esse mesmo cuidado deve existir no que se refere à atuação de órgãos do Poder Executivo. O Estado brasileiro deve, portanto, colocar em prática o seu dever de adotar medidas e ações administrativas que efetivamente concorram positivamente para a garantia dos direitos das pessoas com deficiência.

Como bem esclarece o acórdão que julgou o RE n. 567.985/MT, relatado pelo ministro Marco Aurélio, conforme o princípio da proibição da concretização deficitária, o Estado tem o dever de editar leis e de adotar medidas administrativas efetivas em relação à proteção de direitos fundamentais, constituindo-se, portanto, como “parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais”¹⁹.

Para Schlink, “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)”²⁰.

O princípio da proibição de proteção insuficiente, embora ainda não muito utilizado nesse campo, nos parece interessante elemento que pode guarnecer a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, já que serve como parâmetro para balizar a (in)constitucionalidade de atos legislativos e a pautar a implementação dos direitos das pessoas com deficiência nesse momento pós-Convenção.

4.5 Igualdade à luz da diversidade

As pessoas são diferentes entre si e têm especificidades (independentemente de serem ou não pessoas com deficiência) que precisam ser respeitadas. Falar em direitos das pessoas com deficiência

19 RE n. 567.985/MT. Data: 18.4.2013. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>>.

20 SCHLINK, 2001, apud MENDES et al., 2008, p. 333.

implica reconhecer que existem diferenças e que estas devem ser levadas em consideração no jogo da igualdade – pois a diversidade é própria da natureza humana.

Ao nos debruçarmos sobre os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos e sua evolução histórica é fácil perceber o movimento de especificação e o gradativo reconhecimento das diferenças aplicado ao conteúdo protetivo dessas normas.

À medida que as especificidades são reconhecidas e historicamente (re)afirmadas, a igualdade de todos (perante e na lei) passa a ser compreendida à luz da diversidade. Nesse sentido,

pensar em igualdade à luz da diversidade humana exige (re)conhecer a existência de indivíduos, de coletivos e suas interrelações, tendo em vista as especificidades de cada um. [...] exige empreender esforços para que todas as pessoas sejam respeitadas em suas peculiaridades e tenham acesso a meios que lhes permitam o pleno exercício de seus direitos fundamentais. (REICHER, 2011, p. 173).

Como a Convenção reafirma direitos fundamentais e a diversidade é um elemento próprio da natureza humana e que interfere na possibilidade de gozo e fruição desses direitos, não há como se falar em inclusão e em concretização de direitos fundamentais à luz da igualdade sem que se reconheçam a diversidade e o respeito às diferenças.

Ao tratar da diversidade na perspectiva do direito à educação inclusiva, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos reconheceu que a inclusão é um processo que demanda a eliminação de barreiras que impedem a participação e a mudança de cultura, política e práticas das escolas, a fim de acolher as necessidades de todos os alunos, com ou sem deficiência. Destacou ainda o Alto Comissariado no mesmo estudo temático:

[...] Alguns valores-chave da educação inclusiva são igualdade, participação, não-discriminação, celebração da diversidade e a partilha de boas práticas. A abordagem inclusiva valoriza os alunos como

peças, respeita a sua dignidade inerente e reconhece as suas necessidades e sua capacidade de fazer uma contribuição para a sociedade. Também identifica a diferença como uma oportunidade de aprendizagem e reconhece a relação entre a escola e a comunidade em geral como base para a criação de sociedades inclusivas com um senso de pertencimento (não apenas para alunos, mas para professores e pais também)²¹.

As mesmas considerações trazidas pelo Alto Comissariado em relação ao direito à educação inclusiva se estendem com facilidade a todos os demais direitos reafirmados pela Convenção. Nesse contexto, diversidade, participação e não discriminação são conceitos indispensáveis à busca da igualdade e à plena realização dos direitos das pessoas com deficiência.

5 Perspectivas e desafios a enfrentar

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possibilitou a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro de um novo paradigma internacional de direitos humanos, com vistas à reafirmação dos direitos das pessoas com deficiência. Hoje, quase uma década depois de sua ratificação, essa nova diretriz constitucional precisa ser colocada em prática.

A deficiência, hoje reconhecida como um elemento da diversidade humana, passa a ser vista como um tema de responsabilidade de toda a sociedade e não apenas do indivíduo. A luta pela realização dos direitos das pessoas com deficiência torna-se, portanto e cada vez mais, tema de ordem pública.

Nesse cenário, identificamos desafios a serem enfrentados e possíveis iniciativas que, em nosso entendimento, ao serem endereçados pelos operadores do Direito, pelas próprias pessoas com defi-

²¹ OHCHR/UN-A/HRC/25/29, 2013, p. 5.

ciência, suas famílias e organizações, têm o poder de contribuir para avanços na seara do direito das pessoas com deficiência. Vejamos.

Um primeiro desafio que se coloca diz respeito à provocação de uma maior interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. No plano interno, ainda não se verifica uma tradição consolidada de buscar na legislação e na jurisprudência internacional de direitos humanos base para arguições e defesa de interesses na seara dos direitos humanos.

O *status* constitucional conferido à Convenção e o fato de o Brasil já ter ratificado uma série de outros tratados internacionais de direitos humanos nos chamam, enquanto operadores do Direito, a resgatar esse conteúdo e a utilizá-lo com vistas a fortalecer a defesa dos direitos das pessoas com deficiência. Organizações da sociedade civil que militam na área podem e devem se valer do seu conteúdo para provocar mudanças no plano interno. Em suma, precisamos fomentar esse diálogo além-fronteiras.

Um segundo aspecto importante diz respeito à necessidade de capacitação e sensibilização dos principais atores envolvidos no processo de materialização desses direitos.

Para além de trabalhar esses direitos junto ao próprio público beneficiário e suas famílias, é primordial que uma frente de capacitação da magistratura, do Ministério Público, das Defensorias e do Poder Judiciário em geral seja estruturada. Para esse fim, conforme já tivemos a oportunidade de destacar, o Conselho Nacional de Justiça sem dúvida se mostra um parceiro importante.

Por fim, para que se possa continuar a discutir e avançar em termos de direitos das pessoas com deficiência, é imprescindível trazer essa temática para os meios acadêmicos. O estudo dos direitos das pessoas com deficiência precisa ser incorporado não apenas aos cursos de Direito, mas em cursos de outras áreas como a Arquitetura e a Engenharia, a Psicologia, a Comunicação Social, sob pena de as

peças com deficiência continuarem invisibilizadas nas mais diversas áreas da vida.

É importante investir esforços para formar profissionais sensíveis à causa e que incorporem a realidade das pessoas com deficiência em seu dia a dia. Nesse sentido é que destacamos a necessidade de adoção de medidas que visem à inserção dessa temática em cursos de graduação e pós-graduação.

Como dissemos de início, o presente artigo não tinha como objetivo esgotar o tema, mas, sim, provocar algumas reflexões a respeito dos direitos das pessoas com deficiência e sobre como assegurar que elas possam exercer esses direitos.

A garantia de acesso à justiça, o uso do processo como ferramenta para dar sentido aos direitos reafirmados pela Convenção e a ampliação do diálogo com fontes internacionais são ferramentas importantes nessa luta.

A capacitação da magistratura, do Ministério Público, das Defensorias e do Poder Judiciário em geral, bem como a difusão da temática dos direitos das pessoas com deficiência nos meios acadêmicos, também pode contribuir para que os direitos reafirmados sejam colocados em prática.

Reconhecer às pessoas com deficiência a possibilidade de serem titulares e de exercerem com autonomia e liberdade os seus direitos é sem dúvida um desafio que está posto.

Nesse cenário de mudança de paradigmas, inovação e vanguarda, questionamentos, dúvidas e formas de resistência certamente surgirão como resultado natural de todo e qualquer processo de mudança cultural. Outrossim, não podemos permitir que sirvam de justificativa para impedir que os direitos reafirmados pela Convenção sejam relegados apenas à letra da lei. Esse é o nosso maior desafio neste momento pós-Convenção.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DHANDA, A. Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Nova York, v. 34, n. 2, Spring 2007.

LOPES, LAIS V. C. DE FIGUEIRÊDO; GOLFIERI, MARCIA; REICHER, STELLA CAMLOT; RIBAS, LUCIANA MARIN. Direitos das pessoas com deficiência. In: MAIA, SHIRLEY RODRIGUES et al. (Org.). *Guia de promoção dos direitos para pessoas com surdocegueira e famílias*. São Paulo: AHIMSA/SEDH/CORDE, 2008, v. I. p. 67-133.

MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

MINKOWITZ, T. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the right to be free from nonconsensual psychiatric interventions. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, New York, v. 34, n. 2, Spring 2007. Disponível em: <<http://psychrights.org/Countries/UN/TMinkowitzOnNonconsensualPsychInterventions.pdf>>.

OHCHR/UN-A/HRC/25/29–December 18th, 2013. Thematic study on the right of persons with disabilities to education. Tradução livre dos autores. *Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos*. A/HRC/25/29. Estudo temático sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Dez. 2013. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/ThematicStudies.aspx>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REICHER, STELLA C. Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades. *Revista SUR*, v. 8, n. 14, jun. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/44477/diversidade_humana_assimetrias_reicher.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

Relatório Mundial sobre a Deficiência. World Health Organization, The World Bank. Tradução Lexicus Serviços Lingüísticos. São Paulo: SEDPCD, 2012. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf>.